

Rafael Salatini  
Cristina Grobério Pazó  
Douglas Policarpo  
(Organizadores)

JUSTIÇA E CIDADANIA –  
REFLEXÕES SOBRE O CAMPO NORMATIVO MODERNO



2014

Universidade Federal da Grande Dourados

Editora UFGD

Coordenador editorial : Edvaldo Cesar Moretti

Técnico de apoio: Givaldo Ramos da Silva Filho

Redatora: Raquel Correia de Oliveira

Programadora visual: Marise Massen Frainer

e-mail: editora@ufgd.edu.br

Conselho Editorial

Edvaldo Cesar Moretti | Presidente

Wedson Desidério Fernandes | Vice-Reitor

Paulo Roberto Cimó Queiroz

Guilherme Augusto Biscaro

Rita de Cássia Aparecida Pacheco Limberti

Rozanna Marques Muzzi

Fábio Edir dos Santos Costa

Impressão e diagramação: Gráfica Triunfal | Assis | SP

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Biblioteca Central da UFGD, Dourados, MS, Brasil

J964

Justiça e cidadania : reflexões sobre o campo normativo moderno /  
organizadores: Rafael Salatini, Cristina Grobério Pazó, Douglas  
Policarpo – Dourados-MS : UFGD, 2014.

203 p.

ISBN: 978-85-8147-056-6

Possui referências.

1. Justiça. 2. Direitos humanos. I. Salatini, Rafael. II. Pazó, Cristina  
Grobério. III. Policarpo, Douglas.

CDD: 340

Responsável: Vagner Almeida dos Santos. Bibliotecário - CRB.1/2620

## SUMÁRIO

Kant e as formas de governo <i>Rafael Salatini</i>	11
Considerações sobre a ética do discurso de Jürgen Habermas no processo de mediação <i>Cristina Grobério Pazó</i>	37
Direitos humanos como fundamento de uma cultura de paz, cidadania e justiça: desafios brasileiros entre modernidade e pós-modernidade <i>Douglas Policarpo</i> <i>Fabício Carlos Zanin</i>	79
Novos caminhos da justiça: a conciliação e a mediação no novo CPC (PLS N. 166/2010 e PLC N. 8046/2010) <i>Alisson Henrique do Prado Farinelli</i>	115
Justiça distributiva e necessidades básicas: a questão do mínimo imune a tributos <i>Julio Pinheiro Faro</i> <i>Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes</i>	147
Identidade indígena e pensamento complexo na sociedade de risco <i>Antonio José Guimarães Brito</i>	169
Do silêncio à ação: sugestões para a construção de uma educação antirracista <i>Márcio Mucedula Aguiar</i> <i>Mario Teixeira de Sá Junior</i>	193



## APRESENTAÇÃO

Esta obra nasceu do esforço conjunto de docentes e pesquisadores de várias instituições de ensino superior do país, em especial a Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados (FADIR-UFGD), mas envolvendo também intelectuais da Faculdade de Ciências Humanas da mesma Universidade (FCH-UFGD), além de professores e colaboradores da CEULJI-ULBRA, em Ji-Paraná-RO, e da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), em torno do campo normativo moderno da justiça e da cidadania, considerado como da mais alta importância para a reflexão social e jurídica.

Nesse sentido, no capítulo 1, o professor Rafael Salatini (UFGD) apresenta um estudo analítico do tema das formas de governo no pensamento do filósofo alemão Immanuel Kant, sob os três aspectos metodológicos (analítico, axiológico e histórico) fornecidos pela escola de Turim, cuja figura máxima é o pensador Norberto Bobbio, analisando temas básicos do pensamento jurídico-político kantiano como a separação dos poderes, o republicanismo, a paz perpétua, etc.

No capítulo 2, a professora Cristina Grobério Pazó (UFGD) verifica a possibilidade de compatibilização da ética do discurso proposta pelo filósofo alemão Jürgen Habermas – que busca encontrar, por meio de um processo racional, argumentos originados da intersubjetividade e normas que possam ser aceitas universalmente – com o processo de mediação – que consiste numa técnica não-adversarial de solução de conflitos, cujo objetivo consiste no restabelecimento do diálogo entre as partes conflitantes, com o escopo de permitir-lhes a possibilidade de resolver, entre si mesmas, por meio de um discurso convergente, o problema que as envolve e as suas necessidades objetivas.

O capítulo seguinte é composto pelo texto dos professores Douglas Policarpo (UFGD) e Fabrício Carlos Zanin (CEULJI-ULBRA), que ponderam a respeito dos desafios brasileiros

quanto à concretização dos direitos humanos, com o objetivo geral de analisar as críticas pós-modernas à concepção tradicional dos direitos humanos e fundamentais, inserindo-os numa nova concepção pós-moderna de fundamento, na qual a diferença e o diálogo são condições imprescindíveis de uma cultura de paz, cidadania e justiça. A metodologia é interdisciplinar e se conecta com a matriz teórica pós-moderna com a finalidade de pensar uma nova relação entre filosofia e ciências.

O professor Alisson Henrique do Prado Farinelli (UFGD) contribui com o quarto capítulo, que apresenta a discussão do acesso à justiça no Brasil atual, versando de forma detalhada sobre as duas principais formas alternativas de solução de conflito – a mediação e a conciliação – dissecando de forma pormenorizada como o PLS nº 166/2010 prevê os dois institutos e demonstrando através de uma análise bastante fundamentada as virtudes, as omissões e as falhas da mediação e da conciliação prevista em tal proposta legislativa.

O capítulo 5, assinado pelo professor Julio Pinheiro Faro (FDV) e seu colaborador Marcelo Sant’Anna Vieira Gomes (FDV), oferece uma análise sobre quais aspectos deveriam fazer parte do mínimo existencial e que deveriam ser imunes a impostos no sistema constitucional brasileiro. Como marco teórico para a construção de sua argumentação, os autores recorrem à teoria da justiça distributiva formulada pelo filósofo norte-americano John Rawls. O trabalho ressalta a necessidade de a administração tributária prever e adotar regras e critérios que possibilitem uma melhor aplicação da justiça distributiva.

O sexto capítulo apresenta um texto do professor Antônio José Guimarães Brito (UFGD), que proporciona uma crítica à concepção de modernidade baseada no pessimismo antropológico, no monopólio legal do Estado e no conhecimento fragmentado que fazem parte do modelo mental linear, unidimensional e mecanicista cartesianos. Todos esses elementos construíram a modernidade simples, tradicionalmente voltada à sociedade industrial, à especialidade científica e a processos sociais baseados na competitividade. Nesse sentido, a sociedade se tornou uma civilização de excessos, tecnologicamente abundante, e ao mesmo tempo desencantada, com inúmeras patologias mentais doentias. Por outro lado, de forma diferenciada, e mesmo estranha a esse processo civilizatório, os povos indígenas continuam vivos, inclusive culturalmente, mantendo suas tradições e suas visões acerca da existência e da natureza, tornando oportuno para nossa sociedade tecnológica ouvir, olhar e refletir sobre a cultura desses povos.

Por fim, o livro se encerra – pensamos nós, com chave de ouro – com o importante capítulo escrito pelos professores Márcio Mucedula Aguiar (UFGD) e Mario Teixeira de Sá Junior (UFGD), que discutem as dificuldades de implementação da lei 10.639/03, que obriga o ensino sobre história e cultura afro-brasileira nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio do país. Os autores apontam sugestões conceituais de abordagem dos temas etnorraciais e lembram a importância das populações negra e indígena na história brasileira, sugerindo perspectivas e materiais didáticos que podem auxiliar no ensino desse conteúdo. O texto apresenta conclusões constituídas a partir da participação na oficina *Como trabalhar com raça e racismo na sala de aula*, fruto do projeto de extensão *Direitos humanos na escola: capacitando professores da rede de ensino municipal de Dourados*.

Esta obra não possui a pretensão de esgotar ou aprofundar sistematicamente nenhum dos diversos – mas coordenados – pontos mencionados acima, mas sim oferecer algumas reflexões acerca da justiça e da cidadania sob uma perspectiva que envolva simultaneamente a modernidade (e a pós-modernidade) e a dimensão normativa em que está inserida. Esperamos que a sua leitura contribua para estimular a análise e pesquisa teóricas, assim como, e sobretudo, as práticas sociais e jurídicas existentes em nossa sociedade. Se tivermos despertado alguma curiosidade intelectual, ainda que diminuta, pelos temas aqui tratados pelos diversos intelectuais que gentilmente aceitaram participar, desse projeto já nos sentiremos satisfeitos.

Rafael Salatini  
Cristina Grobério Pazó  
Douglas Policarpo  
(Organizadores)



## KANT E AS FORMAS DE GOVERNO<sup>1</sup>

Rafael Salatini

O clássico tema das formas de governo, que nasceu com o historiador Heródoto e sua famosa discussão dos três reis persas, e passou à filosofia política a partir das obras dos pensadores políticos gregos como Platão e Aristóteles, e romanos como Cícero. Não arrefeceu no pensamento político moderno, encontrando-se vividamente nas obras de Maquiavel, Bodin, Hobbes, Vico, Montesquieu, Hegel e mesmo Marx, como demonstrou brilhantemente N. Bobbio em seu livro-curso *A teoria das formas de governo na história do pensamento político* (1976). Entretanto, nesta obra, não se faz nenhuma referência ao pensador político alemão Immanuel Kant (1724-1804), como de resto pouca atenção tem sido dada a este tema entre os comentaristas da obra kantiana.

Kant é um pensador político contratualista, isto é, pertencente à ampla corrente do pensamento político moderno que vai de Hobbes ao primeiro Fichte, segundo a qual a política deve ser compreendida sob um ponto de vista jurídico (ou metajurídico), baseado na ideia de que a associação política deve ser explicada como uma opção racional deliberada dos indivíduos para superarem o estado natural, em que todos hipoteticamente viviam como indivíduos livres, porém sem garantias jurídicas (exceto aquela do direito natural, que não significa nada mais – segundo Hobbes – que um *ius in omnia*), ingressando num estado jurídico, em que a liberdade natural de todos é eliminada, com a contrapartida da instituição de uma

---

1 Este texto foi apresentado na “I Jornada Regional de Pesquisa na Pós-Graduação em Filosofia”, promovida pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFSM, pelo Departamento de Filosofia da UFSM, por discentes do PPGF-UFSM e Mestrado Interinstitucional em Filosofia (Minter-UFSM/Unijuí), na UFSM, entre os dias 11 e 12 de dezembro de 2008, na cidade de Santa Maria-RS.

sociedade civil (ou política) que forneça as bases coercitivas do direito público e, com este, a segurança a todos os indivíduos. Para além da sociedade civil (ou política), onde vigeria o direito civil (ou político), Kant deduz ainda duas dimensões, superiores àquela, para a organização social, regidas igualmente pelo direito público (por oposição ao direito privado, vigente no estado natural): a sociedade internacional, onde vigeria o direito das gentes (que chamaríamos hoje, desde Bentham, de direito público internacional), e a sociedade cosmopolita, onde vigeria o direito cosmopolita (ou direito político das gentes), etapas que depois de concluídas dariam vida a uma federação de Estados republicanos em estado de paz perpétua. Pode-se comprovar o quadro geral do esquema kantiano, ao menos sob o ponto de vista jurídico (enquanto o ponto de vista não-jurídico, mas histórico, deve ser buscado no famoso artigo de 1784), neste trecho da primeira parte de *Metafísica dos costumes* (1797):

O conjunto das leis que carecem de uma promulgação universal para suscitar um estado jurídico é o *direito público*. – Este é, portanto, um sistema de leis para um povo, ou seja, para um conjunto de homens, ou para um conjunto de povos que, encontrando-se entre si numa relação de influência mútua, necessitam do estado jurídico que os unifique sob uma vontade, sob uma *constituição* (*constitutio*), para compartilhar o que é de direito. – Este estado dos indivíduos num povo, em relação recíproca, é o estado civil (*status civilis*), e o conjunto dos mesmos, em relação aos seus próprios membros, é o Estado (*civitas*) que, graças à sua forma, denomina-se *comunidade* (*res publica latius sic dicta*), porquanto está unido pelo comum interesse de todos se encontrarem no estado jurídico; mas, em relação a outros povos, chama-se simplesmente *potência* (*potentia*) (daí a palavra *potentado*); em virtude da sua (presumida) união herdada, denomina-se também uma nação (*gens*) e, por isso, sob o conceito geral de direito público não se pensa apenas no direito político, mas ainda num *direito das gentes* (*ius gentium*); um e outro em conjunto, porque a terra não é ilimitada, mas sim uma superfície por si mesma limitada, levam inevitavelmente à ideia de um *direito político das gentes* (*ius gentium*), ou *direito cosmopolita* (*ius cosmopolitanicum*); pelo que, se a uma destas três formas do estado jurídico faltar o princípio que restringe a liberdade externa mediante leis, o edifício das restantes fica inevitavelmente minado e acaba por se derrubar<sup>2</sup> (§ 43).

---

2 KANT, I. *Metafísica dos costumes, parte I – Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. A. Morão. Lisboa: Eds. 70, 2004, p. 125-126.

Entretanto, este modelo já estava constituído de forma completa alguns anos antes, no artigo “Sobre a paz perpétua” (1795 [1ª ed.], 1796 [2ª ed.]), como se pode ler claramente nesta pequena (mas importante) nota de rodapé (cujo conteúdo é novamente repetido, do ponto de vista de sua relação com o instituto da guerra, no suplemento primeiro da segunda edição do mesmo artigo):

Por conseguinte, o postulado que subjaz a todos os artigos seguintes é este: Todos os homens que entre si podem exercer influências recíprocas devem pertencer a qualquer constituição civil. Mas toda a constituição jurídica, no tocante às pessoas que nela estão, é: 1) Uma constituição segundo o direito político dos homens num povo (*ius civilis*); 2) Segundo o direito das gentes dos Estados nas suas relações recíprocas (*ius gentium*); 3) Uma constituição segundo o direito cosmopolita, enquanto importa considerar os homens e os Estados, na sua relação externa de influência recíproca, como cidadãos de um estado universal da humanidade (*ius cosmopolitanum*). Esta divisão não é arbitrária, mas necessária em relação à ideia da paz perpétua. Pois, se um destes Estados numa relação de influência física com os outros estivesse em estado de natureza implicaria o estado de guerra, de que é justamente nosso propósito libertar-se<sup>3</sup>.

Não obstante, de forma dispersa, o mesmo esquema aparece em praticamente todos os famosíssimos artigos de filosofia da história kantiana, como fio condutor de sua filosofia da história, a qual não pode ser considerada senão como uma filosofia progressista, considerando que, em seu curso, os indivíduos vão do pior ao melhor – em oposição seja a uma filosofia regressiva da história, em que se vai do melhor ao pior, como aquela exposta por Rousseau no *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* (1754), seja a uma filosofia cíclica da história, onde aos períodos de regressão seguem-se os períodos de progresso e *vice-versa*, como aquela exposta por Vico em seus *Princípios de ciência nova* (1725 [1ª ed.], 1730 [2ª ed.], 1744 [3ª ed.]) –, sendo o estado de natureza e a federação de Estados republicanos (onde constituir-se-ia a paz perpétua), segundo Kant, o início e o fim, respectivamente, de todo o percurso histórico da humanidade. Os opúsculos kantianos sobre a filosofia da história são, além do citado texto sobre a paz perpétua: “Ideia de uma história universal de um ponto

---

3 Idem. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. A. Mourão. Lisboa: Eds. 70, 2004, p. 127, nota 3.

de vista cosmopolita” (1784), “Resposta à questão: O que é Iluminismo?” (1784), “Conjeturas sobre a origem da história” (1786), “Sobre a expressão corrente: Isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática” (1793), “Se o gênero humano se encontra em progresso contínuo em direção ao melhor” (1798) e “O fim de todas as coisas” (1794).

Esta pequena propedêutica ao esquema geral do pensamento jurídico-político de Kant é importante porque sua teoria das formas de governo, tema deste texto, está inserida completamente no esquema apresentado acima. Ou seja, das três dimensões da teoria do Estado desenvolvida por Kant, a dimensão política (referente ao *ius civilis*, que legisla sobre as relações Estado-indivíduo), a dimensão internacional (referente ao *ius gentium*, que legisla sobre as relações Estado-Estado), e a dimensão cosmopolita (referente ao *ius cosmopolitanum*, que legisla sobre as relações Estado-indivíduos estrangeiros), cuja coroação é a paz perpétua, a teoria das formas de governo é desenvolvida no cerne da primeira, isto é, no cerne do direito civil, embora tenha igualmente implicações tanto no direito das gentes quanto no direito cosmopolita (sendo a principal implicação a necessidade de separação dos poderes, que define aquela forma de governo – a forma republicana, como se sabe – sem a qual não é possível a paz perpétua). Em termos mais precisos, a teoria das formas de governo kantiana é desenvolvida como uma extensão da teoria da separação dos poderes, um dos temas centrais do direito civil kantiano, a qual é apresentada pelo autor da seguinte maneira, na *Metafísica...*:

Cada Estado contém em si três *poderes*, ou seja, a vontade geral unida numa tríplice pessoa (*trias politica*): o *poder soberano* (a soberania) na pessoa do legislador, o *poder executivo* na pessoa do governante (segundo a lei) e o *poder judicial* (como reconhecimento do seu de cada um, segundo a lei) na pessoa do juiz (*potestas legislativa, rectoria et iudiciaria*), à maneira das três proposições de um raciocínio prático: a maior, que contém a lei daquela vontade, a menor, que contém o *mandamento* de proceder de acordo com a lei, isto é, a princípio de subsunção na mesma, e a conclusão, que contém a *decisão judicial* (a sentença), o que é de direito em cada caso<sup>4</sup> (§ 45).

Vê-se que, para Kant, a instituição do poder estatal, que ocorre mediante um contrato em que os indivíduos, não historicamente, mas hipoteticamente, reúnem suas vontades indi-

---

<sup>4</sup> Idem. *Metafísica...*, op. cit., p. 127-128.

viduais numa vontade única, que o autor denomina (inspirando-se em Rousseau) de “vontade geral”. Cria-se um poder central capaz de dirimir legitimamente as contendas *inter* indivíduos – o que antes, no estado de natureza, não poderia ser feito senão mediante o emprego da violência privada, garantindo externamente o “meu” e o “teu” (isto é, o direito à propriedade privada), que antes não possuíam senão uma garantia provisória (concedida pela posse), pode ser concebida como uma “tríplice pessoa”, dividindo-se em três poderes distintos e independentes: o poder legislativo (chamado aqui de “poder soberano”), o poder executivo e o poder judiciário. A relação de hierarquia entre os três poderes é cristalinamente exposta com a comparação da teoria dos três poderes com a sequência de um silogismo, onde o poder legislativo (que é o poder soberano) é apresentado como a “proposição maior”, o poder executivo (que consiste num poder delegado), como a “proposição menor”, e o poder judiciário (que consiste num poder técnico), como a “conclusão”. Sobre a relação dos três poderes entre si, Kant escreve, ainda, o seguinte, na *Metafísica...*:

Os três poderes do Estado estão, pois, *em primeiro lugar*, coordenados entre si como outras tantas pessoas morais (*potestates coordinatae*), isto é, uma pessoa complementa as outras em vista da *integridade* (*complementum ad sufficientiam*) da constituição política; mas, *em segundo lugar*, estão também *subordinadas* (*subordinatae*), de tal modo que uma não pode, ao mesmo tempo, usurpar a função das outras, a que presta apoio, mas tem o seu próprio princípio; ou seja, manda na qualidade de uma pessoa particular, mas sob a condição da vontade de um superior; *em terceiro lugar*, pela união de ambas outorga-se a cada súdito o seu direito. Destes três poderes, considerados na sua dignidade, dir-se-á o seguinte: a vontade do *legislador* (*legislatoris*), no tocante ao meu e ao teu exterior, é *irrepreensível* (*irreprehensibile*), a faculdade executiva do *chefe supremo* (*summi rectoris*) é *incontestável* (*irresistibile*), e a sentença do *juiz supremo* (*supremi iudicis*) é *irrevogável* (inapelável)<sup>5</sup> (§ 48).

---

5 Ibidem, p. 130-131. No § seguinte, escreve, ademais, o seguinte: “Assim, pois, é graças aos três poderes diferentes (*potestas legislativa, executiva, iudiciaria*) que o Estado (*civitas*) tem a sua autonomia, isto é, se configura e se mantém a si mesmo segundo leis da liberdade. – Na sua união reside a *salvação* do Estado (*salus reipublicae suprema lex est*); por ela não se entenderá nem o bem-estar dos cidadãos nem a sua *felicidade*; pois esta pode, provavelmente, conseguir-se de forma muito mais cômoda e desejável (como também afirma Rousseau) no estado de natureza ou ainda sob um governo despótico; mas entende-se o estado da máxima concordância entre a constituição e os princípios jurídicos, ao qual a razão nos obriga a aspirar *mediante* um *imperativo categórico*” (§ 49).

Como comentário ao trecho destacado, pode-se afirmar, primeiro que, para Kant, os três poderes, embora distintos, são “coordenados entre si”, pelo que se deve entender que cada poder “complementa” o outro “em vista da *integridade*” da constituição estatal como um todo, formando não três partes isoladas, mas um todo funcional composto de três partes distintas (mas ainda assim um todo). Segundo, que, conforme dito, tal qual um silogismo, os três poderes são igualmente “subordinados”, no sentido que nenhum pode “usurpar a função dos outros”, possuindo cada poder o seu próprio princípio (dirá Kant ainda, sua própria dignidade), sobre o qual qualquer dos outros dois poderes nada sabe, e, portanto, nada pode opinar. Terceiro, que “pela união de ambas outorga-se a cada súdito o seu direito”, isto é, apenas pela união dos três poderes, coordenados e subordinados entre si, cada indivíduo pode ser considerado como um cidadão com direitos reconhecidos por uma instituição capaz de legislar, outra capaz de executar as leis criadas pela primeira, e uma terceira capaz de julgar cada caso concreto em sua especificidade, numa formulação tradicional da teoria da separação dos três poderes. Interessante também notar a diferença entre os três poderes sob o ponto de vista do direito à propriedade privada (o meu e o teu externos): o poder legislativo é “irrepreensível”, o poder executivo é “incontestável” e o poder judiciário é “irrevogável”. Não se pode ter dúvidas se Kant é ou não um defensor da propriedade privada!

Uma vez exposta, ainda que de forma meramente introdutória, a teoria kantiana dos três poderes (herdada de Rousseau que a havia herdado de Montesquieu), pode-se passar – como veremos à frente – à análise da teoria das formas de governo propriamente dita, que, em Kant, como dito, é subsidiária daquela, isto é, no esquema kantiano, as categorias das formas de governo não podem ser compreendidas separadamente do tema acima exposto. Para a exposição da teoria kantiana das formas de governo recorrerei aos três critérios que Bobbio empregara em seu mencionado curso *A teoria das formas...*: os critérios sistemático, axiológico e teleológico. Sob o ponto de vista sistemático (ou descritivo, classificatório, etc.), é imprescindível a leitura do seguinte trecho do artigo “Sobre a paz perpétua”:

As formas de um Estado (*civitas*) podem classificar-se segundo a diferença das pessoas que possuem o supremo poder do Estado, ou segundo o *modo de governar* o povo, seja quem for o seu governante; a primeira chama-se efetivamente a forma da *soberania* (*forma imperiū*) e só há três formas possíveis, a saber, a soberania é possuída por *um só*, ou por *alguns* que entre

si se religam, ou por *todos* conjuntamente, formando a sociedade civil (*autocracia, aristocracia e democracia*; poder do príncipe, da nobreza e do povo). A segunda é a forma de governo (*forma regiminis*) e refere-se ao modo, baseado na constituição (no ato da vontade geral pela qual a massa se torna um povo), como o Estado faz uso da plenitude do seu poder: neste sentido, a constituição é ou *republicana*, ou *despótica*. O *republicanismo* é o princípio político da separação do poder executivo (governo) do legislativo; o despotismo é o princípio da execução arbitrária pelo Estado de leis que ele a si mesmo deu, por conseguinte, a vontade pública é manejada pelo governante como sua vontade privada<sup>6</sup>.

A primeira distinção a ser ressaltada nesse esquema é aquela entre formas de soberania (*forma imperii*) e formas de governo (*forma regiminis*): as formas de soberania se referem às “pessoas que possuem o supremo poder do Estado”, enquanto as formas de governo, ao “*modo de governar* o povo”. Bem observado, trata-se, esquematicamente, da mesma distinção que os pensadores políticos antigos, como Aristóteles e Políbio, faziam entre quem governa e como governa, sendo a primeira considerada tradicionalmente uma questão quantitativa e a segunda, qualitativa. À primeira questão os antigos costumavam responder da seguinte forma: ou um governa ou poucos governam ou todos governam; enquanto à segunda questão, costumavam responder a seguinte maneira: ou o governo é bom ou é mau, variando de autor para autor o critério de distinção entre ambas as formas, que poderiam ser o respeito às leis (Platão), o bem comum (Aristóteles), a estabilidade (Cícero), etc. Embora utilizando-se de uma linguagem diferente, não se pode dizer que Kant tenha alterado formalmente o quadro antigo: à questão das *forma imperii* Kant dará igualmente uma resposta quantitativa, enquanto à questão das *forma regiminis* sua resposta será, também como faziam os pensadores antigos, qualitativa. Acerca das formas de soberania, Kant afirma que existem três tipos, segundo a soberania seja possuída por “*um só*”, “por *alguns* que entre si se religam” ou “por *todos* conjuntamente”, numa ordem quantitativamente crescente. A primeira é denominada, do ponto de vista formal, *autocracia*, a segunda, *aristocracia*, e a terceira, *democracia*. Do ponto de vista substantivo, a primeira representa o “poder do príncipe”, a segunda, o poder “da nobreza”, e a terceira, “do povo”.

---

6 Idem. *A paz perpétua e...*, op. cit., p. 130.

Não se pode deixar de notar que as diferenças entre a teoria das formas de soberania kantiana, ou pelo menos aquelas expostas no trecho acima, e as considerações antigas acerca da questão sobre quem governa não são senão meramente terminológicas. Primeiramente, enquanto todos os pensadores antigos denominavam como monarquia o governo de um, Kant preferirá o termo autocracia, esclarecendo, no § 51 da *Metafísica...*, que “a expressão ‘*monárquica*’, em vez de ‘autocrática’, não é adequada ao conceito que aqui se pretende; de fato, o *monarca* é aquele que tem o poder *supremo*, ao passo que o *autocrata*, ou o *que manda por si só*, é o que detém *todo* o poder; este é o soberano, aquele unicamente o representa”<sup>7</sup>. Em outras palavras, o termo monarquia consistiria num conceito empírico, enquanto o termo autocracia, num conceito formal, prestando-se o primeiro antes a um estudo fenomenológico e apenas o segundo a um quadro classificatório. Quanto aos dois outros termos, aristocracia e democracia, praticamente todos os grandes pensadores antigos recorreram ao primeiro para se referir ao governo dos poucos, enquanto ao segundo para se referir ao governo dos muitos, variando apenas a consideração axiológica concedida a um ou a outro: embora aristocracia fosse sempre considerada uma forma de governo boa, Platão e Aristóteles consideravam a democracia uma forma má, enquanto Políbio e Cícero considerá-la-ão uma forma boa.

Sobre as formas de soberania, Kant escreveria ainda o seguinte na *Metafísica...* (alguns §§ depois de haver exposto a teoria dos três poderes):

Os três poderes do Estado, que brotam do conceito de uma *comunidade* em geral (*res publica latius dicta*), são apenas outras tantas relações da vontade popular unida, procedente *a priori* da razão, e uma ideia pura de um chefe do Estado, que tem realidade prática objetiva. Mas este chefe (o soberano) é *apenas um produto mental* (que representa o povo inteiro), enquanto faltar uma pessoa física que represente o supremo poder do Estado e proporcione a esta ideia efetividade sobre a vontade do povo. A relação da primeira com a última pode conceber-se, pois, de três modos diferentes: ou *um* manda no Estado em todos, ou alguns, que entre si são iguais, unidos, mandam em *todos* os outros, ou todos juntos mandam em cada um, portanto, também em si mesmos; isto é, a *forma política* é ou *autocrática* ou *aristocrática* ou *democrática*<sup>8</sup> (§ 51).

---

7 Idem. *Metafísica...*, op. cit., p. 154.

8 Ibidem, p. 154.

Pode-se dizer que, neste trecho, Kant apresenta a relação entre a teoria dos três poderes do Estado e a teoria da soberania como uma relação entre teoria e prática, isto é, uma relação entre, no que se refere à primeira, “a vontade popular unida, procedente *a priori* da razão”, e, concernentemente à segunda, “uma ideia pura de um chefe do Estado, que tem realidade prática objetiva”, ressaltando que este chefe não passa de “*um produto mental*” enquanto não se designar “uma pessoa física que represente o supremo poder do Estado e proporcione a esta ideia efetividade sobre a vontade do povo” – confirmando novamente a ideia de que esta pessoa física pode ser um, cuja forma política é a autocracia, alguns, cuja forma política é a aristocracia, ou todos, cuja forma política é a democracia.

Percebe-se, ademais, que, no esquema kantiano, a variação se dá apenas em relação a quem manda e não a quem deve obedecer: no primeiro caso, um, alguns ou todos mandam; no segundo, todos devem sempre obedecer. Dito de outra forma, Kant não reconhece a clássica teoria dos corpos intermediários (que não deve ser confundida com a teoria da separação dos poderes, que consiste numa teoria formal enquanto a teoria dos corpos intermediários consiste numa teoria histórica), presentes em autores como Maquiavel e Montesquieu, segundo a qual entre aqueles que mandam e aqueles que devem unicamente obediência pode haver, em determinadas circunstâncias históricas, uma trama de pequenos poderes sobre os quais o soberano não consegue se impor e sem os quais também não consegue governar. Para Kant (como, de resto, para Hobbes ou Rousseau), um soberano que reconhecesse algum corpo intermediário entre seu poder e os cidadãos não poderia ser considerado um poder soberano, mas sim uma forma débil de poder estabelecida a meio caminho entre o estado de natureza e o estado civil, isto é, a meio caminho entre um poder privado entre outros poderes privados e um poder público verdadeiramente constituído, o que não pode ser considerado senão como um poder que, ao fim e ao cabo, permanece em estado de natureza. Seja uma autocracia, uma aristocracia ou uma democracia, a soberania para Kant é indivisível (e reside apenas no poder legislativo), pelo que se deve entender: não pode ser compartilhada com qualquer outro poder dentro de um mesmo Estado. Não se pode esquecer que, se Kant é um teórico da separação dos poderes como forma de limitação institucional do poder estatal, não o é no que se refere ao direito de resistência como forma de limitação substantiva do mesmo poder.

Exposta a teoria da soberania, referente à questão clássica sobre quem governa, é preciso retornar à segunda questão, que Kant denomina de formas de governo ou *forma regiminis*,

alusiva à questão acerca de como governa. Segundo Kant, as *forma regiminis* são duas, segundo a constituição do Estado seja republicana ou despótica, entendendo por republicanismo “o princípio político da separação do poder executivo (governo) do legislativo”, e, por despotismo, “o princípio da execução arbitrária pelo Estado de leis que ele a si mesmo deu”, onde, portanto, “a vontade pública é manejada pelo governante como sua vontade privada”. Na teoria antiga, que serviu de modelo aos pensadores políticos medievais e modernos, de Tomás a Locke, a distinção básica conhecida, sob o ponto de vista de como governa, era aquela existente entre os governos bons e os maus, retos e corrompidos, positivos e negativos, etc., que muitos pensadores modernos aboliriam, a começar por Maquiavel (embora não completamente) e Hobbes, mas que Kant manterá, embora inove tanto no que se refere à terminologia quanto ao critério de distinção entre as primeiras formas e as formas más.

Sob o ponto de vista terminológico, é sabido que os autores antigos – assim como o farão muitos pensadores políticos modernos – costumavam dar um nome distinto para cada forma: Aristóteles, como se sabe, denominava na *Política* as formas boas de governo de monarquia, aristocracia e πολιτεία [politeia], e as formas más, respectivamente, de tirania, oligarquia e democracia. Estes termos seriam mantidos por Políbio em *História* e Cícero em *Da república*, salvo no que se refere ao governo dos muitos, que ambos denominariam de democracia, no que se refere à forma boa, e oclocracia, referentemente à forma má (distinção também utilizada por Aristóteles na *Ética a Nicômacos*). Kant, entretanto, denominará como republicanas todas as formas de governo boas, e despóticas, todas as más, utilizando uma terminologia dupla quando quiser se referir a uma forma específica. A saber: autocracia republicana (forma boa do governo de um) e autocracia despótica (forma má do governo de um), aristocracia republicana (forma boa do governo de alguns) e aristocracia despótica (forma má do governo de alguns), democracia republicana (forma boa do governo de todos) e democracia despótica (forma má do governo de todos). Note-se ainda que, enquanto todos os termos relativos às formas de soberania são de origem grega, o termo república é retirado do léxico político romano (que será preferido também por autores como Maquiavel, Vico e Montesquieu, mais influenciados pela cultura romana do que pela cultura grega). Não obstante, também o termo despotismo é retirado do léxico político grego, embora o sentido específico que possuía entre os gregos – de governo do senhor sobre os servos – perca parte do seu sentido original para Kant (que se estende a todas

as formas más): não se considera despótico apenas um governo senhorial, mas todo e qualquer governo que não possua uma constituição republicana. Em outras palavras, todo governo que não seja republicano será compatível com um governo de senhores sobre servos.

Quanto ao que distingue uma forma de outra, a forma republicana da forma despótica, trata-se, para Kant, de um critério institucional: na primeira são separados os poderes executivo e legislativo; enquanto na segunda, não o são. Assim, considera-se como republicana uma constituição em que estão institucionalmente separados o poder que cria as leis e o poder que as executa, o poder soberano e o poder delegado, ao passo que, inversamente, uma constituição em que o poder que cria as leis se encontra na mesma instituição que o poder que as executa é considerada despótica. Como disse acima, no âmbito da diversidade doutrinária do liberalismo europeu, Kant se filiará à tradição continental, que defende a limitação interna do poder estatal (proposta por Montesquieu) – a separação dos poderes –, e não à tradição anglicana, que defende a limitação externa do mesmo poder (proposta por Locke) – o direito de resistência. Essa será igualmente, como veremos à frente, uma das críticas kantianas à democracia antiga, considerada um poder essencialmente despótico.

Mas, para analisar mais detidamente o republicanismo e o despotismo em Kant, é preciso passar do critério sistemático ao critério axiológico (ou valorativo, normativo, prescritivo, deontológico, etc.), utilizado secularmente não só para distinguir as boas formas de governo das más, mas, sobretudo, para apontar a melhor e a pior formas. Sobre o princípio republicano (ou forma de governo boa), Kant escreve o seguinte, no artigo “Sobre a paz perpétua”:

A constituição fundada, em primeiro lugar, segundo os princípios da *liberdade* dos membros de uma sociedade (enquanto homens); em segundo lugar, em conformidade com os princípios da *dependência* de todos em relação a uma única legislação comum (enquanto súditos); e, em terceiro lugar, segundo a lei da *igualdade* dos mesmos (enquanto cidadãos) é a única que deriva da ideia do contrato originário, em que se deve fundar toda a legislação jurídica de um povo – é a constituição *republicana*. Esta é, pois, no tocante ao direito, a que em si mesma subjaz a todos os tipos de constituição civil<sup>9</sup>.

---

9 KANT, I. *A paz perpétua e...*, op. cit., p. 127-128.

Vê-se, pela leitura deste trecho, que a constituição republicana possui, segundo Kant, três características básicas, em conformidade simultaneamente com as três dimensões do contrato social (que a institui) e as três dimensões assumidas pelos indivíduos que participam do mesmo. A primeira das três dimensões é a da liberdade, que se refere aos indivíduos “enquanto homens” e, portanto, consiste num direito natural, que, enquanto tal, existe tanto na sociedade pré-civil quanto apenas a república garante que subexista na sociedade civil (lembrando que, no contratualismo kantiano, assim como no lockeano, o contrato social não funda a sociedade, que já existe no estado natural, mas apenas a sociedade civil). A segunda dimensão é a da dependência, que se refere aos indivíduos “enquanto súditos” e, portanto, concernente à sua relação com outros indivíduos com os quais ingressa na sociedade civil, ou seja, submetem-se a “uma única legislação comum” que garanta o meu e o teu externos. A terceira dimensão é a da igualdade, que atine aos indivíduos “enquanto cidadãos” e, portanto, enquanto membros iguais perante o direito civil (lembrando-se que Kant subescreve dois tipos de cidadania, uma passiva e uma ativa, segundo o súdito tenha ou não direito a voto no Estado, sendo mais propriamente da cidadania ativa que trata aqui).

Note-se, ademais, o escalonamento das três dimensões: não se pode, nesse esquema, ter igualdade sem dependência nem dependência sem liberdade, assim como não se pode ser cidadão sem ser súdito nem súdito sem ser homem, o que ocorre pelo fato de que, teleologicamente, quando se caminha da liberdade à igualdade, passando pela dependência, assim como da humanidade à cidadania (ativa), passando pela condição de súdito, está-se caminhando do estado natural à sociedade civil. Da primeira dimensão do contrato social à segunda, passa-se do estado natural à sociedade civil propriamente, enquanto da segunda dimensão à terceira, constitui-se a forma de governo republicana, que, segundo o filósofo de Königsberg, “é a única que deriva da ideia do contrato originário, em que se deve fundar toda a legislação jurídica de um povo”. Comparado com a república, poder-se-ia dizer, o despotismo é capaz apenas de passar da primeira à segunda dimensão do contrato social, da liberdade à dependência, mas não desta à terceira, à igualdade, prejudicando, portanto, toda a constituição do direito público, transformando os homens em súditos, mas não em cidadãos (ativos).

É preciso recordar igualmente que, para Kant, a instituição do governo republicano por parte de todos os Estados consiste no primeiro artigo definitivo para a instituição da paz perpétua sendo igualmente necessária para a instituição tanto do direito das gentes, no âmbito da sociedade civil internacional, quanto do direito cosmopolita, no âmbito da sociedade cosmopolita<sup>10</sup>. Portanto, a constituição republicana é importante não apenas do ponto de vista das relações Estado-indivíduo, mas, outrossim, do ponto de vista das relações Estado-Estado e das relações Estado-indivíduos estrangeiros. Em outras palavras, a república é uma forma de governo boa tanto do ponto de vista da política doméstica quanto da política internacional (aspecto para o qual os pensadores políticos antigos concediam parca atenção).

Sobre as formas despóticas (ou formas más), por outro lado, Kant escreve o que segue:

Um *governo* que fosse ao mesmo tempo legislador teria de se denominar *despótico*, por contraposição a patriótico; por governo patriótico não se deve entender o *paternal* (*regimen paternale*), o mais despótico de todos (trata os cidadãos como crianças), mas um governo *nacional* (*regimen civitatis et patriae*), em que o próprio Estado (*civitas*) trata os seus súditos, por assim dizer, como membros de uma família, mas ao mesmo tempo como cidadãos, isto é, segundo as leis da sua própria independência, de modo que cada um se possua a si mesmo e não dependa da vontade absoluta de outrem, que está a seu lado ou acima dele. O soberano do povo (o legislador) não pode, pois, ser ao mesmo tempo o *governante*, pois este está sob a lei e obrigado por ela, logo, por *outro*, a sujeitar-se ao soberano<sup>11</sup> (*Metafísica...*, § 49).

---

10 Rousseau afirmava, inversamente, sobre as formas despóticas, em seu Extrato e julgamento do projeto de paz perpétua do abade de Saint-Pierre (1756): “Com efeito, é fácil entender que a guerra e a conquista fora do território nacional e o despotismo no seu interior se apoiam mutuamente; que dinheiro e homens são tornados à vontade de um povo escravizado para dar a outros povos o mesmo destino; e que a guerra oferece um pretexto para extrair recursos da população, e outro, não menos plausível, para manter grandes exércitos de prontidão para manter o povo subjugado. Em suma, todos podem ver que os monarcas agressivos levam a guerra pelo menos tanto a seus súditos como a seus inimigos, e que a nação conquistadora não fica em melhor situação do que a conquistada”. (ROUSSEAU, J.-J. Extrato e julgamento do projeto de paz perpétua de Abbé de Saint-Pierre. *Rousseau e as relações internacionais*. Trad. S. Bath. São Paulo: Imprensa Oficial; Brasília, UnB/IRPI, 2003, p. 103).

11 KANT, I. *Metafísica...*, op. cit., p. 131.

Para Kant, conforme já afirmado, despóticos são os governos onde o poder legislativo e o poder executivo não se encontram separados, mas reunidos num só poder: se o mesmo poder que cria as leis se confunde com o poder que as executa, a autonomia (ou, melhor dizendo, da liberdade entendida como autonomia, tal qual já havia sido descrita por Rousseau, de cujo *Contrato social* Kant será um ávido leitor), característica segundo a qual os súditos são tratados “segundo as leis da sua própria independência, de modo que cada um se possua a si mesmo e não dependa da vontade absoluta de outrem, que está a seu lado ou acima dele” (em outras palavras, são tratados “como cidadãos”), princípio básico do republicanismo continental, se desfaz e o governo não pode ser descrito senão como despótico. O princípio explicativo desta concepção decorre do que já foi exposto acerca dos três poderes: uma vez que o poder legislativo (que pode ser autocrático, aristocrático ou democrático) é soberano, não pode, simultaneamente, ser, como o poder executivo, delegado, o qual “está sob a lei e obrigado por ela” e, portanto, deve “sujeitar-se ao soberano”. Dito de outra maneira, o poder legislativo não pode ser delegado sem perder seu caráter soberano, nem o poder executivo pode ser soberano sem perder seu caráter delegado, o que redundaria em contradição formal. Como no despotismo estes dois poderes se encontram reunidos num só, cada poder perde sua dignidade própria e passa a desempenhar as funções um do outro, isto é, tanto o poder executivo passa a legislar quanto o poder legislativo passa, simultaneamente, a executar as leis, desaparecendo, na prática, com a ausência da separação dos poderes, a limitação do poder representada por um poder frente ao outro. Nessa situação, o poder estatal tende à arbitrariedade e os cidadãos, a perder sua liberdade.

A relação antitética entre a liberdade e o despotismo pode ser entrevista igualmente quando Kant aponta o governo paternal, definido como aquele que “trata os cidadãos como crianças”, como o governo “mais despótico de todos”. A crítica ao governo paternalista pode ser encontrada em diversos textos kantianos, como no artigo “Sobre a expressão corrente...”, no qual se pode ler o seguinte:

Um governo que se erigisse sobre o princípio da benevolência para com o povo à maneira de um *pai* relativamente aos seus filhos, isto é, um governo *paternal* (*imperium paternale*), onde, por conseguinte, os súditos, como crianças menores que ainda não podem distinguir o que lhes é verdadeiramente útil ou prejudicial, são obrigados a comportar-se apenas de modo passivo, a fim de esperarem somente do *juízo* do chefe do Estado a maneira

como *devem* ser felizes, e apenas da sua bondade que ele também o queira – um tal governo é o maior *despotismo* que pensar se pode (constituição que suprime toda a liberdade dos súditos, os quais, por conseguinte, não têm direito algum)<sup>12</sup>.

O governo paternal é aquele que se comporta como um pai em relação a seus súditos, que são, por sua vez, tratados como filhos. O princípio deste governo (o qual pode ser igualmente, do ponto de vista da soberania, uma autocracia, uma aristocracia ou uma democracia) não é a autonomia (que define a república), mas a eudemonia, isto é, a busca da felicidade: como, neste governo, os súditos são considerados incapazes de “distinguir o que lhes é verdadeiramente útil ou prejudicial”, por serem considerados eternamente menores de idade (lembre-se que Kant definiu o Iluminismo, no artigo “Resposta à pergunta...”, como “a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado”, sendo esta considerada como “a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem”<sup>13</sup>), sendo “obrigados a comportar-se apenas de modo passivo, a fim de esperarem somente do *juízo* do chefe do Estado a maneira como *devem* ser felizes, e apenas da sua bondade que ele também o queira”, desaparece por completo sua autonomia, e, com esta, o conteúdo substantivo de sua liberdade. Um governo baseado na eudemonia não pode ser considerado, portanto, senão, não somente como um despotismo, mas como “o maior *despotismo* que pensar se pode”, ou seja, como uma “constituição que suprime toda a liberdade dos súditos” e na qual estes, conseguintemente, “não têm direito algum”. Se o despotismo é a forma de governo que, baseada na não separação entre os poderes executivo e legislativo, suprime a autonomia dos indivíduos, tornando-os não livres, o governo paternalista, que não passa de uma forma (a mais excessiva) de despotismo, é aquele que não faz senão travestir a falta de autonomia em eudemonia, isto é, travestir um princípio mau num falso princípio bom, escamoteando suas verdadeiras garras. Não por outro motivo, o paternalismo seria criticado em todas as teorias políticas liberais, a começar pelos escritos de maturidade de Locke.

Entretanto, como disse acima, o critério axiológico não serve apenas para apontar entre as formas de governo aquelas que são boas e aquelas que são más, mas, sobretudo, para indi-

---

12 Idem. *A paz perpétua e...* op. cit., p. 75.

13 Ibidem, p. 11.

car, entre as formas boas, a melhor, e, entre as formas más, a pior. Dizer que o republicanismo define as formas boas de governo não diz nada a respeito de qual a melhor forma, se a autocracia republicana, a aristocracia republicana, etc. Assim como dizer que o despotismo define as formas más de governo não permite deduzir-se qual a pior forma, se a autocracia despótica, a aristocracia despótica, etc. Este ponto é bastante importante no pensamento jurídico-político kantiano, uma vez que o autor, em verdade, não trata em nenhum momento das demais formas de governo que não aquelas que considera a melhor e a pior formas, respectivamente: a autocracia republicana e a democracia despótica. Contudo, se com relação às *forma regiminis* não há qualquer dificuldade em apontar a melhor e a pior formas (a república é a forma boa; o despotismo, a má), é preciso analisar por que, entre as três *forma imperii*, Kant considera a autocracia a melhor (e também por que considera a democracia a pior). Sobre este ponto, um trecho da *Metafísica...* fornece a explicação:

Facilmente se vê que a forma autocrática do Estado é a mais simples, isto é, consiste na relação de um (o rei) com o povo, portanto, nela só um é legislador. A aristocrática *compõe-se* já de duas relações: a dos notáveis (enquanto *legisladores*) entre si para constituir o soberano, e depois a deste soberano com o povo; mas a democrática é a mais complexa, porque se trata de unificar, primeiro, a vontade de todos para, a partir daí, formar um povo, em seguida, a dos cidadãos para formar uma comunidade e, depois, pôr à cabeça dessa comunidade o soberano, que é esta própria vontade associada. Quanto à *administração* do direito no Estado, a forma mais simples é, sem dúvida, também a melhor, mas, no tocante ao próprio *direito*, é a mais perigosa para o povo, se pensarmos no despotismo a que, com tanta insistência, ela convida. Simplificar é, efetivamente, a máxima racional no mecanismo da união do povo por meio de leis coercivas: quando todos no povo são passivos e obedecem a um, que está sobre eles; mas isto não suscita nenhum súdito como *cidadão*<sup>14</sup> (§ 51).

No trecho acima, Kant compara as diversas formas de soberania entre si, sob dois pontos de vista: 1) quanto à da relação entre os poderes executivo e legislativo; e 2) quanto à administração do direito. Em ambas, a explicação que elege a autocracia como a melhor constituição e a democracia como a pior se pauta pelo mesmo critério: o grau crescente de complexidade. Sob

---

14 KANT, I. *Metafísica...* op. cit., p. 154-155.

o primeiro ponto de vista, afirma-se que, na autocracia, só existe uma relação de poder, entre o rei e o povo; ao passo que, na aristocracia, existem dois tipos de relação, dos notáveis entre si e destes com relação ao povo (partindo-se do pressuposto de que tanto os notáveis quanto o povo já se encontram formados); e, por fim, na democracia, existem três tipos de relação, entre os indivíduos para formarem um povo, entre o povo para formar uma comunidade de cidadãos e entre os cidadãos para elegerem o soberano. Dessa forma, percebe-se que a simplicidade diminui (ou a complexidade aumenta) da autocracia para a democracia, passando pela aristocracia: no governo de um, apenas um indivíduo é legislador (o rei) e, portanto, esta forma é “a mais simples”; enquanto, no governo de alguns, urge inicialmente a necessidade de, a partir de uma coletividade de legisladores, constituir o soberano pela unificação das vontades individuais, a partir da relação de alguns (os notáveis) entre si, e, posteriormente, da relação destes para com o povo, possuindo uma complexidade intermediária. E finalmente, no governo de todos, é preciso primeiramente formar o povo a partir da vontade de todos, depois, como o povo não pode ser integralmente composto de cidadãos (lembre-se que Kant, como dito, é um causídico do sufrágio restrito e da distinção entre cidadania ativa e cidadania passiva), constituir uma comunidade de cidadãos (mais especificamente: uma comunidade de cidadãos ativos), e, enfim, esta comunidade deverá eleger um soberano, que nada mais pode ser que “esta própria vontade [do povo] associada” – sendo, portanto, esta forma “a mais complexa”. Percebe-se facilmente o movimento crescente de complexidade da primeira à última forma à medida que se dá a devida atenção ao fato de que a constituição da relação de soberania se dá num movimento unitário na forma autocrática, binário na forma aristocrática e ternário na forma democrática. Quem considerar, como Kant, que a simplicidade é o critério mais adequado para a escolha da melhor forma de soberania (argumento que já havia sido apresentado por Hobbes) não pode deixar de considerar a autocracia (a forma mais simples) como a melhor forma, e a democracia (a forma mais complexa) a pior. À mesma conclusão chegará Hobbes.

Sob o segundo ponto de vista, a administração do direito, Kant repete a mesma argumentação e chega às mesmas conclusões, afirmando que “a forma mais simples é, sem dúvida, também a melhor”, com a ressalva de que é, contudo, e não obstante, “a mais perigosa para o povo”, isto é, é também aquela que mais facilmente convida ao despotismo. Kant afirma que, se “simplificar é, efetivamente, a máxima racional no mecanismo da união do povo por meio

de leis coercivas”, o máximo de simplificação seria “quando todos no povo são passivos e obedecem a um, que está sobre eles”, o que se aproxima (Kant utiliza o verbo “convida”) fortemente ao despotismo, embora, diga-se, não se confunda necessariamente com ele, segundo pensam em geral os críticos do regime monárquico (a começar pelos monarcômacos).

Esse trecho parece semear, à primeira vista, um princípio de confusão. Todavia, é preciso lembrar que, para Kant, autocracia não é sinônimo (nem antônimo) de despotismo, uma vez que ambas são categorias de natureza conceitual diferentes: a primeira pertence às *forma imperii*, enquanto a segunda, às *forma regiminis*. Ou seja, a autocracia não implica necessariamente em despotismo (uma vez que aquela pode ser tanto republicana quanto despótica) assim como o despotismo não implica necessariamente em autocracia (uma vez que aquele pode ser tanto autocrático quanto aristocrático ou democrático). O fato de Kant defender especificamente a autocracia republicana (e não a despótica) pode ser entrevisto cabalmente neste pequeno trecho (escrito em nota de rodapé) do artigo “Se o gênero humano se encontra em progresso contínuo em direção ao melhor”: “*Reinar* autocraticamente e, no entanto, *governar* à maneira republicana, isto é, no espírito do republicanismo e analogamente a ele, tal é o que contenta um povo em relação à sua constituição”<sup>15</sup>. Mais à frente, no mesmo artigo, repete-se a mesma ideia:

(...) mas provisoriamente (porque aquele [Estado concebido em consonância com o direito natural] não ocorrerá tão cedo) é dever dos monarcas, embora reinem *autocraticamente*, governar, no entanto, de modo *republicano* (não democrático), isto é, tratar o povo segundo princípios conformes ao espírito das leis de liberdade (como um povo de matura razão a si mesmo as prescreveria), se bem que quanto à letra não seja consultado acerca da sua aquiescência<sup>16</sup>.

O exemplo histórico de autocracia republicana Kant encontra em sua própria pátria, no governo de Frederico II (que, contudo, sequer possuía separação dos poderes!), a respeito do qual escreve o seguinte, no artigo “Resposta à pergunta: O que é o Iluminismo?”:

Mas também só aquele que, já esclarecido, não teme as sombras e que, ao mesmo tempo,

---

15 Idem. *O conflito das faculdades*. Trad. A. Mourão. Lisboa: Eds. 70, 1993, p. 104, nota 21.

16 Ibidem, p. 108-109.

dispõe de um exército bem disciplinado e numeroso para garantir a ordem pública, pode dizer o que a um Estado livre não é permitido ousar: ‘Raciocinai tanto quanto quiserdes e sobre o que quiserdes; mas obedecei!’ Revela-se aqui um estranho e não esperado curso das coisas humanas; como, aliás, quando ele se considera em conjunto, quase tudo aí é paradoxal. Um grau maior da liberdade civil parece vantajosa para a liberdade do espírito do povo, no entanto, estabelece-lhe limites intransponíveis; um grau menor cria-lhe, pelo contrário, o espaço para ela se alargar segundo toda a sua capacidade<sup>17</sup>.

Se a melhor forma de soberania, para Kant é, em vista da sua simplicidade, a autocracia – portanto, a melhor constituição só pode ser a autocracia republicana; a pior forma de soberania, pelo mesmo critério, mas analisado invertidamente, ou seja, em virtude da sua complexidade, é a democracia – portanto, a pior constituição é, e só pode ser, a democracia despótica. Sobre a relação entre democracia e despotismo, no artigo “Sobre a paz perpétua”, pode-se ler o que segue:

Das três formas de Estado, a democracia é, no sentido próprio da palavra, necessariamente um *despotismo*, porque funda um poder executivo em que todos decidem sobre e, em todo o caso, também contra *um* (que, por conseguinte, não dá o seu consentimento), portanto, todos, sem no entanto serem todos, decidem – o que é uma contradição da vontade geral consigo mesma e com a liberdade. Toda a forma de governo que não seja *representativa* é, em termos estritos, uma *não-forma*, porque o legislador não pode ser ao mesmo tempo executor da sua vontade numa e mesma pessoa (como também a universal da premissa maior num silogismo não pode ser ao mesmo tempo a subsunção do particular na premissa menor); e, embora as duas outras constituições políticas sejam sempre defeituosas porque proporcionam espaço a um tal modo de governo, é nelas ao menos possível que adotem um modo de governo conforme com o *espírito* de um sistema representativo como, por exemplo, Frederico II ao *dizer* que ele era simplesmente o primeiro servidor do Estado, ao passo que a constituição democrática torna isso impossível porque todos querem ser soberano<sup>18</sup>.

Neste trecho transparece de forma indubitável todo o antidemocratismo kantiano: embora em seu esquema, como visto, a democracia possa ser formalmente tanto republicana

---

17 KANT, I. *A paz perpétua e...* op. cit., p. 18.

18 *Ibidem*, p. 130-131.

quanto despótica, Kant não titubeia em dizer que, em verdade, “a democracia é, no sentido próprio da palavra, necessariamente um *despotismo*”, ou seja, a democracia é, dentre as formas *forma imperii* possíveis, aquela em que – percebe-se o uso do termo “necessariamente” por parte do autor – o poder executivo se confunde com o poder legislativo. Isso ocorre porque, enquanto na autocracia o rei se distingue facilmente do povo, e, na aristocracia, os notáveis se distinguem de igual maneira do povo, na democracia o povo é, inescapavelmente, a um só tempo, legislador e executor das leis, tornando a separação dos poderes, se possível teoricamente, impossível na prática. Por isso, em suas palavras, “embora as duas outras constituições políticas [a autocracia e a aristocracia] sejam sempre defeituosas porque proporcionam espaço a um tal modo de governo [o governo despótico], é nelas ao menos possível que adotem um modo de governo conforme com o *espírito* de um sistema representativo”, enquanto “a constituição democrática torna isso impossível”.

Todavia, é preciso dizer que, embora Kant não tivesse igualmente nenhum apreço pela democracia representativa moderna (o que transparece em sua defesa do sufrágio restrito e em sua crítica ao direito de resistência dos súditos), pode-se comprovar que o trecho acima se refere especialmente à democracia antiga, baseada na instituição da *ἐκκλησία* [assembleia], o que fica claro mais à frente, no mesmo artigo, quando se afirma o seguinte: “Nenhuma das denominadas repúblicas antigas conheceu este sistema [representativo] e tiveram de dissolver-se efetivamente no despotismo, que, sob o poder supremo de um só, é ainda o mais suportável de todos os despotismos”<sup>19</sup>. Se, para Kant, a democracia é essencialmente um despotismo, a democracia moderna o seria apenas na prática, enquanto a democracia antiga o seria na teoria e na prática.

O último critério bobbio é o teleológico (ou histórico, diacrônico, cronológico, etc.), utilizado desde os autores antigos até os modernos para fazer compreender, a partir da teoria das formas de governo, o curso histórico dos Estados. Disse, no início deste texto, que Kant possui uma teoria progressista da história, isto é, uma teoria que vai do pior ao melhor. Depois de expostos os critérios sistemático e axiológico da teoria das formas de governo kantiana, não se pode ter dúvida de que, do ponto de vista teleológico, a teoria kantiana somente pode se interessar por apontar o sentido que vai do despotismo à república (ou das diversas formas

---

19 Ibidem, p. 132.

despóticas às formas republicanas). Em outras palavras, o τέλος [télōs] da teoria das formas de governo kantiana não é outro senão a república. O melhor trecho que posso encontrar a respeito deste ponto é o seguinte, retirado do artigo “Se o gênero humano...”:

A causa moral aqui interveniente é dupla: primeiro, é a do *direito* de que um povo não deve ser impedido por outros poderes de a si proporcionar uma constituição civil, como ela se lhe afigurar boa; em segundo lugar, a do *fim* (que é ao mesmo tempo dever), de que só é em si *legítima* e moralmente boa a constituição de um povo que, por sua natureza é capaz de evitar, quanto a princípios, a guerra ofensiva – tal não pode ser nenhuma outra a não ser a constituição republicana, pelo menos segundo a ideia, por conseguinte, apta para ingressar na condição graças à qual é afastada a guerra (fonte de todos os males e corrupção dos costumes), e assim se assegura negativamente ao gênero humano, em toda a sua fragilidade, o progresso para o melhor, pelo menos, não ser perturbado na progressão<sup>20</sup>.

Neste trecho, Kant apresenta uma “causa dupla” em função da qual, do ponto de vista político, o τέλος [télōs] do progresso da humanidade não pode ser outro que não a constituição de um governo republicano (como coroação da escatologia que segue as etapas explicitadas no início deste texto, quais sejam: estado natural → sociedade civil → sociedade civil internacional → sociedade cosmopolita → paz perpétua): em primeiro lugar, o *direito* que todo povo tem de escolher a constituição civil que lhe parecer melhor; e, em segundo lugar, o fim segundo o qual só pode ser considerada “em si *legítima* e moralmente boa” a constituição republicana (entre outros motivos porque é a única capaz de evitar a guerra ofensiva, que é uma guerra injusta). A primeira causa, do direito, representa o ideal moral que perpassa toda a filosofia política kantiana: a liberdade (exposta já em sua *opus magnum* de 1787: a *Crítica da razão pura*). Segundo a filosofia kantiana, nenhum povo pode ser impedido por qualquer outro poder, interno ou externo, de escolher sua própria forma de governo, “como ela se lhe afigurar boa”, embora esta causa seja limitada pela segunda causa mencionada, que afirma que o único fim legítima e moralmente aceitável é a constituição republicana (lembre-se: aquela em que o poder executivo e o poder legislativo se encontram separados). Percebe-se claramente o caráter limitativo da segunda causa, ademais, se se prestar atenção ao fato de que a constituição republicana não

---

20 KANT, I. *O conflito das...* op. cit., p. 102.

é considerada apenas um fim, mas “ao mesmo tempo [um] dever”, ou seja, não somente algo que se pode buscar, mas simultaneamente algo que se deve buscar. Em outras palavras, sob nenhum aspecto pode ser considerada – ao menos do ponto de vista ideal – a possibilidade de o despotismo ser um τέλος [télōs] para a história humana, o que seria contrário não apenas à razão, mas igualmente à moral.

Entretanto, se, do ponto de vista ideal, a república é o fim da teleologia kantiana, poder-se-ia perguntar se existe algum ponto na história que aponte para a realização desse fim, um ponto que indique que a história ideal progressiva, tal qual exposta por Kant, possa ser realizada, quer dizer, que indique que a história não caminha do pior ao melhor apenas idealmente, mas também na realidade. Kant expõe a necessidade de encontrar um acontecimento histórico que confirme (embora não sirva como predição para) sua tese no mesmo artigo, afirmando o seguinte:

Na espécie humana, deve ocorrer qualquer experiência que, enquanto evento, indica uma constituição e aptidão suas para ser *causa* do progresso para o melhor e (já que tal deve ser o ato de um *ser* dotado de liberdade) seu *autor*; mas a partir de uma causa dada não se pode predizer um acontecimento como efeito, quando se produzem as circunstâncias que nele colaboram. Mas que estas últimas se devam produzir em qualquer momento é o que, decerto, se pode predizer em geral, como no cálculo da probabilidade em jogo; mas não pode determinar-se se tal ocorrerá na minha vida e se farei uma experiência sua, que confirme aquela predição. Importa, pois indagar um acontecimento que aponte, de modo indeterminado quanto ao tempo, para a existência de semelhante causa e também para o ato da sua causalidade no gênero humano, e que permita inferir a progressão para o melhor, como consequência inelutável, inferência que, em seguida, se poderia estender à história do tempo passado (de que se esteve sempre em progresso); porém, de maneira que aquele acontecimento não se deva olhar como a sua causa, mas somente como indicativo, como *senal histórico* (*signum rememorativum, demonstrativum, prognosticon*), e poderia, por isso, demonstrar a *tendência* do gênero humano olhada no seu *todo*, isto é, não segundo os indivíduos (pois tal proporcionaria uma enumeração e uma contagem intermináveis), mas quanto ao modo como na Terra se encontram divididos em povos e Estados<sup>21</sup>.

---

21 Ibidem, p. 100-101.

Esse acontecimento histórico Kant encontra na Revolução Francesa, cujas referências são inúmeras em sua obra. Limito-me à citação de apenas uma, presente ainda no mesmo artigo:

A revolução de um povo espiritual, que vimos ter lugar nos nossos dias, pode ter êxito ou fracassar; pode estar repleta de miséria e de atrocidades de tal modo que um homem bem pensante, se pudesse esperar, empreendendo-a uma segunda vez, levá-la a cabo com êxito, jamais, no entanto, se resolveria a realizar o experimento com semelhantes custos – esta revolução, afirmo, depara todavia, nos ânimos de todos os espectadores (que não se encontram enredados neste jogo), com uma *participação* segundo o desejo, na fronteira do entusiasmo, e cuja manifestação estava, inclusive, ligada ao perigo, que, por conseguinte, não pode ter nenhuma outra causa a não ser uma disposição moral no gênero humano<sup>22</sup>.

A Revolução Francesa foi a principal revolução liberal moderna (embora não tenha sido a primeira), pondo definitivamente fim ao modelo político despótico do *Ancien Regime* na França e instituindo, pela primeira vez naquela nação, como modelo para as demais, o princípio republicano da separação dos poderes (pelo que foi denominada por um pensador anti-liberal como Burke de “odioso fantasma” que “brotou da sepultura da monarquia francesa assassinada”). Para Kant (embora não fosse um pensador revolucionário, mas reformista), a Revolução Francesa “não pode ter nenhuma outra causa a não ser uma disposição moral no gênero humano”, ou seja, independentemente de seu êxito ou fracasso, suas carências e excessos, etc., trata-se, enquanto grande acontecimento histórico, de um evento que oferece provas suficientes de que a humanidade é capaz de progredir do pior para o melhor, isto é, do despotismo para a república, pondo-se a caminho daquele único *τέλος* [télōs] que se pode considerar como propalado pela moral. O que quer dizer que, mesmo que a Revolução Francesa houvesse falhado,

---

22 Ibidem. Kant se referira à Revolução Francesa também numa em nota de rodapé do § 65 da *Crítica da faculdade de julgar* (1790), onde se diz: “Por ocasião de uma transformação total, recentemente empreendida, de um grande povo num *Estado*, nos servimos muito apropriadamente e com frequência da palavra *organização*, para o estabelecimento das magistraturas etc. e até de todo o corpo estatal. Na verdade cada membro deve ser certamente determinado num todo desse tipo, não simplesmente como meio, mas também como fim e, na medida em que colabora na possibilidade do todo, deve ser por sua vez determinado mediante a idéia do todo, segundo seu lugar e sua função” (KANT, I. *Crítica da faculdade do juízo*. Trad. V. Rohden/A. Marques. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1995, p. 217, nota 21).

a simples insurgência de tal revolução em sua época servia como indício de que o progresso moral da humanidade se daria, como via principal, pelo estabelecimento da forma de governo republicana.

## Bibliografia

AZOUVI, François; BOUREL, Dominique. *De Königsberg a Paris: la réception de Kant en France (1788-1804)*. Paris: Vrin, 1991, 290 p.

BOBBIO, Norberto. Kant e a Revolução Francesa. In: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. C.N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 131-141.

\_\_\_\_\_. Kant e as duas liberdades. In: BOBBIO, Norberto. *Ensaio escolhidos: história do pensamento político*. Trad. S. Bath. São Paulo: C.H. Cardim, s/d, p. 21-34 [também como: BOBBIO, Norberto. Kant e as duas liberdades. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Org. M. Bovero. Trad. D.B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 101-113].

\_\_\_\_\_. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. A. Fait. Rev. E.R. Martins. Brasília: UnB, 1997, 168 p. [Também como: BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. A. Fait. São Paulo: Mandarin, 2000, 266 p.].

BOVERO, Michelangelo. Ética e política entre maquiavelismo e kantismo. Trad. L.M. Mariconda/P.R. Mariconda. *Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, n. 25, p. 141-166, 1995.

BUHR, Manfred. *Immanuel Kant: introdução à vida e à obra*. Trad. A.V. Serrão. Lisboa: Caminho, 1989, 150 p.

CASSIRER, Ernst. Kant and Rousseau. *Rousseau, Kant, Goethe: two essays*. Trad. J. Gutmann/P.O. Kristeller/J.H. Randall Jr. Princeton: Princeton U.P., 1963 [1945], p. 01-60.

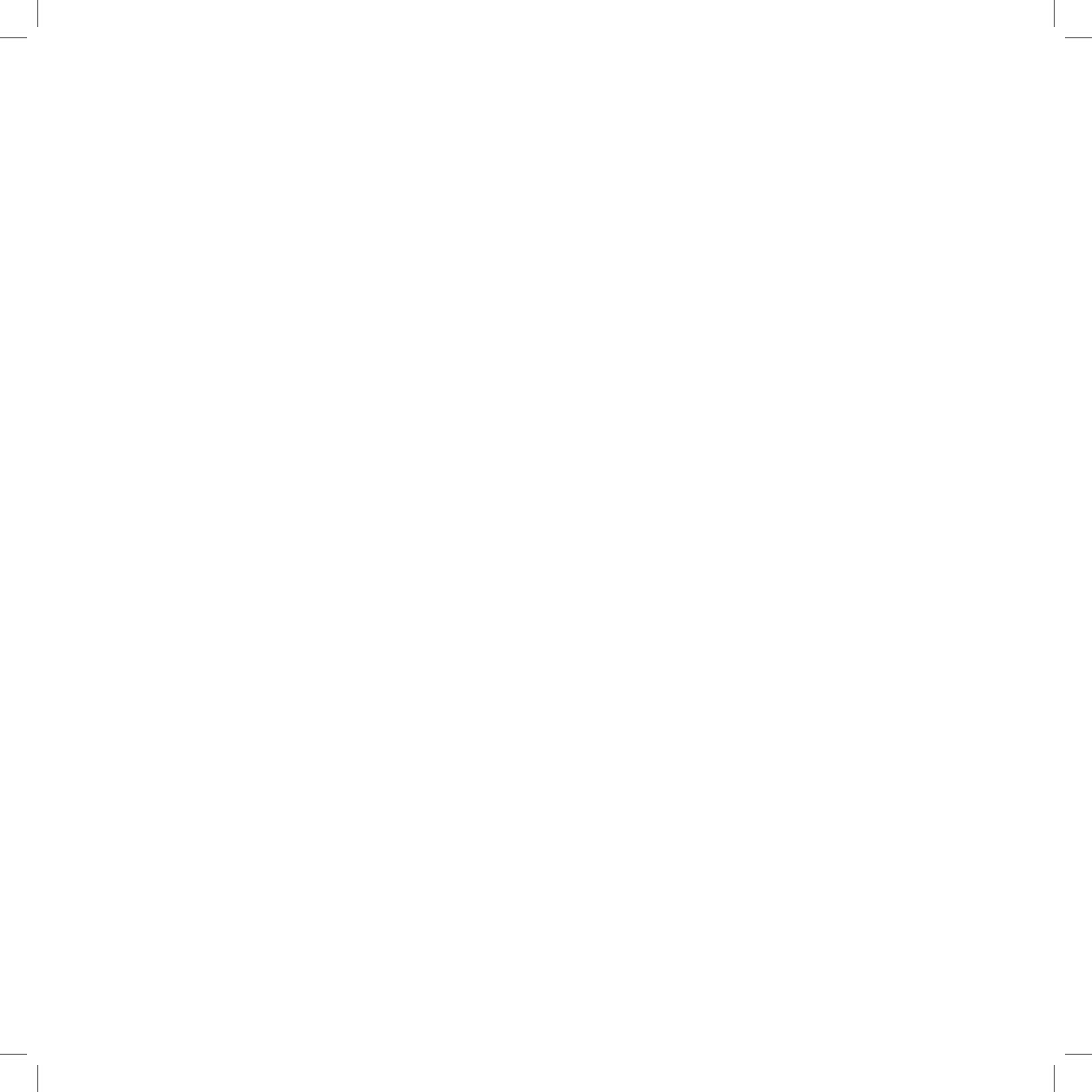
CASSIRER, Ernst. *Kant, vida y doctrina*. Trad. W. Roces. México: FCE, 1997, 496 p.

DELANNOY, Benjamin. *Burke et Kant interprètes de la Révolution Française*. Paris: L'Harmattan, 2004, 138 p.

HECK, José N. *Da razão prática ao Kant tardio*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2007, 303 p.

HERRERO, Francisco Javier. *Religião e história em Kant*. Trad. J.A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1991, 193 p.

- HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. C.V. Hamm/V. Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 381 p.
- \_\_\_\_\_. O imperativo categórico do direito: uma interpretação da 'Introdução à Doutrina do direito'. Trad. V. Rohden/R.P. Severo. *Studia kantiana*. Rio de Janeiro: PUC-RJ, v. 01, n. 01, p. 203-236, set. 1998.
- LOSURDO, Domenico. *Autocensure et compromis dans pensee politique de Kant*. Trad. J.M. Buee. Lille. France: P.U. Lille, 1993, 248 p.
- MENEZES, Edmilson. *História e esperança em Kant*. São Cristóvão: UFS/Fund. Oviêdo Teixeira, 2000, 367 p.
- PHILONENKO, Aléxis. *La théorie kantienne de l'histoire*. Paris: VRIN, 1986, 253 p.
- \_\_\_\_\_. *Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et Fichte en 1793*. Paris: VRIN, 1988, 227 p.
- PROUST, Façoise. *Kant: le ton de l'histoire*. Paris: Payot, 1991, 354 p.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1995, 371 p.
- TERRA, Ricardo R. *A política tensa: ideia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995, 182 p.
- VLACHOS, Georges. *La pensée politique de Kant*. Paris: PUF, 1962, 590 p.
- WEIL, E. et al. *La philosophie politique de Kant*. Paris: PUF, 1962, 188 p.
- YVOL, Yirmiyahu. *Kant et la philosophie de l'histoire*. Trad. J. Lagrée. Paris: Méridiens Keincksieck, 1989, 266 p.
- ZINGANO, Marco. *Razão e história em Kant*. São Paulo: Brasiliense, 1989, 326 p.



# CONSIDERAÇÕES SOBRE A ÉTICA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS NO PROCESSO DE MEDIAÇÃO

Cristina Grobério Pazó

## Introdução

O artigo em questão tem como intuito verificar a provável compatibilização da proposta habermasiana sobre ética do discurso e a técnica de solução de conflitos denominada mediação.

Habermas propõe uma ética discursiva adequada às sociedades contemporâneas. No estágio atual em que se encontra a convivência planetária, não cabe mais recorreremos a argumentos religiosos ou metafísicos. Nesse mundo plural, a linguagem seria o grande elo aglutinador da vida em sociedade. Habermas formula uma proposta ética baseada na linguagem como grande fator comunicativo entre os concernidos.

A ética do discurso veio com o intuito de propor uma retomada do clássico problema da *razão prática* em consonância com um paradigma linguístico-comunicativo, isto é, com uma possível comunidade universal de comunicação. Assim, Habermas substitui a razão prática pela razão comunicativa, de modo a perceber a linguagem como o veículo ‘médium’, universal, de incorporação da razão.

A mediação pode ser vista como uma técnica de solução de conflitos que se fundamenta, por excelência, na retomada da comunicação entre os conflitantes, trazendo como grande objetivo a conquista do restabelecimento do diálogo entre as partes. Na utilização da linguagem como fator de comunicação é que percebemos o elo inicial para buscarmos a compatibilização entre a ética do discurso habermasiana e o processo de mediação.

## Os três níveis da razão prática

A ética do discurso habermasiana tem suas raízes na crítica da razão prática proposta por Kant. No entanto, as premissas propostas pelas duas correntes filosóficas são diferentes. Na crítica da razão prática, Kant<sup>23</sup> volta sua análise à capacidade de determinar a vontade e a ação moral dos indivíduos. A razão prática, pois, deve ser vazia de sentimentos, impulsos e experiências. Desta monta, apenas com a utilização desse tipo de razão é que conseguiremos alcançar os princípios morais válidos universalmente para todos os seres humanos.

Segundo o pensamento de Kant, para agirmos dentro dos parâmetros fornecidos pela lei moral, nenhum fator pessoal ou nossa história de vida pode limitar a determinação da vontade pela razão prática. Em síntese, apenas a vontade produzida por meio do conhecimento moral e inteiramente racional pode ser chamada de autônoma.<sup>24</sup>

Habermas<sup>25</sup> segue a crítica da *razão prática*<sup>26</sup> no ponto em que Kant ressalta a existência de três níveis, nos quais podemos utilizar a referida razão. Ele realiza uma releitura dos níveis (pragmático, ético e moral) baseada nos tipos de argumentos presentes em cada um. Sobre os três, o autor propõe o seguinte esquema: quando utilizamos a razão prática voltada a fins, esta-

---

23 Para Kant, a ética deve ser vazia de sentimentos e de sensibilidade. Ambos poderiam ser uma armadilha para cairmos em 'ilusões'. A consciência moral é a razão aplicada à ação. (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003). "A razão pura é por si mesma prática, e dá (ao homem) uma lei universal, que denominamos lei moral" (Ibidem, p. 40). "... a lei moral, embora não proporcione qualquer visão, fornece-nos, contudo, um fato absolutamente inexplicável a partir dos dados do mundo sensível e de todo âmbito do uso teórico da nossa razão – um fato que anuncia um mundo puro do entendimento..." (Ibidem, p. 52).

24 Ibidem, p. 68. Os princípios morais são o ponto de partida de Kant, através deles são produzidas as normas morais e através da utilização das normas é que chegamos à liberdade. Para Kant, a base da lei moral se encontra na liberdade e seu relacionamento com a autonomia e o imperativo categórico. Para Kant, o sentimento de respeito pela lei moral é um modo de autodeterminação da vontade.

25 HABERMAS, Jürgen. Para os usos pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. In: DE BONI, L. A., STEIN, E. (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes/UFRGS, 1993, p. 289.

26 Habermas denomina como razão prática a capacidade de fundamentar imperativos os quais se modifiquem, conforme a referência à ação ou tipo de decisões a serem tomadas.

mos agindo no plano pragmático; de outra sorte, quando o objetivo buscado é o bom, estamos agindo no plano da ética; e, por último, quando buscamos o justo, estamos no plano da moral.

No plano pragmático, os problemas práticos são de natureza menos complexa e a solução que buscamos visa a responder a pergunta “o que devo fazer?<sup>27</sup>” ou “o que devo fazer para chegar a determinado fim?”. O que se “deve fazer” é normalmente determinado pelo “querer do agente”. Com o norte de alcançar os fins (as metas propostas) normalmente utilizamos estratégias para encontrar, dentro das possibilidades existentes, a que se deve escolher. Por exemplo: “O que devo fazer<sup>28</sup>, guardar o dinheiro na poupança para uma eventual emergência ou usar o dinheiro para pintar o apartamento?”

Kant aborda o nível pragmático, assim como nos demais, utilizando outras terminologias e outras premissas. Em primeiro lugar, traça em sua obra o conceito de imperativo<sup>29</sup>, que exprime a noção de “dever”. O imperativo correspondente ao nível pragmático é o que se

---

27 Habermas ressalta que esse tipo de pergunta é mais usual no nível pragmático, mas dependendo da complexidade dos valores íntimos da pessoa, essa pergunta pode ser usada no nível ético, por exemplo.

28 Para Peters, *apud* Habermas, os discursos práticos acontecem em processos de entendimento mútuo que servem para responder questões práticas do tipo: “o que devo/devemos fazer?” (HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 106).

29 Para Kant, os mandamentos são a representação de um objeto que comanda a vontade, os imperativos são a fórmula de um ou mais mandamentos. O imperativo é uma proposição que define uma possível ação livre, por meio da qual se concretiza um determinado fim. O imperativo hipotético define o curso de ação apropriada a um certo fim, esse imperativo consiste numa regra de habilidade para conquista de fins possíveis. O imperativo categórico define uma ação que é intrínseca e objetivamente necessária sem qualquer propósito. O imperativo categórico moral não é confirmado pela razão, existe ‘a priori’ em cada homem, antes de qualquer comportamento, e não pode ser provado apenas pelo sentido. Ademais, “princípios práticos são proposições que encerram uma determinação geral da vontade, trazendo em si várias regras práticas. São subjetivos ou máximas, quando a condição é considerada pelo sujeito como verdadeira unicamente para a sua vontade; são, por outro lado, objetivos ou leis práticas quando a condição é conhecida como objetiva, isto é, válida para a vontade de todo ser racional” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução: Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 27). Segundo o pensamento de Kant, a lei fundamental da razão prática pura consiste no seguinte mandamento: “age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer para sempre como princípio de uma legislação universal” (Ibidem, p. 40).

denomina “hipotético” do tipo “regra de habilidade”<sup>30</sup>. Esta se configura quando buscamos determinados fins específicos. Deste modo, por exemplo: “se eu quero comprar um carro, tenho que guardar dinheiro”.

No plano pragmático, estamos focados na perspectiva individual; nas escolhas subjetivas da pessoa. “Temos de” decidir sobre as questões que nos envolvem, encontrar soluções para atingirmos uma meta específica ou encontrarmos soluções entre um confronto, isto é, entre as diversas metas a que nos propomos. Nesse plano, normalmente recorremos ao agir estratégico para a formulação de nossas escolhas. No entanto, se, ao formularmos nossas escolhas na perspectiva individual, questionarmos sobre se qualquer pessoa agiria da mesma forma, sairíamos do agir estratégico.

No segundo plano da razão prática, as escolhas requerem um nível de complexidade maior e, nesse nível, não buscamos apenas os fins, mas também o bom. Buscamos o que Charles Taylor<sup>31</sup> chama de *preferências fortes*, aqueles valores que não são apenas nossas inclinações, mas que englobam também nossa compreensão pessoal, o tipo de vida que optamos por ter, o nosso caráter.

---

30 Para Kant, a expressão “dever-ser” está presente em todos os imperativos. Como já dissemos acima, para ele, o imperativo pode ser hipotético ou categórico, “porém a distinção depende de a relação da lei com a vontade ser dirigida para ou não para realizar um fim”. “No caso de imperativos hipotéticos, essa relação é dirigida para alcançar algum fim que se queira, não sendo esse o caso do imperativo categórico. Kant divide ainda os imperativos hipotéticos segundo sejam assertóricos ou problemáticos; por outras palavras, se estão dirigidos para um fim real ou possível. Os princípios de um imperativo real hipotético são descritos como ‘regras de habilidade’ ou ‘imperativos técnicos’, enquanto os de um imperativo possível hipotético são ‘conselhos de prudência’ ou imperativos categóricos”. (CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 192).

31 TAYLOR *apud* HABERMAS, (HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 291). Taylor afirma em sua obra que somente descobrimos nossa própria identidade quando analisamo-la enquanto fruto do diálogo entre a própria pessoa e a coletividade. “Mi propia identidad depende, en forma crucial, de mis relaciones dialógicas con los demás” (TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. Ensayo de Charles Taylor. Comentarios de Amy Gutman et al. Traducción de Mónica Turrilla de Neira. Colección popular 496. Fondo de Cultura Económica: México. 1993, p. 55). O autor também trabalha a idéia de que interpretar o que é bom ou mau não se trata de uma questão de simples cálculo aritmético; o resultado advém, acima de tudo, daquilo que está consolidado em nossos sentimentos. Em outras palavras, a moral possui uma voz interior (*Ibidem*, p.46- 49).

Nesse nível, estamos no âmbito da ética e tentamos alcançar a junção dos seguintes elementos: o ideal do “eu” e quem somos efetivamente. Em outras palavras, buscamos conciliar os componentes descritivos da gênese da história de vida do “eu” e os componentes normativos do ideal do “eu”<sup>32</sup>. Realizamos, nesse plano, uma compreensão hermenêutica, pois, para fundamentarmos nossas escolhas dentro das valorações fortes, normalmente temos que realizar um processo de análise crítica, como o que se encontra a seguir:

O tomar consciência crítica da história da vida e de seu contexto formativo não leva a uma compreensão de si, neutra de valores; ao contrário, a descrição de si alcançada de maneira hermenêutica está ligada internamente a uma postura crítica em relação a si mesmo<sup>33</sup>.

Segundo Kant<sup>34</sup>, o “imperativo hipotético” do segundo nível é o que se denomina de “conselhos de prudência”; e, nesse plano, ansiamos por conquistar objetivos mais gerais.

Desta forma, será mais fácil decidir no plano ético, quando já tivermos clareza das nossas propostas de vida, de nossos ideais, eis que nesse tipo de escolha recorreremos aos imperativos incondicionais. Nesta vertente, saímos de uma atitude puramente finalista e egoísta, mas ainda não estamos no plano da universalidade.

O plano ético é distinto do plano moral, pois, no primeiro, formulamos nossas respostas e nossas decisões preocupados com os seres que compartilham conosco a nossa tradição, a nossa experiência de mundo. O sentido ético pode ser exemplificado pela seguinte expressão: “é bom para você agir dessa maneira”.

Em razão disso, Habermas<sup>35</sup> estabelece que, no plano moral, formulamos nossas decisões ponderando se nossas máximas são conciliáveis com as máximas de outros. O conceito de “máximas”, deste modo, também é extraído da obra de Kant: são regras de condutas que podem

---

32 HABERMAS, Jürgen. Para os usos pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. In: DE BONI, L. A., STEIN, E. (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes/UFRGS, 1993, p. 291.

33 Idem, op.cit., 291-292.

34 KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 68.

35 HABERMAS, Jürgen. Op.cit., p. 293.

ser utilizadas corriqueiramente e servem como parâmetros orientadores das decisões diárias dos indivíduos.<sup>36</sup>

Segundo Kant<sup>37</sup>, o “imperativo categórico” é aquele inserido no plano da moral, para o qual, na visão habermasiana<sup>38</sup>, uma máxima será justa apenas se todos puderem consentir que ela seja seguida por cada um de nós em situações comparáveis. Nesse plano, portanto, busca-se o que é justo, e uma máxima pode ser considerada justa quando todos desejarem que ela seja adotada por cada um em situações equivalentes. Contudo, para merecer o seu reconhecimento como norma, ou seja, ser moralmente impositiva, esclarece Habermas que:

Apenas uma máxima capaz de universalização a partir da perspectiva de todos os envolvidos vale como uma norma que pode encontrar assentimento universal e, nesta medida, merecer reconhecimento, ou seja, é moralmente impositiva<sup>39</sup>.

As máximas podem ser voltadas para alcançar o plano moral ou plano ético, podendo ser analisadas, portanto, pelos dois prismas: podem ser vistas num plano se são boas ou, em outro, se são identificadas como lei universal.

Acima, demonstramos que, no plano pragmático, os problemas são de menor complexidade e a solução que buscamos visa a responder a pergunta “o que devo fazer?” É comum formularmos nossas decisões apenas fundamentadas em nosso querer egoísta. No entanto, podemos fundamentá-las acerca do que devemos fazer com fulcro também no plano ético e moral. A referida expressão sofre modificações conforme os diversos contextos, nos quais podem ou não haver confronto entre razão e vontade.

O “dever”, no plano pragmático, está enfocado no sujeito que delibera conforme seus anseios; no nível ético, o “dever” fundamenta-se na busca de autorrealização, nas deliberações sobre sua existência; o “dever”, no plano moral, está presente quando o indivíduo, através de

---

36 KANT, Immanuel. Op. cit., p. 43.

37 Ibidem, p. 42.

38 HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. In: DE BONI, L. A., STEIN, E. (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes/UFRRGS, 1993, p. 293.

39 Ibidem, p. 294-295.

sua vontade livre e consciente, delibera as resoluções de sua vida baseadas puramente no conhecimento moral.

A utilização do discurso pragmático é interessante quando temos que realizar uma mera indicação técnica acerca de algo ou de uma simples estratégia de ação. O discurso ético-existencial é útil para o aconselhamento correto de algumas decisões a serem deliberadas em nossa vida. Diferentemente, o discurso prático-moral é adequado ao entendimento sobre a justa solução de um conflito, no âmbito do agir, regulado por normas<sup>40</sup>, como, por exemplo, o Direito.

Em várias situações concretas, o Direito pode atuar nos três diferentes níveis, quais sejam: a) pragmático – quando numa lide é preciso decidir acerca da contagem de um prazo recursal ou qual vara é competente para julgar determinada lide; b) ético – quando há divergência de interpretação de uma cláusula contratual ambígua ou contraditória; c) moral – num debate sobre a validade da renúncia do direito da personalidade num contrato de exposição da vida privada perante a mídia.

No plano pragmático, nós realizamos nossas escolhas muito mais voltados para conquista de nossas vontades do que preocupados em agir de forma racionalizada, o que nos move por excelência à conquista de nossos desejos, de nossos anseios particulares. Sendo assim, comumente, não há relação interna entre a razão e a vontade nesse nível. No plano ético, a vontade já é racionalizada, tendo que compreender a si e aos demais participantes do discurso para poder fundamentar suas escolhas.

À conta disso, razão e vontade se entrelaçam nos discursos éticos, determinando-se mutuamente. De outra sorte, os discursos morais requerem o distanciamento daqueles contextos de vida aos quais a própria identidade está indissoluvelmente ligada. Neles também há forte presença da intersubjetividade, mas com uma interação mais aprimorada, visto que concilia a visão de cada um com a visão de todos, pois

A intersubjetividade de um grau mais alto, que conjuga a perspectiva de cada um com a perspectiva de todos, pode constituir-se apenas sob os pressupostos comunicativos de um discurso ampliado universalmente, no qual todos os possivelmente envolvidos possam

---

40 Ibidem, p. 295-296.

participar e tomar posição com argumentos numa postura hipotética em vista das pretensões à validade (tomadas problemáticas a cada momento) de normas de modos de ação<sup>41</sup>.

Consoante pensamento de Habermas<sup>42</sup>, o discurso moral é a representação de forma ampliada e ideal de nossa comunidade comunicacional<sup>43</sup>, a partir da perspectiva interior. Para ele, apenas as normas que expressam um interesse comum de todos os envolvidos podem ser apreciadas como normas morais. Diz ainda que as normas validadas através dos fundamentos morais utilizam a via discursiva e baseiam-se na razão argumentativa<sup>44</sup>.

Vemos, pois, que os discursos pragmáticos concentram-se na exteriorização, enquanto que os morais se voltam para a interiorização, pois no plano moral a vontade autônoma é totalmente interiorizada na razão.

As normas morais só encontram sua universalidade abstrata quando recorremos às circunstâncias genéricas. Tais normas são válidas e aplicadas sem restrições apenas em situações padronizadas. Entretanto, diariamente ocorrem inúmeros casos ou hipóteses particulares, que não são enquadradas nessas situações. O pensamento habermasiano propõe a análise argumentativa do direito<sup>45</sup> em questão, para a aplicação justa da norma.<sup>46</sup>

Para tanto, Habermas<sup>47</sup> propõe que a razão prática dentro da seara do direito seja baseada por um princípio de adequação que consistiria em demonstrar dentre as diversas normas

---

41 Ibidem, p. 295-296.

42 Ibidem, p. 299.

43 Para Habermas, comunidade comunicacional é a comunidade linguística compartilhada intersubjetivamente. Voltaremos a dissertar sobre isso no próximo item deste capítulo.

44 HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. In: DE BONI, L. A., STEIN, E. (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes/UFRGS, 1993, p. 299.

45 “Ora, toda fundamentação de norma tem de operar sob as limitações normais de um espírito finito; portanto, ela não pode *a fortiori* tomar já explicitamente em consideração todos aqueles sinais que caracterizam as constelações do caso particular imprevisto. Por esse motivo, a aplicação da norma exige uma elucidação argumentativa de seu próprio **direito**” (grifo nosso) (HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. In: DE BONI, L. A., STEIN, E. (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes/UFRGS, 1993, p. 300).

46 Ibidem, p. 300.

47 Idem. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 113-114.

aceitas como válidas em um dado sistema jurídico qual se adequa a uma determinada situação real. Essa adequação ocorrerá de maneira plena se todas as características situacionais relevantes forem levantadas de forma comunicativa e exaustiva através de um processo argumentativo.

Na citação a seguir, é explicado, segundo os dizeres da teoria habermasiana, como se consolidaria tal adequação na seara do direito.

Neste caso, a imparcialidade do juízo não pode, por sua vez, ser assegurada mediante um princípio de universalização, em questões da aplicação ‘sensível ao contexto’, a razão prática tem, ao contrário, de ser validada por um princípio de adequação. Isto é, tem-se de mostrar aqui, à luz de todos os sinais relevantes da situação, apreendidos de forma a mais completa, qual das normas já pressupostas como válidas é a mais adequada a um caso dado<sup>48</sup>.

É importante perceber que apenas com formação intersubjetiva da vontade coletiva encontramos um adequado processo discursivo do uso da razão prática. A teoria do discurso deve se propor não a analisar o sujeito, mas sim o problema do entendimento entre os sujeitos e os interesses divergentes que devem ser levantados e trabalhados no plano da ética. Entendemos que, no atual contexto, cabe à ciência do direito adotar, como objeto e finalidade, o alcance e o respeito por um processo jurídico que respeite, conserve e permita, acima de tudo, uma análise argumentativa intersubjetiva. Dentre esses processos jurídicos comunicacionais, discursivos e dialógicos, propomos a adoção da mediação como uma das possibilidades de concretude dessa nova visão que o direito deve enfocar.

Habermas pondera que o universalismo pleno só pode ser alcançado pela via da solidariedade, pelo respeito mútuo e pela libertação das histórias individuais e dos anseios egoístas.<sup>49</sup> Podemos perceber que a ética do discurso, para realmente alcançar a intersubjetividade, deve, *a priori*, buscar a solidariedade, consistente no respeito a parâmetros sustentáveis no que se refere ao meio ambiente, acesso ao mercado de trabalho, acesso ao lazer, acesso à saúde, ou seja, acesso às condições mínimas de uma coexistência de vidas dignas de todos os seres humanos de

---

48 HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. In: DE BONI, L. A., STEIN, E. (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes/UFRGS, 1993, p. 300.

49 Ibidem, p. 301.

uma dada coletiva. Deve também ser pautada pelo respeito mútuo, eis que nem um processo é realmente comunicativo se não tiver fixado suas raízes nesse postulado. Sem o respeito mútuo, haverá, normalmente, a imposição do interesse do mais forte em detrimento do mais fraco.

Finalmente, vale ressaltar que, em regra, sem a libertação das histórias individuais e dos anseios egoístas não se conquista um consenso mínimo e válido entre as pessoas. Na mediação, por exemplo, se um dos mediados estiver preso ao passado, às suas verdades, às suas convicções, às suas certezas, jamais permitirá que o processo, com cunho comunicativo, se concretize. O egoísmo, a ausência de solidariedade, o descaso com o respeito mútuo são óbices naturais à efetividade de qualquer processo dialógico, inclusive à mediação.

Podemos perceber que, em nosso sistema, a escolha entre os diversos âmbitos do uso da razão prática depende exatamente do tipo de situação posta. Existem conflitos extremamente simples em que o âmbito pragmático é o mais adequado, como exemplo, estabelecer na Justiça do Trabalho uma data para o empregador devolver a carteira de trabalho de um empregado insatisfeito com a demora da entrega do documento. Mas conflitos um pouco mais repletos de nuances, como entre pais que não sabem se é melhor matricular um filho em uma escola mais tradicional ou mais progressista, podem ser solucionados no âmbito da ética.

De outro modo, nos conflitos mais repletos de facetas, a melhor opção é recorrer à via moral do uso da razão prática, como na situação de um pai que pratica maus tratos contra um filho menor, caso em que a solução é baseada nos princípios máximos da moral, com o afastamento do menor da presença do referido pai.

No mesmo sentido, de acordo com o pensamento habermasiano, os conflitos interpessoais podem ser resolvidos por meio dos discursos pragmáticos, mas lembre-se de que a solução daí construída só será aplicável caso haja, *a priori*, compromisso firmado entre as partes. Tais conflitos também podem ser resolvidos através dos discursos éticos, desde que seja encontrada a identidade coletiva dos conflitantes e que se deixe espaço para a multiplicidade de projetos individuais de vida. A solução através da via moral, por sua vez, requer análise da validade e da adequação dos mandamentos morais propostos.

Apenas através da via discursiva é que as partes terão a oportunidade de escolher, ante as diversas facetas do uso da razão prática, a que melhor se adequa ao conflito existente entre elas. Cada conflito interpessoal possui suas peculiaridades, e não podemos padronizar as soluções

possíveis como se fossem encaixes lógicos a modelos adequados, uma vez que cada conflito surge num dado contexto histórico, social, político e afetivo. Cabe a nós permitir que, em cada processo de solução de conflito interpessoal, as partes possam participar em igualdade de condições, com as mesmas possibilidades de argumentação.

### **Atos de fala, agir estratégico e ação comunicativa**

Habermas<sup>50</sup> estabelece que a relação existente entre “ação” e “linguagem” é expressa por meio dos verbos “agir” e “falar”. Ele divide as ações em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro, exemplifica o “agir” pelas atividades corporais comuns do dia a dia, como comer, estudar, trabalhar e outras. No sentido estrito, temos “atividades orientadas para um fim”, em que um ator, usando os meios propícios, tenta alcançar os fins propostos. Já o “falar” é ilustrado nos atos de fala, como em aconselhamentos, ordens e outros.

Da interação entre o agir e o falar nascem as ações racionais. Estas ações podem ser voltadas para o sucesso ou para o entendimento. As ações orientadas pelo sucesso subdividem-se em ação instrumental e ação estratégica. Aquela pode ser ou não social e nela encontramos o respeito às regras de ações técnicas. A ação estratégica é sempre social, nela encontramos o respeito às regras eleitas pela razão, na mesma ocorre processos de interações racionais.<sup>51</sup>

A ação orientada para o entendimento é a ação comunicativa. Nesta os participantes não se baseiam, primeiramente, na obtenção egoísta de seu próprio sucesso; eles partem, inicialmente, da premissa de que os seus respectivos planos de ação podem harmonizar-se entre si sobre a base de uma definição compartilhada da situação<sup>52</sup>.

Na ação comunicativa, realizamos processos de entendimento cuja meta buscada está voltada para a conquista de um acordo que satisfaça as condições de um assentimento racional motivado. O acordo construído sobre premissas adequadas não pode ser imposto por uma das

---

50 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*: estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebenecler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 65.

51 Idem. *Teoría de la acción comunicativa I*: racionalidad de la acción y racionalización social. Buenos Aires: Taurus, 1999, p. 361.

52 Ibidem, p. 362.

partes, ser feito através de intervenção direta na situação da ação nem tampouco ser construído por meio de uma influência calculada sobre as decisões de um oponente<sup>53</sup>.

O conceito de entendimento está vinculado ao conceito de linguagem. Falar e entender são ideias que se interpenetram, de maneira que as pessoas, por excelência, se entendem a partir da comunicação. Nem toda interação mediada linguisticamente representa um exemplo de ação voltada para o entendimento. Em muitas interações, ocorre o que Habermas<sup>54</sup> denomina de entendimento indireto, ou seja, caso em que um dos participantes do processo dá a entender algo a outro, mediante certos sinais, certas atitudes e, com isso, induz o outro através de meios linguísticos, a comportar-se como o outro deseja, instrumentando-se, assim, para o sucesso de sua própria ação.

Para Habermas<sup>55</sup>, o emprego da linguagem voltado ao entendimento é o modo originário de comunicação, enquanto o entendimento indireto ou a compreensão indireta são formas parasitárias do uso da linguagem.

Desta forma, ação estratégica e ação comunicativa são dois aspectos que uma mesma ação pode descrever em um processo de recíproca influência por parte dos conflitantes, ou seja, não haveria sempre a presença de apenas um modelo de ação, mas sim a prevalência ora do agir estratégico, ora do agir comunicativo, os quais, no plano da vida, muitas vezes se interpenetram.

De acordo com Habermas<sup>56</sup>, entender-se significa consolidar um acordo entre sujeitos linguisticamente capazes. Um acordo alcançado comunicativamente não é puro, podendo haver a presença de algum agir estratégico de maneira não predominante. Todo ato de fala proferido com o intuito de se entender com alguém é produto do agir comunicativo. Este é produzido diariamente na prática corriqueira do mundo da vida.

Os três componentes do mundo da vida, segundo Habermas<sup>57</sup>, são: a cultura, as estruturas de personalidade e a sociedade. O mundo da vida consiste no horizonte móvel, é o pano de fundo que realizamos nossas condutas.

---

53 Ibidem, p. 362.

54 Ibidem, p. 364.

55 Ibidem, p. 363.

56 Ibidem, p. 364.

57 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 132.

O acordo não pode ser construído somente sobre as bases dos elementos externos, nem tampouco pode ser imposto por uma das partes; acima de tudo, ele tem que ser aceito como válido pelos participantes. Os processos de entendimento têm como meta um acordo que satisfaça as condições de um assentimento racional motivado.

Segundo o pensamento habermasiano, os discursos linguísticos podem ser descritos nas três pessoas. Na primeira pessoa, a descrição se faz na perspectiva do agente, de modo que as proposições realizadas demonstram nossas preferências. Nesse modelo linguístico, não realizamos nenhuma pretensão de validade discursivamente resgatável<sup>58</sup>. Na segunda, a descrição pode ser enfocada nas “ações de fala” (há presença de expressões de comando ou descrição de uma “atividade orientada para um fim”) e, para alcançá-la, é imprescindível a cooperação de todos os concernidos. Na terceira pessoa, a descrição é feita pela observação da forma como um ator atinge um objetivo de uma “atividade orientada para um fim”.

Pode-se asseverar, ainda, que há muitas diferenças entre as diversas perspectivas de descrição. Quando estamos na “perspectiva de um observador”, visualizamos uma ação, mas não temos condição de descrevê-la. Para alcançarmos esse intuito, teríamos que assumir a “perspectiva do participante” (segunda pessoa) em que podemos adotar um enfoque performativo, praticável quando os atores se confrontam como membros de uma comunidade linguística compartilhada intersubjetivamente<sup>59</sup>.

As ações podem ser linguísticas ou não linguísticas e se diferem nos seguintes pontos: a) as últimas não permitem ser interpretadas por si mesmas. Por exemplo, ao vermos uma pessoa entrando num supermercado, podemos apenas concluir que “ela entrou no supermercado”, isto é, não podemos saber com exatidão o que ela gostaria de fazer no supermercado. De outro modo,

---

58 Idem. Para os usos pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. In: DE BONI, L. A., STEIN, E. (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes/UFGRS, 1993, p.75.

59 Idem. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 65. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneicler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 20)

nas ações linguísticas, os “atos de fala” permitem essa interpretação<sup>60</sup> e, para melhor esclarecimento sobre o tema, podemos formular o seguinte exemplo em que uma mãe diz: “Filha guarde suas roupas no armário”. Neste caso, é possível identificar qual foi a ação realizada pela mãe: ela proferiu uma ordem que a filha deveria cumprir; b) os fins a que visam as atividades não-linguísticas podem alcançar apenas as “atividades orientadas para um fim”. Entretanto, as ações linguísticas podem atingir tanto “atos de entendimento” como “atividades orientadas para um fim”.

O entendimento é construído pela verbalização dos meios linguísticos. Ele é conquistado com a compreensão, pelo ouvinte, do significado expresso na fala e, além disso, com o reconhecimento do que foi proferido como verdadeiro<sup>61</sup>. Somente com o cumprimento de todas essas etapas é que chegaremos a um acordo capaz de ser aceito pelo ouvinte de forma voluntária. Verificamos, então, que os fins ilocucionários, presente o ato de fala, são produzidos com o intuito de esclarecer ao interlocutor o real sentido do que está sendo dito, lembrando que só podem ser alcançados pelos atos linguísticos e pela cooperação. É necessário, ainda, adotar um enfoque performativo para que o processo de comunicação entre os atores alcance os resultados desejados.

Todavia, tanto a racionalidade orientada para um fim, como a racionalidade orientada para o entendimento, são tipos de ação que tem objetivos distintos.

Ao comunicarmos, normalmente buscamos construir pontes de interação com os outros. O ato de interação consiste exatamente na coordenação dos planos de ação<sup>62</sup> dos vários atores. Do confronto entre os diversos planos surgem várias formas de interações mediadas linguisticamente.

De acordo com o pensamento habermasiano, destarte, tudo o que se conquista por gratificação ou ameaça, por sugestão ou engano, não pode valer, intersubjetivamente, como acordo<sup>63</sup>. Verificamos que, na prática, as coisas conquistadas por gratificação ou por ameaça podem intervir decisivamente no resultado, pois, quando nos sentimos obrigados a cumprir uma ameaça ou a retribuir uma gratificação, acabamos por não agir com naturalidade e, muitas

---

60 Essa capacidade de interpretação também pode ser denominada de feição reflexiva da autointerpretação, como vimos acima. Esta está presente apenas nos atos linguísticos.

61 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução: Flávio Beno Siebenecker. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 68.

62 Ibidem, p. 68.

63 Ibidem, p. 72.

vezes, ocultamos nossos reais anseios e objetivos pelo fato de nos sentirmos inibidos de não cumprir a ameaça ou sermos agradecidos com a gratificação a nós concedida. Já no caso da sugestão ou engano, o risco do acordo construído sobre essas bases é outro, eis que, em ambos, muitas vezes somos influenciados. Na sugestão, por exemplo, somos influenciados pela ideia indicada pelo outro, de modo que no engano é a nossa própria falsa noção da realidade que nos influencia de forma a termos a formulação uma convicção inadequada com o real.

Esse postulado habermasiano coaduna por completo com a teoria da mediação, pois, em nosso entendimento, esse processo só é realmente válido e eficaz se não sofrer influências, tais como a gratificação, a ameaça, a sugestão e o engano. Verificamos que, para ocorrência de uma prática consensual e eficaz da mediação, qualquer desequilíbrio de poder proveniente de ameaça, suborno, gratificação, autoritarismo e outros deve ser abolido e se não puder ser abolido, a mediação deve ser esquecida, uma vez que, para a aplicação dessa técnica, precisa haver partes com mesmo poder de fala e de decisão.

Por outro lado, jamais o mediador deve sugerir, formular propostas, induzir ou influenciar as partes, o papel dele se restringe a catalizar as propostas apresentadas pelas partes. Ele deve ajudar as partes a dissecarem o problema e as reais propostas, deve clarear as propostas formuladas pelas partes, no entanto jamais deve criar novas propostas, quem decide e quem formula as propostas são os mediados.

Recorrendo ao “agir comunicativo”, os atores se inserem na situação discursiva, buscando, de forma cooperativa, compatibilizar os seus planos de ação, enxergando sempre a presença e os pontos de vista do outro, o que possibilita a construção do entendimento<sup>64</sup> mútuo pela via da linguagem.

---

64 “O entendimento através da linguagem funciona da seguinte maneira: os participantes da interação unem-se através da validade pretendida de suas ações de fala ou tomam em consideração os dissensos constatados. Através das ações de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, as quais apontam para um reconhecimento intersubjetivo. A oferta contida num ato de fala adquire força obrigatória, quando o falante garante, através de sua pretensão de validade, que está em condição de resgatar essa pretensão, caso seja exigido empregando o tipo correto de argumentos. O agir comunicativo distingue-se, pois, do estratégico, uma vez que a coordenação bem sucedida da ação não está apoiada na racionalidade teleológica dos planos individuais de ação, mas na força racionalmente motivadora de atos de entendimento, portanto, numa racionalidade que se manifesta nas condições requeridas para um acordo obtido comunicativamente” (HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 72)

Por mais que uma pessoa busque o entendimento mútuo por excelência, é ingênuo supor que ela só realiza condutas nesse sentido, é lógico, que, em muitas oportunidades, as partes utilizam o agir estratégico, mas o que deve imperar como objetivo principal é a busca pelo entendimento mútuo.

O principal ponto a ser observado no conceito de agir comunicativo é a questão referente à ordenação das ações que se fundamentam em um acordo resultante do reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade levantadas, ou seja, as intenções dos falantes impõem-se por meio de razões.

Para Habermas<sup>65</sup>, o sucesso ilocucionário seria caracterizado pela compreensão e pela aceitação das ações de fala, enquanto que os outros fins alcançados serão denominados de perlocucionários. Ademais, ele distingue os sucessos perlocucionários dos sucessos ilocucionários na citação abaixo referenciada:

Eu quero fazer uma distinção entre os efeitos perlocucionários<sup>1</sup>, que resultam do significado do ato de fala, e os efeitos perlocucionários<sup>2</sup>, que não resultam do que é dito, como se fossem sucessos gramaticalmente regulados, mas que se põem de modo contingente, porém, condicionado através de um sucesso ilocucionário: O (= ouvinte, N. T.) compreende (sucesso ilocucionário<sup>1</sup>) e aceita (sucesso ilocucionário<sup>2</sup>) a ordem de dar dinheiro a Y. O dá 'dinheiro' a Y (sucesso perlocucionário<sup>1</sup>) e alegre com isso a mulher dele (sucesso perlocucionário<sup>2</sup>). Esse último tipo de efeitos, não regulados gramaticalmente, será, via de regra, um componente público da interpretação da situação ou, pelo menos, um tipo de efeitos que poderiam ser declarados sem prejudicar o curso da ação. O contrário acontece quando o falante pretende – através de sua ordem – levar o destinatário a dar dinheiro a Y para que este tenha condições de realizar um assalto, crime que não teria o assentimento de O, como F (= falante, N.T.) muito bem sabe. Nesse caso, a execução do crime planejado transformar-se-ia num efeito perlocucionário<sup>3</sup>, o qual não aconteceria caso o falante tivesse declarado desde o início que tal efeito seria o alvo<sup>66</sup>.

Conforme pensamento de Marina Velasco<sup>67</sup>, ao dissertar acerca da distinção entre ilocucionário e perlocucionário, estabelece o seguinte: a) *Ilocucionário*: trata-se do ato de fala em que o ob-

---

65 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*: estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebencler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 72-73.

66 Ibidem, p. 73.

67 VELASCO, Marina. *Ética do discurso*: Apel ou Habermas? Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2001.

jetivo do falante é fazer com que o ouvinte compreenda o verdadeiro significado dos atos de fala. b) *Perlocucionário*: trata-se do ato de fala que alcança (exerce) alguma influência sobre o ouvinte. Qualquer efeito que vá além da compreensão do sujeito pode ser considerado perlocucionário.

Assim, o uso estratégico da linguagem “vive parasitariamente do uso normal da linguagem”<sup>68</sup>. A interação entre o agir e o falar, na ação estratégica, produz uma força ilocucionária de ligação frágil, e a linguagem encolhe-se, tornando-se apenas um veículo de informação<sup>69</sup>. Somente pelo agir comunicativo os atores abandonam suas tendências egoístas e entregam-se aos critérios fixados através da racionalidade do entendimento.

Destarte, apenas se pode alcançar o entendimento através da via da linguagem. Os atores devem dominar o significado e o uso das expressões linguísticas empregadas no processo de formação do consenso. Além disso, devem saber utilizar as mesmas. Segundo Habermas<sup>70</sup>, existe uma relação tríplice entre o significado de uma expressão linguística: a) o que se entende com ela; b) o que se diz nela; c) o modo de sua utilização no ato de fala.

A validade de uma proposição não advém donexo objetivo entre linguagem e mundo, mas é obtida através do processo de comunicação. Neste processo, é possível estabelecer a compreensão entre os atores. Através da argumentação, o emissor pode convencer o destinatário se uma pretensão de validade é adequada para solucionar o conflito. De acordo com o pensamento habermasiano, pretensões de validade geram o elo de aproximação do reconhecimento intersubjetivo por parte de todos os atores<sup>71</sup>.

### **A pretensão de validade normativa e sua fundamentação discursiva**

Os atos de fala podem assumir várias pretensões. Quando pretendemos apenas impor nossa vontade perante outro, recorremos à pretensão de poder, que vem acompanhada de um conteúdo de coerção/sanção e, em regra, somente com isso serão passíveis de cumprimento.

---

68 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*: estudos filosóficos. Tradução: Flávio Beno Siebenecker. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 73.

69 Ibidem, p. 73-74.

70 Ibidem, p. 78.

71 Ibidem, p. 81.

As pretensões não imperativas da vontade podem ser denominadas de pretensões de validade<sup>72</sup>. Na consolidação dessas, profere-se uma série de razões que geram no interlocutor o efeito ilocucionário do comprometimento, permitindo que, racionalmente, seja construído um consenso, um acordo entre os concernidos.

O falante pode, nos seus atos de fala, recorrer a três tipos de pretensão de validade, quais sejam: pretensão de verdade, pretensão de correção e pretensão de sinceridade.<sup>73</sup>

A motivação racional do ouvinte é fruto da garantia assumida pelo falante em seu ato de fala, de modo que essa garantia pode ser confirmada de diversas formas. Nas pretensões de verdade e de correção, a confirmação normalmente advém de razões aduzidas discursivamente<sup>74</sup>. Podemos pensar, como exemplo dessa situação: um caso de separação de casais em que há uma discussão sobre quem deve ficar com a criança; os pais, sabendo que o melhor interesse da criança é poder continuar a convivência com ambos e que a guarda exclusiva de um dos progenitores não proporciona isso, podem, por exemplo, sugerir que, em prol do interesse da criança de ter uma infância saudável convivendo com os dois, seja estabelecida a guarda compartilhada.

A garantia, nas pretensões de sinceridade, pode ser assumida pela consistência do comportamento do ouvinte.<sup>75</sup> Podemos trabalhar a situação acima relatada no caso em que um casal está se separando e há uma discussão sobre como deve ser paga a pensão para o menor. O pai sabe que só recebe seu salário no décimo dia do mês e que todas as contas que vencem após essa data são adimplidas até o dia do vencimento; o pai, com essas circunstâncias, pode sugerir que a mãe, que será a responsável pela guarda do menor, aceite receber a pensão do

---

72 Não basta realizar uma pretensão de validade para conquistar o consenso do outro ator, deve-se observar, também, a garantia do que se expressa – essa garantia é fruto das pretensões de verdade, correção ou sinceridade. (HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 79).

73 Ibidem, p. 79.

74 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 79.

75 “Que alguém pense sinceramente o que diz é algo a que só se pode dar credibilidade pela consequência de suas ações, não pela indicação de razões”. (HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 79).

mesmo no décimo segundo dia do mês porque nesse dia ele consegue arcar, sem atrasos, com a obrigação.

Vemos que, em ambas as hipóteses, basta que o ouvinte confie na garantia assumida para que se produzam outras obrigações de forma interativa.<sup>76</sup> Para Habermas, as obrigações podem ser:

No caso de ordens e instruções, as obrigações de agir valem em primeira linha para o destinatário; no caso de promessas e declarações, para o falante; no caso de acordos e contratos, simetricamente para os dois lados; no caso de recomendações e advertências com teor normativo, assimetricamente para os dois lados<sup>77</sup>.

Habermas<sup>78</sup> cataloga os atos de fala como sendo: regulativos (provenientes da moral); constatativos (provenientes da ciência) e expressivos (provenientes da arte). Segundo Habermas<sup>79</sup>, as pretensões de validade discursivamente resgatáveis são duas: a verdade proposicional – proposições assertóricas (atos de fala constatativo) e a correção normativa – proposições normativas (atos de fala regulativo). Impende ressaltar, agora, que ambas utilizam práticas comunicativas diferenciadas. Sendo assim, nas assertóricas, a verdade das proposições significa a existência de estados de coisas, de modo que, nas proposições normativas, a correção das ações significa o preenchimento de normas.

Ainda sobre as pretensões, pode-se dizer que os atos de fala constatativos normalmente não geram acordos. As exceções poderiam ser observadas quando falante e ouvinte estiverem de

---

76 “Graças à base de validade da comunicação voltada para o entendimento mútuo, um falante pode, por conseguinte, ao assumir a garantia de resgatar uma pretensão de validade criticável, mover um ouvinte à aceitação de sua oferta de ato de fala e assim alcançar para o prosseguimento da interação um efeito de acoplagem assegurando a adesão.” (Ibidem, p. 80).

77 Ibidem, p. 80.

78 Ibidem, p. 80-81.

79 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 80-81.

acordo para apoiar seu agir em interpretações da situação que não contradigam os enunciados, ou seja, aceitos em cada situação como verdadeiros.<sup>80</sup>

Quando, por meio das pretensões de validez, os atos de fala são discursivamente *constructos* de garantias assumidas, temos, segundo Habermas, duas pretensões de validade discursivamente resgatáveis: a verdade proposicional, verificável nos atos de fala constatativos, e a correção normativa, que ocorre nos atos de fala regulativos.

Habermas<sup>81</sup> assevera que os atos de fala se relacionam com as normas de maneira diferente do que o fazem com os fatos. Ele lembra o caso das normas morais, formuladas em proposições deonticas universais e incondicionais, e expõe que uma norma pode ter validade mesmo não tendo sido proclamada e reivindicada pelos destinatários.

Os atos de fala regulativos podem ser formulados de diversas formas, como: dar ordens, fechar contratos e outros. Um desses atos de fala regulativos, a norma ou mandamento, pode ser formulado através de proposição que não necessita ser compreendida como ato de fala. Para entendermos isso, basta lembrarmos dos diversos tipos penais presentes em nosso código, que são formulados através de proposições. Para melhor esclarecer, podemos utilizar os seguintes exemplos: norma ou mandamento (1) “não se deve roubar”; exemplo de constatação do ato de fala regulativo (1’) “é um mandamento não matar ninguém”.

Como indivíduos, temos a autonomia de nos referirmos aos mandamentos de diversas formas, através de várias hipóteses de atos de fala. As proposições assertóricas não adquirem essa autonomia<sup>82</sup>, necessitando apenas dos atos de fala. Exemplo de proposição descritiva: (2) “a mesa é quadrada”; (2’) “é verdade que a mesa é quadrada”.

É possível dizer que todas essas ponderações acima citadas se justificam, pois as pretensões de verdade são produzidas pelos atos de fala, enquanto que as pretensões de validez normativas têm sua sede primeira em normas e, só de maneira derivada, em atos de fala.

---

80 “Quanto ao significado dos atos de fala expressivos, dele seguem-se imediatamente obrigações de agir na medida em que o falante especifica aquilo com que seu comportamento não está ou não cairá em contradição”. (Ibidem, p. 81).

81 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 81.

82 Ibidem, p. 81.

A realidade social tem, desde o início, uma relação intrínseca com as pretensões de validade normativa, ao contrário do que ocorre com as pretensões de verdade, que só existem depois que os atos de fala são proferidos. Habermas lida com esses conceitos, ao aduzir que

O mundo das normas, graças às pretensões de validez normativas nele inseridas, tem, em face dos atos de fala regulativos, uma espécie singular de objetividade, de que não desfruta o mundo dos fatos em face dos constatativos<sup>83</sup>.

Habermas<sup>84</sup> lembra, outrossim, da necessidade de as normas, continuamente, reproduzirem de maneira legítima, relações interpessoais. Segundo ele, mesmo que não constatem as proposições verdadeiras estamos forçados conceitualmente a supor que os estados de coisas também existam.

É importante lembrar a radical diferença entre o fato social do reconhecimento intersubjetivo e o fato de uma norma ser digna de reconhecimento. Essa diferença pode ser ilustrada pela existência, em nosso ordenamento jurídico, de normas ilegítimas, apesar de sua validade social, e vice-versa.

Habermas, na obra *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, realiza uma abordagem sobre a facticidade e a validade do ordenamento jurídico. Segundo ele, quando o direito prevê normas protetivas, tanto da autonomia pública quanto da privada, operacionaliza-se a tensão entre facticidade e validade, que pode ser pensada inicialmente como tensão entre a positividade e a legitimidade do direito.<sup>85</sup>

Separamos abaixo uma das muitas passagens em que Habermas<sup>86</sup> no livro *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, trabalha a tensão existente entre facticidade e validade:

De um lado, o sistema dos direitos conduz o arbítrio dos interesses de sujeitos singulares que se orientam pelo sucesso para os trilhos de leis cogentes, que tornam compatíveis iguais liberdades subjetivas de ação, de outro lado, esse sistema mobiliza e reúne as liber-

---

83 Ibidem, p. 82.

84 Ibidem, p. 82.

85 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro Tempo Brasileiro, 1997, p. 166.

86 Ibidem, p. 167.

dades comunicativas de civis, presumivelmente orientados pelo bem comum, na prática da legislação. Irrompe aqui novamente a tensão entre facticidade e validade.

O surgimento da legitimidade se daria a partir da legalidade<sup>87</sup>, que tem como fundamento o discurso comunicativo firmado entre os participantes de discursos racionais. Do princípio do discurso à luz do qual é possível examinar a legitimidade das normas de ação em geral.

Sobre o reconhecimento de pretensões de validade normativa, Habermas diz que elas podem ser conquistadas através de convicções, de sanções ou da mescla dos dois componentes<sup>88</sup>.

A lei, ao entrar em vigor, não concede à norma nenhuma garantia de sua permanência duradoura de forma válida socialmente. Habermas fundamenta a permanência duradoura de uma norma através dos seguintes argumentos:

A imposição duradoura de uma norma depende também da possibilidade de mobilizar, num dado contexto de tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legítima a pretensão de validade no círculo das pessoas a que se endereça. Aplicado às sociedades modernas, isso significa: sem legitimidade, não há lealdade das massas<sup>89</sup>.

Podemos concluir, a partir disso, que a validade social de uma norma depende de sua aceitação perante os destinatários. Esse “aceite” advém, acima de tudo, de que a pretensão de validade da norma possa ser resgatada com razões.

Os juízos morais, para terem condições de validade, precisam se fundamentar em uma lógica dos discursos práticos, enquanto que os empíricos se baseiam a partir de considerações científicas a fim de contraírem a referida condição. Portanto, não é necessário, num primeiro momento, nos juízos empíricos a via discursiva.

As normas morais podem ser formuladas através de proposições universais e incondicionais, visando a encontrar sentido, fundamento e validade, mesmo que, muitas vezes, não sejam frutos dos anseios de toda a coletividade de um dado Estado. É bastante complicado e difícil encontrar o

---

87 Ibidem, p. 136.

88 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 82.

89 Ibidem, p. 83.

sentido e as formas em que podem ser fundamentadas as premissas morais. Geralmente, as proposições morais representam um mandamento e são formuladas de forma impessoal. Por conseguinte, primeiro são apresentadas as normas e apenas *a posteriori* é que são realizados os atos de fala.

Para a efetividade das normas, é necessário que as relações jurídicas sejam reprodutoras da mesma. A pretensa validade da norma advém da aceitação da mesma em um determinado seio social. Sendo assim, a aceitação contínua é fruto de um dado contexto da tradição<sup>90</sup>, de razões que sejam suficientes, pelo menos, para fazer parecer legítima a pretensão de validez no círculo das pessoas a que se endereça<sup>91</sup>.

Habermas constrói todas essas categorias para demonstrar que as pretensões de validez normativa, no dia a dia, necessitam de confirmação discursiva. No próximo item desse trabalho, demonstraremos a aplicação do princípio da universalização (U), o qual é a ponte que torna possível o acordo em argumentos morais.

### **O princípio da universalização como regra de argumentação**

Ao traçar sua teoria da argumentação, Habermas<sup>92</sup> assevera que toda teoria dessa natureza se baseia numa “lógica informal”, uma vez que acordos acerca de questões teóricas ou moral-prática não podem ser impostos pela forma de deduções ou por dados empiristas. Na realização de um acordo sobre questões teóricas, é necessária uma ponte – esta é feita pela indução, técnica de pesquisa que parte da análise do particular rumo à análise do geral – que encurte a distância

---

90 “Tradição quer dizer entrega, transmissão. Algo nos é transmitido, é dito a nós no mito, nos costumes, nos textos, portanto, sobretudo na forma de tradição escrita, cujos sinais são destinados a qualquer um que tenha capacidade de compreender. A significação hermenêutica plena disso se desvela quando a tradição se faz escrita. A escrita traz, assim, algo novo para a situação hermenêutica, pois na forma da escrita o transmitido se faz simultâneo a qualquer presente, já que nele se efetiva a coexistência do passado e do presente. Pela escrita, qualquer presente pode ter acesso ao transmitido, pode assim alargar seu horizonte e enriquecer seu mundo com novas dimensões.” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Coleção Filosofia – 40. São Paulo: Loyola, 1996, p. 233).

91 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 83.

92 *Ibidem*, p. 83.

entre as observações singulares e as situações universais. Segundo o autor, para a formulação de um acordo sobre questões práticas, também é necessária uma ponte, e desta forma assevera que

No discurso prático, é preciso um princípio-ponte correspondente. Eis por que todas as investigações a propósito da lógica da argumentação moral conduzem imediatamente à necessidade de introduzir um princípio moral que, enquanto regra de argumentação, desempenha um papel equivalente ao do princípio da indução no Discurso da ciência empírica<sup>93</sup>.

Segundo Habermas<sup>94</sup>, a raiz da legitimidade do direito vem da participação dos diversos concernidos em processos discursivos racionais. Esses discursos racionais seriam toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, realizado num ambiente que permite a liberdade de temas, sugestões, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído por meio de obrigações ilocucionárias<sup>95</sup>.

O princípio que permite a criação de normas de ação de acordo com os postulados firmados pela ética do discurso é o princípio “D”, que pode ser sintetizado pela seguinte premissa: são válidas<sup>96</sup> as normas de ação<sup>97</sup> às quais todos os possíveis atingidos<sup>98</sup> poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. O princípio “D” é que possibilita, na teoria habermasiana, a fundamentação imparcial das normas de ação, pois, para ele, o próprio princípio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente<sup>99</sup>.

---

93 Ibidem, p. 84.

94 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.138.

95 Ibidem, p. 142.

96 O predicativo ‘válidas’ refere-se a normas de ação e proposição normativas gerais correspondentes, indiferente à distinção entre moralidade e legitimidade. (Ibidem, p. 142).

97 As normas de ação são as expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. (Ibidem, p. 142).

98 Atingido é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. (Ibidem, p. 142).

99 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Tradução Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro Tempo Brasileiro, 1997, p. 143.

Com a introdução de um princípio do discurso já podemos pressupor que questões práticas em geral podem ser julgadas imparcialmente e decididas racionalmente, o que se compatibiliza com nosso corte metodológico, pois entendemos a mediação como uma forma hábil para solucionar conflitos, portanto, as pessoas, através de seu poder comunicativo e racional, podem produzir suas próprias soluções.

Desta forma, a Ética do Discurso não indica conteúdos, mas refere-se a um procedimento que visa resgatar, discursivamente, as pretensões de validade normativas, qual seja o discurso prático. Ocorre, assim, que ela não busca gerar normas justificadas, mas elaborar um processo para o exame de validade de normas propostas e consideradas hipoteticamente. Nesse processo, quando poderíamos dizer que uma norma é válida? A validade de uma norma se dará quando ela puder ser aceita por todos que são afetados por ela.

Apesar de ser formal, nesse procedimento discursivo não há a completa abstração dos conteúdos, o discurso necessita que os conteúdos deem entrada nele, ou seja, que o iniciem. O conteúdo é posto em discussão sob a forma discursiva, a fim de que seja examinada sua validade.

Os pontos-de-vista valorativos particulares, no entanto, devem ser deixados de lado, vez que eles não são passíveis de consenso. Mesmo que as questões práticas sejam definidas como as questões do bem viver (éticas), o formalismo da Ética do Discurso é imprescindível, pois o princípio da universalização funcionaria como um meio de realizar o corte entre o bom e o justo, ou seja, entre o ético e o moral.

Os valores culturais de determinados grupos pretendem alcançar uma validade normativa intersubjetiva, entretanto eles entrelaçam as formas de vida individuais de um grupo, e somente se candidatam a materializar-se em normas de validade universal. Eles serão conteúdos a serem discutidos sob a forma discursiva e somente serão considerados normas morais se encontrarem o assentimento de todos os atingidos.

Esse princípio da universalização, conhecido como “U”, funciona apenas como uma regra de argumentação que, como dito, possibilita o acordo em discursos práticos sempre que a matéria possa ser regulada no interesse igual de todos os concernidos, mas só com a sua fundamentação é que poderemos dar o passo para a Ética do Discurso.

Habermas nos diz que não é possível extrair normas fundamentais imediatamente éticas das pressuposições da argumentação. As normas fundamentais do direito e da

moral devem ser consideradas como conteúdos que precisam ser fundamentados em discursos práticos, uma vez que, como as circunstâncias históricas mudam, cada época lança sua própria luz sobre as representações básicas de natureza moral-prática<sup>100</sup>.

Todavia, ele não nega que, em discursos práticos, sempre recorreremos a algumas regras argumentativas de conteúdo normativo derivadas de um modo pragmático-transcendental. Então, é necessário trabalhar com o problema da fundamentação do princípio da universalização, em especial com o papel que esse argumento pragmático-transcendental pode assumir “como um argumento a que se pode recorrer para comprovar como o princípio da universalização, que funciona como regra da argumentação, é implicado por pressuposições da argumentação em geral”<sup>101</sup>.

Desta forma, aceitando essas regras como pressupostos incontornáveis do Discurso, temos premissas fortes para a justificação do princípio da universalidade, pois das regras ideais de simetria resulta que uma norma controversa só pode encontrar assentimento entre os participantes de um discurso prático se “U” for aceito, já que, como dito, todos os que, para resgatar discursivamente pretensões de validade normativas, aceitam essas condições de procedimento, reconhecem intuitivamente “U”.

Após demonstrar como o princípio da universalização pode ser fundamentado pela derivação pragmático-transcendental a partir de pressuposições argumentativas, Habermas se sente apto a inclinar a Ética do Discurso ao princípio do Discurso “D”, segundo o qual: “... São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”<sup>102</sup>.

De acordo com Habermas, fundamentar a Ética do Discurso evita confusões quanto ao uso da expressão *princípio moral*, uma vez que o único princípio moral é o princípio da universalização, o princípio formal, que vale como regra da argumentação<sup>103</sup>.

---

100 Ibidem, p. 143.

101 Ibidem, p. 120-150.

102 Ibidem, p. 142.

103 Ressalte-se que o princípio “D”, apesar de exprimir a ideia de uma teoria moral, não pertence à lógica da argumentação.

De acordo com Habermas<sup>104</sup>, é possível dizer ainda que todas as éticas cognitivistas têm suas raízes na intuição proposta por Kant<sup>105</sup>, mais precisamente na fórmula de imperativo categórico por ele cunhada. Aquele também utiliza a referida fórmula, principalmente no que se refere à óptica do caráter universal dos mandamentos morais válidos. Para Habermas<sup>106</sup>, outrossim, são inválidas as normas que não possam encontrar o assentimento qualificado de todos os concernidos possíveis; assim, somente são aceitas como válidas as normas que exprimem uma vontade universal.

Em consonância com a teoria habermasiana, o princípio-ponte facilitador do consenso parte da ideia de imperativo categórico, e pode ser compreendido como um princípio que exige, precipuamente, a possibilidade de universalizar as maneiras de agir<sup>107</sup>.

A exigência de consistência nos argumentos de mandamentos morais, baseados no princípio da universalização, não pode ser esvaziada pelos mal-entendidos formalistas e pelas leituras seletivas. O princípio moral deve ser universalista e, por consequência, inteligível por todos os possíveis concernidos.

De outro modo, a exigência de consistência do princípio moral, por si só, não se justifica, eis que antes de fundamentar seu juízo numa determinada norma, deve-se examinar se este pode querer que qualquer outro que se encontre numa situação semelhante, requeira a mesma norma para o seu juízo. A exigência justifica-se, acima de tudo, na premissa de que as normas válidas têm que merecer o reconhecimento por parte de todos os concernidos<sup>108</sup>.

---

104 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 84.

105 Habermas *apud* Kant afirma que “quando agimos amoralmente não quer dizer que nos comportamos necessariamente de modo irracional”. Cabe ressaltar que o termo “racional” diz respeito a algo próximo do prudente, do razoável. (HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 120).

106 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 84.

107 Idem. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 84.

108 Ibidem, p. 85-86.

Para Habermas<sup>109</sup>, uma norma só é imparcial quando abrange um interesse comum, isto é, de todos os concernidos na sociedade e, portanto, conta com assentimento universal, realizando uma ponderação de interesses na perspectiva de todos os outros<sup>110</sup>.

Habermas<sup>111</sup> não acredita na aplicação monológica do princípio (U) que encontramos na teoria de Rawls<sup>112</sup> e Kant<sup>113</sup>, para os quais a imparcialidade de cada ser humano pode formular, por si só, a tentativa de justificação de normas. Sendo assim, no pensamento habermasiano, as argumentações morais só podem ser construídas através da cooperação, de modo a concluir que as argumentações morais podem ser úteis para dirimir de forma consensual os conflitos da ação.

Na construção da solução de conflitos, não é suficiente a reflexão isolada de um indivíduo sobre conceder ou não sua aceitação a uma norma, como também não é suficiente a reflexão de todos os indivíduos concernidos sobre aceitar ou não uma norma. Fundamental para tanto é uma argumentação “real”, na qual participem cooperativamente os concernidos que produzam uma convicção comum. McCarthy propõe que

Ao invés de prescrever a todos os demais como válida uma máxima que eu quero que seja uma lei universal, tenho que apresentar minha máxima a todos os demais para o exame discursivo de sua pretensão de universalidade. O peso desloca-se daquilo que cada (indivíduo) pode querer sem contradição como lei universal para aquilo que todos querem de comum acordo reconhecer como norma universal<sup>114</sup>.

---

109 Ibidem, p. 86.

110 Bernard Williams *apud* Habermas assevera que “... os membros de uma colectividade se podem empenhar, num clima de mútua confiança, numa deliberação pública, a fim de chegarem a um acordo sobre a forma de vida comum...” (HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 122).

111 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 87.

112 O primeiro princípio da justiça, de Rawls, segue a máxima: todos devem ter o mesmo direito ao sistema mais abrangente possível de iguais liberdades fundamentais. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 114).

113 Para Kant toda ação é equitativa, quando sua máxima permite uma convivência entre a liberdade de arbítrio de cada um e a liberdade de todos, conforme uma lei geral (Ibidem, p. 114).

114 McCarthy *apud* HABERMAS. (HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 88).

Percebemos que toda a construção de argumentos morais deve basear-se na efetiva participação de todos os concernidos e, somente dessa forma, podem ser edificados argumentos morais válidos intersubjetivamente. Assim sendo, a realização do discurso entre os diversos envolvidos é que produz a validade dos fundamentos morais e, conseqüentemente, a efetiva realização de argumentações que gera a validade.

### **A mediação**

A mediação pode ser definida como um processo no qual os participantes, com a assistência de uma ou mais pessoas, sistematicamente, isolam questões em disputa para desenvolver opções, considerar alternativas e alcançar uma decisão baseada em consenso, que possa atender às necessidades das partes.<sup>115</sup> Em outras palavras, trata-se de uma forma de intervenção auto-compositiva que apresenta às partes a possibilidade de resolver a disputa de acordo com suas necessidades objetivas, ou seja, com o que as partes realmente desejam, e não o que um terceiro entenda como mais adequado para ela.

A mediação, desse modo, trata-se de um processo pacífico e não adversarial de solução de conflitos, ultrapassando os limites do conflito a ser resolvido<sup>116</sup>. Afinal, muitas vezes, o conteúdo do conflito exposto pelas partes não traduz efetivamente a realidade da situação conflituosa existente entre as mesmas, e nesse ponto reside o diferencial da utilização da mediação como forma resolutive, pois, com a aplicação da mediação, abre-se a possibilidade de uma solução real, edificada entre as partes, e não uma decisão fria, imposta, em cuja construção as partes não participem efetivamente.

Assim, como grande característica da mediação, as partes possuem mais ingerência e autonomia, o que não ocorreria em um processo judicial comum, eis que a função do mediador é estritamente limitada em traduzir e conduzir um discurso respeitável entre as partes.

---

115 SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 147.

116 SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 147, p. 145.

Na mediação, há a prevalência do agir comunicativo, pois o uso da linguagem é feito com fins direcionados para a integração social, isto é, para o acordo, fazendo uso do agir discursivo (comunicativo), uma vez que tenta, do modo cooperativo, compatibilizar os planos de ação das partes.

Após fazermos essa análise, pode-se afirmar, segundo Habermas<sup>117</sup>, que as conquistas advindas dos atos de fala não podem ser evitadas de vício, como uma ameaça, por exemplo, sob pena de prejudicar a essência da autocomposição – o acordo voluntário mútuo.

Vale ressaltar que, para Habermas<sup>118</sup>, as interações comunicativas ocorrem quando as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, isto é, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. Percebemos que a mediação, como técnica de condução e de solução de conflitos, propõe como um dos seus postulados exatamente a perspectiva de que todos os participantes do processo mediado devem ter a mesma oportunidade de fala, além de que todas as soluções construídas devem ser baseadas no consenso construído a partir das várias propostas apresentadas pelos concernidos.

Para Habermas, no agir comunicativo, o ouvinte é motivado racionalmente pelo outro falante para uma ação de adesão, e isso é visto no processo de mediação, no qual há a ideia profícua de construir uma adesão após a análise das diversas teses apresentadas pelos envolvidos. Devemos lembrar que essa concordância (o *aceite*) deve ser sempre motivada racionalmente, isenta de impulsos, imediatismo e pressa, de tal modo que o acordo seja produto da conscientização e da certeza de que aquela é a melhor via de solução do conflito, excluindo qualquer tipo de imposição, de sugestão ou de barganhas, que devem estar distantes do processo comunicacional e mediado.

Impende relatar que Habermas<sup>119</sup>, ao dissertar sobre a quem deve recair a responsabilidade pelo cumprimento entre as diversas formas de interação, atesta o seguinte:

---

117 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*: estudos filosóficos. Tradução Flávio Beno Siebeneicler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 71.

118 Idem. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 79.

119 Ibidem, p. 80.

No caso de ordens e instruções, as obrigações de agir valem em primeira linha para o destinatário; no caso de promessas e declarações, para o falante; no caso de acordos e contratos, simetricamente para os dois lados; no caso de recomendações e advertências com teor normativo, assimetricamente para os dois lados.

De acordo com o pensamento habermasiano, na construção da solução de conflitos, não se faz suficiente a reflexão isolada de um indivíduo sobre conceder ou não seu *aceite* a uma norma, assim como não é suficiente a reflexão de todos os indivíduos concernidos sobre aceitar ou não aceitar uma norma. Na realidade, o que se mostra fundamental é uma argumentação ‘real’, na qual participem cooperativamente os concernidos, que devem produzir uma convicção comum<sup>120</sup>. Assim, sugerimos que uma das formas de ocorrência dessa argumentação ‘real’ proposta por Habermas seria a prática da mediação, pois nesta vemos sempre a ideia do alto grau de participação dos interessados e de que a convicção deve ser construída de forma realmente participativa de todos os concernidos.

Convém mencionar ainda que, na visão de Apel<sup>121</sup>, todo sujeito capaz de falar e agir, ao entrar numa argumentação, tem que aceitar uma série de pressupostos de conteúdo normativo. A verdade é que a ausência de regras no processo discursivo impediria a validade do que foi acordado por meio do agir argumentativo. Entretanto, não basta o respeito mútuo na realização do processo argumentativo. O comprometimento com o respeito mútuo, com o agir cooperativo, ou seja, com as regras que são inevitáveis no interior dos discursos devem também ser preservados fora do processo comunicacional de construção de argumentos; mais que isso, devem ser compartilhados na vida dos concernidos.

Por fim, percebemos que as recomendações retroexplanas por Apel são valiosas para demonstrarmos que não basta a ocorrência de um processo isolado dialogado. Faz-se necessário que o compromisso firmado seja uma opção de vida, respeitando diariamente o acordo construído e buscando o diálogo constante nos atos do dia a dia. Com essa aplicação, verificaremos

---

120 Ibidem, p. 88.

121 APEL *apud* HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 106-109.

a real e a importante efetividade do agir comunicativo e da mediação como método de condução e de solução de conflitos.

## Conclusão

Neste item, pretendemos demonstrar que o processo de mediação pode recorrer à proposta da ética do discurso formulada por Jürgen Habermas.

Um primeiro ponto de elo que encontramos entre eles é a perspectiva que tanto a mediação, quanto a teoria da razão comunicativa habermasiana possuem, qual seja: a autonomia dos indivíduos.

É interessante destacar que Habermas<sup>122</sup> ressalta em sua teoria a importância do poder de fala e de decisão dos indivíduos. Retoma, ainda, a ideia da necessidade de participação, afirmando que as normas devem ser construídas com base no assentimento geral dos concernidos. Segundo a teoria habermasiana, compete aos destinatários decidir se eles, como autores, empregarão sua verdadeira vontade livre; se realmente passarão por uma mudança de perspectivas que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral, ou seja, se farão ou não um uso público de sua liberdade comunicativa.

Entendemos que essa construção habermasiana pode ser trabalhada no processo de mediação. Esta se propõe em ser uma forma de solução de conflitos construída e embasada pela aquiescência de todos os interessados. A mediação não é simplesmente uma técnica a mais de solução de conflitos, mas sim uma forma de responsabilização e maior participação dos cidadãos que visa a aumentar a comunicação entre as partes e a permitir maior autonomia decisória pelos interessados, além de, sobretudo, emancipá-los para as práticas diárias da vida.

Cumpramos enfatizar que Habermas<sup>123</sup> descreve, em sua obra, a possibilidade de realizarmos em nossas condutas diárias dois tipos de atos de fala: o ‘agir estratégico’ e o ‘agir comunicativo’.

---

122 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 167.

123 VELASCO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 35.

A ética do discurso proposta por Habermas parte do princípio de que os seres humanos, a princípio, agem nas suas condutas diárias buscando o entendimento mútuo. Ele não nega a ocorrência do agir estratégico dentro do processo comunicativo, entretanto vê isso como uso parasitário da linguagem.

Percebemos, assim, que o processo de mediação é uma forma de comunicação que busca a integração social entre os concernidos, a qual é produzida de acordo com o princípio fundamental da ética do discurso, o princípio “D”.

Na mediação, nem os mediados, tampouco o mediador podem ter como objetivo principal o agir estratégico. A prevalência do agir estratégico dentro do processo de mediação afasta qualquer pretensão de uma mediação realmente discursiva e coerente com seu grande objetivo, que é o restabelecimento da comunicação entre os participantes.

Ao agir comunicativamente, conseguimos enxergar os fatos, o outro e a nós mesmos por meio da linguagem e, num processo de mediação, nós nos propomos sempre a conquistar essas premissas.

Segundo Habermas<sup>124</sup>, nos processos de compreensão de si, os papéis dos participantes do discurso e dos agentes ficam entrelaçados. Quem quiser obter a clareza sobre sua vida como um todo, quem quiser fundamentar decisões de valor grave e assegurar-se de sua identidade não pode deixar de se substituir no discurso. Isso é notório quando

A compreensão de si refere-se a um contexto específico da história de vida e leva a asserções valorativas sobre o que é bom para uma determinada pessoa. Tais valorações, que se apoiam na reconstrução de uma história de vida da qual ao mesmo tempo se tornou consciência e apropriou, têm um status semântico próprio. Pois, reconstrução não significa apenas a apreensão descritiva de um processo de formação mediante o qual alguém se tornou aquilo que constata: ela significa, ao mesmo tempo, um exame crítico e uma ordenação reorganizadora dos elementos apreendidos, de sorte que o próprio passado (surge), à luz das possibilidades atuais da ação, como história de formação da pessoa que gostaria de ser e permanecer no futuro e, como tal, ser aceita<sup>125</sup>.

---

124 HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. In: DE BONI, L. A., STEIN, E. (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes/UFRGS, 1993, p. 297-298.

125 Ibidem, p. 298.

Como abordamos anteriormente, os níveis em que podemos usar a razão prática, de acordo com o pensamento habermasiano, são: pragmático, ético e moral.

O discurso pragmático reforça a realização de uma tecnologia adequada ou de um programa exequível, enquanto que o discurso ético-existencial põe em destaque um conselho para a orientação correta na vida, para a realização de um modo pessoal de vida. O discurso prático-moral, por fim, corresponde a uma compreensão acerca da solução justa de um conflito no âmbito do agir regulado por normas<sup>126</sup>.

Entendemos, ainda, que a técnica da mediação de conflitos pode ser usada para solucionar conflitos dos 3 (três) níveis. No plano pragmático, podemos pensar numa mediação sobre conflitos locatícios em que as partes têm que decidir qual é a data mais adequada para o pagamento dos aluguéis devidos. De outra forma, no plano ético, é possível pensar numa mediação de conflito de vizinhança em que dois vizinhos tiveram uma discussão muito séria sobre o horário em que se pode ouvir música em determinada altura e que tipo de música pode ser ouvida. Por fim, no plano moral, podemos pensar numa mediação internacional para resolver um impasse político, econômico, religioso e cultural entre os Estados Unidos e o Iraque.

Convém ressaltar ainda que Habermas<sup>127</sup> sugere que o sentido ilocucionário<sup>128</sup> do “ter que” ou do “dever” e o conceito de vontade podem ser determinados a cada momento por imperativos fundamentados racionalmente, o que, de fato, se coaduna com a teoria da mediação,

---

126 Ibidem, p. 295-296.

127 Ibidem, p. 298.

128 Velasco em sua obra diz que Habermas trabalha sob os efeitos provocados pela emissão de um ato de fala, segundo a teoria de Austin. Encontramos nesses autores os seguintes conceitos sobre essa temática: ato locucionário, ato ilocucionário e ato perlocucionário. O ato locucionário consistiria em dizer algo; com os atos locucionários o falante expressa estados de coisas. Já no ato ilocucionário o ato que realizamos se refere a dizer algo, isto é, a ação que um falante realiza ao dizer algo (por exemplo, ordenar, perguntar, prometer ou emitir juízo), ele depende da força convencional que se associa. Ele estabelece o modo que se emprega em uma oração, assim como o sentido da ação mesma: ‘fazer dizendo algo’. O ato perlocucionário tem o efeito a consequência do ato ilocucionário: o ato que levamos a cabo porque dizemos algo, isto é, o efeito provocado no mundo ao dizer algo (por exemplo, tranquilizar ou atemorizar alguém). É o efeito que o falante busca provocar sobre seu ouvinte: ‘causar algo mediante o que se faz dizendo algo’. (VELASCO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 34)

pois, ao estudá-la, percebemos que toda decisão construída pelos mediados deve ser consolidada por imperativos fundamentados pela razão comunicativa.

Quanto aos proferimentos<sup>129</sup> linguísticos, cabe demonstrar que, para Habermas<sup>130</sup>, podem ser utilizados como uma forma de dois falantes chegarem a um entendimento sobre algo no mundo. Para ele, quando recorremos ao componente ilocucionário da linguagem, buscamos determinar o sentido de aplicação do que é dito por meio de uma espécie de comentário pragmático, visto que, na perspectiva de Austin<sup>131</sup>, ao dizermos algo, fazemos algo.

É importante dizer que, consoante Habermas<sup>132</sup>, o contrário também é verdade, eis que quando fazemos algo também dizemos o que fazemos. Quando encontramos a interação com outro, estamos não apenas falando, mas também agindo conforme o que professamos. Assim, interagir significa um conceito complexo composto do ‘agir’ e do ‘falar’.

Esse sentido ilocucionário é extremamente compatível com a mediação, pois, ao nos submetemos ao processo de mediação e proferirmos propostas, estamos nos comprometendo a cumprir nossas propostas e, quando cumprimos o que prometemos ou quando agimos de determinada forma, sempre permitimos que o outro faça uma leitura sobre o nosso agir. Quem aceita uma ordem, sente-se obrigado a executá-la; quem faz uma promessa, sente-se no dever de cumpri-la, caso entenda necessário; quem aceita uma asserção, acredita nela e se comporta de acordo com ela<sup>133</sup>.

---

129 Oliveira deixa claro que na teoria da competência comunicativa proposta por Habermas, ou seja, na teoria do agir comunicativo, o autor diferencia sentenças de proferimentos. As primeiras seriam unidades linguísticas que constam de expressões linguísticas. Proferimentos são sentenças situadas, isto é, unidades pragmáticas de fala. (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Coleção Filosofia – 40. São Paulo: Loyola, 1996, p. 295)

130 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebenecker. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 67.

131 AUSTIN *apud* HABERMAS, Jürgen. (Ibidem, p. 72)

132 Ibidem, p. 73.

133 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebenecker. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 72.

Habermas<sup>134</sup> deixa claro que apenas existirá um sentido performativo<sup>135</sup>, em processos dialógicos, quando o outro assumir uma posição de partícipe do processo. O sentido performativo de uma ação de fala apenas é captado pelo ouvinte potencial, que assume o enfoque de uma segunda pessoa, abandonando a perspectiva do observador e adotando a do participante. Esse raciocínio também se coaduna com a realização concreta da mediação, até porque só ocorrerá, de fato, um processo de mediação discursiva de conflitos nos casos em que as partes entrarem no processo de corpo e alma, sentindo-se e agindo como partes interessadas e atuantes na construção de uma possível solução de seus conflitos.

Habermas<sup>136</sup> dispõe ainda que o sucesso ilocucionário (que ultrapassa a simples compreensão do que é dito) só pode ser alcançado por meio do assentimento racionalmente motivado do outro. Portanto, o falante não pode visar ao fim do entendimento como algo a ser produzido de modo causal. A mediação apenas será eficaz quando os mediados encontrarem a compreensão do que é dito, e isso só será possível com a prevalência da utilização do agir comunicativo. É evidente, portanto, que fins ilocucionários não podem ser atingidos por outro caminho que não o da cooperação. O sucesso das ações de entendimento é mensurado com base na aceitabilidade de ações de fala. O agir comunicativo depende do uso da linguagem dirigida ao entendimento.

Em virtude disso, Habermas<sup>137</sup> assevera que a ação estratégica fracassa tão logo o destinatário descobre que o falante não deixou realmente de lado sua busca pelo sucesso. Isso também se coaduna com a mediação, pois, se a pessoa entrar no processo de mediação buscando camuflar que está agindo comunicativamente em prol da construção de um entendimento com outro, mas, na verdade, está imbuída de uma ação genuinamente estratégica, mais cedo ou mais tarde vai gerar uma tentativa de mediação frustrada.

---

134 Ibidem, p. 68.

135 “Essas limitações impõem aos agentes uma mudança de perspectiva: os atores têm de abandonar o enfoque objetivador de um agente orientado pelo sucesso, que deseja produzir algo no mundo, e assumir um enfoque performativo de um falante, o qual procura entender-se com uma segunda pessoa sobre algo no mundo” (Ibidem, p. 74)

136 Ibidem, p. 68.

137 Ibidem, p. 74.

Habermas<sup>138</sup> deixa claro que acredita que a ordem social deveria produzir-se pelo caminho de processos de formação de consenso. Desta forma aduz que:

Se conseguíssemos elaborar suficientemente esse princípio de uma teoria pragmático-formal do significado e torná-lo plausível, ele poderia esclarecer porque o meio da linguagem natural dispõe de um potencial de forças de ligação utilizável para fins de coordenação da ação. No momento em que um falante assume, através de sua pretensão de validade criticável, a garantia de aduzir eventualmente razões em prol da validade da ação de fala, o ouvinte, que conhece as condições de aceitabilidade e compreende o que é dito, é desafiado a tomar uma posição, baseado em motivos racionais; caso ele reconheça a pretensão de validade, aceitando a oferta contida no ato de fala, ele assume a sua parte de obrigatoriedades decorrentes do que é dito, as quais são relevantes para as consequências da interação e se impõem a todos envolvidos<sup>139</sup>.

Notório, então, que Habermas<sup>140</sup> entende que o acordo apenas pode ser conquistado de forma comunicativa se as partes tomarem suas posições em termos de *sim* ou *não* em relação a pretensões de validade criticáveis. Ele assevera que o consenso sempre pode ser rompido pelas experiências trazidas pelas partes. Essas experiências quebram a rotina daquilo que é autoevidente, constituindo uma fonte de contingências. Elas atravessam expectativas, correm contra os motivos costumeiros de percepção, desencadeiam surpresas, trazem coisas novas à consciência. Na mediação, as novas experiências podem ser um contrapeso à confiança, mas também podem ser uma bela e grandiosa oportunidade de transformar o conflito, as pessoas e a situação. Logo, as experimentações podem ser positivas ou negativas.

Nem toda reação a um proferimento realizado pelo outro é algo negativo; uma reação emotiva, por exemplo, pode demonstrar a realidade das experiências morais vivenciadas pelas partes. Nossa indignação perante uma injúria pode ser algo catalisado para o sucesso da mediação. A falta de reação ou uma reação sem ambiguidade consolida-se e se pereniza, muitas

---

138 Ibidem, p. 82.

139 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*: estudos filosóficos. Tradução: Flávio Beno Siebenecker. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 82.

140 Ibidem, p. 85.

vezes, num ressentimento que fica a arder escondido, se a ofensa não for de alguma maneira reparada.<sup>141</sup>

De acordo com a concepção de Strawson<sup>142</sup>, o ressentimento é a expressão de uma condenação moral e a ocorrência desse sentimento é muito comum em ações que lesam a integridade de outrem. A partir disso, o ressentimento pode ser trabalhado sob algumas formas: a) o autor da ofensa apresenta desculpas; se essas forem aceitas, permitirá que o atingido não se sinta mais ofendido ou diminuído da mesma maneira; sua indignação inicial não vai se perenizar como ressentimento; b) a pessoa atingida pode perdoar a injustiça que sofreu; c) o autor não apresenta desculpas; isso faz com que a indignação inicial se potencialize e, muitas vezes, que o sentimento de culpa e censura surjam. O processo de mediação é um bom momento para que as partes reconheçam seus erros, suas eventuais falhas e possam construir uma nova trajetória de vida isenta de ressentimentos, indignação, censura ou culpa.

Os ressentimentos, a indignação, a culpa e os outros sentimentos não podem se justificar por meio de uma razão externa; apenas a colisão, o enfrentamento de forma comunicativa realizado entre as partes permite a construção de modificações.

Diante disso, Strawson<sup>143</sup> conclui que o mundo dos fenômenos morais só se descobre a partir da atitude performativa dos participantes em interações. Afirma, ainda, que os ressentimentos e as reações afetivas, em geral, remetem a critérios suprapessoais para a avaliação de normas e mandamentos, e que a justificação prático-moral de um modo de agir visa a um outro aspecto, diferente da avaliação afetivamente neutra de relações meio-fim, mesmo que esta possa ser derivada de pontos de vista do bem-estar social. Sendo assim, os sentimentos devem ser vividos, trabalhados, de maneira que jamais sejam reduzidos a meras teorizações, sendo uma boa oportunidade para trabalharmos os sentimentos e a mediação de conflitos.

---

141 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 62.

142 STRAWSON *apud* HABERMAS, Jürgen (Ibidem, p. 62)

143 STRAWSON *apud* HABERMAS, Jürgen. (HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 70).

É conveniente mencionar que Habermas<sup>144</sup> fundamenta sua ética do discurso como uma solução para que haja uma comunidade universal de comunicação, em que o consenso resultante da livre discussão seja o *locus* teórico, ou seja, trata-se de um fundamento que propiciará a linguagem dotada de validade universal e de natureza consensual.

Para tanto, Habermas<sup>145</sup> propõe que a razão prática dentro da seara do direito seja pautada por um princípio de adequação que consiste em demonstrar, dentre as diversas normas aceitas como válidas em um dado sistema jurídico, qual se adequa a uma determinada situação real. Essa adequação ocorrerá de maneira plena se todas as características situacionais relevantes forem levantadas de forma comunicativa e exaustiva através de um processo argumentativo.

É importante perceber que apenas com formação intersubjetiva da vontade coletiva encontramos um adequado processo discursivo do uso da razão prática. A teoria do discurso deve se propor não a analisar o sujeito, mas sim o problema do entendimento entre os sujeitos e os interesses divergentes que devem ser levantados e trabalhados no plano da ética. Entendemos que, no atual contexto, cabe à ciência do direito adotar como objeto e finalidade o alcance e o respeito por um processo jurídico que respeite, conserve e permita, acima de tudo, uma análise argumentativa intersubjetiva. Dentre esses processos jurídicos comunicacionais, discursivos e dialógicos, propomos a adoção da mediação como uma das possibilidades de concretude dessa nova visão que o direito deve enfocar.

Por meio do pensamento habermasiano, concluímos que o consenso humano não pode mais ser baseado em fundamentos divinos, em construções fora do homem (transcendental), mas sim no resgate das pretensões de validade formuladas dentro do discurso prático, coadunando-se mais uma vez com o ideário da mediação, pois através do entendimento construído pela via do instituto referenciado, as partes decidem seus futuros fundadas em argumentos racionalmente motivados.

A emancipação dos sujeitos de direitos vem, antes de qualquer questionamento do resgate da fala, do resgate do poder de decisão, da autonomia e da liberdade. Sem a participação efetiva dos cidadãos na construção das decisões que lhes atinjam, jamais teremos uma real

---

144 Ibidem, p. 113-116.

145 Ibidem, p. 113-114.

democracia participativa, e uma das formas mais valiosas de retomada da fala por parte dos indivíduos é a implementação da cultura da mediação.

Precisamos retomar a comunicação entre os indivíduos apenas com um agir voltado para a construção da pacificação social, de modo a ter a participação de todos os concernidos, para que, assim, tenhamos a construção de um novo paradigma: os seres humanos precisam voltar a enxergar a si, o outro, os fatos, a natureza, a economia e toda a rede social; precisamos resgatar, com urgência, a autonomia moral dos cidadãos.

## Referências

CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução: Flávio Beno Siebeneicler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

\_\_\_\_\_. *Comentários à ética do discurso*. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

\_\_\_\_\_. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. In: DE BONI, L. A., STEIN, E. (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes/UFRGS, 1993.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Buenos Aires: Taurus, 1999.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003.

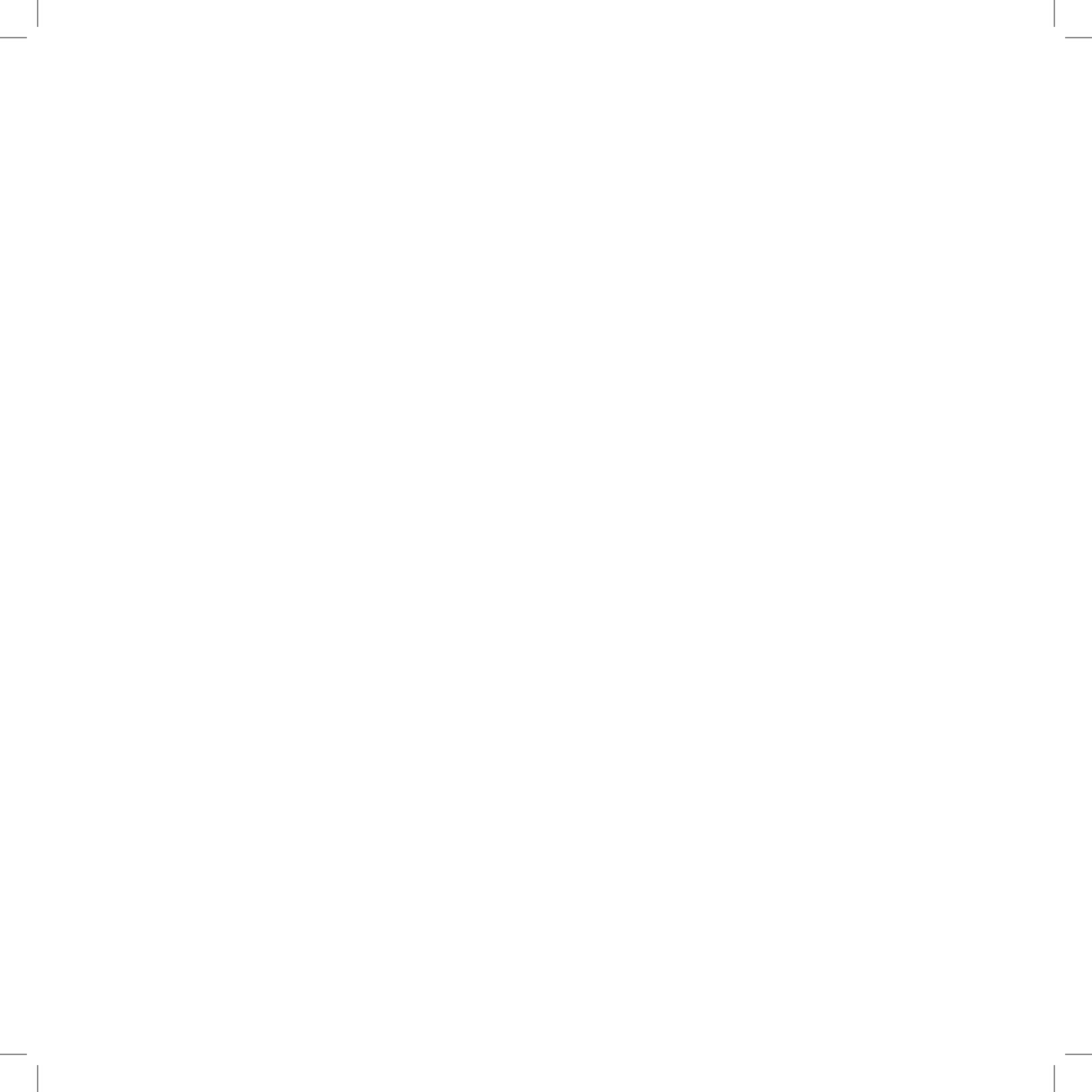
OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. Coleção Filosofia – 40.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento"*. Comentarios de Amy Gutman *et al.* Traducción de Mónica Turrilla de Neira. Fondo de Cultura Económica: México, 1993. Colección Popular 496.

VELASCO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

VELASCO, Marina. *Ética do discurso: Apel ou Habermas?* Rio de Janeiro: FAPERJ; Mauad, 2001.



# DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DE UMA CULTURA DE PAZ, CIDADANIA E JUSTIÇA: DESAFIOS BRASILEIROS ENTRE MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE

Douglas Policarpo  
Fabrício Carlos Zanin

## Introdução

O *tema* a ser enfrentado no presente artigo diz respeito aos desafios brasileiros no que se refere à concretização dos direitos humanos e fundamentais. Além disso, veremos que esses desafios são visualizados de uma nova forma quando inseridos no debate modernidade-pós-modernidade. A inserção dos direitos humanos e fundamentais nesse novo contexto faz com que possamos analisá-los enquanto fundamento de uma cultura de paz, cidadania e justiça.

O *objetivo geral* do artigo é analisar as críticas com relação aos direitos humanos e fundamentais quando vinculados com a noção de fundamento própria da modernidade e, como consequência, chegar até a nova forma de considerá-los desde uma nova ideia de fundamento própria da pós-modernidade e adaptada à realidade e aos desafios enfrentados em nosso País.

O *problema* a ser abordado pode ser formulado do seguinte modo: como um País como o Brasil, indeciso entre pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade, pode enfrentar seus desafios com relação à concretização dos direitos humanos e fundamentais, inserindo-os em uma nova concepção pós-moderna de fundamento e considerando-os como imprescindíveis para uma cultura de paz, de cidadania e de justiça?

Nossa *metodologia* é necessariamente interdisciplinar, pois acreditamos que tal metodologia é a única que torna possível, no contexto pós-moderno, uma troca conceitual e metodológica entre disciplinas da ciência jurídica, entre a ciência jurídica propriamente dita e outras

ciências e entre as ciências e a filosofia. Para exemplificar tal metodologia, vejamos uma frase de Milton Santos:

A interdisciplinaridade não se produz a partir das disciplinas. Ela se produz a partir das meta disciplinas. Eu converso com os outros colegas a partir de minha filosofia e da deles. Mas não da minha disciplina. Se eles não tiverem a filosofia, se eles não forem capazes de produzi-la, não há possibilidade de diálogo. Outro problema é que a filosofia não está sendo capaz de ajudar na produção de filosofias particulares. Os filósofos me ajudaram, mas nenhum deles foi capaz de me entregar um esquema. E não podiam. Imagine um filósofo se ocupar de coisa tão boba como a geografia! Mas cada disciplina, olhando a realidade a partir de um prisma, tem, ela própria, sua rede e seus pontos nodais, que formam a rede. E a teoria é uma rede. A teoria não é um conceito solto, é um sistema de conceitos. Então, os filósofos acabam sendo os inspiradores e depois, lá adiante, os fiscais. Mas cada disciplina tem que elaborar a sua filosofia. (1999).

Para entendermos a frase de Milton Santos, devemos esclarecer e contextualizar quando nasce a interdisciplinaridade. Ela começa na década de sessenta, sobretudo com o movimento estudantil francês de 1968, “o ano zero de uma nova modernidade” (VENTURA, 2008a, p.17; 2008b). Seu principal objetivo foi, ao mesmo tempo, uma recusa dos dualismos tradicionais da modernidade (política e existência, arte e vida, teoria e prática, discurso e ação, pensamento e obra) e uma reaproximação das ciências, das técnicas e da tecnologia da ordem social, política e cultural. Essa recusa e reaproximação somente poderiam ser feitas a partir do terreno da filosofia e de uma nova metodologia epistemológica interdisciplinar para as ciências (VASCONCELOS, 2002; SANTOS FILHO, MORAES, 2000).

E nesse sentido é que Santos diz que a interdisciplinaridade não se faz no terreno das disciplinas científicas tradicionais, mas sim, a partir do terreno da epistemologia ou filosofia das ciências, o que implica uma nova relação entre filosofia e ciências (STEIN, 2002). Cada disciplina cria, com base nos seus conceitos fundamentais, nos seus princípios e nas suas teorias gerais, sua filosofia, tais como: filosofia do direito, filosofia da antropologia, filosofia da sociologia, etc. Então, partindo dessas filosofias particulares é que as várias ciências realizam o debate interdisciplinar, no contexto pós-moderno de crise da concepção moderna de ciência (DEMO, 1998; 2008).

Para destacarmos ainda a importância de 1968, vale destacar uma frase de Bittar:

Maio de 1968, por isso, pode ser tomado como o momento histórico de quebra de padrões comportamentais, de padrões sexuais, de emergência da liberdade sexual, da liberdade política, dos direitos de minorias, de redefinição do papel político da estética, de redefinição do papel da moral em direção ao pluralismo ético, de luta por redemocratização e pelo reconhecimento da diferença, questões que, em muitos de seus significados, redundaram na atual redação da democrática Constituição Federal de 1988. Hoje, as mulheres têm lugar no mundo do trabalho, as minorias reivindicam crescentemente lugar na consagração de seus direitos, a hipocrisia cedeu em muitos temas, a liberdade amplia suas fronteiras, a força dos movimentos sociais tem demonstrado grandes conquistas. Por isso, as cicatrizes históricas deixadas por esse período são incontornáveis para o pensamento crítico contemporâneo, que está tentando lidar com a questão até hoje, bem como inesquecíveis são as conquistas de direitos que não podem ser atualmente desprezadas. (2009, p.104)

A nova relação que a ciência apresenta com a filosofia acaba resultando na polêmica conceitual da interdisciplinaridade, transdisciplinaridade, pluridisciplinaridade e na multidisciplinaridade. Independentemente da importância ou não desse debate conceitual, preferimos ficar com o fundo da discussão, que é justamente um novo posicionamento epistemológico que recusa os dualismos da modernidade e que é o resultado da crise da concepção de ciência instrumental da modernidade, do excesso de conhecimentos e de especialização que perdem a visão do todo, da totalidade, visão esta recuperada pelo novo contato que as ciências têm com a filosofia a partir da interdisciplinaridade. Dentro desse quadro de ideias é que nos diz Paviani (2005, p.25).

Assim, (...) o sentido (...) é o de descrever e de explicar a realidade, de esclarecer as interações entre o conhecimento e a realidade, entre a ciência e a cultura, entre a ciência e a tradição, entre a ciência e a tecnologia e entre outras manifestações sociais e históricas. Contra o excesso de especialização, de fragmentação, essas formas de interação buscam novas formas de saber. O desafio reside não apenas na geração de um diálogo intelectual, mas de instaurar uma nova mentalidade científica, uma civilização democrática, a paz entre os homens.

Por essas e outras razões é que nossa metodologia se conecta com a *matriz ou base teórica* da pós-modernidade (CONNOR, 2004; VATTIMO, 1996; HABERMAS, 1998; CHEVALIER,

2009; GADAMER, 2002; STEIN, 2001), pois apenas desse modo acreditamos que iremos tratar suficientemente, dentro dos limites propostos em um artigo, o tema, os objetivos e o problema pré-definidos anteriormente. Se a interdisciplinaridade implica, necessariamente, uma nova mentalidade científica baseada em três pilares, quais sejam: (1) nova epistemologia; (2) nova filosofia da linguagem; e (3) nova ontologia, isso significa que uma possibilidade é a de que a pós-modernidade, um debate filosófico, pode auxiliar na construção dessa nova mentalidade científica.

Mais uma vez a filosofia em contato com as ciências e as ciências em contato com a filosofia. Como nos ilumina Milton Santos, a filosofia como inspiradora das filosofias particulares das ciências, mas também como fiscal das ciências, para que possamos alcançar uma civilização democrática, baseada na paz, na cidadania e na justiça, exatamente como nos afirma a Constituição da República Federativa do Brasil no seu preâmbulo, nos seus objetivos fundamentais (Art. 3º) e nos seus princípios (Art. 4º).

### **Sujeito moderno: inclusão e exclusão**

O exemplo do sujeito moderno serve para averiguarmos a relação entre normal e anormal, reto e torto, inclusão e exclusão. No meio dessa relação está o direito, a educação, a religião e a família, pois a finalidade dessas instituições é socializar, é endireitar, ou seja, adaptar os indivíduos à sociedade e aos seus valores e padrões tidos como normais e tradicionais (SANTOS, 2007; KAES, 1991; BRANDÃO, 2006). O sujeito anormal necessariamente vai ser punido, aprisionado, reprimido, excluído, marginalizado (LOPES; DAL'IGNA, 2007). Vejamos então a relação da inclusão e da exclusão, do normal e do anormal a partir do exemplo do sujeito moderno (BARCELLONA, 1996).

O sujeito normal é incluído e tem as seguintes características: masculino, jovem, branco, cristão, heterossexual, mente perfeita, físico perfeito, produtivo, reprodutivo, urbano, ocidental. Nesse lado da inclusão do sujeito normal estão o direito positivo e os conservadores. O direito positivo defende uma concepção de paz baseada na ordem. Qualquer mudança ou ameaça à ordem é reprimida pelos conservadores.

O sujeito anormal é excluído e tem as seguintes características: feminino, criança/adolescente ou idoso, ateu ou outras crenças, GLSBTT (gueis, lésbicas, simpatizantes, bissexuais,

transexuais, travestis, etc.), louco (viciados em drogas, em álcool, incapazes legalmente, etc), deficientes ou portadores de necessidades especiais (gordos, magros, carecas), desempregado (improdutivo), estéril, rural e oriental. Nesse lado da exclusão do sujeito anormal estão a teoria crítica do direito e os progressistas. Os progressistas visam mudanças políticas e sociais em prol da inclusão dos excluídos, da igualdade substancial e da justiça social.

Esse exemplo demonstra os preconceitos e as desigualdades de uma sociedade, além das polêmicas linguísticas ou da forma “politicamente correta” de nos referirmos a esses sujeitos ou grupos excluídos. Por exemplo, uma pessoa masculina, jovem, branca, heterossexual, cristã, com uma mente perfeita, com um físico perfeito e (re)produtiva terá muito mais chances de estar incluída. Essa inclusão se refere a todos os bens sociais, econômicos e culturais possíveis: educação, moradia, saúde, lazer, trabalho, consumo, cinema, teatro, museus, etc. Essa inclusão também se refere a todos os tipos possíveis de direitos, situações ou grupos sociais. O sujeito moderno normal incluído terá uma supercidadania.

Agora imaginem outra pessoa: mulher, velha, lésbica, que não acredita em Deus, dependente química, gorda, desempregada, pobre, miserável e faminta, oriental e do campo. Essa pessoa provavelmente estará à margem dos benefícios da convivência social. Vai estar excluída. Não terá a amplitude de direitos que têm um sujeito incluído. O sujeito moderno anormal excluído terá uma cidadania pequena e subnutrida.

Agora vamos comparar esse exemplo do sujeito moderno incluído com o exemplo da linguagem, ou seja, a contraposição ao português anormal (não-padrão, senso comum popular) com o normal (padrão, culto).

O português anormal tem as seguintes características: natural, transmitido, apreendido, funcional, inovador, tradição oral, estigmatizado, marginal, tendências livres, falado pelas classes dominadas. Pode-se comparar esse padrão de linguagem anormal com o sujeito anormal excluído.

A língua portuguesa, ou seja, o português normal é caracterizado como: artificial, adquirido, aprendido, redundante, conservador, tradição escrita, prestigiado, oficial, tendências refreadas, falado pelas classes dominantes (BAGNO, 2008. p.36). Esse português normal e culto é comparado com o sujeito normal incluído.

Mas o que o direito tem a ver com isso? O que o direito tem a ver com o sujeito moderno incluído ou excluído e com o português normal ou anormal? O que o direito tem a ver

com inclusão, exclusão, normal, anormal, linguagem? Tudo! O direito tem tudo a ver com o exemplo do sujeito moderno e com o exemplo da linguagem porque a ideologia e a política se fazem presentes aí (CHAUI, 2006; WARAT, 1995). Se vimos que os dois exemplos colocam em lados opostos a teoria crítica e o direito positivo e os conservadores e os progressistas, então a política e a ideologia também estão presentes. Essa presença da ideologia e da política no direito e nos exemplos citados se dá a partir da hermenêutica jurídica (GADAMER, 1997; HEIDEGGER, 2003; STRECK, 2007; STRECK, 2006; SEDIMAYER, GUIMARÃES, OTTE, 2007; STEIN, 2004).

E qual o papel do direito e da hermenêutica na relação do normal incluído com o anormal excluído no que se refere ao sujeito moderno? O direito e a hermenêutica podem ser capazes de operar mudanças de comportamento e mudanças de visão, pois são capazes de transformar o anormal em normal, o excluído em incluído. Justamente por ter essa capacidade de mudança ou de conservação é que o direito e a hermenêutica têm um vínculo ideológico e político.

O direito obviamente faz parte da vida e da linguagem dos incluídos. Os incluídos têm uma supercidadania. Já os subnutridos de cidadania estão longe do direito; bem longe... (PINSKY; PINSKY, 2008). O Estado parece não ver ou, no melhor dos casos, parece não alcançar esses grupos sociais de alto risco e vulneráveis (minorias). A sociedade, por sua vez, trata o tema com tabus ou com preconceitos. O preconceito e o tabu se manifestam, por exemplo, em piadas que têm como alvo mulheres, negros, crianças, adolescentes, idosos, homossexuais, ateus, outras crenças, loucos, alcoólicos, drogaditos, magros, gordos, deficientes, desempregados, inférteis, orientais e caipiras e sertanejos. Claro que as piadas brincam com os excluídos, pois o sujeito moderno normal se utiliza de uma sociedade disciplinar na qual o desvio, o outro, a diferença devem ser passíveis de uma construção discursiva, que se manifesta nas piadas (PEGORARO, 2008; GAY, 1989; GARCIA-ROZA, 2005).

É entre a supercidadania e a cidadania subnutrida que está a hermenêutica, o direito, a política, a ideologia e a linguagem. Os conservadores usam ou interpretam o direito para incluir os incluídos, numa manutenção do *status quo*. Já os progressistas utilizam ou interpretam o direito para incluir os excluídos e para transformação da realidade. Os chamados novos direitos nada mais são do que a inclusão dos excluídos a partir do direito: direito da mulher, direito da criança e do adolescente, direito do idoso, direito dos homossexuais, liberdade de culto, tolerância com a

diversidade, diálogo entre (inter-) as religiões, direito dos loucos (reforma psiquiátrica e manicomial), direito dos portadores de necessidades especiais, poltronas especiais para idosos e gordos, política de fomento à criação de empregos, programas de acesso ao mercado de trabalho para os jovens, programas de redistribuição de renda, etc. No entanto, de nada adiantam novos direitos, se eles não forem acompanhados de uma nova concepção do direito, na qual este aparece próximo da política e da ideologia e onde tudo isso se manifesta na hermenêutica.

Os novos direitos comprovam o direito regulando e protegendo o que antes era visto como sujeito anormal e excluído e que, a partir da regulamentação jurídica, passa a ser visto, compreendido e interpretado como sujeito normal e incluído. Não basta apenas a regulamentação. É necessário também a concretização. Por isso, a hermenêutica deve fazer o mesmo: mudar comportamentos tradicionais e conservadores (os quais mantêm a exclusão) em comportamentos e visões progressistas (os quais lutam pela inclusão).

Dependendo do lado em que estamos (inclusão ou exclusão; normal e anormal; conservador ou progressista), nossa visão, nossa linguagem e nossa interpretação do direito será completamente diferente. Da mesma forma que nossos comportamentos, pensamentos, palavras e ações. A hermenêutica e o direito vivem constantemente nesse fio da navalha entre sujeito normal incluído e sujeito anormal excluído; e é exatamente aí onde a política, a ideologia e a linguagem denunciam nossa escolha e interpretação. Esse fio da navalha só será modificado com o novo fundamento da pós-modernidade, o qual denuncia e propõe alternativas aos dualismos da modernidade.

Nesse sentido, o que diferencia inclusão e exclusão é a linguagem que utilizamos e que se manifesta em leis, políticas públicas, julgamentos, piadas, etc. Por isso é que a hermenêutica é importante na determinação do direito como mecanismo da inclusão progressista ou da exclusão conservadora. Eis aqui a necessidade da vigilância hermenêutica constante, pois direito, linguagem, ideologia e política são elementos que podem ser utilizados tanto para o lado da inclusão quanto para o lado da exclusão, enquanto permanecermos pensando em termos do fundamento de unidade da modernidade.

Para compreendermos as relações de inclusão e de exclusão que a noção de sujeito moderno provoca, devemos saber um pouco mais sobre a modernidade e de como ela defendeu os direitos humanos desse novo sujeito que nascia: um sujeito autônomo, racional, humanista e secular.

## Um pouco de história

A modernidade é um período histórico que nasce na Europa, no Renascimento, século XV, e termina (ou se transforma, dependendo do ponto de vista) na segunda metade do século XX. Em virtude da colonização, pode-se afirmar que nós, latino-americanos, também herdamos, claro que com nossas peculiaridades, os valores, as crenças, as ideias e os princípios da modernidade e do capitalismo nascente (GADEA, 2007).

Desta feita, ao afirmarmos que a modernidade começa com o Renascimento, cabe também a nós perguntar: mas quem, como e o que renasce no início da modernidade? A resposta é o indivíduo ou sujeito moderno, que renasce das trevas medievais, substituindo as sombras da fé pela luz e iluminação da razão.

Portanto, a modernidade surge a partir das revoluções, que tiveram a finalidade de enterrar a tradição medieval e dar início ao novo – por isso, tempos modernos, tempos novos. As principais revoluções foram: marítima, política burguesa, comercial, financeira, industrial, filosófica, científica e religiosa. Foram elas que mudaram o fundamento teológico medieval para um fundamento baseado no ser humano (humanismo) e sua natureza humana, racional, social e livre (WOLKMER, 2006; HOTTOIS, 2008; HEIDEGGER, 2008).

Assim, o liberalismo está vinculado à modernidade e tem os seguintes pilares: natureza humana, racionalidade, ciências, métodos científicos, direitos humanos, liberdades, etc. Todas as condições se apresentaram propícias ao liberalismo, pois as revoluções levaram ao centro do mundo o indivíduo, o sujeito, o ser humano, agora livre das amarras antigas da natureza e medievais de Deus.

Ainda, destacamos que o contratualismo é uma teoria criada na Modernidade. Como tal, ele tem algumas características compartilhadas com esse período histórico revolucionário, o qual trocou o fundamento divino por um fundamento humano, livre, social e racional. Não foi uma troca suave, mas sim, revolucionária, no sentido de revolver a terra e nela plantar uma semente nova, humana.

Nesse contexto que considera o contratualismo uma teoria que visa responder a seguinte pergunta: “qual o (novo!) fundamento do poder político?”, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant

e Hegel, dentre vários outros, utilizam a mesma lógica argumentativa, a mesma linguagem, a mesma gramática e o mesmo léxico para responder. Ou seja, todos utilizam a estrutura do Estado de Natureza (EN), do Contrato, Acordo ou Pacto (C) e do Estado Civil (EC) (DUSO, 2005; BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 2004).

No entanto, para se chegar à resposta da principal questão sobre o novo fundamento do poder político, é necessário passar por várias outras questões: qual a origem da sociedade civilizada? Qual a origem do Estado e da cidadania? Como o homem passa da animalidade para a civilidade? Como o homem abandona a natureza e passa a formar a cultura? Todas essas perguntas visam revolver a terra política e nela plantar um novo fundamento capaz de secularizar as relações sociais e racionalizar a força e o poder do Estado e do Direito, amparando-os na autonomia da vontade e na racionalidade democrática e consensual.

Essas questões sobre o fundamento e sobre os dualismos que esse fundamento visa resolver fazem parte da essência da modernidade. O paradoxo central da modernidade se faz através da luta, do conflito, do paradoxo, do dilema e da crise entre a revolução da sociedade, de um lado, a crise da autoridade, de outro, e a solução de compromisso provisório e constantemente instável desses dois lados na forma do Estado moderno como lugar do exercício da soberania e da mediação das forças sociais (NEGRI, 2001). Essa essência da modernidade vai se manifestar ainda com mais força no processo latino-americano de modernização, como veremos mais adiante nos desafios brasileiros quanto à concretização dos direitos humanos e fundamentais.

A pós-modernidade será uma resposta crítica a esses dualismos e contradições que estão bem no fundamento da modernidade e que ela enfrenta, sim, mas de modo insuficiente. Tais dualismos podem ser exemplificados da seguinte forma: política X existência; arte X vida; teoria X prática, discurso X ação; pensamento X obra; barbárie X civilização; natureza X cultura; súdito X cidadão; liberdade X submissão; ser X dever ser; sujeito X objeto; história X verdade; pensamento X mundo, público X privado, sociedade X indivíduo, Estado X mercado, dentre muitos outros.

A busca da modernidade por um novo fundamento do poder político deu origem ao contratualismo. E o contratualismo teve como resultado a construção da ideia de Estado de Direito, de direitos humanos e fundamentais e de Constitucionalismo.

## Estado liberal de direito

Atualmente, o sentido de liberalismo vai conectado com o de individualismo e de consumismo, pois tal ideologia é defendida pelos adeptos do capitalismo produtivo e financeiro. Para entendermos tais sentidos (adjetivo e substantivo), temos de recorrer à abordagem histórica, para percebermos onde (Europa!), quando (modernidade!) e porque (revoluções e novo fundamento humano!) nasce a ideia de liberalismo e seus valores éticos (núcleo ético), crenças políticas (núcleo político), ideias econômicas capitalistas (núcleo econômico) e princípios jurídicos (núcleo jurídico).

Para entendermos melhor os sentidos e a origem histórica moderna do liberalismo, vamos dividi-lo em alguns núcleos: jurídico, político, ético e econômico (MACRIDIS, 1980). Vejamos, então, cada um desses núcleos do liberalismo. Para explicarmos cada um deles, iremos recuperar alguns fatos históricos da modernidade para melhorarmos a compreensão (MATTEUCCI, 1998).

O núcleo jurídico é formado pelos direitos humanos de primeira geração ou dimensão, ou seja, aqueles que defendem a liberdade civil e política do indivíduo na sua relação com os governantes. Na fase histórica da modernidade, esse governante era o Rei (Estado Absolutista), que deveria ser limitado através de direitos e através de um documento, a Constituição. Por esse motivo, liberalismo, contratualismo, Estado de Direito e constitucionalismo se conectam a partir do novo fundamento humano e racional proporcionado pela modernidade.

Portanto, o núcleo jurídico do liberalismo codifica direitos humanos subjetivos e individuais como uma estratégia jurídica de defesa contra a tirania e defesa limitadora contra a arbitrariedade do poder. Esses direitos aparecem pela primeira vez nas declarações de direitos (por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França revolucionária) e, agora, ganham o *status* constitucional, pois as Constituições nascem exatamente aqui, na modernidade (STRECK; MORAIS, 2000).

O valor defendido aqui é o da liberdade. Dá-se início ao chamado Estado Liberal de Direito, com os princípios da legalidade (quem manda não é mais a pessoa do rei, mas sim a impessoalidade da lei) e o princípio da separação de poderes (antes concentrados na pessoa do rei) (BARCELLONA, 1996).

Se a modernidade defende a liberdade do indivíduo, como poderia ser formada a sociedade, ou seja, a coletividade? É possível uma sociedade ou a ideia de uma coletividade formada a partir dessa base individual? Para os contratualistas (teoria contratualista), é possível a formação dessa sociedade. Por isso o valor defendido pelos liberais no interior da vida social e coletiva é justamente o pluralismo democrático (pluralismo & democracia), única estratégia política possível de ser compatibilizada com o ponto de partida individual. Caminha-se em direção ao núcleo político do liberalismo. (MORAIS, 2002; BARZOTTO, 2010).

Assim, a sociedade é formada pelo conjunto desses vários indivíduos livres e racionais que, reunidos, formam a sociedade civil, a qual deve ter voz e participação numa ampla esfera pública democrática e plural. Mais tarde na história, essa esfera pública plural e democrática iria se transformar rapidamente: primeiro com seu alargamento em virtude da luta proletária e depois em virtude dos fenômenos da globalização e da perda de soberania do Estado Nacional (MORAIS, 2002; STRECK, 2004; ACCIOLY, 2010; TRINDADE, 2002; LAFER, 1988).

O núcleo ético diz respeito aos valores que orientam as ações, os pensamentos e os discursos dos liberais. Aqui, palavras como individualismo, racionalismo e felicidade (consumo; *american way of life*) aparecem frequentemente. Algum tempo mais tarde na história, esses valores seriam limitados pelos direitos sociais, econômicos e culturais (VAZ, 2002; SANCHEZ VAZQUEZ, 2008; JUNGES, 2001).

Aqui, no núcleo econômico, a doutrina do liberalismo cria sua parte econômica: o capitalismo (produtivo). O capitalismo produtivo está baseado na fábrica, nas máquinas, nos operários, na energia e no lucro. Com o tempo, o capitalismo iria se transformar de produtivo para financeiro. Essa transformação foi ocasionada pela globalização e pelo surgimento do novo liberalismo (neoliberalismo): o centro já não é mais a fábrica, e sim os bancos e as bolsas de valores, com seus títulos, suas ações e suas crises de mau-humor e de bolhas especulativas.

Baseado em todas as informações obtidas até aqui, podemos concluir algumas características do Estado Liberal de Direito: o valor principal é o da liberdade; os direitos que predominam são os direitos humanos de primeira geração, direitos subjetivos-individuais; a característica do Estado é ser mínimo, ou seja, um Estado que intervém o mínimo possível na esfera da liberdade individual, na sociedade e no mercado capitalista; Estado criado a partir do contexto

revolucionário burguês da modernidade, o qual trocou o fundamento divino e absolutista do poder por um fundamento baseado essencialmente na natureza humana racional, social e livre; quanto à economia, o liberalismo apregoa a doutrina capitalista (seja na sua vertente produtiva, seja na sua vertente financeira neoliberal).

### **Estado social de direito**

Assim, como visto, o Estado Liberal nasceu na modernidade, ou seja, teve seu início no Renascimento, no século XV, e se consolidou até o final do século XVIII. Suas características são: defesa intransigente do indivíduo, de seus direitos, de suas liberdades, da legalidade, da separação de poderes, do pluralismo, da democracia, etc.

No entanto, no século XIX, após a revolução industrial, com as lutas do proletariado, com o contexto novo da urbanização e das cidades e das fábricas, o Estado Liberal começa a se transformar. De um conteúdo meramente mínimo e negativo no sentido de não intervir na sociedade, na vida individual e no mercado, o Estado, diante dessas transformações e das pressões das demandas proletárias, torna-se positivo, promovedor, interventivo. As políticas públicas passam a desempenhar papel fundamental no Estado Social, pois é através dela que a igualdade substancial a justiça social se tornam possíveis enquanto concretização dos direitos humanos de segunda geração ou dimensão (PERROT, 2006).

Se no Estado Liberal predominava os direitos humanos de primeira geração, aqui, no Estado Social, predomina os direitos de segunda geração: direitos econômicos, culturais e sociais. A questão social passa a ser objeto do Estado. Por isso, nascem as primeiras leis previdenciárias, sobre saúde, educação, moradia, etc.

O século XX foi uma vergonha civilizatória (MARMELSTEIN, 2009). Muitos atribuem essa vergonha ao próprio desenvolvimento interno da modernidade, seus paradoxos, seus dualismos e sua ênfase no indivíduo, na razão, nas ciências, na liberdade absoluta e sagrada, etc. A vergonha civilizatória diz respeito às duas grandes guerras mundiais, ao holocausto, às ditaduras, aos fascismos, ao socialismo real, ao nazismo, etc. Seja de direita-conservadora, seja de esquerda-progressista, os governos nos legaram a mesma coisa: violência, guerras, injustiças, opressão e desrespeito aos direitos humanos. Esse legado opressivo deveria ser combatido pelo

par democracia<sup>146</sup> e direitos humanos, que são condições imprescindíveis para a paz, a cidadania e a justiça. Eis aí o surgimento dos princípios do Estado Democrático de Direito.

O Estado Social de Direito está bem no núcleo do debate brasileiro sobre a modernidade-pós-modernidade. Aparecem, nesse sentido, duas posições: a primeira afirma que a modernidade é tardia e não acabou no Brasil e que, por isso mesmo, é necessário um Estado Social forte, interventivo, dirigente e compromissário; a segunda posição afirma que a modernidade acabou e que a globalização e o neoliberalismo, em conexão com a pós-modernidade, implica o fim do Estado Social através das privatizações e das reformas estruturais. Como veremos mais adiante, acreditamos que existe a possibilidade de uma outra posição situada além desses dois extremos.

### **Estado democrático de direito e o novo liberalismo**

Por essa razão, no pós segunda guerra mundial, criou-se a ONU e foi estabelecida uma base dupla de qualquer Estado de Direito: direitos humanos e democracia (STRECK, 2004). Nesse cenário é que tem início o processo de internacionalização do direito constitucional e de constitucionalização do direito internacional (HABERLE, 2007). Seja de esquerda ou de direita, o regime político que não for uma democracia e não respeitar os direitos humanos simplesmente não será reconhecido perante a sociedade internacional como um governo soberano, como um Estado de Direito e Constitucional (PIOVESAN, 2007).

Nascia aí a concepção de Estado Democrático de Direito, cujo fundamento não é mais o liberalismo de direita ou socialismo de esquerda, mas sim a democracia e os direitos humanos. Aqui, liberais e socialistas devem aprender a conviver juntos numa sociedade democrática, fraterna, pluralista, livre e igual.

De qualquer forma, do começo do século XX até o começo do século XXI, ocorreram várias crises econômicas. Tanto o século XX como o século XXI começaram com crises eco-

---

146 Para uma leitura sobre a abertura e profundidade do conceito de 'democracia', ver: POLICARPO, Douglas. Brasil, uma democracia imperfeita: crítica à indicação dos membros do Supremo Tribunal Federal. *Repertório de jurisprudência IOB* (publicação nacional), p.694-700, 01.set.2006.

nômicas. Só falta o século XXI copiar tão bem o século XX que até as guerras vai reler e reformular – nem precisamos lembrar o ataque de 11 de setembro e todas suas consequências, ou seja, guerras! (CRETELLA NETO, 2008; JUDT, 2008) Entretanto, a partir da década de 80, nasce um novo liberalismo (O NEOLIBERALISMO, 1998). Nesse contexto, ainda, também começa a globalização econômica (FARIA, 2004). Não é por acaso, portanto, a conexão entre neoliberalismo e globalização econômica.

O novo liberalismo nasceu para dar conta das crises econômicas e servir de resposta às supostas insuficiências e irracionalidades burocráticas do Estado Social e Democrático de Direito. Mas há outros tipos de crises com relação ao Estado que vão muito além das crises econômicas; como, por exemplo, crise conceitual (soberania), crise estrutural (reformas estruturais), crise institucional (constitucional), crise funcional (separação de poderes) e crise política (parlamentar) (MORAIS, 2002).

O mais interessante do neoliberalismo é que ele enfrenta esses problemas e cria conceitos muito operativos. Um exemplo dessa criação é o terceiro setor, o qual nasceu para dar resposta a um dualismo que já não dava mais conta da realidade globalizada, ou seja, um dualismo que nasce na modernidade: público (Sociedade) (Estado) X privado (Indivíduo) (Mercado) (MONTAÑO, 2003).

### **Estado constitucional e democrático de direito**

A teoria contratualista de fundamentação humana e racional do poder nasceu como uma hipótese lógica e teórica, ou seja, apenas como uma ideia. No entanto, quando ela se uniu ao constitucionalismo, ela se tornou um fato histórico, real e concreto presente em diversas constituições. Foi o contratualismo que explicou de modo teórico as mudanças e revoluções políticas que estavam acontecendo concretamente, na prática, na época moderna.

Três condições foram necessárias para esse casamento entre contratualismo e constitucionalismo: (1) secularização, ou seja, a troca de fundamento divino por um humano; (2) o individualismo como contraposição à concepção orgânica e natural da Idade Média; (3) utilitarismo como consequência da aplicação da lógica científica e racional a todos os âmbitos da vida pessoal e social (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 2004; PECORARO, 2005).

Onde existir um Estado, aí também deverá estar presente uma Constituição para organizar o poder do Estado e definir os direitos humanos dos cidadãos. Portanto, Estado de Direito

também pode ser chamado Estado Constitucional. E Estado Constitucional também pode ser chamado de Estado dos Direitos Humanos. Onde estiver presente um Estado de Direito que tenha uma Constituição e que respeite os Direitos Humanos, então o regime político deverá ser, necessariamente, democrático. E a democracia visa a convivência cidadã entre as diferenças e a resolução pacífica dos inevitáveis conflitos. Todos eles, Estado, Constituição e Direitos Humanos, têm as mesmas fases: liberal, social e democrática.

A história da cidadania e da justiça social é uma constante luta e uma constante conquista de direitos. Se na fase liberal apenas os burgueses tinham direitos e eram incluídos, se na fase social os excluídos proletários foram incluídos e, se na fase democrática, outros grupos excluídos foram incluídos, isso nada mais quer significar que os direitos humanos têm na democracia um poderoso instrumento de inclusão de grupos excluídos na participação das decisões coletivas. Sempre lembrando, como já vimos, que toda inclusão pressupõe exclusão.

Enfim, o que estamos vivenciando atualmente é a união de seis conceitos fundamentais: por um lado, Estado, Constituição e Direitos Humanos e, por outro, Democracia, Desenvolvimento e Justiça Social. Um lado depende do outro e a hermenêutica trata de todos, fazendo com que o direito se aproxime da ética. Não é por acaso que andam falando de pós-positivismo ou positivismo ético (MARMELSTEIN, 2009; DIMOULIS, 2006).

Fenômenos como a judicialização da política, a constitucionalização do direito privado, os novos direitos, o ativismo judicial, o pós-positivismo, o neoconstitucionalismo, a repersonalização, a funcionalização, etc. podem ser compreendidos desde essa perspectiva do Estado de Direito, dos direitos humanos e fundamentais e do constitucionalismo (VIANNA, 2002) – todos vinculados com o fundamento humanista e racional da modernidade e, no entanto, passando por transformações que são tematizadas apenas pela filosofia e pelo pensamento da pós-modernidade (CHEVALIER, 2009; BITTAR, 2009).

### **Críticas da modernidade**

Não é por acaso que os direitos humanos e fundamentais são conectados com a modernidade, com a noção de sujeito epistemológico, com o conceito de sujeito de direitos, com o contratualismo, com o liberalismo, com o Estado de Direito e com o constitucionalismo. Os

críticos da modernidade vão atacar justamente todas essas conexões, seus dilemas, seus paradoxos, seus dualismos, etc. (BARCELLONA, 1996; CONNOR, 2004; DEMO, 2008; GADEA, 2007; HABERMAS, 1998; HOTTOIS, 2008; INSANTI, 1999).

Brevemente, podemos colocar como características da modernidade o seguinte: sujeito, individualismo, humanismo, transformação, domínio e controle da natureza e da sociedade, ciência, tecnologia e instrumentalidade. Já as características da pós-modernidade são as seguintes: fase de transição ou de ruptura, velho e novo brigam ou se confundem, nova sensibilidade, novos modos de sociabilidade, um dos vários caminhos possíveis de compreensão das grandes mudanças e transformações atuais em todos os níveis, tecnologias da comunicação e da informação e globalização, etc. (CHEVALIER, 2009; BITTAR, 2009).

O que diferencia a modernidade da pós-modernidade é justamente a noção de fundamento. Enquanto na modernidade o fundamento visava à unidade, contra a multiplicidade e a pluralidade, a pós-modernidade visa inserir na ideia de fundamento não mais a unidade, mas sim, a diferença, o outro. Se o fundamento da modernidade leva à violência, o fundamento da pós-modernidade leva ao diálogo (OLIVEIRA, 1997; BARCELLONA, 1996; PECORARO, 2005; VATTIMO, 1996; KAUFMANN, 1992). Um exemplo disso podem ser as três religiões monoteístas, baseadas na concepção de um fundamento uno e divino e suas diferentes fundamentações dos direitos humanos. Nem precisamos lembrar os diversos atos de violência que tais concepções de fundamento e de unidade acarretaram ao longo da história ocidental (KUSCHEL, 2007; SALLES, 2006) e sua conexão com a ideia de uma soberania una, indivisível, inalienável, imprescritível e perpétua.

O fundamento dos direitos humanos e fundamentais é o humanismo moderno, racional e secular e sua noção de sujeito, que não existiria sem as filosofias de Descartes, Kant e Hegel. No entanto, tal fundamento humanista sofreu duros ataques de Copérnico, Darwin, Marx, Freud, Nietzsche, Ricoeur (1990; 2000; 2008), Barthes (1992) e Foucault (1980), etc. Tais críticas desembocaram nas teorias feministas, na teoria das minorias, nos novos direitos, nos estudos culturais (HOTTOIS, 2008; BERTOLIN, ANDREUCCI, 2010). Nas palavras de Goyard-Fabre:

A crise de que padece o direito político proviria da ilusão metafísica com que, a partir do século XVII, se alimentou o humanismo do pensamento ocidental. A crítica do di-

reito político do Estado moderno encontraria seus motivos numa crise dupla: a de seus princípios mistificadores, e a de seus efeitos. Por conseguinte, se o humanismo do direito político moderno não passa de uma ilusão metafísica, é porque os princípios sobre os quais se edificou envolvem uma imensa mentira sobre a Vida e sobre o Ser: essa é a tese nietzscheana cuja repercussão, misturada com os ecos da filosofia de Heidegger, deixa pressagiar, depois da “morte de Deus”, a “morte do homem”. A crise do direito político moderno não passa de um desabamento axiológico que acarreta a “morte do Estado” e a “morte do direito” (1999, p.359-360).

É nesse sentido e nessa tradição de crítica da modernidade que se insere a obra de Giorgio Agamben. Por exemplo, na sua obra *A linguagem e a morte: um seminário sobre o lugar da negatividade* (2006), ele propõe uma nova ética; em *Estado de exceção* (2004a), um novo direito; em *Infância e história* (2005), uma nova experiência histórica; em *A comunidade que vem* (1993), uma nova comunidade; em *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I* (2004b), uma nova política, dentre outras obras, tais como *Estâncias* (2007a) e *Profanações* (2007b), etc. Em virtude do espaço, daremos ênfase apenas à ideia de uma nova política, exemplificando uma lógica que percorre toda a obra de Agamben: refundar ou reler a modernidade vencendo e enfrentando seus dilemas, paradoxos e dualismos.

Toda a política ocidental, para Agamben, está amparada na metafísica e configurada como estado de exceção biopolítico (NEGRI, 2001; NEGRI, 2005; TESHAINER, 2006). Em virtude dessa base metafísica, a política ocidental foi e é incapaz de articular voz e linguagem, natureza e cultura.

O exemplo da exceção pode ser esclarecido a partir da aproximação que Agamben faz entre direito e linguagem, ou seja, a análise de problemas epistemológicos do direito e problemas linguísticos. No direito, a validade não coincide com a aplicação, o geral não coincide com o particular e, na linguagem, vigora a divisão entre ato de fala (palavra) e língua (léxico). Assim, a validade e a língua vigoram e somente existem na e pela suspensão de toda referência à aplicação e à fala. O direito pressupõe um não direito; e a linguagem pressupõe um não linguístico. A relação entre esses dualismos e separações é feita pelo estado de exceção. O único modo de relação possível entre o que estava separado pelos dualismos da modernidade é a exceção. Do mesmo modo que o único modo de relação entre Estado e sociedade é a exceção biopolítica da soberania.

A relação do direito com a vida é a do a-bando-no, isto é, a vida retirada no seu bando. “Uma crítica do bando deverá então necessariamente pôr em questão a própria forma de relação e se perguntar se o fato político não seria por acaso pensável além da relação, ou seja, não-mais na forma de um relacionamento” (AGANBEM, 2004a, p.36). Esse além de todo relacionamento assemelha-se ao pensamento de Negri quando busca uma unidade entre ação (poder constituinte) e estrutura (poder constituído) (2002) e busca aproximar ontologia e política.

Seria preciso, preferivelmente, pensar a existência da potência sem nenhuma relação com o ser em ato — nem ao menos na forma extrema do bando e da potência de não ser, e o ato não mais como cumprimento e manifestação da potência — nem ao menos na forma de um doar de si e de um deixar ser. Isto implica, porém, nada menos que pensar a ontologia e a política além de toda figura de relação, seja até mesmo daquela relação limite que é o bando soberano; mas isto é justamente o que muitos hoje não estão dispostos a fazer por preço algum (AGAMBEN, 2004a, p.55).

Somente se tivermos compreendido as implicações teóricas da vida nua poderemos solucionar o enigma da ontologia. Atingindo o limite do ser puro, a metafísica (o pensamento) transmuta-se em política (em realidade), assim como é sobre o limiar da vida nua que a política transgride-se em teoria (AGAMBEN, 2004a, p.188).

É a partir destes terrenos incertos e sem nome, destas ásperas zonas de indiferença, que deverão ser pensadas as vias de uma nova política (AGAMBEN, 2004a, p. 192).

Aqui aparece uma diferença da obra de Agamben em comparação com a obra de Heidegger. Se esta queria justamente aproximar a ontologia da política, aquela procura pensar tal relação entre ontologia e política além da própria relação. Toda a tradição contratualista será revisada por Agamben desde esse ponto de vista. Em Hobbes, a contraposição antiga entre *physis* e *nomos* repercute no modo de analisar as relações entre violência e direito. Essa contraposição é a que legitima o princípio da soberania como condição da paz. O soberano é o limiar de indiferença, de suspensão e de exceção entre natureza e cultura, entre violência e lei, entre guerra e paz, etc. O estado de natureza e o estado de exceção são as duas faces de uma mesma moeda.

Os dualismos metafísicos como, por exemplo, estado de natureza e estado civil, são superados por Agamben com o conceito de exceção, que nada mais é do que o retorno do que antes tinha sido excluído e reprimido; neste caso, o retorno do estado de natureza.

O que era pressuposto como externo, excluído e reprimido (estado de natureza), ressurgiu agora no interior (como estado de exceção), e o poder soberano é justamente essa zona de indiferença, essa impossibilidade de discernir externo e interno, natureza e exceção, *physis* e *nomos* (AGAMBEN, 2004a, p.43).

Depois do estado de natureza contraposto ao estado civil, é a vez da distinção entre poder constituinte (*fora* do Estado; violência que põe o direito) e poder constituído (*dentro*; violência que conserva o Estado) ser analisado à luz dos paradoxos da soberania que o estado de exceção denuncia. Negri, ao analisar o poder constituinte, leva-o até a ontologia. Assim, o problema sai da política e ingressa na ontologia (clássica e moderna):

E somente se conseguirmos pensar de modo diverso a relação entre potência e ato, e, aliás, além dela, será possível conceber um poder constituinte inteiramente livre do bando soberano. Até que uma nova e coerente ontologia da potência (mais além dos passos que nesta direção moveram Spinoza, Schelling, Nietzsche e Heidegger) não tenha substituído a ontologia fundada sobre a primazia do ato e sobre sua relação com a potência, uma teoria política subtraída às aporias das soberanias permanece impensável (AGAMBEN, 2004a, p.43).

O ser, quando visto na relação ato-potência, e a soberania, quando vista com o paradoxo do estado de exceção entre dentro-inclusão e fora-exclusão, são aproximados e, assim, “a aporia metafísica mostra aqui a sua natureza política” (AGAMBEN, 2004a, p.56). O estado de exceção é a unidade entre a forma de lei e a forma de vida (vida nua, biopolítica).

A história do Ocidente interpretada como a história do a-bando-no incluído da vida nua pelo poder soberano pode ser aproximada com a história do a-bando-no do ente pelo ser; esquecimento do ser, do qual nos fala Heidegger (2003, 2008, 2009; CASANOVA, 2006; STEIN, 2001; MICHELAZZO, 1999). O abandono do ente pelo ser faz com que o ente seja visto como objeto meramente presente e totalmente disponível, objetificado e instrumentalizado. Da mesma

forma que a vida, quando abandonada pelo poder soberano, porém incluída através da exceção bipolar, surge como vida nua insacrificável e, ao mesmo tempo, matável. O Estado universal homogêneo vai nessa mesma direção da vida nua em sua plenitude (HOFFE, 2005). Mais uma semelhança com o pensamento de Heidegger e sua tematização da técnica e do nihilismo (CASA-NOVA, 2006; STEIN, 2001; MICHELAZZO, 1999; VATTIMO, 1996).

Saindo do lado do paradoxo da soberania, agora vamos ao lado da vida nua, vida sacra como *homo sacer*: “aquilo que é capturado no *bando* soberano é a vida nua matável e insacrificável: o *homo sacer*” (AGAMBEN, 2004a, p.91). Trata-se de uma dupla negação feita por Agamben: do natural (profano, profanações) e do divino (religioso), abrindo assim uma zona de indeterminação para a violência do soberano. O fundamento do poder político é uma vida matável que se torna política e que paga a sua participação política com a submissão a um poder de morte.

É chegado, portanto, o momento de reler desde o princípio todo o mito de fundação da cidade moderna, de Hobbes a Rousseau. O estado de natureza é, na verdade, um estado de exceção, em que a cidade se apresenta por um instante (...) *tanquam dissoluta*. A fundação não é, portanto, um evento que se cumpre de uma vez por todas (...), mas é continuamente operante no estado civil na forma da decisão soberana. Estado, por outro lado, refere-se imediatamente à vida (e não à livre vontade) dos cidadãos, que surge, assim, como o elemento político originário, o *Urphänomenon* da política: mas esta vida não é simplesmente a vida natural reprodutiva, a *zoe* dos gregos, nem o *bios*, uma forma de vida qualificada; é, sobretudo, a vida nua do *homo sacer* e do *wargus* [homem-lobo], zona de indiferença e de trânsito contínuo entre o homem e a fera, a natureza e a cultura. (...) O que o bando mantém unido é justamente a vida nua e o poder soberano. É preciso dispensar sem reservas todas as representações do ato político originário como um contrato ou uma convenção (AGAMBEN, 2004b, 115-116).

Se, na modernidade, a vida se coloca cada vez mais no centro da política estatal na forma de biopolítica, politização da vida e a ideia do campo, e os direitos humanos e fundamentais são a prova disso, isso só é possível porque, na base, está a relação numa zona de indiscernibilidade entre poder soberano e vida nua. Desse modo, todos os direitos humanos e fundamentais vistos nesse cenário biopolítico não passam de réplicas políticas das técnicas de dominação do poder soberano. Eles não são nada mais e nada menos do que a intrusão, na ordem política, de princípios biológico-científicos.

O exemplo do refugiado mostra a fragilidade dos direitos humanos ou do direito humanitário no contexto do que Agamben chama de campo. Nesse sentido, o campo, como espaço biopolítico fundado pelo estado de exceção, é o “paradigma oculto do espaço político da modernidade” (AGAMBEN, 2004b, p.129). O campo surge quando o estado de exceção deixa de ser exceção e se torna regra. Sendo um estado de exceção, nos campos ‘tudo é possível’. “A um ordenamento sem localização (o estado de exceção no qual a lei é suspensa) corresponde agora uma localização sem ordenamento (o campo, como espaço permanente de exceção)” (AGAMBEN, 2004b, p.181).

Se a guerra, na modernidade, foi varrida do terreno social, civil e nacional para o terreno soberano internacional, tornado-se “um limitado estado de exceção”, agora, na pós-modernidade, “o estado de exceção tornou-se permanente e generalizado”, pois a guerra e a violência tornaram-se a regra seja no âmbito nacional, seja no âmbito internacional (NEGRI, 2005; NEGRI, 2001).

Esta nova centralidade do “corpo” no âmbito da terminologia político-jurídica viria assim a coincidir com o processo mais geral que confere a *corpus* uma posição tão privilegiada na filosofia e na ciência da idade barroca, de Descartes a Newton, de Leibniz a Spinoza; na reflexão política, todavia, *corpus*, mesmo quando se torna, no Leviatã ou no Contrato Social, a metáfora central da comunidade política, mantém sempre um estreito liame com a vida nua. (...) A grande metáfora do Leviatã, cujo corpo é formado por todos os corpos dos indivíduos, deve ser lida sob esta luz. São os corpos absolutamente matáveis dos súditos que forma o novo corpo político do Ocidente (AGAMBEN, 2004b, p.131).

Na biopolítica ocorre a integração — que terá trágicos resultados! — entre jurista, médico, cientista, biólogo, economista, estatístico, perito, sacerdote e soberano! Quando vida e política, originalmente separadas, são unidas no contexto indiscernível do estado de exceção, então toda a vida torna-se sacra (objetificada, manipulável e matável) e toda política, exceção.

A biopolítica pode ser exemplificada na relação entre direito e medicina, ou seja, na politização e juridicização da morte, na qual a tecnologia desempenha um papel extraordinário sobre o corpo.

A vida nua torna-se disponível para a exploração e controle das tecnologias mais avançadas da medicina, criando a obstinação terapêutica (OLIVEIRA, 2004; CAMARGO JUNIOR,

2003). “Nas democracias modernas é possível dizer publicamente o que os biopolíticos nazistas não ousavam dizer” (AGAMBEN, 2004, p.172).

A obra de Agamben, utilizada como exemplo de muitas outras obras que criticam a modernidade, nos deixa uma sensação muito incômoda. Se a modernidade, seu fundamento e todas suas instituições sociais, políticas, jurídicas e econômicas estavam fundadas numa mentira metafísica, numa ficção e num mito (FITZPATRICK, 2007; OST, 2005), ou seja, na racionalidade irracional que ao invés de liberdade gerou apenas dominação, o que nos resta, hoje? Assmann nos dá uma pista de resposta:

Quem lê os livros de Giorgio Agamben se sente interessado em saber mais e melhor o que para ele é, ou são, o “ser que vem”, “o ser humano que vem”, “a política que vem”, “a poética que vem”, “a comunidade que vem”. Tudo o que vem parece ter a ver com o “messias que vem”. Cá e lá parece haver o prenúncio ou anúncio de algo novo, de algo desejado, esperado em meio ao desespero vivido, perante uma normalidade pesada que não parece deixar nenhuma possibilidade senão uma vida nua. O que resta fazer? Em primeiro lugar, abandonar a aposta de que tudo pode ser resolvido através do cumprimento da norma, e por isso abandonar também a aposta no “Estado de Direito”. Poderíamos dizer que, nesse sentido, Agamben radicaliza a denúncia de que ficamos de mãos vazias, de que caímos definitivamente no niilismo, e nada resta a fazer. Se fosse assim, porém, por que insistir com a “comunidade que vem”, “a política que vem”, “o homem que vem”? Para além de todas as profanações já efetuadas por Agamben, e de todos os anúncios já insinuados por ele, talvez nos caiba, como leitores, usufruir da companhia instigante e privilegiada deste autor, e tentar aceitar o convite para que também nós ousemos “viver como *Genius*”. Tentando pensar, pensando, também nós nos colocamos em jogo, e podemos, quem sabe, contribuir para que “a política que vem” e o “ser humanos que vem” estejam um pouco mais perto como potência da vida, potência de ser e de não-ser” (AGAMBEN, 2007, p.13-14).

Agamben também nos dá uma pista de resposta dizendo: “será preciso, antes, fazer (...) da própria vida nua o local em que constitui-se e instala-se uma forma de vida toda vertida na vida nua, um *bios* (forma de vida qualificada) que é somente sua *zoe* (vida natural reprodutiva)” (AGAMBEN, 2004b, p.194, complemento nosso). A sensação incômoda de ler, por exemplo, Agamben e Heidegger, dentre outros críticos da modernidade, é que eles apenas nos dão pistas de saídas dos dualismos, paradoxos e dilemas modernos. Só que pistas, indícios e

sinais são diferentes de respostas. E nós, brasileiros, diante de tantos desafios, precisamos mais de respostas do que de pistas, indícios e sinais. De repente reside aí a insuficiência da crítica da pós-modernidade, isto é, seu caráter apenas desconstrutivo e negativo. Ou talvez, como diria Milton Santos, a filosofia como inspiradora de respostas dadas pelas ciências e, depois, como guardiã e fiscal dos resultados dessas respostas científicas.

### **Desafios brasileiros**

Nosso problema a ser enfrentado no artigo é: como um País como o Brasil, indeciso entre pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade, pode enfrentar seus desafios com relação à concretização dos direitos humanos e fundamentais, inserindo-os a partir de uma nova concepção pós-moderna de fundamento, considerando-os como imprescindíveis para uma cultura de paz, de cidadania e de justiça?

O que diferencia a modernidade da pós-modernidade é justamente a noção de fundamento. Enquanto na modernidade o fundamento visava à unidade, contra a multiplicidade e a pluralidade, a pós-modernidade visa inserir na ideia de fundamento não mais a unidade, mas sim, a diferença, o outro. Se o fundamento da modernidade leva à violência, o fundamento da pós-modernidade leva ao diálogo, como fica explícito na frase de Michelazzo:

(...) procuraremos analisar a essência do fundamento em torno do qual se assentam esses dois modos de pensar. Assim, o modo metafísico tem, como essência do seu fundamento, o *princípio*, expresso pelo *um* (ser), que representa o suprassensível, aquele âmbito do real mais básico e significativo porque ele é o primeiro, o anterior, a causa do outro âmbito — o sensível, isto é, a dimensão do real derivada e posterior. Para Heidegger, entretanto, esse fundamento do modo metafísico de pensar não é ainda o mais primordial. Há um outro, anterior e mais originário, cuja essência não é pensada como o *um* da metafísica — mas como *dois*, isto é, como duplicidade ou diferença que se estabelece entre o ente e o ser, ou seja, o ente e o ser não pertencem a âmbitos distintos do real, tal como pensa a metafísica, mas, antes, são pensados como um todo, formando uma mesma realidade, onde nem um (ser) e nem o outro (ente) “é” isoladamente, pois eles “são”, apenas e tão somente, enquanto se pertencem numa un-idade. Esta palavra, entretanto, não pode nunca ser interpretada segundo a ontologia tradicional como simples identidade, mas de um modo mais fundante, em cujo âmbito identidade e diferença se pertencem e se imbricam (...) (1999, p.21-22)

Como já salientado, a modernidade, com sua concepção de fundamento, gera vários dualismos, paradoxos, dilemas e perplexidades, tais como: política X existência; arte X vida; teoria X prática, discurso X ação; pensamento X obra; barbárie X civilização; natureza X cultura; súdito X cidadão; liberdade X submissão; ser X dever ser; sujeito X objeto; história X verdade; pensamento X mundo, público X privado, sociedade X indivíduo, Estado X mercado, dentre muitos outros.

A crítica da modernidade, exemplificada na obra de Agamben — seguindo Heidegger, o pós-estruturalismo e a teoria crítica — e que desemboca na pós-modernidade, “soluciona” tais dualismos paradoxos, dilemas e perplexidades da modernidade através do estado de exceção biopolítico, denunciando toda a construção política da modernidade como opressiva, disciplinadora e controladora. A crítica da modernidade, que lança suspeitas sobre o Estado de Direito, sobre o constitucionalismo, sobre a democracia e sobre os direitos humanos, deixa apenas pisadas, indícios e sinais de alternativas.

Cabe a indagação do que nós, brasileiros, inseridos na realidade latino-americana, cheia de exclusão, de injustiças, de violências, de cidadania e democracia jovens e imaturas, de miséria e de desigualdades podemos fazer e construir? Eis, portanto, nossos desafios: fazer com que a herança da modernidade todas as suas promessas, mesmo que transformadas e desmistificadas, ainda sejam válidas para nós. Acreditamos que isso somente será possível superando o fundamento de unidade, de violência e de exclusão da modernidade em direção a uma nova concepção pós-moderna de fundamento, na qual as diferenças e as minorias antes excluídas sejam incluídas. Nesse sentido é que os direitos humanos e fundamentais podem ser vistos como inseridos no novo fundamento pós-moderno de uma cultura de paz, cidadania e justiça, no qual as diferenças saibam conviver e dialogar.

A desigualdade, a miséria e a exclusão no Brasil só são compreendidas quando inseridas na formação histórica de nossa sociedade e de nossa política (FAORO, 1989; RIBEIRO, 1995; FREYRE, 2001). Então podemos compreender porque a distância entre ricos e pobres é tão grande e porque a exclusão, a miséria e a desigualdade acabam recaindo, sobretudo, nos grupos da população mais vitimados ao longo de nossa história: mulheres, crianças, adolescentes, idosos, homossexuais, descendentes de escravos, trabalhadores rurais, nordestinos, etc. (TREVISAN, 2007; VIOLA, 2008).

O grande teste da democracia política que temos desde 1985, e o grande desafio dos brasileiros, será conceber e executar políticas que gerem desenvolvimento e, em consequência, reduzam a desigualdade que nos separa e a violência que nos amedronta. A desigualdade é hoje o equivalente da escravidão no século XIX. José Bonifácio dizia da escravidão que ela era o câncer que corroía as entranhas da nação e ameaçava sua existência. O mesmo se pode dizer hoje da desigualdade. Para isso se faz necessário o envolvimento cada vez maior dos cidadãos na política e recuperação da crença nas instituições representativas, abalada por práticas antirrepublicanas (CARVALHO, 2007, p.30).

Em sociedades como a brasileira, cujas instituições democráticas são recentes, onde a sociedade civil é ainda marcada por heranças de um passado de dominação e por escândalos políticos quase que diários, o ceticismo, a apatia e o desencanto parecem reinar absolutos. Entretanto, as últimas décadas (1980, 1990 e 2000) são otimistas quanto à participação e consolidação de nossa democracia, de nossas instituições e de nossa cidadania (AVELAR, 2007).

A formação histórica de nossa sociedade e de nossa política é responsável por aquilo que somos hoje, pela nossa identidade, pelo nosso povo. As características dessa formação histórica podem ser descritas em poucas palavras: patrimonialismo, clientelismo, nepotismo, coronelismo, corporativismo, patriarcalismo, populismo e escravidão. Muitas das deficiências sociais e políticas ou da relação que há entre Estado e sociedade que temos hoje são resultado desse passado, bem como do(s) processo(s) de modernização ocorrido(s) no Brasil.

O que fazemos com as minorias excluídas de hoje, mantendo tais características, é a mesma coisa que fizeram com os índios, os negros e os imigrantes no passado. A desigualdade de hoje é herdeira da escravidão de ontem. Os latifúndios de hoje são herdeiros das sesmarias. E se não participarmos da política, se não exercitarmos nossa cidadania e se não vemos os direitos humanos inseridos numa nova concepção de fundamento da pós-modernidade capaz de constituir uma cultura de paz, cidadania e justiça, então a herança maldita de violência, dominação e submissão fará parte do nosso futuro.

Com esse passado social e econômico, até a década de quarenta, o Brasil tinha pouca ou nenhuma participação política, pois condicionada à classe social e ao poder econômico. Tudo isso começa a mudar na década de cinquenta, quando nossa democracia começa a nascer: sindicatos, partidos, imprensa, separação de poderes, Estado, eleições, campanhas, debates, etc.

Nossa democracia tem menos de trinta anos. É ainda um adolescente-adulto. De vez em quando faz coisas lindas, grandes mobilizações, grandes conquistas, sobretudo de direitos humanos e minorias, mas, outras vezes, faz coisas ridículas, principalmente casos de corrupção, que são herdeiros de práticas patrimonialistas e clientelistas.

Mas uma coisa é certa: a democracia, os direitos humanos e a cidadania devem ser valores incondicionais (mesmo com suas falhas e deficiências), pois garantem liberdade, igualdade (justiça social), fraternidade (paz e desenvolvimento entre os povos). Essa visão dos direitos humanos somente será possível ao separá-los de seu fundamento moderno e inseri-los na nova concepção de fundamento da pós-modernidade.

Se o debate modernidade-pós-modernidade já é difícil em si mesmo, ele ganha ainda mais complexidade quando conectado com a realidade brasileira e latino americana. Duas posições extremadas são possíveis na relação do debate moderno-pós-moderno com o Brasil. Um dos extremos afirma que a “modernidade não acabou”. Num país como o Brasil, no qual as lembranças reprimidas da senzala e de uma herança escravista permanecem latentes e, periodicamente, retornam e emergem, o Estado Social foi um simulacro, uma fantasia, um espetáculo. Miséria, exclusão, desigualdade, subcidadania e violências exigiriam, portanto, um Estado forte, no qual o direito atua como concretizador das promessas não realizadas da modernidade tardia brasileira (STRECK, 2007, p.21-61; p.239-289).

Outro extremo, o da pós-modernidade conectada com a globalização e com o neoliberalismo, afirma que “a modernidade acabou” (STRECK, 2007 p.21). Os “discursos apocalípticos antimodernos” (STRECK, 2007, p. 23) apregoados pela elite capitalista brasileira mergulhada na razão cínica afirmam que o Estado Social acabou. Chega-se, desse modo, às seguintes conclusões: fim das ideologias, fim da história, privatizações, Estado fraco e mínimo, etc. A “pós-modernidade midiática” (STRECK, 2007, p.30) trata de reproduzir os discursos apocalípticos pós-modernos que cada vez mais ingressam no imaginário social e geram uma violência simbólica.

Entre o extremo da “modernidade tardia que não acabou” e o da “modernidade que acabou” e suas consequências, ou seja, estado forte e estado mínimo, respectivamente, acreditamos ser possível outra posição. Para a construção dessa devemos superar o que os dois extremos têm em comum: a modernidade e seu fundamento metafísico. Tal superação acontece apenas a

partir da pós-modernidade e sua nova concepção de fundamento, na qual a diferença é incluída e o diálogo prevalece no lugar da unidade que exclui e da violência.

No entanto, duas são as condições necessárias para a construção dessa nova concepção de fundamento e, por consequência, de uma nova posição entre os extremos da “modernidade tardia que não acabou” e da “modernidade que acabou”. Primeiro, desvincular a ideia da pós-modernidade do debate da globalização e do neoliberalismo e, segundo, superar o par conceitual de modernidade e tradição pré-moderna muito comum no Brasil e na América Latina. Não é por acaso que se ouve tanto falar em “modernização”. E também não é por acaso que tal modernização vem “de cima”, através da instituição do Estado, e se torna universal a partir de preceitos morais, políticos e sociais (GADEA, 2007; SCHULER, SILVA, 2006; SCHULER, AXT, SILVA, 2008).

Entretanto, os dilemas que estão presentes na modernidade também estão presentes na modernização estatal e universalizante latino-americana. A defesa da modernização era feita com base na defesa da justiça e do desenvolvimento, mas, na realidade, gerou mais pobreza e violência.

Nossa busca por outra posição diante dos extremos da modernidade brasileira (não acabou X acabou) pode ser comparada com a tentativa de Villas Bôas Filho (2009), que tenta encontrar uma alternativa à concepção de modernidade homogeneizante vinda de uma matriz ibérica e uma concepção negativa, redutora, parcial e imobilista no que diz respeito às instituições brasileiras, consideradas arcaicas quando comparadas com a matriz paradigmáticas dos países centrais.

A única diferença de nosso posicionamento é que, avançando da base sociológica que caracteriza a abordagem de Villas Bôas Filho, tentamos adentrar no terreno filosófico da pós-modernidade e da interdisciplinaridade, o único capaz de proporcionar, através do diálogo da filosofia com outras ciências, uma nova concepção de fundamento, na qual os direitos humanos e fundamentais possam incluir as diferenças, implantar o diálogo e formar uma cultura de paz, cidadania e justiça adaptada à realidade brasileira.

Em suma, os desafios brasileiros e internacionais quanto aos direitos humanos são enormes e complexos. No entanto, na esteira da filosofia de Heidegger e Agamben, não podemos deixar de acreditar numa cultura de paz, cidadania e justiça que tenha como base a noção de

fundamento da pós-modernidade, única capaz de vencer os dualismos e separações da modernidade e colocar bem no núcleo do fundamento a ideia de diferença, do outro e do diálogo.

## **Conclusão**

Chegamos ao final de nosso percurso. Acreditamos que nossos *objetivos específicos* foram alcançados. Primeiro, analisamos a noção de sujeito moderno e seus parâmetros de inclusão e exclusão, destacando as relações entre linguagem, direito, política, ideologia e hermenêutica.

Segundo, revisamos a história da concepção de direitos humanos e fundamentais, vinculando-a com o fundamento da modernidade e suas manifestações no constitucionalismo e no Estado de Direito Nacional e Constitucional.

Terceiro, apresentamos o contexto de crise da modernidade e de críticas aos direitos humanos e fundamentais a partir do exemplo da obra de Giorgio Agamben. A crise dos direitos humanos e fundamentais — enquanto crise da ciência jurídica — faz parte de uma crise filosófica muito maior, estudada a partir da pós-modernidade. Tal crise afeta não apenas os direitos humanos e fundamentais, mas também o Estado de Direito e o constitucionalismo.

Quarto, identificamos os desafios brasileiros com relação à concretização dos direitos humanos, identificando que os processos de modernização enfrentam os mesmos paradoxos, dilemas e contradições presentes na modernidade. Por último, chegamos ao núcleo do trabalho, ou seja, os direitos humanos e fundamentais inseridos numa nova concepção pós-moderna de fundamento capaz de constituir uma cultura de paz, cidadania e justiça adaptada à realidade e aos desafios brasileiros.

A metafísica é a identificação do ser com algo estável, ou seja, ela está baseada numa concepção de fundamento unitário, estável, perfeito, eterno e absoluto. Nada mais exemplar do que a ideia de soberania e a de Deus, por exemplo, para simbolizar essas características metafísicas.

Com base nesse fundamento metafísico é definido na modernidade o que está dentro e o que está fora, como, por exemplo, o sujeito moderno normal e incluído e o sujeito moderno anormal e excluído. Se a metafísica é a base de todo e qualquer autoritarismo e se a metafísica é o início de Auschwitz (VATTIMO, 2006), então como é possível, de um lado, que a metafísica

da subjetividade moderna seja o fundamento dos direitos humanos e fundamentais, do Estado de Direito e do Constitucionalismo, que, teoricamente, deveriam ir contra o autoritarismo e Auschwitz? Agamben nos responde afirmando que o estado de exceção exclui a sociedade de seu espaço soberano para, mais tarde, incluir a sociedade na forma da decisão soberana e da vida nua e a-bando-nada.

E, de outro lado, como é possível nós, brasileiros, ainda acreditarmos em Estado de Direito, direitos humanos e fundamentais e Constitucionalismo se eles têm esse fundamento metafísico da modernidade, cujo resultado é violência, autoritarismo e opressão? (MACCUMBER, 1999)

Se o Brasil é, realmente, nas palavras de Maffesoli, o laboratório da pós-modernidade, isso quer significar que o único modo de superarmos a “morte de Deus”, a “morte do sujeito”, a “morte da história”, a “morte do Estado”, a “morte da ideologia” e a “morte da utopia” é desvincularmos os direitos humanos e fundamentais do fundamento moderno universal e homogeneizante e inseri-los na nova concepção de fundamento da pós-modernidade, em que a diferença e o diálogo são as condições imprescindíveis para uma cultura de paz, cidadania e justiça.

Os desafios brasileiros podem, em princípio, não ser vistos apenas como obstáculos para a concretização dos direitos humanos e fundamentais. Nossos obstáculos podem ser uma vantagem, pois nossas lutas por paz, cidadania e justiça podem se desvincular do fundamento metafísico da modernidade e se vincular ao fundamento da pós-modernidade. Acreditamos ser essa a única forma de resgatar os direitos humanos e fundamentais de justificativas de guerras, de exclusão e de injustiças e, com isso, recuperarmos seu caráter utópico, dissidente, transformador, progressista e revolucionário (DOUZINAS, 2009).

### **Referências Bibliográficas**

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *A linguagem e a morte: um seminário sobre o lugar da negatividade*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

\_\_\_\_\_. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004a.

\_\_\_\_\_. *Infância e história: destruição da experiência e origem da história*. Belo Horizonte: UFMG, 2005.

\_\_\_\_\_. *A comunidade que vem*. Lisboa: Presença, 1993.

\_\_\_\_\_. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2004b.

\_\_\_\_\_. *Estâncias: a palavra e o fantasma na cultura ocidental*. Belo Horizonte: UFMG, 2007a.

\_\_\_\_\_. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007b.

AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Unesp, 2007.

BAGNO, Marcos. *A língua de Eulália: novela sociolinguística*. 16.ed. São Paulo: Contexto, 2008.

BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.

BARTHES, Roland. *Aula*. São Paulo: Cultrix, 1992.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Claudia Pompeu Torezan. *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 2004.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

CAMARGO JUNIOR, Kenneth Rochel de. *Biomedicina, saber e ciência: uma abordagem crítica*. São Paulo: Hucitec, 2003.

CARVALHO, José Murilo. Fundamentos da política e da sociedade brasileiras. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Unesp, 2007

CASANOVA, Marco Antônio. *Nada a caminho: impessoalidade, niilismo e técnica na obra de Martin Heidegger*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- CHEVALIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CONNOR, Steven. *Postmodernism*. Cambridge: Cambridge, 2004.
- CRETELLA NETO, José. *Terrorismo internacional: inimigo sem rosto – Combatente sem pátria*. Campinas: Millenium, 2008.
- DEMO, Pedro. *Conhecimento moderno: sobre ética e intervenção do conhecimento*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Fundamento sem fundo: ensaio sociológico-metodológico sobre a relatividade das coisas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DUSO, Guisepper (Org.). *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Globo, 1989. 2 v.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FITZPATRICK, Peter. *A mitologia na lei moderna*. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *Freud e Marx*. Porto: Anagrama, 1980.
- FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 43. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*. Madrid: Trotta, 2002.
- GADEA, Carlos A. *Paisagens da pós-modernidade: cultura, política e sociabilidade na América Latina*. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2007.

- GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e verdade: na filosofia antiga e na psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- GAY, Peter. *Freud: uma vida para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- GOYARDE-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 1998.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- \_\_\_\_\_. *História da filosofia: de Tomás de Aquino a Kant*. Petrópolis: Vozes, 2009.
- HOFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HOTTOIS, Gilbert. *Do renascimento à pós-modernidade: uma história da filosofia moderna e contemporânea*. Aparecida: Ideias e Letras, 2008.
- INSANTI, Horacio. *Derecho y posmodernidad: el ius y la superación de la metafísica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- JUDT, Tony. *Pós-guerra: uma história d Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.
- JUNGES, José Roque. *Evento cristo e ação humana: temas fundamentais de ética teológica*. São Leopoldo: UNISINOS, 2001.
- KAES, R. *et al. A instituição e as instituições: estudos psicanalíticos*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1991.
- KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá: Themis, 1992.
- KUSCHEL, Karl-Josef. Fundamentação atual dos direitos humanos entre judeus, cristãos e muçulmanos: Análises comparativas entre as religiões e problemas. *Cadernos Teologia Pública*. São Leopoldo, ano IV, n. 28, 2007.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOPES, Maura Corcini; DAL'IGNA, Maria Cláudia. *In/Exclusão: nas tramas da escola*. Canoas: Ulbra, 2007.

MACCUMBER, John. *Metaphysics and oppression: Heidegger's challenge to western philosophy*. Bloomington: Indiana University Press, 1999.

MACRIDIS, Roy C. *Ideologias políticas contemporâneas*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

MATTEUCCI, Nicola. *Organizacion del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998.

MICHELAZZO, José Carlos. *Do um como princípio ao dois como unidade: Heidegger e a reconstrução ontológica do real*. São Paulo: Fapesp, 1999.

MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogada, 2002.

NEGRI, Antonio; Michael Hardt. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001

\_\_\_\_\_.; \_\_\_\_\_. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

\_\_\_\_\_.; \_\_\_\_\_. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

O NEOLIBERALISMO na América Latina: *Carta dos superiores provinciais da Companhia de Jesus da América Latina*. Documento de trabalho. São Paulo: Loyola, 1998.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Sobre a fundamentação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

OLIVEIRA, Fátima. *Engenharia genética: o sétimo dia da criação*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

PAVIANI, Jayme. *Interdisciplinaridade: conceito e distinções*. Caxias do Sul: EDUCS, 2005.

PECORARO, Rossano. *Nihilismo e pós-modernidade: introdução ao pensamento fraco de Gianni Vattimo*. São Paulo: Loyola, 2005.

- PEGORARO, Olinto A. *Freud, ética e metafísica: o que ele não explicou*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- PERROT, Michelle. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional: direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Caderno de Direito Constitucional. EMAGIS, 2006.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- RICOEUR, Paul. *O conflito das interpretações: ensaios de hermenêutica*. Porto: Rés, 1990.
- \_\_\_\_\_. *La memoria, la historia, el olvido*. Madrid: Trotta, 2000.
- \_\_\_\_\_. *O justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 2 v.
- SALLES, Walter. O estudo teológico da religião: uma aproximação hermenêutica. *Cadernos Teologia Pública*. São Leopoldo, ano III, n. 24, 2006.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. 30. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- SANTOS FILHO, José Camilo dos; MORAES, Sílvia E. (Orgs.). *Escola e universidade na pós-modernidade*. Campinas: Mercado das Letras, 2000.
- SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- SANTOS, Milton. *Teoria e Debate*, n.40, fevereiro/março/abril de 1999. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-anteriores/entrevista-milton-santos>>. Acesso em: 20 set. 2010.
- SCHULER, Fernando; SILVA, Juremir Machado da (Orgs.). *Metamorfoses da cultura*. Porto Alegre: Sulina, 2006.
- \_\_\_\_\_.; AXT, Gunther; SILVA, Juremir Machado da (Orgs.). *Fronteiras do pensamento: retratos de um mundo complexo*. São Leopoldo: Unisinos, 2008.

SEDIMAYER, Sabrina; GUIMARÃES, César; OTTE, Georg (Orgs.). *O comum e a experiência da linguagem*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: UNIJUÍ, 2002.

\_\_\_\_\_. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

\_\_\_\_\_. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STEIN, Ernildo. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000.

TESHAINER, Marcus. *Psicanálise e biopolítica: contribuição para a ética e a política em Michel Foucault*. Porto Alegre: Zouk, 2006.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação: ensaios, 1976-2001*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VASCONCELOS, Eduardo Mourão. *Complexidade e pesquisa interdisciplinar: epistemologia e metodologia operativa*. Petrópolis: Vozes, 2002.

VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_. Adeus à verdade. In: SCHULER, Fernando; SILVA, Juremir Machado da (Orgs.). *Metamorfoses da cultura*. Porto Alegre: Sulina, 2006, p.71-89.

VAZ, Henrique C. de Lima. *Ética e direito*. São Paulo: Loyola, 2002.

VENTURA, Zuenir. *1968: o ano que não terminou*. 3. ed. São Paulo: Planeta, 2008a.

\_\_\_\_\_. *1968: o que fizemos de nós*. 3. ed. São Paulo: Planeta, 2008b.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIOLA, Solon Eduardo Annes. *Direitos humanos e democracia no Brasil*. São Leopoldo: UNISINOS, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

## NOVOS CAMINHOS DA JUSTIÇA: A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NO NOVO CPC (PLS N. 166/2010 E PLC N. 8046/2010)

Alisson Henrique do Prado Farinelli

“Felizes os famintos de justiça, que nunca serão saciados”  
(André Comte-Sponville)

### **Introdução**

A ampliação do acesso à justiça, instalada através da Constituição Federal de 1988, impulsionou o ajuizamento de milhares de processos. Como consequência, o Poder Judiciário se tornou moroso, e o jurisdicionado passou a desconfiar do sistema oficial de Justiça.

A fim de tentar amenizar essa situação, diversas alternativas foram promovidas para desafogar o Poder Judiciário, como visto, em crise.

Dentre essas alternativas, destaca-se a descentralização da Justiça, os Juizados Especiais, a Justiça Itinerante e os meios alternativos de solução dos conflitos, notadamente, a conciliação e a mediação.

As duas últimas alternativas têm sido muito fomentadas pelos agentes do direito, vez que solucionam os conflitos de interesses por meio de técnicas *não adversariais*, e substituem a sentença, que põe fim ao processo, mas não à contenda *intrapartes*. Esse fato acarreta a explosão de novos conflitos e impede que a pacificação social seja efetivamente alcançada pela via judicial.

O Poder Judiciário, ciente da crise que enfrenta, tem incentivado as partes a fazerem uso dos meios alternativos de solução dos conflitos, criando práticas institucionalizadas como o programa “Conciliar é legal”.

Tais medidas têm se mostrado eficazes na solução de problemas por meio de acordo, dispensando o ajuizamento de um processo. No caso da mediação, as partes têm se aproximado

e conseguido conversar para ao final chegar a um entendimento sobre o conflito existente. Têm sido muito utilizadas para a solução de conflitos familiares.

Ainda em decorrência da crise que enfrenta a Justiça, clamava-se há muito tempo pela edição de um Novo Código de Processo Civil, que estivesse adaptado a um novo tempo, e apto a tutelar novos direitos, de forma segura, acessível a todos, e rápida.

Por essa razão, o Senado Federal, através de seu presidente, o Sr. José Sarney, nomeou uma comissão de juristas para elaborar o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Elaborado o anteprojeto, e apresentado naquela Casa de Leis, ele foi convertido no PLS n. 166/2010, que, se aprovado, importará em muitas alterações no sistema processual.

Uma delas é exatamente a ampliação do rol de auxiliares da justiça. Com a aprovação do PLS N. 166/2010 e o PLC n. 8046, os tribunais poderão criar setores de conciliação e mediação, e instituir, mediante registro, conciliadores e mediadores que terão a incumbência de pacificar os conflitos apresentados pelas partes sem que haja o prosseguimento de processo judicial.

Diante dessas considerações preliminares, o presente texto tem dois objetivos distintos: a) analisar os dispositivos legais do PLS n. 166/2010 que regulamentam as atividades dos conciliadores e mediadores; b) analisar os aspectos relevantes da audiência de conciliação prevista no art. 333 do mesmo projeto.

Ao final, buscaremos chegar a uma conclusão sobre o acerto ou desacerto da inovação legislativa que se pretende aprovar no âmbito do Senado Federal, bem como analisar se a conciliação e a mediação poderão, efetivamente, contribuir para a pacificação dos conflitos com justiça.

## **O Estado e a solução de conflitos**

A história do direito processual relata que nem sempre coube ao Estado ditar a solução dos conflitos. Prevaleceu, por um longo período de tempo, o uso da força bruta através imposição da lei do mais forte ao mais fraco. Não havia Estado organizado nem leis codificadas de forma que os indivíduos cunhavam suas próprias leis<sup>147</sup>.

---

147 Cf. José Eduardo Carreira Alvim. *Teoria geral do processo*. p. 13: “Nos primórdios da humanidade, aquele que pretendesse determinado bem da vida, e encontrasse obstáculos à realização da própria pretensão, tratava de removê-lo pelos seus próprios meios, afastando os que se opunham ao gozo daquele bem. Imperava a lei dos mais forte, em que o conflito era resolvido pelos próprios indivíduos (isoladamente ou em grupo)”.

Com a evolução do processo romano, na fase da *extraordinária cognitio* o Estado avocou o monopólio da Jurisdição, e passou a aplicar o direito vigente aos casos litigiosos<sup>148</sup>. Por consectário, o Estado atribuiu a função típica de julgar ao Poder Judiciário. O exercício da função judicante incumbe ao juiz, terceiro imparcial que, por meio de uma sentença judicial, aplicará o direito posto ao caso concreto e solucionará o conflito instaurado pelas partes litigantes através do processo.

Sobre o monopólio da Jurisdição, cabe tecer comentários.

A concepção de que o Poder Judiciário é o único habilitado a solucionar os conflitos sociais está difundida na sociedade. Com as ondas renovatórias de acesso à justiça bem como pela expansão da Jurisdição Constitucional, os conflitos se judicializaram a ponto de o serviço jurisdicional *centralizado* não alcançar a todos, como pretendeu a Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV<sup>149</sup>.

Por esta razão, o Poder Judiciário encontra-se assoberbado de demandas, fato incontestado que acarreta a morosidade processual, e por consequência, o descrédito do jurisdicionado em relação ao sistema judicial do Estado. Nessa linha, o juiz se vê compelido a primar celeridade em detrimento da segurança jurídica.

---

148 Cf. Alisson Henrique do Prado Farinelli. *A crise do acesso à justiça e a Justiça Itinerante como alternativa*. p. 31: “O período da *extraordinária cognitio* surgiu com o início do principado de Otaviano Augusto em Roma. Nesse período, o poder estatal estava centrado nas mãos de uma só pessoa (o príncipe), havendo a unificação das fontes do direito. Ademais, o período da *extraordinária cognitio* trouxe consigo transformações no processo romano; aquele que demandava já não mais era submetido a um sistema jurisdicional bipartido, de modo que ao magistrado, por delegação do príncipe, cabia aplicar o direito aos litigantes, sendo a decisão por ele proferida dotada de natureza pública. Desse modo, o Estado passa a ser detentor exclusivo do poder de império e imposição sendo vedado às partes solucionar seus conflitos por outros meios, restando, tão somente, a via estatal. A Justiça privada é substituída pela Justiça pública, surgindo a primeira noção de Jurisdição. Essa fase marca a consolidação do monopólio da jurisdição estatal, que se opera através do processo”.

149 Cf. Constituição Federal, art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Por conta desta concepção monopolizadora de Jurisdição, os indivíduos resistem à utilização da conciliação, mediação e arbitragem, pois, pensam que o Poder Judiciário é fonte única fidedigna de solução de seus conflitos.

Por consectário, os que procuram a Justiça tem se contentado com a possibilidade de ingressar com uma demanda judicial – *acesso à justiça formal* –, quando na verdade, deveria ser-lhes proporcionado acesso à *ordem jurídica justa*<sup>150</sup>.

A via judicial e o processo não podem ser eleitos como os únicos a solucionar os conflitos sociais, sob pena de constante e infundável colapso. É que se o Estado brasileiro tem por fundamento a cidadania, o pluralismo político e jurídico e por objetivo fundamental a promoção do bem de todos e não de uma minoria ou classe, evidentemente que a distribuição igualitária de justiça restará prejudicada no plano das relações sociais.

Retomando o curso das ideias. Relevante mencionar que o juiz atuará mediante provocação do interessado, conforme estabelece o princípio da inércia<sup>151</sup>.

A intervenção do Estado-juiz se inicia com a instauração do processo e tem desfecho com a sentença judicial.

---

150 Cf. Kazuo Watanabe. *Acesso à justiça e sociedade moderna in participação e processo*, p. 131: “A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*”.

151 Cf. Código de Processo Civil, art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

Mas o processo é apenas consequência de um conflito pré-processual que a sentença nem sempre consegue resolver, porque o juiz impõe solução conforme o direito, e acaba por desagradar a uma das partes: na sentença alguém ganha ou perde<sup>152</sup>.

Do exposto, constata-se que o Poder Judiciário não tem logrado êxito em atender satisfatoriamente a todos os jurisdicionados, seja porque já se disseminou o *hábito* de acionar a Justiça, seja pela *litigiosidade contida*<sup>153</sup>, pela ineficiência do Estado ou pela outorga de novos direitos.

Em razão das situações apontadas, o Poder Judiciário tem proposto e incentivado alternativas viáveis de solução dos conflitos, que, se comparados à sentença, atingem o mesmo fim, de modo mais efetivo, célere, a custo baixo, e alcançam os fins sociais e o bem como valores perseguidos pela Constituição Federal.

---

152 Cf. Marco A. Buzzi e Mariella Nogueira. “[...] Muitos cidadãos, porém, têm indagado se a sentença judicial representa o fim das controvérsias postas à apreciação do Judiciário. Infelizmente, nem sempre. *A sentença judicial é a solução encontrada por uma terceira pessoa, o juiz, ante o conflito que lhe é apresentado por duas ou mais partes. E elas quase nunca buscam meios não adversariais para superar as divergências. A sentença põe fim, sim, ao processo judicial. Entretanto, o fato social, a contenda, no mais das vezes, permanece sem solução.* Vivemos hoje uma excessiva jurisdicionalização dos conflitos, com o conseqüente congestionamento do Judiciário, seja em razão do ‘hábito’ de sempre acionar a Justiça, seja em razão da litigiosidade contida, da ineficiência e ausência do Estado ou da outorga de novos direitos ao cidadão. A questão é que sobram processos e litigantes em todos os quadrantes dos foros e tribunais do país e, ainda assim, se persiste nas práticas do modelo de delegar a uma terceira pessoa a capacidade de resolver conflitos, mesmo pressentindo que nem sempre este é o melhor meio para a obtenção da tão aspirada, e a cada vez mais ameaçada, paz social. Portanto, já é mais do que chegado o momento de a sociedade e das próprias instituições se valerem de métodos não adversariais de solução de conflitos, pois ninguém duvida que as próprias partes em desacordo, ainda que contando com um agente externo, tenham melhores chances de obter a superação da contenda. Por isso, trabalha-se no incentivo às práticas de conciliação e tem-se alcançado muitos avanços [...]”. (Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/artigo\\_01.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/artigo_01.pdf)>) (destaque nosso).

153 Cfr. Kazuo Watanabe (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. p. 2.

Estas alternativas combatem as mais severas críticas dirigidas ao Poder Judiciário, e diante do *estado caótico* em que se encontra a Justiça, contribuem para a tão almejada pacificação social com justiça<sup>154</sup>.

## **Alternativas viáveis de solução dos conflitos**

### **Descentralização do serviço jurisdicional**

A *descentralização* da Justiça consiste no reconhecimento de técnicas passíveis de romper com a forma tradicional de prestação do serviço jurisdicional e de distribuição da justiça<sup>155</sup>.

O objetivo da descentralização é ampliar o acesso à justiça e instituir uma Justiça mais simplificada, acessível, pronta para a solução dos conflitos e notadamente adaptada à realidade brasileira.

A descentralização resgata a imagem do Poder Judiciário e a solidifica junto ao povo. Consolida uma prestação jurisdicional mais democrática, na medida em que a aproxima da população.

Dentre as medidas descentralizadoras, merecem relevo a experiência dos Juizados Especiais e a ampliação das técnicas de conciliação, por permitirem o desafogamento do Judiciário e resolverem os conflitos de forma mais rápida, simples e econômica, oportunizando aos envolvidos a participação na sua efetiva solução.

---

154 O termo “pacificação social com justiça” é atribuído na doutrina brasileira, a Candido Rangel Dinamarco. Segundo o autor (*A instrumentalidade do processo*, p. 193): “Saindo da extrema abstração consistente em afirmar que ela [a jurisdição como expressão do poder político] visa à realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça, chega ao momento de com mais precisão indicar os resultados que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida em sociedade. Por esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social”.

155 Conforme Heliana Coutinha Hess, “a descentralização da jurisdição terá crescente impacto na distribuição dos conflitos de interesses para serem solucionados em órgãos públicos e privados, com o conseqüente desafogamento do Poder Judiciário” (*Acesso à justiça por reformas judiciais*, p. 193).

## Os Juizados Especiais

A Constituição Federal de 1988 estimulou o crescimento de demandas judiciais, quando afirmou que nenhuma ameaça ou lesão a direito serão excluídas da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). Ao longo dos últimos vinte anos, tal *explosão de litigiosidade* restou confirmada, acarretando um acúmulo de processos judiciais.

Porém, o Poder Judiciário não estava preparado e aparelhado para receber tantas demandas. A *centralização* do serviço jurisdicional também contribuiu para o asoeramento da máquina judiciária. Com isso, agravou-se a situação do jurisdicionado, já que sendo a prestação jurisdicional lenta e, por vezes tardia, muitos direitos se tornaram ineficazes.

Com o intuito de proporcionar uma justiça menos formal e mais rápida, a Constituição de 1988, valendo-se da experiência positiva dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº. 7.244/84), determinou a criação dos Juizados Especiais.

O Juizado Especial representou a consolidação da *justiça cidadã*, porque procurou democratizar o acesso à justiça, permitindo que as pessoas mais carentes e necessitadas viessem a ser beneficiadas da prestação jurisdicional.

## A Justiça Itinerante

O caráter itinerante que se confere à Justiça está fundamentado na *descentralização* do serviço jurisdicional, como alternativa viável de atuação do Poder Judiciário fora dos fóruns e dos gabinetes dos magistrados<sup>156</sup>.

---

156 “[...] a democracia tem como base o respeito às leis, ao direito e ao poder constituído. Também se poderia dizer, de outra forma, que não há afirmação do Estado Democrático de Direito se não há acesso à Justiça, se o cidadão, onde quer que ele esteja, não receba orientação nem apoio. Por isso, iniciativas para afirmação da pessoa, com projetos na diretriz de aproximação da Justiça com o povo, denota o interesse do Judiciário no objetivo para encontrar alternativas na solução dos litígios, fora do padrão tradicional de prestação jurisdicional e distribuição de Justiça” (Cf. Jasson Ayres Torres, op. cit., p. 81).

Pressupõe, pois, o deslocamento do aparato judicial (juízes, conciliadores, escreventes, computadores, sistema de *internet*, etc.) até o local onde o serviço jurisdicional será prestado às pessoas que dele necessitem<sup>157</sup>.

É forma alternativa de acesso à justiça a ser priorizada pelo Estado, tendo em vista os resultados que apresenta no campo da efetividade dos direitos.

Dados estatísticos evidenciam que a Justiça Itinerante consegue obter número elevado de acordos. Isto permite a pacificação dos conflitos sociais, além de ser meio de desafogamento da Justiça<sup>158</sup>.

A Justiça Itinerante é órgão especial da Jurisdição estatal, instituída com a finalidade de pacificar os conflitos sociais, primando pela utilização da conciliação e da mediação. Para tanto, vale-se de unidades móveis do Poder Judiciário que se deslocam dos fóruns para locais diversos, previamente estabelecidos, onde o serviço jurisdicional será prestado, indistintamente, a quem dele precisar.

A implementação da Justiça Itinerante se justifica pela extensão territorial de comarcas e circunscrições judiciárias em diversos Estados-Membros da Federação brasileira. Em muitos deles, a Justiça oficial não chega adequadamente, em razão das enormes distâncias. O estado do Amazonas, por exemplo, possui um milhão e meio de metros quadrados e um número de sessenta e dois municípios, nem todos sedes de comarcas. Pensando nas grandes distâncias, o estado do Amapá, com o auxílio de embarcações, passou a atingir a população ribeirinha mais carente de serviço jurisdicional.

É possível destacar também que a Justiça Itinerante foi instituída para atender aqueles conflitos considerados diminutos no aspecto econômico ou processual. Atinge normalmente as classes mais pobres e carentes, que são as mais desinformadas e desorientadas juridicamente.

---

157 Cf. Joel Dias Figueira Junior. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. p. 31-32: “O Juizado Itinerante, terrestre ou fluvial, tem por objetivo levar o atendimento judiciário até o cidadão, principalmente aos setores mais pobres da sociedade, situados nas periferias da cidade. Geralmente, é constituído de uma unidade móvel, que funciona em um ônibus, ou um caminhão, ou uma embarcação, adaptado e preparado para levar uma equipe composta por juízes, conciliadores, atendentes judiciários e pessoal de apoio, que embarcam para atender a população pobre, as comunidades ribeirinhas, sem nada cobrar e de forma ágil, eficiente e desburocratizada. Foi o Poder Judiciário amapaense que primeiro cuidou do Juizado Itinerante, chegando ‘efetivamente junto à população, através das ações dos Juizados Especiais’”.

158 À guisa de ilustração, o Juizado Itinerante do Estado de Mato Grosso do Sul apresentou dados estatísticos interessantes, atualizados até 31/03/2008: no período em referência, 57.948 ações foram iniciadas, tendo sido realizados 44.545 acordos, havendo 2.023 não acordos. Informações disponíveis em: <[www.tjms.jus.br](http://www.tjms.jus.br)>.

A Justiça Itinerante tem papel fundamental para a concretização do acesso à justiça, sob uma perspectiva cidadã e democrática. É alternativa efetiva de acesso à justiça, devendo ser organizada de modo a atender – ou tentar atender – toda a população.

Além disso, a Justiça Itinerante pode ser associada à realização de mutirões que levem à população mais necessitada serviços estatais básicos. Logo, além da prestação judicial, podem, por exemplo, celebrar casamentos, expedir registro civil, carteira de identificação civil e até CPF. A Justiça Itinerante, ao atuar em conjunto com o Poder Público, e com a participação da sociedade civil organizada, adquire maior legitimação social, realizando melhor a sua finalidade, que, para além da tutela jurisdicional, é a promoção da cidadania e da justiça social.

Com efeito, a Justiça Itinerante deve ser considerada *política pública essencial* do Poder Judiciário e deve ser contemplada com recursos orçamentários específicos, destinados a manter a prestação deste importante serviço jurisdicional.

### **Os meios alternativos de solução dos conflitos**

Das linhas já escritas, ficou clara a admissão de alternativas ao processo e à sentença, hábeis para solução dos conflitos.

Como demonstrado, o Poder Judiciário não está em condições de atender a todos os jurisdicionados. Nesse contexto, cresce a pacificação dos conflitos, por obra do Estado ou por outros meios não estatais<sup>159 160</sup>.

---

159 Cf. Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco: “Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas de processo civil, penal ou trabalhista”. (*Teoria Geral do Processo*. p. 31-32).

160 Cf. Ada Pellegrini Grinover, a resposta dada pelos processualistas brasileiros à crise da Justiça desenvolveu-se através de duas grandes vertentes: a jurisdicional e a extrajudicial. Na seara jurisdicional, a deformalização, através de técnicas processuais adequadas, permite alcançar um processo mais célere, simples, econômico, de fácil acesso, direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos. Por outro lado, na seara extrajudicial, a deformalização das controvérsias encontra alicerce nos equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capaz de evitá-lo, para solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de mediação (*Novas Tendências do Direito Processual*. p. 179).

A tão perseguida pacificação dos conflitos com justiça através do processo tem sido diuturnamente repensada pelos processualistas<sup>161</sup>.

Assim, os meios alternativos de solução dos conflitos, notadamente a conciliação e a mediação, diferenciam-se dos mecanismos judiciais tradicionais e são eficazes porque são dotados de informalidade e objetivam por fim a disputa entre as partes, de modo a permitir que elas esquadrinhem o acordo que melhor aprouver.

A vantagem que vale destacar é que esses mecanismos são valiosos instrumentos de pacificação social porque nele não há ganhadores ou perdedores, vez que como dito, as partes desenham em conjunto a solução do conflito entre elas estabelecido.

Os meios alternativos de solução dos conflitos têm por fim conscientizar as partes envolvidas no litígio, de que é melhor evitar o processo, e fomentam o desafogamento do Poder Judiciário, além de evitar a propositura de novas demandas.

A aplicação e aceitação dos meios alternativos de solução dos conflitos evidenciam mudança de mentalidade e confluem para as novas exigências sociais contemporâneas de um mundo pós-moderno, globalizado e que vive em constante transformação.

Dentre os meios alternativos de solução dos conflitos existentes, para fins de delimitação do tema, serão abordadas a conciliação e a mediação.

---

161 Cf. Adolfo Gelsi Bidart: “No es exclusiva, pues se da, em rigor, em todas las actividades humanas, pero si recurrente, la contradicción entre la exaltación del proceso como sintoma del funcionamiento del Estado de Derecho y médio culturalmente avazado para lograr su vigência doquiera se plantee um conflicto, - por uma parte. Y, por outra, la no menos frecuente afirmación de que debe evitarse el proceso y, si plantea, procurar ponerle rápidamente fin. Tal vez la primera afirmación pertenezca a la doctrina, a la teoría y la segunda a la realidad concreta, a la práctica vivida por quienes ‘sufren’ el proceso” (*Conciliación y proceso in participação e processo*. p. 253).

## A conciliação

A conciliação é meio de solução dos conflitos para a pacificação social<sup>162</sup>. Através dela, por intermédio de um conciliador que auxilia na tomada de decisões, mediante concessões mútuas, os interessados estabelecem entre si a solução que melhor atenda a ambos, sem que haja total renúncia ou submissão de uma parte a outra. Desta maneira, a conciliação guarda uma característica: a participação dos contendores.

É inegável que a conciliação se consubstancia em poderoso instrumento de participação popular na administração da Justiça, sendo capítulo amplo do tema da democracia participativa<sup>163</sup>.

A conciliação é instrumento alternativo de solução dos conflitos que pode ser praticado no âmbito judicial e extrajudicial, a depender da instauração ou não de processo.

---

162 Cf. Ada Pellegrini Grinover: “Todavia, a Justiça conciliativa não atende apenas a reclamos de funcionalidade e eficiência do aparelho jurisdicional. E, na verdade, parece impróprio falar-se em racionalização da Justiça, pela diminuição da sobrecarga dos tribunais, se o que se pretende, por meio dos equivalentes jurisdicionais, é também e primordialmente levar à solução controvérsias que frequentemente não chegam a ser apreciadas pela Justiça tradicional. Assim como a jurisdição não tem apenas escopo jurídico (o de atuação do direito objetivo), mas também escopos sociais (como a pacificação) e políticos (como participação), assim também outros fundamentos podem ser vistos na adoção das vias conciliativas, alternativas ao processo: até porque a mediação e a conciliação, como visto, inserem-se no plano da política judiciária e podem ser enquadradas numa acepção mais ampla de jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica. Releva, assim, o *fundamento social* das vias conciliativas, consistente na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a aditar autoritativamente a regra para o caso concreto e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do *iceberg*. Por isso mesmo, foi salientado que a Justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a Justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo” (*Os fundamentos da justiça conciliativa*. p. 73-74).

163 Cf. Ada Pellegrini Grinover. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo in participação e processo*, p. 284.

No âmbito judicial, algumas experiências positivadas devem ser destacadas. No processo civil, a audiência prevista nos artigos 277 e 331<sup>164</sup> do CPC têm como fundamento a possibilidade de conciliação das partes, sem, contudo, privar o juiz de nova tentativa em outras fases do procedimento, como previsto, por exemplo, nos artigos 447 a 449 do mesmo diploma legislativo.

Em verdade, a conciliação judicial ou processual é dever do juiz e deve ser praticada a qualquer tempo, conforme prevê o artigo 125, IV, do CPC.

A conciliação processual é aceita pelo cidadão e tornou-se prática institucionalizada pelo Poder Judiciário através do movimento “Conciliar é legal”, desde o ano de 2006, através da “Semana Nacional da Conciliação”, quando inúmeros litigantes põem termo ao seu processo por meio da transação com a parte contrária.

A efetividade de soluções é medida extremamente positiva, que desafoga o Judiciário, e produz o sentimento de satisfação e contentamento das partes. A título de informação, no ano de 2008, das 398.012 audiências marcadas durante a Semana Nacional de Conciliação, 305.591 foram realizadas; destas, 135.337 acordos foram feitos, o que totaliza 44,3% de soluções de conflitos<sup>165</sup>. Nessa mesma semana, foram atendidas 633.631 pessoas, por magistrados, juízes leigos, conciliadores e colaboradores<sup>166 167</sup>.

A conciliação judicial não exclui a conciliação extrajudicial, tendo como principal objetivo evitar o processo, sendo ao jurisdicional uma alternativa viável<sup>168</sup>.

---

164 Quando a Lei nº. 8.952/94 dispôs a respeito da audiência preliminar, muito se discutiu acerca da obrigatoriedade desta. A nosso ver, não faz sentido ser facultativa, exceto quando o litígio não comporta transação ou quando as circunstâncias da causa evidenciam sua improbabilidade (art. 331, § 3º do CPC). É que a conciliação deve ser tentada pelo juiz como meio de evitar a litigiosidade latente entre as partes, através de sua persuasão e técnicas de negociação. Um bom juiz, nos moldes das novas exigências atuais, deve ser, antes de tudo, um exímio conciliador e negociador.

165 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Semana Nacional da Conciliação**: de 01 a 05 de Dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 24 ago. 2009.

166 Ibidem.

167 Cf. Ellen Gracie Northfleet: “Uma Justiça mais acessível, efetiva, simples e informal é o que deseja a população brasileira. A adoção da conciliação tem se revelado fórmula hábil para atender a esse anseio, como revelam os exemplos acima. É indispensável divulgar a existência de uma maneira nova de resolver as querelas. Sentar para conversar, antes ou depois de proposta uma ação judicial, pode fazer toda a diferença” (*Conversar faz diferença*, p. 2).

168 Ada Pellegrini Grinover denomina a conciliação extrajudicial de “conciliação pré-processual” e apresenta formas de exercício desta. Cf. Conciliação e juizados de pequenas causas. *Novas tendências do direito processual*, p. 205-215.

Em alguns países, a conciliação extrajudicial ou pré-processual é realizada por juízes de paz, que são órgãos jurisdicionais, e tem a função de pacificar os conflitos ainda não transformados em processo judicial. Trata-se de fase obrigatória, e que precede ao exercício do direito de ação<sup>169</sup>.

Outra maneira de exercício da conciliação pré-processual se deu no estado do Rio Grande do Sul, no ano de 1982, através dos Conselhos de Conciliação. Sua finalidade foi dar solução extrajudicial a pequenas causas envolvendo direitos disponíveis. Neles, os conciliadores e árbitros não recebiam qualquer remuneração, exercendo suas funções em horário noturno e somente quando solicitados pelos interessados. Promovia-se, num primeiro momento, a tentativa de composição amigável, e, não sendo esta possível, propunha-se o arbitramento, restando como última alternativa a via jurisdicional<sup>170</sup>.

De todo o exposto, verifica-se que a conciliação implica em discussão franca e aberta entre as partes, podendo acontecer antes de instaurado o processo ou após sua instauração, sendo salutar alternativa de aproximação e participação dos envolvidos na solução do conflito e na pacificação destes com justiça.

A conciliação proporciona um efetivo acesso à justiça, pois nela predomina o tratamento igualitário entre os contendores que decidem, em conjunto e da melhor forma, como por cobro à situação conflituosa, de modo que ambas se satisfazem. Conciliar é uma das vias mais interessantes para se vencer a crise da Justiça e alcançar a pacificação social dos conflitos<sup>171</sup>.

---

169 Cf. Ada Pellegrini Grinover, p. 209.

170 Ibidem, p. 213.

171 Cf. Ada Pellegrini Grinover: “O correto enfoque das funções e da estrutura da conciliação extrajudicial permite, assim, olhar para ela, no mais amplo quadro de acesso à Justiça, como a um poderoso instrumento de solução de certos conflitos, alternativo ao processo, mas não excludente deste. E permite afirmar, sem temor de erro, que responde ela não apenas à busca de maior racionalização e eficiência na administração da Justiça, como também aos objetivos preponderantes de pacificação social, compondo e prevenindo situações de tensões e rupturas mais amplas e profundas do que as lides levadas à Justiça tradicional e solucionadas pelo processo. Configura, ainda, significativo meio de participação do corpo social na administração da Justiça, pela via da mediação institucionalizada, capaz de levar à autocomposição, além de propiciar a informação, a tomada de consciência e a politização que decorrem da orientação jurídica. Tudo obedecendo aos escopos jurídico, sociais, e políticos da jurisdição que, em sua acepção mais ampla, também compreende a atividade conciliativa extrajudicial” (*A conciliação extrajudicial no quadro participativo in participação e processo*, p. 293).

## A mediação

Outro meio alternativo de solução dos conflitos é a mediação. Trata-se de método consensual e informal, em que o mediador auxilia os interessados a buscarem solução justa e adequada ao caso submetido à apreciação. Sem interferir diretamente, mas, atuando de modo a facilitar a compreensão do problema, a mediação confere aos participantes um ponto de equilíbrio<sup>172 173</sup>.

Assim como a conciliação, a mediação é meio alternativo que pode ser realizado antes da instauração do processo judicial, de forma a revelar-se mecanismo de prevenção de litígios.

Os princípios que regem a mediação são: liberdade de escolha, neutralidade do mediador, responsabilidade pela própria decisão, informação sobre o assunto, causas e consequências de seus atos, confiança no procedimento desenvolvido pelo mediador<sup>174</sup>.

Destaca-se também a celeridade dos procedimentos, a efetividade de resultados, a confidencialidade, a redução do desgaste emocional das partes e o baixo custo financeiro.

Na mediação não há perdedores ou ganhadores, não há competição, não há disputa porque todos saem vencedores.

Registre-se que a mediação em muito se diferencia do processo judicial. Iniciada a demanda e citado o réu, a revelia deste transfere ao Estado a responsabilidade pelo desfecho da causa, já que o processo se desenvolve pelo impulso oficial. Por outro lado, após a citação, a

---

172 Cf. Lília Maria Moreira Sales: “[...] a mediação pode ser definida como um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência, ou seja, é uma técnica não adversarial de solução de conflitos, onde um terceiro (imparcial), atua como facilitador do diálogo, estimulando as próprias partes envolvidas no conflito a encontrarem, consensualmente, a solução mais satisfatória para ambas”. (*Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento: estudos em homenagem a José Albuquerque Rocha*, p. 349).

173 Cf. Heliana Coutinho Hess, *op. cit.* p. 168, nos Estados Unidos, a mediação é um importante mecanismo de resolução de conflitos extrajudiciais (*Alternative Dispute Resolution – ADR*) utilizada pelos órgãos e Câmaras de Conciliação e Arbitragem, principalmente pelos advogados na fase inicial de contato entre escritórios e clientes. As técnicas de mediação são disciplinas ensinadas nas Faculdades de Direito; por meio de pesquisas, constantemente são buscadas novas técnicas de mediação de conflitos de família, consumidor, direitos de vizinhança e de locação, questões trabalhistas e até questões criminais de bagatela.

174 *Ibidem*, p. 168.

desistência da ação pelo autor exige o consentimento do réu, conforme estabelece o art. 267, VIII e § 4º do Código de Processo Civil. Na mediação, por outro lado, basta que uma das partes não tenha interesse em continuar o processo para que seu fim seja decretado. Ademais, como a mediação não tem procedimento definido, o mediador não está engessado pelos limites previstos nos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, o que lhe permite atuar de forma livre e resolver integralmente o conflito apresentado.

Embora haja pontos comuns, a conciliação e a mediação guardam diferença<sup>175</sup>.

Na prática, a mediação tem surtido bons efeitos na área do direito de família, pois tem ajudado casais e filhos a dialogarem no momento de solucionar os conflitos decorrentes dos entraves familiares. Ademais, a mediação tem sido aplicada nos casos envolvendo direito de vizinhança<sup>176</sup>.

Por outro lado, assim como na conciliação, a mediação proporciona tratamento igualitário aos que dela participam, pois torna o direito mais acessível aos interessados. Logo, conclui-se que a mediação é instrumento precioso para o alcance da pacificação social<sup>177</sup>.

---

175 Cf. Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco “A mediação assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo” (Op. cit. p. 34).

176 Cf. Jasson Ayres Torres, “O instrumento de mediação adapta-se muito bem e tem surtido bons efeitos em problemas e conflitos na área do direito de família. Esse procedimento pode ser iniciado em momento anterior à proposição formal de qualquer ação em juízo, no decorrer do andamento do processo, ou em qualquer fase em que haja discordância sobre algum ponto que seja considerado essencial e não esteja sendo devidamente cumprido, assim como inúmeros outros casos envolvendo direitos de vizinhança. Na mediação, as partes é que buscam uma decisão, o intermediário como o próprio nome diz, propicia condições para que haja uma interação e uma compreensão sobre o litígio e se encontre um caminho satisfatório para os envolvidos” (Op. cit. p. 169).

177 Cf. Lilia Maria Moreira Sales “Traçados, em linhas gerais, os principais contornos da mediação de conflitos na atualidade, revela-se importante destacar que o resgate de seu papel, enquanto meio para resolução de conflitos, decorre não só de uma necessidade dos cidadãos, que reclamam por meios e espaços adequados para uma atuação efetiva tanto no âmbito social como político, mas se insere na própria crise em que se encontra o Estado de Direito. Crise que, de resto, é fruto daquela pela qual passa a própria democracia, não só sob o aspecto conceitual, já que hoje, afastando-se da visão de um regime político, passou a representar um modelo de sociedade, como também pela realidade pobre de vivências de práticas democráticas pelos cidadãos” (Op. cit. p. 352).

## A Conciliação e a mediação no PLS 166/2010

### Os motivos do PLS 166/2010

Desde que entrou em vigor, a Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973 sofreu inúmeras reformas, algumas boas, outras nem tanto. Tais reformas a transformaram em uma verdadeira *colcha de retalhos*. A sequência de *emendas* no atual código ensejou a quebra da coesão sistêmica do arcabouço processual, e causou efeitos diretos na realidade do jurisdicionado, seja pelas questões polêmicas que atraíram as atenções dos juízes, relegando a efetividade dos direitos a segundo plano, seja pelos entraves criados à celeridade do processo<sup>178</sup>.

Não obstante, com o fenômeno da *constitucionalização do processo civil*, já urgia a adaptação das regras processuais às garantias encartadas na Constituição Federal, como forma de assegurar e concretizar direitos fundamentais dos cidadãos. Nessa ótica, o processo tornou-se o

---

178 Cf. *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. p. 12: “[...] Não há fórmulas mágicas. O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições. A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1.994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1.995, a alteração do regime do agravo; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema. O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito. Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade [...]” (disponível em: <[www.teiajuridica.com/anteprojeto.pdf](http://www.teiajuridica.com/anteprojeto.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2010).

centro das atenções, porque sendo ele um instrumento de efetivação das garantias constitucionais-processuais, precisava atuar na prática para atingir o fim a que se propunha<sup>179</sup>.

Em síntese, o processo precisava se comprometer com sua principal missão institucional: ser efetivo mecanismo de resolução dos conflitos do Estado, através da realização de valores constitucionais<sup>180</sup>. Buscou-se tornar o processo um instrumento célere, justo, menos complexo e próximo das necessidades sociais, e mais distante de questões teóricas e científicas do processo, assim como é no atual Código de Processo Civil.

Assim, por ato da presidência do Senado Federal<sup>181</sup>, instituiu-se uma comissão de notáveis juristas para elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, convertido no Projeto de Lei n. 166/2010, em trâmite naquela Casa Legislativa.

Da leitura do anteprojeto de lei, a comissão orientou seus trabalhos com vistas aos seguintes objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo

---

179 Cf. *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. p. 11-12: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo” (disponível em: <[www.teiajuridica.com/anteprojeto.pdf](http://www.teiajuridica.com/anteprojeto.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2010).

180 Cf. *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. p. 13: “Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver **problemas**. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de **método de resolução de conflitos**, por meio do qual se realizam **valores constitucionais**”.

181 Cf. Ato n. 379, de 30 de setembro de 2009, da lavra do Senador José Sarney (Presidente do Senado Federal), que instituiu a comissão de juristas encarregados de elaborar o novo CPC.

parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão<sup>182</sup>.

Nos limites do tema proposto, passa-se a examinar as inovações que pretende o PLS n. 166/2010, no que toca à conciliação e a mediação.

### **Os novos auxiliares da Justiça: os conciliadores e os mediadores**

O PLS n. 166/2010, em seu art. 119, insere dentre os auxiliares da justiça<sup>183</sup> o conciliador e o mediador judicial<sup>184</sup>. Inova porque o atual código não os inclui na categoria, e incumbe ao juiz do feito a tentativa de conciliação dos litigantes.

A inclusão desses novos auxiliares no projeto de lei reforça a ideia de participação popular na administração da justiça.

A aproximação das partes com vistas ao diálogo, a negociação e a busca pelo consenso, auxiliados por um terceiro preparado para esse fim, legitima a atuação do Poder Judiciário porque o acordo é formulado pelas partes, com auxílio de um conciliador ou mediador e chancela de um juiz.

Assim, uma Justiça que prima pelo consenso mútuo produz resultados mais satisfatórios, considerando que a solução de conflitos com esteio em técnicas não adversariais aponta para

---

182 Cf. *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. p. 14. (disponível em: <[www.teiajuridica.com/anteprojeto.pdf](http://www.teiajuridica.com/anteprojeto.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2010).

183 Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. p. 411: “**1. Auxiliares da justiça.** São funcionários, servidores públicos, ou cidadãos comuns (investidos de *múnus* público), que, no exercício de seus misteres, atendem às determinações do juiz, dando sequência a atos de vital importância para o desenvolvimento do processo para a garantia da infraestrutura necessária ao exercício da jurisdição. [...]”.

184 Art. 119. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o mediador e o conciliador judicial.

uma efetividade longe de ser alcançada pela via oficial de Jurisdição. É preciso lembrar que o processo, ao invés de pacificar os conflitos, acaba por fomentá-los<sup>185</sup>.

A participação popular na administração da Justiça fortalece o Poder Judiciário enquanto instituição que deposita no processo missão pacificadora, de modo a fomentar o resgate das raízes democráticas do Estado de Direito<sup>186</sup>.

Nesse ponto, caminhou bem o projeto de lei ao desincumbir o juiz da causa de tentar conciliar os litigantes, porque ele normalmente se cerca de parcimônia para não realizar um pré-julgamento da demanda, vez que na condição de conciliador, interfere na solução do conflito, o que pode violar o princípio da imparcialidade. Além disso, os juízes foram tecnicamente preparados para proferir sentença, e por vezes, não é incomum constatar-se seu despreparo para conduzir a conciliação, ou em casos outros, o excesso na concretização desta.

Na medida em que se descentraliza a atividade de conciliação, assim como já ocorre nos Juizados Especiais, é mais fácil e próximo o consenso entre as partes, porque o conciliador age sem se preocupar com pré-julgamentos decorrentes de sua efetiva intervenção, podendo orientá-las e esclarecê-las sobre as consequências nefastas do prosseguimento do feito até a sentença.

Por outro lado, da análise do art. 119 do PLS n. 166/2010 não se vislumbra distinção entre conciliador e mediador judicial, o que se arrisca dizer parecer um erro.

---

185 Cf. Paulo César Santos Bezerra, *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*, p. 71.

186 Cf. Kazuo Watanabe. Op. cit. p. 133: “É importante que se pense, outrossim, na *participação da comunidade na administração da Justiça*. A experiência dos Juizados Informais de Conciliação e Juizados Especiais de Pequenas Causas, têm posto à mostra a importância dessa participação. A participação tem ocorrido sob a forma de Conciliador e Árbitro. Essa participação da comunidade e a *adoção de técnicas alternativas* de solução de conflitos, principalmente a conciliação e o arbitramento, e ainda a tendência a *deformalização* (mais informalidade) e *delegalização* (menos legalismo e solução dos conflitos, em certos casos, pela equidade) têm constituído a grande inovação desses Juizados. A par das vantagens mais evidentes, que são a maior celeridade e maior aderência da Justiça à realidade social, a participação da comunidade traz, ainda, o benefício da maior credibilidade da Justiça e principalmente o do sentido pedagógico da administração da Justiça, propiciando o espírito da colaboração. Os que têm a oportunidade de participar conhecerão melhor a Justiça e cuidarão de divulgá-la ao segmento social a que pertencem. Demais disso, a organização de uma Justiça com essas características, organizada para pessoas mais humildes, tem a virtude de gerar, pela própria peculiaridade do serviço que presta e pela exigência das pessoas que a procuram, ordinariamente pouco instruídas, um *serviço paralelo*, que é o de *informação e orientação*”.

As atividades desenvolvidas por um conciliador e por um mediador são distintas até mesmo porque não se pode confundir, como anotado em linhas anteriores, a conciliação e a mediação, embora na prática seja comum a confusão. E não se trata de *preciosismo de linguagem* porque é essencial que o conciliador tenha conhecimento jurídico para orientar e esclarecer as partes, vez que interfere na solução do conflito<sup>187</sup>, ao contrário do que acontece com o mediador, que não interfere, mas auxilia as partes a encontrarem a melhor solução que as beneficie mutuamente e ponha termo à desavença.

### **O conciliador**

A figura do conciliador nasceu com a Lei n. 9.099/95, que instituiu no âmbito dos Estados os Juizados Especiais. Deve ele ser uma pessoa rigorosamente selecionada, porque exercerá o *minus* público de auxiliar as partes litigantes a resolverem o conflito.

É preciso que exerça suas atribuições com imparcialidade, sem pender para um dos lados, deixando transparecer que uma das partes tem razão. Caso isso ocorra, os envolvidos passam a desconfiar dele, e quebra-se um dos principais pilares da conciliação, que é exatamente a confiança das partes em relação a esse auxiliar da justiça.

O conciliador precisa inspirar respeito e confiança, ser paciente, imparcial, empático, capaz de ouvir e conhecer profundamente as técnicas de conciliação. Portanto, andou bem o PLS n. 166/2010 ao exigir curso de capacitação para sua regular inscrição perante o tribunal<sup>188</sup>.

Imprescindível, a nosso ver, que o conciliador seja pessoa dotada de elevado grau de bom senso, e tenha conhecimentos jurídicos para poder orientar adequadamente as partes.

### **O mediador**

O mediador é um terceiro imparcial, indicado ou aceito pelas partes, que tem a incumbência de conduzir o procedimento de mediação. Nele, escuta as partes, formula perguntas,

---

187 Cf. PLS n. 166/2010, art. 135, § 1º.

188 Cf. PLS n. 166/2010, art. 137, § 1º.

e não propõe soluções, mas motiva e ajuda as partes a encontrarem opções para a solução do conflito<sup>189</sup>.

Não se impõe ao mediador a formação em Direito, nem mesmo que seja especialista na matéria que versa sobre o conflito. Isso se justifica na medida em que ele facilita a aproximação e o diálogo entre as partes, com vistas à harmonização dos interesses controvertidos, e não interfere na solução do conflito como ocorre na conciliação.

## **Regulamentação legal da atividade dos conciliadores e mediadores no PLS n. 166/2010**

### **Da criação dos setores de conciliação e mediação no âmbito dos tribunais**

O PLS n. 166/2010 destina dez artigos à regulamentação da atividade dos conciliadores e mediadores.

O art. 134, *caput*, do projeto de lei já mencionado estabelece que cada tribunal pode propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação. Da redação contida no referido dispositivo legal, incumbe aos Tribunais de Justiça comum (federal e estadual) e especial (Justiça do Trabalho), por lei de organização judiciária, criar os seus respectivos setores de conciliação e mediação.

O que preocupa nesse dispositivo é a expressão “pode”, que, se interpretada literalmente, induz a pensar que o tribunal que não quiser instituí-los não poderá ser obrigado a isso. Se essa é a intenção da lei, então poderá, em alguns casos, não passar de letra fria e morta.

### **Dos princípios da conciliação e da mediação no PLS n. 166/2010**

O § 1º do art. 134 informa os princípios em que se fundam a conciliação e a mediação. Nos termos do projeto de lei, a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da

---

189 Cf. PLS n. 166/2010, art. 135, § 2º.

independência, da neutralidade, da autonomia de vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.

Comente-se cada um deles.

Por *independência* entende-se que os conciliadores e mediadores não poderão sofrer interferências capazes de reduzir sua atuação perante as partes. Assim, durante a atividade desempenhada, eles têm autonomia para conduzir a negociação da melhor forma e no interesse dos litigantes, desde que, obviamente, não excedam os limites legais, morais ou impostos pelos próprios envolvidos.

A *neutralidade*, outro princípio da conciliação e mediação, é condição essencial para da atividade mediadora ou conciliadora. Por este princípio, o conciliador ou mediador deve guardar para si seus valores, convicções de toda ordem, e preconceitos, para não influir negativamente na possível solução pactuada pelas partes. Deve ainda compreender a situação dos envolvidos sem ser tendencioso a uma delas.

Na conciliação ou mediação não prevalece a decisão imposta pelo terceiro que dela participa porque as partes, através da negociação ou do simples diálogo, procuram em conjunto estabelecer, por meio de concessões mútuas, a melhor solução para o litígio. Nisso consiste a *autonomia da vontade*: os litigantes, vistos de um ângulo isonômico, com auxílio de um terceiro capacitado, buscam solucionar seus problemas através do consenso. Pressupõe-se, portanto, o interesse das partes no desate da controvérsia existente, desde que não seja violada a ordem pública.

Outro princípio que se destaca é o da *confidencialidade*. Por ele, os fatos, situações e propostas durante o ato são sigilosos e privilegiados. Os envolvidos no processo devem manter o necessário sigilo sobre todo o conteúdo ventilado, não devendo testemunhar a respeito dos fatos confidenciais que tomaram conhecimento por ocasião da conciliação ou da mediação<sup>190</sup>.

A atividade dos conciliadores ou mediadores é pautada pela oralidade. Significa dizer que predomina na conciliação ou mediação a palavra falada sobre a escrita, mas não se exclui o registro das falas em termo próprio, subscrito pelas partes, e pelo conciliador ou mediador. Outro princípio que se destaca é o da *informalidade*, segundo o qual os conciliadores e media-

---

190 Cf. PLS n. 166/2010, art. 135, § 3º.

dores devem agir de modo a proporcionar às partes a finalidade da conciliação e mediação sem apego exagerado ao formalismo. Num ambiente informal, é evidente que as partes têm maior possibilidade de negociar para encontrar a melhor solução para o conflito.

### **Da escolha, do registro, da exclusão, dos impedimentos e da remuneração dos conciliadores e mediadores**

Pelo disposto no art. 136 do PLS n. 166/2010, as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador ou mediador que auxiliará na solução do conflito, observada a legislação pertinente. Essa é a regra, porque o parágrafo único do dispositivo legal citado informa que, caso não haja acordo entre as partes para escolha, será escolhido por sorteio um dentre aqueles inscritos no registro do tribunal.

Interessante essa inovação, porque a exemplo do que ocorre no processo arbitral estabelecido pela Lei n. 9.307/96<sup>191</sup>, as partes podem eleger aquele conciliador ou mediador de sua confiança, para auxiliar na solução do conflito entre elas eclodido.

Uma dúvida que surge é a seguinte: o conciliador ou mediador eleito pelas partes precisa estar previamente registrado no tribunal, conforme estabelece o art. 137?<sup>192</sup> À primeira vista a resposta é negativa, porque não será incomum a escolha daqueles que não estejam. Nesse caso, exigir o prévio registro significa interferir na autonomia de vontade das partes, princípio que, como já visto, norteia a conciliação e a mediação. Por outro lado, nada impede que aquele escolhido se submeta ao cadastro exigido e, se preenchidos os requisitos, receba o certificado para atuar, com validade para atuação em outras conciliações ou mediações que se fizer necessário.

Inegável que as partes devem atentar para o disposto no § 1º do art. 137. Por ele, os conciliadores e mediadores precisam ser inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil além de terem recebido capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo tribunal.

---

191 Cf. Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

192 Cf. PLS n. 166/2010, art. 137, *caput*.

Pende crítica sobre a exigência de inscrição na OAB para o exercício da atividade de conciliação e mediação<sup>193</sup>. A nosso sentir, é válido esse requisito para os conciliadores porque, como já anotado em outras linhas, eles interferem na solução do conflito, e por isso precisam ter conhecimento jurídico suficiente para não incidirem em erros graves e que prejudicam as partes. Ademais, o inscrito na OAB normalmente carrega consigo experiência adquirida no exercício da advocacia, e pode contribuir para melhor solução do conflito.

No caso do mediador, a exigência não é adequada porque ele não interfere na solução do conflito, mas apenas tenta aproximar as partes para que elas possam conversar e se entender.

Verifica-se também, que, além dos requisitos estabelecidos no art. 137, § 1º, outros poderão ser criados por lei de organização judiciária, a critérios dos tribunais.

Ao que parece, o PLS n. 166/2010 introduziu mais uma atividade privativa de advogado, pelo disposto no art. 137, § 1º.

O art. 137, § 2º orienta ao tribunal, depois de efetivado o registro, a remeter ao diretor do fórum da comarca ou da seção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador, os dados necessários para que o nome dele passe a constar no rol da respectiva lista, para efeito de sorteio.

Será excluído do registro de conciliadores e mediadores, nos termos do art. 138, aquele que (I) tiver sua exclusão solicitada por qualquer órgão julgador do tribunal; (II) agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade; (III) violar os deveres de confidencialidade e neutralidade; (IV) atuar em procedimento de mediação, apesar

---

193 Cf. *Especialistas criticam reforma do CPC em audiência*: “[...] A advogada processualista Ada Pellegrini Grinover foi a primeira a expor suas críticas focadas no ponto do código que trata da conciliação e mediação. De acordo com Ada, a função de conciliador e mediador não deveria estar restrita a advogados, inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Ela explica que isso é uma reserva de mercado e pode colocar a perder todo um movimento que vem sendo feito, inclusive pelo Judiciário, para habilitar servidores a atuar como mediadores e conciliadores. ‘Eu lembro que o Conselho Nacional de Justiça, em nota técnica, há cerca de cinco anos atrás manifestou-se contra o projeto de lei de mediação judicial em que se previa essa exclusividade do exercício da profissão de advogado para os candidatos a mediadores e conciliadores’, observa. A processualista afirma que esse entendimento não deve prevalecer. Ainda na mesma questão, a advogada sugeriu a exclusão da ideia de ‘juiz conciliador’, aquele que irá conduzir os mediadores e conciliadores. Ela diz que esse pressuposto vai contra a ideia científica de conciliação e mediação. Quando muito, os mediadores e conciliadores devem seguir as normas do regimento interno e a lei, mas não a orientação do juiz. (disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 04. out. 2010).

de impedido. A exclusão, nas hipóteses dos itens II e IV será legitimada por regular processo administrativo com oportunidade do pleno exercício do contraditório e ampla defesa.

Prevê, ainda, o § 2º do art. 137 que o juiz da causa, se verificar atuação inadequada do conciliador ou do mediador, poderá afastá-lo, mediante decisão fundamentada, de suas atividades do processo, e informará ao tribunal e a Ordem dos Advogados do Brasil sobre o ocorrido para a instauração de processo administrativo.

Algumas ponderações daí surgem.

Em primeiro lugar, o dispositivo legal comentado nada menciona a respeito da oitiva do conciliador ou mediador sobre a atuação inadequada. Esta é fundamental, porque o que significa *atuação inadequada*?

Ainda: a redação não é clara sobre a competência para instauração de processo administrativo. Explica-se: se a conciliação e a mediação ficarão a cargo de advogados prestadores de relevantes serviços à justiça, então é possível concluir que somente a OAB poderá puni-los, porque a ela a Lei n. 8906/94 atribui essa competência, conforme art. 70, *caput*<sup>194</sup> 195. Evidentemente, a jurisdição disciplinar da OAB não exclui a apuração e responsabilização pela prática de crime ou o dever de indenizar, decorrentes da *atuação inadequada*.

A lista de impedimentos e de suspeição do juiz aplica-se também aos conciliadores e mediadores. No PLS n. 166/2010, as hipóteses de impedimento do juiz estão previstas no art.

---

194 Cf. Lei n. 8.906/94, art. 70. O poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal.

195 Cf. Paulo Lobo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. p. 328: “O poder de punir advogado ou estagiário inscrito na OAB por infração disciplinar relacionada com a atividade profissional é exclusivo da OAB, não podendo fazê-lo qualquer outra autoridade constituída, inclusive os magistrados [...]”.

114<sup>196</sup> enquanto as de suspeição, no art. 115<sup>197</sup>. No caso de impedimento, segundo estabelece o art. 139, o conciliador ou mediador devolverá os autos ao juiz, que sorteará outro em seu lugar; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se a ata com o relatório do ocorrido e a solicitação de sorteio de novo conciliador ou mediador.

Considerando que o exercício da conciliação e da mediação se efetivará por advogado, estabelece o PLS n. 166/2010 em seu art. 141, que o conciliador ou mediador fica impedido, pelo prazo de um ano contado a partir do término do procedimento, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes.

Significa que após um ano contado a partir do término do procedimento, o conciliador ou mediador poderá atuar em favor de uma das partes?

Com efeito.

No entanto, duas situações devem ser sopesadas nesse dispositivo.

A primeira diz respeito à possibilidade de advogados registrarem-se junto ao tribunal apenas com o intuito de captar clientela, o que é vedado pelo Código de Ética e Disciplina da

---

196 Cf. Art. 114. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II – de que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; III – quando nele estiver postulando, como defensor, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o segundo grau, inclusive; IV – quando ele próprio ou seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, for parte no feito; V – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica parte na causa; VI – quando alguma das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; VII – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes. § 1º No caso do inciso III, o impedimento só se verifica quando advogado, defensor e membro do Ministério Público já estavam exercendo o patrocínio da causa antes do início da atividade judicante do magistrado. § 2º É vedado criar fato superveniente a fim de caracterizar o impedimento do juiz.

197 Cf. Art. 115. Há suspeição do juiz: I – amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes; II – que receber presentes antes ou depois de iniciado o processo, aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; III – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

OAB, art. 7º<sup>198</sup>. Não se parte da premissa de que essa será a regra, porque muitos advogados prezam pela ética no exercício da profissão ou mesmo fora dela, entretanto, existem aqueles que rasgam diuturnamente o Estatuto, o Regulamento Geral e o Código de Ética por serem gananciosos demais.

Mas não é só.

Ao atuar como conciliador ou mediador das partes, o advogado toma ciência de fatos importantes ligados a ambas. Deve declinar o patrocínio de causa para não beneficiar em juízo, uma ou outra, valendo-se de informações privilegiadas que tenha conhecido em razão da conciliação ou mediação. Existe impedimento ético<sup>199</sup> não importando o tempo já decorrido da tentativa de conciliação ou mediação.

Alternativa a essas situações é não se registrar como conciliador ou mediador junto ao tribunal, caso entenda que o exercício da função venha causar prejuízos financeiros.

Nos termos do art. 142, os conciliadores e mediadores perceberão remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

### **Do termo de conciliação**

O art. 143 afirma que obtida a transação, as partes e o conciliador ou mediador assinam o termo, a ser homologado pelo juiz, que terá força de título executivo judicial.

Desse dispositivo, surge uma dúvida.

Pode o juiz recusar-se a homologar o termo de transação tirado da conciliação ou mediação?

---

198 Cf. Código de Ética e Disciplina, art. 7º. É vedado o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela.

199 Cf. Código de Ética e Disciplina, art. 20. O advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à ética, à moral ou à validade de ato jurídico em que tenha colaborado, orientado ou conhecido em consulta; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ético quando tenha sido convidado pela outra parte, se esta lhe houver revelado segredos ou obtido seu parecer.

Seguindo a linha adotada nos Juizados Especiais, o juiz pode recusar-se a homologar a conciliação ou mediação registrada em termo, desde que fundamentadamente, e se houver vício formal, material ou jurídico que a inquene.

Não havendo mácula alguma, ainda que o juiz não se agrade do resultado da conciliação ou mediação, deverá homologá-la porque se trata de solução amigável obtida em conjunto pelas partes, e que pelo princípio da autonomia da vontade, deve ser respeitada.

### **Da audiência de conciliação**

No procedimento comum, inserido no processo de conhecimento, o PLS n. 166/2010, em seu art. 333, inova ao prever uma audiência de conciliação precedente à contestação.

Segundo consta do dispositivo mencionado, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de rejeição liminar da demanda, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de quinze dias.

Pelo que se vê, referida audiência será obrigatória, ressalvado o disposto no § 7º do mesmo artigo. Assim, ela poderá ser dispensada quando as partes manifestarem expressamente sua disposição contrária, ou quando, por outros motivos, o juiz constatar que a conciliação é inviável.

A audiência de conciliação será conduzida por mediador ou conciliador, observadas as determinações do juiz e da lei de organização judiciária. É o que dispõe o § 1º do art. 333.

É equivocado, a nosso ver, esse controle da forma de atuação do conciliador e do mediador pelo juiz porque, como visto antes, um dos princípios norteadores da conciliação e da mediação é exatamente o princípio da independência.

Por outro lado, acerta o projeto de lei ao desincumbir o juiz de realizar essa tarefa. Como salientado anteriormente, por vezes se verifica que o juiz não está preparado para conduzir a conciliação entre as partes, ou, pela pauta de audiências que precisa cumprir no dia, acaba por tratá-la como mera formalidade imposta pela lei, e passa por ela sem dar a devida atenção. O art. 107 diz que incumbe ao juiz compor amigavelmente as partes, mas preferencialmente com o auxílio de conciliadores ou mediadores.

Pelo texto do projeto, verifica-se no § 4º do art. 333 que a audiência de conciliação não será prejudicada pela ausência do advogado.

Aqui é preciso ponderar o seguinte: imaginando que o juiz designa a conciliação e comparece no ato, perante o conciliador, o autor acompanhado de seu advogado e o réu. Nesse caso, a nosso ver, a realização da audiência viola o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e sobretudo do amplo acesso à justiça. Para conferir-se tratamento isonômico às partes, deve ser nomeado imediatamente advogado *ad hoc* ou defensor público para integrar a audiência e assistir o réu.

Interessante mencionar que, nos termos do § 5º do art. 333, o comparecimento injustificado do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, passível de sanção processual.

Uma vez obtida a transação, será reduzida a termo e homologada por sentença, de acordo com o disposto no § 6º do art. 333. Caso a conciliação reste infrutífera, o réu poderá contestar a ação em petição escrita, no prazo de quinze dias contados da audiência de conciliação, quando ela ocorrer, evidentemente.

## **Conclusão**

De todo o exposto, conclui-se que os meios alternativos, como a conciliação e a mediação, são altamente eficazes para a solução dos conflitos. Acertou o Poder Judiciário ao institucionalizar a conciliação por meio do programa “Conciliar é legal”.

Verifica-se ainda, que de maneira geral, o PLS n. 166/2010 inovará *positivamente* ao introduzir a conciliação e a mediação como técnicas *não adversariais* de solução dos conflitos.

A prática desses meios alternativos poderá elevar o índice de satisfação do serviço jurisdicional prestado porque a pacificação social poderá deixar de ser uma utopia.

Certamente, com a atividade de conciliação e da mediação no âmbito judicial, haverá um grande arrefecimento do número de ações ajuizadas pelas partes, o que importa em substancial diminuição do número de processos que tramitará no Poder Judiciário, a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil.

Sem a pretensão de esgotar o tema, procurou-se apenas dar enfoque aos novos caminhos da Justiça, e instigar os debates para a construção de um mundo mais justo e fraterno por meio da aplicação da justiça.

## Referências

- ALVIM, J. E. C. *Teoria geral do processo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BEZERRA, P. C. S. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BIDART, A. G. Conciliación y proceso. In: DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Orgs.). Participação e processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, p. 253-261, 1988.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Projeto de lei n. 166/2010*. Dispõe sobre a Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <[www.teiajuridica.com/anteprojeto.pdf](http://www.teiajuridica.com/anteprojeto.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2010.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União.
- BUZZI, M. A.; NOGUEIRA, M. *Conciliar é legal*. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliar-ConteudoTextual/anexo/artigo\\_01.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliar-ConteudoTextual/anexo/artigo_01.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2010.
- CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Semana Nacional da Conciliação*: de 01 a 05 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 24 ago. 2009.
- DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FARINELLI, A. H. P. *A crise do acesso à justiça e a justiça itinerante como alternativa*. 2009. 174 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual e Cidadania. Área de Concentração: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais) – Faculdade de Direito, Universidade Paranaense, Umuarama, 2009.

FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. Manual dos juizados especiais cíveis e criminais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2006.

GRINOVER, A. P. *Novas tendências do direito processual*: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

\_\_\_\_\_. Conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Orgs.). Participação e processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1988.

\_\_\_\_\_. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 09, n. 52, p. 71-76, mar./abr. 2008.

HESS, H. C. *Acesso à justiça por reformas judiciais*. Campinas, 2004.

LOBO, P. *Comentários ao estatuto da advocacia e da ordem dos advogados do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, S. M. V; SALES, L. M. M. Mediação e democracia: novo horizonte, outros caminhos para a práxis cidadã. In: LIMA, M. M. B.; SALES, L. M. S. *Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento*: estudos em homenagem a José Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. Código de processo civil comentado. 9. ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2006.

NORTHFLEET, E. G. Conversar faz diferença. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2010.

RODRIGUES, H. V. Acesso à justiça no estado contemporâneo: concepção e principais entraves. In: LIMA, M. B. L; SALES, L. M. M. *Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento*: estudos em homenagem a José Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL. *Justiça itinerante agiliza casamentos, divórcios e separações*. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br>>. Acesso em: 31 ago. 2009.

TORRES, J. A. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WATANABE, K. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, A. P; DINAMARCO, C. R; WATANABE, K. Participação e processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1988.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1985.



## JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E NECESSIDADES BÁSICAS: A QUESTÃO DO MÍNIMO IMUNE A TRIBUTOS

Julio Pinheiro Faro  
Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes

### **Introdução**

H. P. Young define justiça distributiva como a “alocação justa dos custos e benefícios entre os indivíduos<sup>200</sup>”. Essa concepção, apesar de simples e concisa, encerra diversas questões. A proposta aqui, no entanto, é mais humilde. Dentre os muitos questionamentos, um parece despontar. Trata-se do fato de que a justiça distributiva é corriqueiramente tratada mais como uma alocação de custos que de benefícios, o que desemboca na questão: por que proporcionalmente os custos parecem ser muito maiores que os benefícios? Ou, de modo diferente: por que os impostos cobrados pelo Estado parecem ser proporcionalmente maiores que os benefícios recebidos pela sociedade?

É fato que os indivíduos têm o dever de financiar o Estado e a sociedade, assim como também é fato que a receita arrecadada a partir desse financiamento é mal gerida pelo Estado, daí a disparidade entre custos e benefícios. Todavia, há um lado desse financiamento que, se não tomado o devido cuidado, pode vir a ser perverso. Cuida-se do financiamento por quem não tem condições de fazê-lo.

Sabe-se que as pessoas possuem necessidades vitais básicas que devem ser satisfeitas antes que seja praticado qualquer ato de solidariedade – como é o pagamento de impostos (muito embora se trate de uma solidariedade compulsória). A preocupação do presente estudo inscreve-se, pois, no campo de um dos fatores que devem ser observados para a promoção da justiça

---

200 YOUNG, H. P. Distributive justice in taxation. *Journal of Economic Theory*, v. 44, n. 2, 1988, p. 321.

distributiva, a teoria das necessidades básicas. De forma bastante genérica, a referida teoria se ocupa do estabelecimento de critérios para definir quais necessidades humanas são realmente básicas e se é possível falar em um rol delas. Assim, teorizar sobre as necessidades básicas dos indivíduos é estabelecer um mínimo existencial, imprescindível à sobrevivência dos indivíduos e imune a impostos. Neste sentido, a questão que permeia o presente estudo tem a ver com a contribuição da teoria das necessidades básicas para a melhor apuração da justiça distributiva, de maneira que se formula do seguinte modo: qual o mínimo existencial imune a impostos e como estabelecê-lo a partir de um parâmetro constitucional?

Na ordem jurídica brasileira, tal parâmetro já existe e pode ser encontrado no art. 7º, IV, da CF/88, que estabelece dentre as necessidades vitais básicas do trabalhador a moradia, a alimentação, a educação, a saúde, o lazer, o vestuário, a higiene, o transporte e a previdência social. Todavia, não será nenhuma novidade que, se o mínimo existencial for estabelecido em relação a todos esses bens, recursos ou capacidades, fique reconhecida a ineficiência estatal em prover a parcela carente da sociedade razoavelmente desses bens. E aí se chegará a uma conclusão, quiçá óbvia, de que a justiça distributiva é apenas mais um discurso, já que nem os custos sociais nem os benefícios sociais são distribuídos de maneira realmente justa.

Vários são os autores que se ocuparam da questão da justiça distributiva. No entanto, para que este pequeno trabalho não tome proporções indevidamente extensas, optou-se por um corte metodológico quanto à teoria da justiça distributiva analisada. Assim, cuida-se da teoria da justiça distributiva rawlsiana, utilizando-se de algumas das críticas formuladas em relação a esta concepção, para, assim, chegar às conclusões que permitam responder à questão que permeia este trabalho. De posse dessas conclusões, elabora-se então uma tese que permita destacar qual é e como se pode estabelecer o mínimo existencial imune a impostos no sistema constitucional brasileiro.

Para tanto, este artigo se funda sobre uma análise estritamente teórica, através de uma abordagem crítica baseada na metodologia dialética de eliminação popperiana, isto é, com espeque na tríade dialética – tese, antítese e síntese –, em que a tese gerará, a partir de suas limitações, uma oposição, a antítese, e, no embate entre uma e outra, será formada uma solução, a síntese, que reconhecerá os méritos de cada uma e excluirá suas respectivas limitações<sup>201</sup>.

---

201 POPPER, Karl R. What is dialectic? *Mind*, v. 49, n. 196, 1940, p. 404.

No intuito de atingir este objetivo, o trabalho está estruturado da seguinte maneira. O próximo tópico versa sobre a teoria da justiça distributiva de John B. Rawls, apresentando os seus principais pontos. Na sequência, é apresentada uma crítica acerca da teoria de Rawls, a fim de esclarecer o posicionamento adotado neste trabalho. Feito isso, procede-se à discussão sobre os aspectos que podem fazer parte do mínimo existencial imune a impostos sob a perspectiva constitucional brasileira. Ao final são apresentadas as conclusões.

### **A justiça distributiva rawlsiana<sup>202</sup>**

Em primeiro lugar, cumpre, então, discorrer sobre a teoria de Rawls acerca da justiça distributiva. Rawls concebe a justiça distributiva como um caso de justiça procedimental pura<sup>203</sup> ou justiça procedimental perfeita. Este tipo de justiça, afirma o autor, se verifica quando há critérios estabelecidos de forma independente e anterior a qualquer divisão justa e quando se pode criar um procedimento que certamente trará o resultado desejado<sup>204</sup>. Assim, justiça distributiva é um procedimento correto ou justo que, se corretamente aplicado, gerará um resultado qualquer que também será correto ou justo<sup>205</sup>. Esse procedimento sustenta-se sobre a organização da estrutura básica da sociedade, sobre a qual, aliás, se trará daqui em diante.

A concepção de justiça na teoria rawlsiana parte do pressuposto de que as partes, na posição original, ao concordarem com os princípios do justo, concordam, concomitantemente, “com a organização necessária para tornar esses princípios efetivos em sua conduta<sup>206</sup>”. Ou, por outro lado, as partes ao estabelecerem o consenso, indicam os princípios que consideram razoáveis para atingir ao máximo os interesses e objetivos que possam ter depois que desaparece

---

202 Este tópico corresponde a algumas partes do capítulo I da monografia de conclusão de curso de: HO-MEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. 2008. *Um conceito de dignidade humana*. Monografia – Faculdades Integradas de Vitória, Departamento de Direito, Vitória.

203 RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 73.

204 Idem. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 91.

205 Ibidem, p. 92.

206 Ibidem, p. 573.

o véu de ignorância, e “concordam em assumir a responsabilidade pela concepção da justiça escolhida<sup>207</sup>”. Assim, tanto os princípios para instituições quanto os princípios para indivíduos, escolhidos na posição original, “são a resposta de Rawls à questão da justiça<sup>208</sup>”.

Entretanto, não se pode confundir uma teoria da posição original com uma teoria da justiça<sup>209</sup>, pois “um senso de justiça é um desejo efetivo de aplicar os princípios da justiça e de agir, portanto, adotando o ponto de vista da justiça<sup>210</sup>”. Então, percebe-se que a posição original aliada ao véu de ignorância e aos outros artifícios utilizados por Rawls constituem-se como ferramentas abstratas que permitem explicar a escolha de princípios justos. Mesmo que cada indivíduo possua um plano de vida diferente do outro, os princípios que regulam tais planos de vida são os mesmos, e é dever de cada pessoa realizá-los, mediante a cooperação social dentro de uma sociedade bem-ordenada.

Bem assim, cumpre detalhar um pouco mais a teoria da justiça como equidade de Rawls, até mesmo para que se possa lhe endereçar as críticas pretendidas por este pequeno estudo.

A posição original rawlsiana é um modelo de representação. Trata-se de uma situação hipotética e a-histórica que funciona como “um dispositivo de representação utilizado por Rawls para isolar os princípios de justiça<sup>211</sup>”, de modo a ser o estado mais propício para que sejam feitas escolhas equitativas no seio de uma sociedade humana<sup>212</sup>. “A posição original generaliza a ideia familiar de contrato social”, de modo que “o faz constituindo em objeto do acordo os princípios primeiros de justiça para a estrutura básica<sup>213</sup>”; ou seja: “a posição original é uma interpretação específica da situação inicial de escolha, situação em que os indivíduos se encontram para concluir o contrato: escolher os princípios da justiça adotados para governar sua

---

207 Ibidem, p. 578.

208 KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*: uma introdução. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 68.

209 KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 246.

210 RAWLS, John. Op. cit., 2002, p. 630-631.

211 LORKOVIC, Edvard. Facing inequality: Rawls, Sen and Cohen on the space of egalitarian justice. 1999. Dissertação – Universidade de Concórdia, Departamento de Filosofia, Montreal, Quebec, Canadá. p. 32.

212 RAWLS, John. Op. cit., 2002, p. 19.

213 Ibidem. Op. cit., 2003, p. 23.

sociedade<sup>214</sup>”. Assim, “Rawls não pressupõe que algum grupo fez alguma vez um contrato social do tipo por ele descrito”, e sim “afirma que, se um grupo de homens racionais se encontrasse na difícil situação da posição original, iria entrar em acordo nos termos dos dois princípios<sup>215</sup>”.

Uma das características essenciais da posição original rawlsiana é o fato de que as partes estão sob um completo véu de ignorância: artifício capaz de anular determinadas contingências que possam colocar os seres humanos “em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício<sup>216</sup>”. Estar sob um véu de ignorância numa situação hipotética é crucial para entender as escolhas feitas pelos indivíduos na posição original. Ao restringir o conhecimento das pessoas a contingências sociais gerais e genéricas, elimina-se o pluralismo, porque se elas não têm acesso a informações específicas, apenas sabem que em relação umas às outras são, em alguma medida, diferentes. Mas que medida seria esta? É justamente esta a resposta que elas não possuem. Isso faz com que os sujeitos saibam que têm concepções diferentes sobre as coisas, mas não sabem quais, e, então, fazem uma escolha sopesando concepções que poderiam ter<sup>217</sup>. Portanto, por força do véu de ignorância, a escolha dos princípios de justiça para a sociedade nacional “não é do melhor interesse atual de cada um, pois, ao levantar-se o véu da ignorância, alguns irão descobrir que estariam numa situação melhor se tivesse escolhido algum outro princípio<sup>218</sup>”.

Desta feita, verifica-se que não há, propriamente, um pluralismo razoável na teoria da justiça de Rawls, e sim indivíduos livres e iguais capazes de fazer escolhas razoáveis e racionais, mediante o uso de suas duas faculdades morais. Assim é que as pessoas, na posição original, agem conforme o que considerariam uma vida digna (faculdade moral de ter uma concepção

---

214 LEMAIRE, André. L'enjeu de la rationalité dans la théorie de la justice de John Rawls. 1997. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade de Sherbrooke, Faculdade de Teologia, de Ética e de Filosofia. p. 14.

215 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 236.

216 RAWLS, John. Op. cit., 2002, p. 147.

217 SANDEL, Michael. *O liberalismo e os limites da justiça*. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 50.

218 DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2002, p. 239.

de bem) sempre respeitando determinados princípios de justiça para construir uma sociedade bem-ordenada baseada na cooperação social (faculdade moral de ter senso de justiça)<sup>219</sup>.

Essa forma de agir só é possível porque as pessoas, neste estágio, são iguais e livres. E é aqui que se verifica a ausência de pluralismo, porque, se no exercício de suas faculdades morais o indivíduo possui um conjunto de preferências próprias e já que “todos os indivíduos ‘na posição original’ são idênticos, essas preferências são as mesmas para todos<sup>220</sup>”. Portanto, pelo fato de as pessoas serem iguais, ninguém terá um tratamento preferencial<sup>221</sup>, o que é fundamental para haver unanimidade na formação do acordo<sup>222</sup>, chegando todos, sempre, aos mesmos princípios.

Ora, pelo fato de serem iguais, os indivíduos só podem ser razoáveis ou não ser, pelo que é preferível que o sejam, senão estariam em constante estado de guerra de todos contra todos. Assim, pessoas razoáveis são as que reconhecem e honram os princípios escolhidos na posição original, mesmo que isso possa prejudicar seus interesses particulares<sup>223</sup>. Da mesma forma, é preferível que sejam indivíduos racionais e que, apesar das limitações impostas pelo véu de ignorância, saibam “que, em geral, devem tentar proteger as suas liberdades, ampliar as suas oportunidades, e aumentar os seus meios de promover os seus objetivos, quaisquer que sejam eles<sup>224</sup>”.

É agindo de tal maneira que os indivíduos fazem, em qualquer época, a mesma escolha por princípios de justiça que guiarão a sociedade nacional bem-ordenada, onde “todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios” e que “as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios<sup>225</sup>”. Assim, o indivíduo apresenta-se capaz de desempenhar na sociedade bem-ordenada a função de membro plenamente cooperativo<sup>226</sup>, um fim em si mesmo, e não um meio para formar uma sociedade coope-

---

219 RAWLS, John. Op. cit., 2003, p. 26.

220 KOLM, Serge-Christophe. Op. cit., 2000, p. 249.

221 RAWLS, John. Op. cit., 2002, p. 563.

222 SANDEL, Michael. Op. cit., 2005, p. 51.

223 RAWLS, John. Op. cit., 2003, p. 9.

224 Idem. Op. cit., 2002, p. 154.

225 Idem. Op. cit., 2002, p. 5.

226 Idem. Op. cit. 2003, p. 33-34.

rativa<sup>227</sup>. Entende-se a sociedade, pois, como “uma associação mais ou menos autossuficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas”, e tais regras especificam “um sistema de cooperação concebido para promover o bem dos que fazem parte dela<sup>228</sup>”.

A escolha desses princípios é feita durante aquilo a que Rawls chama de consenso sobreposto, que nada mais é que o contrato social, funcionando como um marco que separa uma situação hipotética de outra mais realista<sup>229</sup>. No entanto, o consenso enquanto tal é, também, hipotético, porque não existem “forças políticas, sociais ou psicológicas tais que suscitariam um consenso desse tipo (quando ele não existe) ou o tornariam estável (se chegasse a existir)<sup>230</sup>”.

Para Rawls, a estrutura básica da sociedade é uma instituição<sup>231</sup>, regida por dois princípios escolhidos pelos indivíduos na posição original e através de um consenso sobreposto. Esses princípios são dois: (1) o princípio das liberdades básicas iguais, em que “cada pessoa tem um mesmo direito a um esquema completo e adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdades para todos”; (2) o princípio da igualdade democrática, pelo qual “as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições”: (a) “devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidades”; (b) “devem beneficiar ao máximo os membros da sociedade menos favorecidos<sup>232</sup>”.

O primeiro princípio de justiça ao prescrever a existência de um esquema completo e adequado de liberdades básicas permite o entendimento de que melhor que ter garantida uma grande quantidade de liberdades é tê-las especificadas “num esquema coerente que garanta o âmbito central de aplicação de cada uma<sup>233</sup>”. Contudo, Rawls, embora tenha tentado, não foi feliz ao tentar formular uma lista de tais liberdades, já que, em sua concepção, elas seriam todos

---

227 SANDEL, Michael. Op. cit., 2005, p. 100.

228 RAWLS, John. Op. cit., 2002, p. 4.

229 Idem. Op. cit., 2003, p. 44-45.

230 Idem. *Justiça e democracia*. Trad. Irene A. Partenot. São Paulo: Martins Fontes, 2002a, p. 277.

231 Idem. Op. cit., 2002, p. 59.

232 Idem. *The basic liberties and their priority. The Tanner lectures on human values*, 1981, p. 5.

233 Idem. Op. cit., 2003, p. 157.

aqueles “direitos e liberdades abarcados pelas normas jurídicas”, exemplificando alguns deles: “liberdades de pensamento e de consciência, liberdades políticas e de associação, além dos direitos e liberdades especificados pela liberdade e pela integridade física da pessoa<sup>234</sup>”.

O princípio das liberdades básicas iguais abrange as liberdades constitucionais<sup>235</sup>. E qualquer liberdade se fundamenta nos seguintes fatores: “os agentes que são livres, as restrições ou limitações de que eles estão livres, e aquilo que eles estão livres para fazer ou não fazer<sup>236</sup>”. Desta formulação pode-se extrair que as pessoas possuem tanto direitos quanto deveres, ambos podendo ser limitados pela Constituição ou pelas leis. Assim, a liberdade pode ser concebida como “um complexo de direitos e deveres definidos por instituições”, de maneira que “as várias liberdades especificam coisas que podemos escolher fazer, pelo que, quando a natureza da liberdade o exige, os outros têm o dever de não interferir<sup>237</sup>”. Por uma melhor formulação desse conceito geral, pode-se dizer que as liberdades, enquanto direitos de todos os indivíduos, permitem que estes façam o que quiserem fazer desde que sejam capazes de responder por suas escolhas, e desde que estas não interfiram na situação jurídica de terceiros, nem infrinjam a Constituição ou as leis.

Entretanto, se os direitos e os deveres não forem suficientes, ou simplesmente não forem definidos pelas instituições, os limites das liberdades básicas de cada pessoa ficarão incertos. Daí a importância do princípio da legalidade, para evitar um colapso do esquema de liberdades, que poderia ocorrer em virtude de as pessoas, apesar de saberem que possuem um mesmo senso de justiça, não possuírem plena confiança umas nas outras, o que pode gerar a suspeita de que alguns indivíduos não estejam cumprindo com sua parte no consenso, e, assim, àqueles que suspeitam gerar a tentação de não cumprir com a sua parte, prejudicando o sistema cooperativo. Por isso, “mesmo numa sociedade bem-ordenada, os poderes coercitivos do governo são até certo ponto necessários para a estabilidade da cooperação social”, mediante “uma interpre-

---

234 Idem. Op. cit., 1981, p. 5.

235 KORDANA, Kevin A.; TABACHNICK, David H. Rawls and contract law. *The George Washington Law Review*, n. 3, p. 609, 2005.

236 Idem. Op. cit., 2002, p. 218-219.

237 RAWLS, John. Op. cit., 2002, p. 262.

tação pública das leis legítima, apoiada em sanções coletivas<sup>238</sup>. Portanto, a liberdade conduz à responsabilidade, porque, “alguém que obedece às normas conhecidas não precisa temer uma violação de sua liberdade”, o que é o mesmo que dizer: pessoas diligentes com seus deveres terão seus direitos assegurados<sup>239</sup>.

“A melhor ordenação das várias liberdades depende da totalidade das limitações a que elas estão sujeitas<sup>240</sup>, o que é plenamente possível através de sua combinação em um sistema único ou de sua adaptação a determinadas condições sociais<sup>241</sup>. Então, para que seja respeitado e cumprido o primeiro princípio de justiça, é preciso que: (a) um indivíduo não tenha mais liberdade que o outro; (b) uma liberdade não seja nem mais nem menos extensiva do que deveria ser. Isto ocorre porque, para Rawls, uma liberdade básica “só pode ser limitada em consideração à própria liberdade, isto é, apenas para assegurar que a mesma liberdade ou outra liberdade básica estará adequadamente protegida, e para ajustar o sistema único de liberdades da melhor forma possível<sup>242</sup>”.

O princípio das liberdades básicas iguais tem, conforme defende Rawls, prioridade sobre o princípio da igualdade democrática. Essa prioridade significa que o segundo princípio deve ser aplicado sempre “no contexto de instituições de fundo que satisfaçam as exigências do primeiro princípio<sup>243</sup>”. A igualdade democrática é composta por dois princípios – o princípio da igualdade de oportunidades e o princípio de diferença – que dispõem, de forma geral, que as desigualdades socioeconômicas devem se interligar a cargos e posições acessíveis a todos os indivíduos em condições de igualdade de oportunidades, beneficiando ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade.

A igualdade de oportunidades tem o papel de “assegurar que o sistema de cooperação seja um sistema de justiça procedimental pura<sup>244</sup>”, isto é, de justiça distributiva. Assim, esse princípio permite que se coloque em ação a justiça distributiva: aqueles que cooperam com a

---

238 Ibidem, p. 262-263.

239 Ibidem, p. 263-264.

240 Ibidem, p. 219-220.

241 RAWLS, John. Op. cit., 2002a, p. 150.

242 Idem. Op. cit., 2002, p. 220-221.

243 Idem. Op. cit., 2003, p. 65.

244 Idem. Op. cit., 2002, p. 93.

sociedade, obedecendo às normas publicamente conhecidas e cumprindo com seus deveres e obrigações, terão seus direitos assegurados<sup>245</sup>. Nesta esteira, pode-se considerar este princípio como “um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença”, mas também do princípio das liberdades básicas iguais, já que a inexistência de tais condições mínimas “inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura<sup>246</sup>”. Dizer que as desigualdades socioeconômicas devem estar vinculadas a cargos e a posições acessíveis a todos os indivíduos em condições de igualdade de oportunidades significa que a distribuição desses cargos e posições não se pode vincular exclusivamente à ideia de meritocracia, isto é, que os cargos deveriam ser preenchidos apenas com as pessoas mais qualificadas<sup>247</sup>. Pelo contrário, deve haver um sistema em que “todos os cidadãos, ou todos os cidadãos com um mínimo de formação ou habilidades, têm o direito de ser avaliados quando há distribuição de cargos<sup>248</sup>”.

O princípio de diferença, por sua vez, mostra que algumas desigualdades decorrem das escolhas feitas pelos indivíduos e dos incentivos que eles recebem<sup>249</sup> e também de fatores genéticos e de outra sorte que os tornam mais produtivos<sup>250</sup>. Tal princípio exige que as baixas expectativas daqueles que ocupam posições sociais menos afortunadas sejam maximizadas, em termos de vantagens socioeconômicas<sup>251</sup>. O melhor entendimento desse princípio advém de sua conjugação com os outros dois. Ora, apesar de as liberdades serem as mesmas, seu valor é diferente para cada pessoa, em decorrência de contingências socioeconômicas humanas. Daí que a igualdade de oportunidades procura fazer com que os indivíduos tenham assegurados os meios essenciais para usufruir seus direitos. Mas ainda assim haverá desigualdades, de modo

---

245 Ibidem, p. 93.

246 BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 114.

247 WALZER, Michael. *Esféras da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 184.

248 Idem. Op. cit., 2003, p. 185.

249 SCANLON JR., Thomas M. The significance of choice. *The tanner lectures on human values*, 1986, p. 156.

250 COHEN, Gerald A. Incentives, inequality, and community. *The tanner lectures on human values*, 1991, p. 265.

251 VAN PARIJS, Philippe. *Difference principles*, 2001, p. 19.

que o menor favorecimento de alguns membros da sociedade é compensado pelo respeito ao princípio de diferença. Portanto, a função dos três princípios é uma única: concretizar a “ideia de que ninguém deve ter menos do que receberia em uma divisão equitativa dos bens primários”, de modo que “quando a produtividade da cooperação social permitir uma melhora geral”, as desigualdades existentes deverão “concorrer para o benefício daqueles cuja posição tenha tido uma menor melhora, tomando a redistribuição igualitária como ponto de partida<sup>252</sup>”. Neste sentido, uma divisão igual dos bens primários traz duas melhorias: melhora não só a situação dos menos favorecidos (aqueles que possuem planos racionais de vida, como os mais favorecidos, mas que por algum motivo não os podem concretizar), mas também a situação dos cidadãos em geral<sup>253</sup>, já que “é preferível um arranjo institucional que garanta um quinhão maior em termos absolutos, ainda que não igual, de bens primários para todos, a outro no qual uma igualdade de resultados é assegurada à custa de reduzir as expectativas de todos<sup>254</sup>”.

Esses bens primários são, portanto, aquelas coisas que, independente “de quais sejam em detalhes os planos racionais de um indivíduo, supõe-se que (...) ele preferiria ter mais a ter menos<sup>255</sup>”. Esse conjunto de bens constitui-se de direitos, liberdades, oportunidades, renda e riqueza, e autoestima<sup>256</sup>, ou seja, tudo aquilo que, segundo a teoria rawlsiana, possa dar maior segurança ao indivíduo para que este alcance suas metas e interesses, sendo “imprescindíveis para a manutenção de uma vida humana digna<sup>257</sup>”.

### **Uma crítica à justiça distributiva rawlsiana**

Vê-se que a teoria de Rawls para a justiça distributiva trabalha fundamentalmente com a maior distribuição de bens primários, de modo que os menos afortunados – seja por suas

---

252 RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Sérgio René Madero Báez. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 265.

253 Idem. Op. cit., 2002, p. 87.

254 VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 251.

255 RAWLS, John. Op. cit., 2002, p. 97.

256 Idem. Op. cit., 2002, p. 98 e 487; 2003, p. 82-83.

257 MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça como equidade em John Rawls*. Porto Alegre: Safe, 2006, p. 55.

escolhas, seja por contingências que independem de sua vontade – recebam uma parcela maior desses bens, promovendo-se, assim, uma igualdade de oportunidades através do princípio de diferença e da possibilidade de fruição das liberdades básicas iguais. Essa teoria, chamada de justiça como equidade, é, de fato, muito interessante e bem construída. No entanto, algumas críticas lhe devem ser endereçadas, especialmente em razão de suas falhas, para, senão torná-la melhor, contribuir para sua superação.

Três são as críticas que aqui são feitas à teoria da justiça distributiva de Rawls. Uma se refere à escolha dos elementos que compõem a lista de bens primários. Outra tem a ver com a exclusão das escolhas feitas pelos menos afortunados como parâmetro para maior distribuição dos bens primários. Por fim, a terceira cuida de saber se a cooperação social das pessoas menos afortunadas pode ser reduzida naquilo que se refere à sua participação no financiamento social (isto é, no dever de pagar tributos).

Pois bem, a primeira crítica se refere à escolha dos bens primários. Não se enxerga qualquer problema ao ser elaborado um rol de bens primários (ou direitos básicos). O que se problematiza é a motivação que se pretenda dar à formação dessa lista de direitos dentro de uma sociedade tão plural, como é a brasileira. Ora, tomando de empréstimo as palavras do economista político Amartya Sen, o problema não é listar os direitos básicos, e sim insistir em uma lista – formulada apenas teoricamente, sem qualquer discussão pública – fixa de direitos básicos para toda uma sociedade<sup>258</sup>. Em um plano abstrato, ou teórico, sem se levar em conta as disparidades regionais e sociais do país, fixar-se uma lista de direitos básicos é plenamente viável, e é exatamente o que Rawls propõe: que se fixe uma lista de bens primários enquanto os indivíduos estão sob o véu de ignorância. O que Rawls não considerou é que a referida lista poderia servir apenas em condições sociais muito restritas – considerando-se, por exemplo, o desenvolvimento da sociedade, questões de clima, de população, de cultura etc. Assim, querer estabelecer um rol fixo e imutável (ou completo) pode ser perigoso, já que há vários aspectos

---

258 SEN, Amartya. Human rights and capabilities. *Journal of Human Development*, v. 6, n. 2, 2005, p. 158.

relevantes a serem considerados para formá-lo, dentre eles o contexto em que o rol é válido e em quais não é<sup>259</sup>.

A segunda crítica tem a ver com o modo de distribuição desses direitos básicos para os indivíduos depois de removido o véu de ignorância. Isso tem profunda relação com o conceito de justiça distributiva adotado por Rawls e que é muito parecido com aquele fornecido por H. P. Young, conforme citado no início do presente trabalho: justiça distributiva é a “alocação justa dos custos e benefícios entre os indivíduos<sup>260</sup>”. Ora, se é assim, não se pode considerar que para a aplicação da justiça distributiva sejam consideradas duas espécies de contingência, como faz Rawls. Para este autor, a melhor distribuição de bens primários é a que promover a entrega de uma maior parcela desses bens aos menos afortunados, com o intuito de diminuir as desigualdades socioeconômicas. E essa distribuição, segundo o filósofo norte americano, há que levar em conta tanto as contingências (aquilo sobre o que os indivíduos não têm controle) quanto as escolhas (aquilo sobre o que os indivíduos têm controle).

Ora, não se pode considerar nos pratos da justiça distributiva, pelo menos não naquele prato em que favoreça uma diminuição de custos e um aumento de benefícios para os menos afortunados, as escolhas que eles próprios fazem. Dworkin utiliza dois outros termos para se referir às escolhas e contingências, respectivamente: sorte por opção e sorte bruta. E explica o autor: a primeira “diz respeito a resultados de apostas deliberadas e calculadas”, ou seja, escolhas que poderiam ou não ser feitas; enquanto que a segunda “diz respeito ao resultado de riscos que não são apostas deliberadas”, isto é, contingências<sup>261</sup>. Portanto, se o indivíduo faz uma escolha que não representa adequadamente a sua situação socioeconômica, como, por exemplo, a compra de um bem supérfluo, não se pode dizer que pagará menos imposto porque se situa naquela parcela da população qualificada como menos afortunada.

---

259 HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais. *Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, n. 1, 2009, p. 127.

260 YOUNG, H. P. *Op. cit.*, 1988, p. 321.

261 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 91.

O fato é que sobre isso não há como ter controle, já que, mesmo em um Estado de bem-estar (Estado welfarista) e muito menos num Estado liberal (ou neoliberal), não se tem legitimidade para interferir nas escolhas privadas dos indivíduos. Mas não só. Muitas vezes os indivíduos fazem escolhas que os prejudicam – como a compra de bens supérfluos em lugar de bens necessários – e que também prejudicam a melhor atividade prestacional do Estado e, por consequência, a maior eficácia da justiça distributiva.

Por fim, a terceira crítica diz respeito à cooperação social dos indivíduos chamados de menos afortunados. Sabe-se que na aplicação da justiça distributiva rawlsiana o foco é fazer uma divisão dos bens primários tal que melhore não apenas a situação dos menos favorecidos, mas também a situação da sociedade em geral, distribuindo-se mais bens primários para os menos afortunados, sem reduzir as expectativas de todos os membros da sociedade (mais ou menos afortunados). Isso resultaria em uma justiça distributiva assim aplicada: mantêm-se os mesmos custos para todos, gerando-se os mesmos benefícios, que serão concedidos em uma maior parcela aos menos favorecidos, e numa menor parcela aos mais favorecidos.

Na questão dos benefícios, não há qualquer problema, até porque isso é o resultado razoável daquilo que se pretende com a justiça distributiva; ou seja, que o Estado, através de suas atividades prestacionais, dê maiores benefícios aos menos afortunados (em virtude de sua sorte bruta) do que aos mais afortunados. A crítica se refere à questão dos custos, já que nem todos podem arcar com determinados custos, especialmente em virtude de sua sorte bruta.

### **Aspectos do mínimo imune**

É a crítica à questão dos custos para a manutenção da justiça distributiva que envolve aquilo a que se chama aqui de aspectos do mínimo imune. Isto é, a que limitações a aplicação da justiça distributiva está sujeita em relação à participação no financiamento da sociedade pelos indivíduos menos afortunados? Ou, por outra, o pagamento de impostos por aqueles em relação aos quais as contingências não produziram os melhores resultados fica reduzido até que ponto?

Três regras, uma no §1º do art. 145 e duas no art. 150, II e IV, ambos da CF/88, são fundamentais para entender sobre o mínimo imune a tributos, respectivamente: o critério da

capacidade econômica, a regra de proibição aos efeitos de confisco e a regra de proibição aos privilégios odiosos.

A capacidade econômica (art. 145, §1º, da CF/88) é um critério que tem forte relação com as regras de proibição aos efeitos de confisco e aos privilégios odiosos. É também um critério que tem muito a ver com a justiça distributiva tributária, ou seja, aquela em que a capacidade econômica manifestada pelas pessoas revela a sua aptidão para contribuir com o Estado, financiando-o e também financiando a sociedade<sup>262</sup>. O §1º do art. 145 da CF/88 é bem claro quanto a isso ao estabelecer a necessidade de que os entes da Federação, no momento da cobrança de tributos, observem, sempre que possível, as condições socioeconômicas de seus contribuintes. E isso porque não se pode razoavelmente justificar que o Estado, responsável pelo zelo à dignidade das pessoas, institua e cobre tributos que não fazem outra coisa senão minar o gozo e a fruição dessa dignidade.

O critério da capacidade econômica, normalmente denominado pela doutrina tributária de princípio da capacidade contributiva, apoia-se, de acordo com Paulo Caliendo, na teoria do talento pessoal, a qual considera “que as pessoas possuem habilidades distintas para gerar e acumular riquezas” e que, por isso, “devem sofrer um regime de tributação diferenciado em função dessa capacidade<sup>263</sup>”.

Portanto, o critério em destaque deve ser visto como uma proteção ao mínimo imune, já que serve à proteção dos direitos do contribuinte ao limitar o poder estatal de tributar<sup>264</sup>. Em brevíssima conceituação, o mínimo imune pode ser visto como o bloco de oportunidades mínimas devidas ao indivíduo, a fim de que possa se desenvolver adequadamente e possa ter uma vida minimamente digna<sup>265</sup>, de maneira que esse bloco não sofra quaisquer interferências do Estado, sejam de que tipo for.

---

262 Neste sentido, ver: ANDRADE, Rodrigo Fonseca Alves de. O princípio base da capacidade contributiva e a sua aplicação diante de uma pluralidade de tributos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 149, 2001, p. 127; MEIRELLES, José Ricardo. O princípio da capacidade contributiva. *Revista de Informação Legislativa*, n. 136, 1997, p. 334.

263 CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 272.

264 COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 29.

265 HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Op. cit., 2009, p. 119-120.

Um parâmetro para esse bloco se encontra no art. 7º, IV, da CF/88, que lista aquilo que o constituinte originário entendeu serem as necessidades vitais básicas dos cidadãos. O rol, ao que tudo indica, é taxativo, já que se fosse exemplificativo, as necessidades não seriam básicas. No entanto, estabelecer um rol fechado e rígido, já que só pode ser alterado através de emenda constitucional, é problemático, especialmente numa sociedade tão diversificada como a brasileira. Outro problema é a ausência de previsão, tanto faz se constitucional ou legal, de um valor mínimo necessário, pelo menos em cada região do país, para o desfrute dos itens catalogados no art. 7º, IV, da CF/88. Por aí o critério da capacidade se basearia num dado objetivo, o que seria formidável para a melhor aplicação da justiça distributiva.

Neste sentido, há que se observar que o dispositivo constitucional estabelece que os impostos sejam graduados conforme a capacidade econômica manifestada pelo contribuinte. Essa graduação tem a ver com a questão da progressividade, o que, de acordo com Roque Antonio Carrazza, significa que o referido critério tem íntima conexão com a isonomia, também chamada de vedação aos privilégios odiosos, de modo que quem manifestar maior riqueza deve contribuir mais para o financiamento da coisa pública, isto é, deve pagar mais impostos ou impostos mais altos<sup>266</sup>.

A regra da proibição aos privilégios odiosos utiliza-se do critério da capacidade econômica exatamente naquilo em que já se tornou lugar-comum repetir, e que no caso tributário apenas sofre pequena adaptação proposital: os iguais devem ser tributados de maneira igual, ao passo que os desiguais devem ser tributados de maneira desigual. A CF/88 deixa bem claro em suas disposições sobre a igualdade (ou isonomia), especialmente no que se refere aos contribuintes, de que estes “devem ser tratados igualmente, a não ser que existam razões para tratá-los diferentemente”, ou seja, apenas o tratamento desigual há que ser justificado<sup>267</sup>.

Tanto é assim que, genericamente estabelecendo a igualdade, o *caput* do art. 5º da CF/88 traz os dois sentidos usuais de igualdade, tanto o formal (“todos são iguais perante a lei”) quanto o material (“sem distinção de qualquer natureza”). Adicionando-se a essa ideia

---

266 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

267 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 159.

aquilo que se lê no art. 150, II, da CF/88, tem-se que o constituinte claramente optou pelo tratamento igual aos contribuintes, desde que eles se encontrem em situação equivalente, sendo “proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”. Some-se a isso o critério da capacidade econômica, insculpido no §1º do art. 145 da CF/88, em que se estabelece como regra a igualdade particular.

Portanto, todos os contribuintes são iguais perante a lei, desde que estejam em situação equivalente, sendo, assim, proibida a distinção de qualquer natureza, devendo a administração tributária considerar a capacidade econômica de cada um quando da cobrança de impostos. Neste sentido, a igualdade particular insere-se como aquele critério “que exige uma relação estabelecida entre dois sujeitos, mediante a consideração de todas as propriedades que os diferenciam dos demais<sup>268</sup>”. Isso não quer dizer que as leis devam deixar de ser gerais e indeterminadas – seria insanidade pretendê-lo, já que nem o legislador pode prever todos os casos possíveis e mesmo que o pudesse a lei se tornaria inoperante –, e sim que continuem o sendo, mas permitindo que o contribuinte seja tratado de modo diferente na medida de sua desigualdade em relação aos demais; ou seja: que as características particulares dos indivíduos (sua capacidade econômica) sejam levadas em consideração e também que o seu caso seja dimensionado claramente<sup>269</sup>.

Há que se estabelecer, portanto, meios que viabilizem a apuração da capacidade econômica de cada contribuinte, permitindo não apenas a aplicação da igualdade particular, mas também da justiça distributiva. De nada adianta o constituinte estabelecer que o contribuinte tenha direito a um mínimo existencial e o próprio constituinte permitir que o legislador institua tributos e que a administração tributária cobre tributos que atinjam esse mínimo. Seria nada mais que o clássico dar com uma mão, para tirar com a outra. Uma violação acintosa dos direitos fundamentais do contribuinte.

Vem a calhar, aqui, uma observação decorrente desse tipo de atuação estatal. É que ao se tributar o mínimo imune, viola-se a regra da proibição aos efeitos de confisco. Por esta regra,

---

268 Idem. Op. cit., p. 78.

269 Idem. Op. cit., p. 85.

presente no art. 150, IV, da CF/88, fica estabelecido o óbvio: o poder estatal de tributar não é ilimitado. Limita-se exatamente a partir do respeito aos direitos fundamentais, e, no caso aqui tratado, a partir da necessidade de se realizar a justiça distributiva.

Como já ressaltado, a capacidade econômica relaciona-se com a possibilidade individual de contribuir para o financiamento do Estado e da sociedade. Se o indivíduo não dispõe disso, há uma clara limitação do poder estatal de tributar. A falta de possibilidade do contribuinte é o mínimo existencial, de modo que aquilo que sobrar pode ser visto como uma disponibilidade econômica, e, aí sim, passível, em tese, da incidência de tributo. Diz-se em tese, porque não se pode permitir que o Estado tribute qualquer sobra no orçamento individual. Ora, como bem se sabe o indivíduo não sobrevive apenas com o mínimo existencial, de modo que é necessário que ele suporte custos que o Estado deveria, mas não suporta. De aí que a manifestação de capacidade econômica vai além daquilo a que se chama mínimo existencial. Pode-se dizer que o patamar mínimo que configura a disponibilidade econômica do indivíduo é mais elevado do que o mínimo existencial. E isso se deve ao fato de que o indivíduo necessita de uma reserva de sobrevivência, uma poupança, cuja formação não é possível se apenas se levar em conta o mínimo existencial.

Neste sentido, nada mais correto que a política tributária, em prol da realização da justiça distributiva, observe adequadamente as garantias dadas pelo constituinte aos contribuintes, a fim de que o Estado não encane a perna à rã, empatando o desenvolvimento da sociedade e de seus indivíduos e a justiça social, contribuindo para o oposto do seu papel. A existência de tributos que impeçam o correto desenvolvimento social e individual, garantindo não apenas o mínimo imune, mas também uma reserva mínima de sobrevivência fere de morte a justiça distributiva.

## **Conclusão**

Diante das considerações expostas acima, percebe-se que a forma para que seja garantido o mínimo existencial ao indivíduo, no que se refere às questões tributárias, pode ser facilmente relacionada com a teoria rawlsiana. Isso porque, a utilização da figura do chamado véu da ignorância, fazendo com que o cidadão retorne à posição original, faz com que ele possa observar a sociedade sob uma nova ótica.

Em outras palavras, esse retorno à posição original, faz com que não se tenha conceitos pré-definidos, tampouco concepções prévias de sociedade, devendo o indivíduo ser observado nas condições em que se portar. Trazendo à tona essa forma de observar a sociedade, é que se conseguirá aplicar os princípios gerais de justiça, e adequar a sociedade em que se vive a uma razoável concepção de justiça distributiva.

Assim como Rawls expõe, a regra de se conceder igualdade de oportunidades, observando-se o princípio da diferença e observando-se uma ideologia de justiça distributiva, é que se pode assegurar um conjunto de condições materiais mínimas ao indivíduo, o que pode ser facilmente estendido à questão tributária.

No entanto, é importante observar que, muito embora o Estado tenha como uma de suas finalidades a instituição e a cobrança de tributos é preciso que a administração tributária leve em conta as regras e critérios que permitem a melhor aplicação da justiça distributiva, a fim de que seja feita justiça ao caso concreto – isto é, que seja observada a igualdade particular. Disso se extrai que ao Estado cabe elaborar mecanismos que permitam distinguir, no seio da sociedade, aqueles indivíduos que realmente possuem disponibilidade econômica daqueles que não a possuem, e, além disso, graduar os tributos cobrados segundo a disponibilidade manifestada.

## Referências

ANDRADE, Rodrigo Fonseca Alves de. O princípio base da capacidade contributiva e a sua aplicação diante de uma pluralidade de tributos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 149, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COHEN, Gerald A. Incentives, inequality, and community. *The tanner lectures on human values*, 1991.

- COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais. *Constituição, Economia e Desenvolvimento – Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, n. 1, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Um conceito de dignidade humana*. 2008. Monografia – Faculdades Integradas de Vitória, Departamento de Direito, Vitória.
- KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KORDANA, Kevin A.; TABACHNICK, David H. Rawls and contract law. *The George Washington Law Review*, n. 3, 2005.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LEMAIRE, André. *L'enjeu de la rationalité dans la théorie de la justice de John Rawls*. 1997. Dissertação – Universidade de Sherbrooke, Faculdade de Teologia, de Ética e de Filosofia, Departamento de Filosofia, Canadá.
- LORKOVIC, Edvard. *Facing inequality: Rawls, Sen and Cohen on the space of egalitarian justice*. 1999. Dissertação – Universidade de Concórdia, Departamento de Filosofia, Montreal, Quebec, Canadá.
- MEIRELLES, José Ricardo. O princípio da capacidade contributiva. *Revista de Informação Legislativa*, n. 136, 1997.
- MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça como equidade em John Rawls*. Porto Alegre: Safe, 2006.
- PARIJS, Philippe. Difference principles. In: FREEMAN, Samuel (Ed.). *The Cambridge companion to Rawls*. Cambridge University Press, 2003, p. 200-240.
- POPPER, Karl R. What is dialectic? *Mind*, vol. 49, n. 196, 1940.

- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Justiça e democracia*. Trad. Irene A. Partenot. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.
- \_\_\_\_\_. *Liberalismo político*. Trad. Sérgio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- \_\_\_\_\_. The basic liberties and their priority. *The tanner lectures on human values*, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SANDEL, Michael. *O liberalismo e os limites da justiça*. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- SCANLON JR., Thomas M. The significance of choice. *the tanner lectures on human values*, 1986.
- VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- YOUNG, H.P. Distributive justice in taxation. *Journal of Economic Theory*, vol. 44, n. 2, 1988.



## IDENTIDADE INDÍGENA E PENSAMENTO COMPLEXO NA SOCIEDADE DE RISCO

Antonio José Guimarães Brito

### **Introdução**

O propósito desse artigo primeiramente é discutir o modelo de conhecimento da modernidade, suas consequências não apenas cognitivas, mas também seus reflexos no comportamento mental e moral dos indivíduos. Refletir sobre complexidade e mundo tecnológico, como também a lógica do fundamentalismo do consumo e do excesso, da competição e da solidão humana. Todos esses fatores estão relacionados numa rede intrincada de concepções, afetando tanto as questões de ordem econômica, como no campo da afetividade. O modelo mental linear, unidimensional, mecanicista, paralelo ao pessimismo antropológico hobbesiano, são referências para o mundo da modernidade industrial. A fragmentação do conhecimento, resultado da lógica cartesiana, diminui não apenas a capacidade de pensar, como desconectou a pessoa das suas relações com o meio, criando um sistema de competição, estranhamento, separação e violência.

Inserido nessa perspectiva de reflexão, tem-se como objetivo principal nesse artigo, discutir a identidade indígena, questionar quais as possibilidades de sobrevivência cultural em um mundo tomado pela tecnologia, pelo Estado, pelo consumo e pelo esgotamento. Inúmeros pontos delicados fazem parte dessa problemática, por exemplo a definição da identidade indígena, quem pode ser considerado indígena, os processos da dinâmica cultural, no sentido de que até que ponto se permanece reconhecido como indígena quando esse indivíduo participa desse mundo da informação e da tecnologia. Comum escutarmos a fala do leigo a reproduzir o entendimento de que “aqueles não são mais índios”, pois possuem celulares, antena parabólica na aldeia e viajam de avião. Assim, nesse artigo gostaríamos de pensar sobre a localização

do índio nesse mundo tecnológico, os limites da sua identidade diferenciada, como também, quais as contribuições da cultura indígena para a compreensão desse nosso cotidiano enfermo, alienado e cheio de riscos.

Foi dividido em três partes, primeiramente discorrer sobre o pensamento linear, sua superfície, a lógica cartesiana da fragmentação, como também os reflexos no comportamento humano. A proposta foi de traçar uma linha do pensamento linear ao complexo, tratando do conceito de complexidade, visão sistêmica, pensamento pluridimensional e etc.

Num segundo momento, foi pensando a ideia da humanidade cansada, da civilização do excesso e consumismo e de uma nova racionalidade, na perspectiva do risco e da insegurança, como também do amor como categoria essencial.

Finalmente, na última etapa do artigo, fomos para o mundo da etnologia, procurando uma definição sobre identidade e compreensão do que significa a singularidade do índio.

### **Do pensamento linear ao complexo**

O ponto de referência inicial dessa proposta de discussão, como já salientado na introdução, é o marco da modernidade, quando surge então a formação dos Estados-nacionais, o ressurgimento da vida urbana, do comércio e das ciências como tal concebemos. É nesse período de tempo histórico que começamos a refletir sobre o pensamento linear, suas implicações para uma teoria do conhecimento, ou da informação. Num mundo tocada pela preocupação humana sobre o universo e seus movimentos astronômicos, da descoberta do Novo Mundo e das sociedades exóticas lá encontradas, do fluxo mercantil e da emergência de uma burguesia com profunda vocação histórica, a partir desses acontecimentos, é que nos propomos a indagar os (des)caminhos do pensamento linear, tendo como premissas a lógica desconstrutiva de Descartes e o racionalismo tipicamente secular de Leibniz.

A modernidade esteve marcada pela certeza do progresso, do consenso da superioridade da razão e fragmentada pelo método mecanicista do conhecimento. O conhecimento era precário, mas autossuficiente, contrapondo com aquilo que Morin (1986) trata de subinformação e superinformação atual. Para esse autor, hoje sofremos simultaneamente, de escassez e de excesso, ou seja, zonas de sombra informacional (1986). Pode-se dizer que sabemos muito, mas de

nada, pois nosso acúmulo de informação se perde num mundo ilimitado de partes soltas, sem conexão com o todo. É Morin (1986, p. 77) que aponta que dentro das ciências:

[...] o paradigma dominante provocou a redução do complexo ao simples, do global ao elementar, da organização à ordem, da qualidade à quantidade, do multidimensional ao formal, do destacar fenômenos em **objetos isolados de seu contexto** e separados do sujeito que os percebe/concebe.

Esse reducionismo ou fragmentação do conhecimento, consolidado na modernidade, deixou um vazio epistemológico de conteúdo moral, ou seja, a sensação de vazio, de isolamento, desconexão. E sozinho no universo, sem uma base humana de solidariedade, a consequência foi a construção de uma lógica de sobrevivência, baseado num entendimento finalístico, em que os fins justificam os meios, perdendo com isso a relação de processo, de interação com o meio. A ideia da separação do conhecimento trouxe consigo também o isolamento do humano, que, sozinho, caminhou para um processo de autoafirmação e negação do outro. Mariotti (2000) observa que esse pensamento está pautado no modelo mental linear, e desta forma, acirra a competitividade. A falta de alteridade nos posiciona sempre contra o outro.

O pensamento linear funda-se no modelo mental da mecânica moderna, e com Descartes a separação sujeito-objeto podemos dizer que chega a seu ápice (MARIOTTI, 2000).

Importante considerar, que a dimensão do pensamento linear vai muito além do campo do conhecimento puramente específico, atingindo os laços de lealdade das sociedades humanas, separando os indivíduos, tal como partes de uma engenharia da mecânica.

A superespecialização do conhecimento está relacionada com a ética da competitividade, que se traduz na fragmentação do ser. Existir passou a significar estar separado do todo, como uma peça sem sentido fora da máquina. De certa forma, o pensamento linear, nas bases do conhecimento fragmentado, dividiu o indivisível, e as partes separadas tornaram-se sem sentido. Essa ruptura tem um reflexo profundo nas trocas humanas, desenvolvendo o sentimento de estranheza e desconfiança em relação ao outro. As teses de Maquiavel e Hobbes, que não são indiferentes a essa lógica da modernidade, lançam premissas de um pessimismo antropológico, apontando em direção a uma ontologia sombria do humano.

Como resultado dessa perspectiva sobre a condição humana, as relações entre os seres humanos se limitam a três tipos:

o primeiro são as pessoas que estão acima e a quem se deve obediência, o segundo são os que estão abaixo e é requerido deles servidão. O terceiro são os que estão no mesmo grupo em que estamos e se tornam competidores, já que almejam a mesma coisa que a gente. (MARIOTTI, 2000, p. 136).

Assim não resta alternativa, a não ser negar o outro para sofrer sozinho.

Durante o processo constitutivo da modernidade industrial ou primitiva, o conhecimento defendido era sinônimo de progresso ilimitado e promessas certas de felicidade futura. Havia uma visão quase messiânica, pois o pensamento linear, de cunho finalista, possui implicitamente a espera da salvação, seja de Deus ou da ciência. Se por um lado temos o pessimismo antropológico, por outro a ideia da salvação pelo conhecimento fragmentado do pensamento de base linear.

Se o pensamento linear fracionou as relações sociais, surge com a pós-modernidade, termo esse ainda sem consenso – a preocupação com o outro (MARIOTTI, 2000), ou ainda, a ideia de conjunto, historicamente fragmentado. A falta de consenso, conforme Guiddens *et al.* (1997) é uma demonstração da desconfiança do conhecimento especializado. A sociedade do conhecimento pôs em dúvida o modelo mental do pensamento linear. Com isso abriu outras formas de conhecimento, refutadas pelo racionalismo moderno. Como pontua Mariotti (2000), a ciência, ou melhor, o cientificismo, era o único modo possível e correto de entendimento do mundo. Única forma de racionalidade possível de ser utilizada. Porém, outras lógicas, com pressupostos diferentes da ciência, como o misticismo e a magia, passam a ser reconhecidos como possibilidade de conhecimento do mundo, não restringindo o conhecimento humano ao absolutismo da ciência. É que o modelo do pensamento linear utilizou as bases mecânicas e reducionistas das ciências naturais, diminuindo a percepção pluridimensional da complexidade. Como observa Morin (1986), devido às ciências humanas utilizarem o paradigma reducionista das ciências naturais para resolver problemas complexos que envolvem as relações humanas, em geral fracassam em sua intenção.

O modelo mental de conhecimento, contrário do pensamento unidimensional, ou linear, passou a ser chamado de complexidade. É o próprio Morin (1986, p. 58) que explica:

A complexidade é não precisar isolar o fenômeno para compreendê-lo; é, pelo contrário, a necessidade de ligá-lo a suas articulações naturais. [...] o problema da informação é fundamentalmente complexo, pois não pode ser isolado do problema do espírito humano: “há distinguibilidade, não separabilidade dos problemas. Isso assusta. É, com efeito, assustador. Mas é o único caminho para tentar compreender”.

Giddens, Beck e Lash (1997) em *Modernidade Reflexiva* escrevem sobre a racionalidade ambivalente, ou seja, a inserção da dúvida no processo intelectual, apontado por Morin (1986, p. 314) como “o reconhecimento da incerteza, o aparecimento da incerteza nos pontos em que tudo parecia seguro, acertado, regulado, portanto predizível”.

A busca pela certeza, característica da modernidade, como também a exaltação da razão, está profundamente relacionado com a vontade de domínio da natureza, e da conquista do mundo. Pois conhecer se traduz como poder, mando e subjugação do universo aos interesses humanos. Está implícito esse antropocentrismo de base mecanicista e linear. Individualismo, competitividade, conquista, separação, são palavras de ordem no processo do pensamento linear. Evidentemente que essa lógica irá ter reflexos nas relações humanas e sociais. O “outro” passa também a ser objeto de domínio. Como aponta Mariotti (2000, p. 171), um dos grandes ideais da modernidade, a necessidade de ter domínio da natureza, estendeu-se, é claro, ao homem. Ver o “outro” como uma coisa facilitou a tarefa de controlá-lo e dominá-lo.

Toda construção epistemológica da modernidade fundamenta-se ora na fragmentação do conhecimento, ora no pessimismo antropológico. Ou seja, a condição humana está localizada em uma maldade ontológica, sendo a força – Estado hobbesiano – a única forma de conter esses instintos. Se o ser medieval era tolhido pelo poder sobrenatural do divino, o homem moderno torna-se prisioneiro do Estado e da ciência. Se o pensamento linear, mecanicista, transforma o ser em uma peça isolada do conjunto da vida, ainda o interpreta como o lobo do homem, mau e sozinho, não resta outra alternativa a não ser dominá-lo. Diante dessa realidade, a competitividade se explica como resultado compreensível.

Sendo assim, o “outro” é motivo de desconfiança, medo e competição, desprovido de qualquer generosidade. Esses pressupostos se encaixam na perspectiva linear do pensamento moderno, onde a competitividade se traduz no desenvolvimento do capitalismo. As bases estão

lançadas, o campo preparado para que cresça o individualismo, o isolamento e a pauperização do conhecimento e da capacidade humana de amar.

A falta de cooperação, resultado evidente da competitividade, trás consigo enormes problemas para as relações sociais, como também para a vida psicológica do humano. Pois na condição de animal político, como indicado por Aristóteles, o ser humano depende do meio e da vida social para a satisfação de suas necessidades mais elementares e sofisticadas. Somos seres relacionais, e quando encontramos ambiente completamente fechado e estranho, antagônico, as relações sociais são profundamente afetadas, como também aquelas estruturas relacionadas às percepções afetivo-emocionais. Como observa Maturana (1997, p. 185):

A competição é antissocial. A competição, como uma atividade humana, implica na negação do outro, fechando seu domínio de existência no domínio da competição. A competição nega o amor. Membros das culturas modernas prezam a competição como uma fonte de progresso. Eu penso que a competição gera cegueira, porque nega o outro e reduz a criatividade reduzindo as circunstâncias de coexistência. A origem antropológica do *Homo sapiens* não se deu através da competição, mas sim através da cooperação, e a cooperação só pode se dar como uma atividade espontânea através da aceitação mútua, isto é, através do amor.

Como trata Fromm (1964) no sentimento de amor reside a única resposta a natureza humana, contudo a lógica do pensamento linear é perversa para as relações afetivas, pois essas trocas não obedecem as leis da mecânica e da física clássica.

Santos (2006) observa que perdemos o sentido da história, quando colocamos o capital como direção da vida. Esse autor corrobora ao distinguir competição de competitividade, sendo esta última a impossibilidade de qualquer forma de compaixão.

O pensamento linear está por detrás também da mercantilização da natureza, vista na perspectiva economicista. A ideia central do progresso, e o esquecimento total dos riscos da degradação ecológica, é signo tanto do pensamento unidimensional como dessa modernidade industrial. Como aponta Giddens *et .al.*, em *Modernidade Reflexiva*:

Pode-se virtualmente dizer que as constelações da sociedade de risco são produzidas porque as certezas da sociedade industrial (o consenso para o progresso ou a abstração dos

efeitos e dos riscos ecológicos) dominam o pensamento e a ação das pessoas e das instituições na sociedade industrial.

O pensamento complexo em seu caráter renovador redimensiona o modelo mental de apreensão do conhecimento, não apenas relacionando o humano com a natureza de forma sistêmica, como também abrindo canais imaginativos e intuitivos para outras formas de saberes. O esgotamento do pensamento linear, ou do cientificismo da ciência, trouxe novas dimensões ao pensamento. Como observa Giddens *et. al.* (1997), a ciência perdeu boa parte da aura de autoridade que um dia possuiu.

Esse contexto de transformações e diferenças fazem parte do processo de discussão do pensamento linear ao complexo, do isolacionismo mecanicista a busca de uma totalidade de compreensão integrada.

### **O risco na sociedade humanamente cansada**

Após as certezas do pensamento linear, do conhecimento fragmentado, das bases constitutivas de uma prática econômica exploratória incansável, tanto do meio como do humano, encontramos um mundo cheio de incertezas, de riscos e de excessos. Nesse sentido, podemos em linguagem figurada associarmos ao transbordamento, ou a intoxicação daquilo que produzimos durante a modernidade industrial. Do ponto de vista materialista, podemos classificar nossa sociedade como uma civilização em excesso (MENEGAT, 2006), e na perspectiva da condição humana como uma civilização cansada. Alienação, mal-estar civilizatório, obesidade de consumo e acúmulo de informação. Para Morin (1986, p. 326):

Já Marcuse havia previsto que a civilização industrial alimentava a própria destruição. Walter Benjamin compreendeu que todo desenvolvimento civilizacional comporta seu avesso, ou a barbárie. Ainda mais cedo, mesmo antes de Hitler, Freud percebeu que o desenvolvimento da vida civilizada inibia e recalava profundamente nossa barbárie mental, favorecendo uma acumulação subterrânea que chegaria a um nível explosivo.

Importante destacar a palavra barbárie utilizada por Morin (1986), pois por muito tempo esteve associada a uma perspectiva evolucionista na antropologia, no sentido de estágio

linear-civilizatório, ou seja, obrigatoriamente, como fatalismo humano, passaríamos da selvageria a barbárie, e desta a civilização. O Outro, o desconhecido, o diferente, o estranho, seria o bárbaro, atrasado e perigoso.

Por outro lado, na perspectiva marxista, barbárie trata-se da exploração humana pelo capital, destruindo as possibilidades históricas de uma sociedade justa e emocionalmente saudável.

Entendemos que os dois sentidos da palavra barbárie se completam, traduzindo tanto a degradação humana pelo absolutismo econômico, como também a incapacidade de relações solidárias com a diferença. O capital destinado à destruição, seja na guerra declarada aos povos distantes ou no desespero silencioso do próprio cotidiano; tudo é barbárie. Pois, conforme aponta Morin (1986), trata-se de uma barbárie racionalizadora, tecnológica, científica, que permitiu o campo de concentração, racionalizando a câmara de gás, a tortura, etc. Fala ainda Morin (1986) de violência enlouquecida. Mariotti (2000) destaca que, esse panorama é resultado de um processo da modernidade levada às últimas consequências. Como se fosse uma coisificação, das pessoas e da própria vida humana. Trata-se de utilitarismo e pauperização em larga escala.

Os objetos, como também os indivíduos, não têm valor por si mesmo, mas sim por sua utilidade e conseqüentemente por seu preço. O próprio conceito de dignidade humana perde seu sentido, passando a ser valorizado as coisas que podem ser trocas e as quais têm um preço. Nesta perspectiva, o economicismo tecnocrático, que sustentava que o desenvolvimento material conduziria ao bem-estar social, torna-se o “melhor exemplo da ideia de progresso da modernidade levada às últimas consequências” (MARIOTTI, 2000, p. 124).

Muitos psicólogos sustentam que a saúde mental se trata de um problema individual. Contudo, Fromm (1964) se propõe a discutir a patologia da normalidade, ou a patologia da sociedade ocidental contemporânea. O autor comenta que nos faltam estudos sobre os números de doentes mentais, sendo que sobram estatísticas de mercado, PIB e consumo.

Nesse sentido, Fromm (1964) destaca essa contradição profunda, entre tamanha produção de riqueza e o altíssimo nível de seres humanos doentes, depressivos, angustiados e outras patologias como síndrome do pânico e transtorno bipolar. O número também de suicidas e dependentes químicos, tabagistas, alcoolistas e demais usuários de drogas. Esse dado é relevante, pois aponta duas direções contrárias, o enriquecimento e o mal-estar interior. Claro que

os avanços tecnológicos são bem vindos, contudo qual o preço e qual a relação de um mundo tecnológico a beira de um colapso? Fromm (1964, p. 17) indaga:

Os países com o maior índice de suicídio acompanham também o de alcoolismo. E isso acompanha os Estados mais prósperos materialmente. Não estaríamos profundamente equivocados em nosso modo de viver e em nossos objetivos sociais? Será que ao escolhermos a satisfação das necessidades materiais não chegamos a um profundo tédio, e o suicídio e alcoolismo sejam meios patológicos de escaparmos dessa realidade? Talvez seja a ilustração da ideia de que nem só de pão vive o homem e que a sociedade moderna não satisfaz outras necessidades humanas. Mais quais seriam essas necessidades?

A relação da angústia, do vazio e das patologias doentias desenvolvidas pela sociedade de consumo está profundamente marcada pelo desenvolvimento do pensamento linear e do método mecanicista da ciência.

O humano sente-se só, os laços de lealdade foram mutilados, e como uma peça divorciada do restante da vida, temos que suporta sozinho o peso do mundo. Como seres deslocados, presos em uma rotina alienante, nos tornamos estranhos de nós próprios, atendendo a lógica do individualismo liberal. A solidariedade orgânica pensada por Durkheim em um nível desumanizador, pois nos faltam o sentimento de pertencimento, de ligação com o coletivo, e ainda, como aponta Fromm (1964, pp. 33-35), da escassez de amor.

A pessoa perturbada é aquela que fracassou em sua tentativa de estabelecer alguma classe de união. Existem várias formas de estabelecer essa união. Pode ser se submetendo a uma pessoa, grupo instituição ou Deus. Também pelo domínio ou poder. [...] O amor é a forma mais adequada de preenchimento dessa incompletude. O amor é a orientação produtiva, que se dá consigo, seu próximo e a natureza. No sentimento de amor reside a única resposta a natureza humana.

Como seres históricos, e dependentes das relações sociais, torna-se evidente que o enfraquecimento dos laços de união com o meio, com a comunidade e consigo próprio – pois o individualismo vivenciado é vazio de si mesmo – desenvolve as doenças emocionais contemporâneas. Isso por ser traduzido como ausência de amor.

Claro, que a dificuldade humana, os conflitos da existência não são exclusivos da sociedade de informação, do consumo e da tecnologia. A luta com a angústia é observado nos

estágios da história humana, do próprio existir humano. Mas percebemos que os parâmetros da modernidade, a lógica do capitalismo, a fragmentação do conhecimento, o deslocamento humano da natureza e da comunidade, atingiu patamares extraordinários, que nos faz pensar na imagem de uma civilização esgotada. E a resposta pode estar na substituição, ou na complementação do pensamento linear pelo modelo mental da complexidade. Abrir o conhecimento a outras lógicas do saber, permitir a capacidade imaginativa do humano, refazer a imagem humana para que possamos nos dar ao semelhante, aprender com o amor.

O individualismo leva ao isolamento. A individualidade conduz a interpessoalidade (MARIOTTI, 2000), e esta ao fracasso do amor. E sem amor, a existência humana perde seu significado. Nesse sentido, sem idealizarmos uma sociedade perfeita, livres do mito de Rousseau do bom selvagem, seja interessante pensarmos em outros modelos sociais, comunidades humanas que tradicionalmente vivem em uma sociedade sem Estado, sem mercado e sem escrita. Mesmo considerando que toda cultura é dinâmica, os povos indígenas guardam de forma diversificada, signos mentais coletivos diferenciadores. Ou seja, sociedades que não passaram pelo modelo mental linear, do conhecimento unidimensional, e pela lógica de Descartes. Nesse processo de transição, do linear ao complexo, como refletir a presença dos povos indígenas? Qual a contribuição e aprendizagem podemos tirar desses modelos sociais alternativos ao projeto moderno de progresso industrial, desenvolvimento tecnológico, aceleração do tempo, e de consumo em excesso? Sem dúvida que tal questionamento demandaria um trabalho mais extenso, contudo vale a título provisório uma reflexão inicial.

Primeiramente temos que pensar o significado de se ser índio. Quais as variantes, conceitos e elementos indispensáveis para definirmos a condição indígena. Nesse sentido torna-se necessário adentrarmos no mundo da etnologia, da etnicidade e das discussões antropológicas.

### **Identidade indígena: da sobrevivência à reinvenção**

Nesse tópico, talvez a discussão principal do texto, queremos refletir sobre a identidade indígena, presente ou em processo de desaparecimento, frente à sociedade de informação e das mudanças do pensamento linear ao complexo.

O estudo das identidades tornou-se um dos temas fundamentais dos estudos sociais, considerando o avanço visível dos movimentos atuais de reivindicação identitária. Em meio ao processo de globalização, em suas mais variadas formas interpretativas, certo é a presença de ampla discussão e mobilização anti-homogeneização cultural mundial.

Refletir sobre identidade é ir ao centro dos estudos da etnologia, e perquirir sobre os complexos mecanismos das relações da alteridade, do Outro, da diferença, enfim, da própria diversidade humana. Se somos seres da cultura, discutir identidade é sinônimo da própria condição humana, ou seja, quem somos, ou quem pensamos que somos. Nesse item, tentaremos apontar algumas considerações sobre a identidade indígena. Quem poderá ser considerado índio, e como a sociedade da informação, pode ser inserida nessa identidade. Índio, sem perder a sua identidade, pode usufruir da tecnologia? Entre o radicalismo romântico de certos antropólogos, que gostariam de manter etnias indígenas como espécie de museu arqueológico vivo para seus estudos exóticos ou o entendimento despreparado e fatalista daqueles que negam a diversidade e proclamam a lógica moderna e capitalista como única forma existencial, onde pode estar a identidade indígena, como suas diferenças, especificidades e beleza? Bem, primeiramente torna-se necessário apontarmos algumas reflexões sobre identidade étnica.

Etnia é a definição de um povo, marcado por traços culturais que lhe dão uma identidade própria. Muito além dos traços físicos, os contornos da etnia são de natureza essencialmente culturais. Essa identidade atua não somente no plano material, mas possui também uma dimensão abstrata, ou seja, abrange modelos econômicos, organizações políticas até relações de parentesco e padrões afetivos. Conhecemos um povo pela forma que se veste, pela maneira que chora seus mortos, por seus gostos alimentares, por suas festas e suas crenças espirituais. Também compartilham de um passado comum, de uma história viva na memória coletiva. O critério físico, reducionista e completamente sem valor científico é um conceito profundamente ultrapassado.

Boas referenciado por Marconi *et. al.* (2005, p. 22) assinala que a cultura, é “a totalidade das reações e atividades mentais e físicas que caracterizam o comportamento dos indivíduos que compõe um grupo social”. Para Malinowski (1944 *apud*, MARCONI *et. al.*, 2005, p. 22), cultura é o todo global consistente de implementos e bens de consumo, de cartas constitucionais para os vários agrupamentos sociais, de idéias e ofícios humanos, de crenças e costumes.

De acordo com Marconi *et. al.* (2005), ultrapassa mais de 160 definições de cultura, contudo como ressalta Herkovits (*apud* LAKATOS 1982, p.125) de forma clara e objetiva, cultura é a parte do ambiente feita pelo homem. A cultura pode ser tanto material – ergologia –, artefatos, bens tangíveis, construções, ferramentas, instrumentos, como também imaterial – animologia –, como crenças, conhecimento, significados, valores e aptidões. O conjunto desses elementos constrói aquilo que chamamos de identidade. E a identidade é o que caracteriza a etnia. Assim, etnologia é o estudo das identidades étnicas e etnografia, a descrição gráfica dos comportamentos étnicos.

A Identidade porém acompanha a diferença, pois são justamente nas relações entre etnias diferentes que as identidades se projetam, naquele espaço chamado por Barth de fronteira interétnica (1998). É na fronteira interétnica, nessa faixa de confronto, que melhor observamos as especificidades culturais da etnia, e descobrimos as identidades. Pois identidade e diferença estão permanentemente juntas, considerando que a identidade possui um caráter relacional. Como aponta Woodward (2000, p. 7), “ser um sérvio é ser um não-croata. A identidade é assim, marcada pela diferença”. Algumas vezes a identidade assume um caráter simbólico, como uma comunidade imaginada, quando são reinvidicados desejos de uma unidade já transformada. Mas de qualquer forma, como cita Silva (2000, p. 75) “assim como a identidade depende da diferença, a diferença depende da identidade”. Essa relação, identidade-diferença, é chamada de identidade contrastiva, ou seja, para perceber os limites da minha identidade, preciso comparar com a identidade do “Outro”. O “Outro” é a diferença, e é justamente a diferença que possibilita criar o sentimento de pertencimento e unidade da identidade. Esse contraste pode se manifestar de várias formas; no plano da religiosidade – cristãos, judeus, hindus e muçumanos – na esfera dos traços físicos – negros, brancos, asiáticos – ou mesmo no sentido da sexualidade – heterossexuais, homossexuais e transexuais. A identidade contrastiva é o elemento de percepção de pertencimento àquele grupo étnico, isso graças ao processo de comparação. Por exemplo, para ser Croata é necessário se sentir primeiro como não Servo, e ser visto também por outros Croatas como Croata.

Importa destacar que as sociedades humanas nunca se encontram isoladas, como observa Lévi-Strauss (1952). Por mais distantes, a troca de informações entre sociedade estranhas

ocorre via de regra, mesmo em graus diferentes. A cultura é dinâmica, se manifesta sempre de forma processual e relacional. Contudo, quando as identidades diferentes se encontram, como entre etnias indígenas e não-índias, ocorre o que Oliveira (1996) entende por fricção interétnica. Muitas vezes, a fricção interétnica é marcada por violências, tanto no plano físico como simbólico. Como pontua Oliveira (1996, p. 46) “a existência de uma tende a negar a da outra.” Inclusive a própria idéia de fricção já insinua um processo complexo e tenso de atrito. Como ensina Martins (1997, p. 81) “a fronteira tem um caráter litúrgico e sacrificial, porque nela o outro é degradado para desse modo, viabilizar a existência de quem domina, subjuga e explora”. Nesse sentido acrescenta Silva (2000, p. 81) “a identidade e a diferença estão, pois, em estreita conexão com relações de poder”.

A fricção interétnica é uma questão atual no mundo contemporâneo, inclusive urbano. Não apenas nas fronteiras dos povos exóticos, como também presente no coração das grandes metrópoles do mundo. Os conflitos entre hispânicos, negros, coreanos, iraquianos e demais grupos humanos nos Estados Unidos é um exemplo típico da contemporaneidade da fricção interétnica. A Europa, toda retaliada pela diversidade cultural, também é um vasto campo de estudo sobre o tema, basta recordar as questões levantadas por exemplo na França, sobre o uso proibitivo de véus em escolas públicas.

Nesse sentido, importa reconhecer que o “Outro” sempre foi motivo de antagonismo e estranheza, quando não de exploração e crueldade. Afinal, o distante, o desigual, na maioria das vezes, é visto na perspectiva de uma humanidade diminuída, ou melhor, de uma humanidade inferior à sua. E nesse sentido, como bem observa Elias (2000, p. 199) “ao que parece, quase todos os grupos humanos tendem a perceber determinados outros grupos como pessoas de menor valor do que eles mesmos”.

É sabido que o processo de exclusão do “Outro”, ou seja, a prática da intolerância, pode variar de forma e intensidade de um grupo para outro, como também se diferenciar particularmente entre indivíduos do mesmo grupo, contudo ainda são escassos os estudos que dêem a origem de tal sentimento da personalidade humana, já que a estigmatização do “Outro” tende à universalidade. Talvez, indaga Elias (2000, p. 209) “possamos falar da necessidade humana, nunca serenada, de elevar a autoestima, de melhorar o valor da própria pessoa ou do próprio grupo.” E esse processo de diminuir o “Outro” para elevar a própria estima “é tão difundido

que quase não podemos imaginar uma sociedade humana que não tenha desenvolvido, em relação a certos grupos, uma técnica de estigmatização” (ELIAS, 2000, p. 210).

Sugere Elias (2000) que, quanto maior a autoconfiança de um povo em relação ao seu próprio valor, maior seria também o nível de tolerância com os outros povos. Pois, o processo de estigmatização tem muito a ver com o sentimento de medo que paira entre os povos, e, nessa direção, este autor pontua que só poderemos esperar uma maior igualdade entre os grupos humanos, ou tolerância entre os povos se conseguirmos reduzir o temor recíproco existente, tanto no plano individual quanto no coletivo.

Feitas essas considerações iniciais sobre identidade étnica, de que forma podemos pensar a identidade indígena? Será que não há espaço para se ser índio nesse mundo de tecnologia avançada? As identidades indígenas estão falecendo? Ou condenadas à memória de um passado da humanidade?

Desde o informe em 1971, de Hérnan Santa Cruz, relator especial da Subcomissão de prevenção à discriminação e proteção das minorias, das Nações Unidas, o debate sobre os critérios de identificação da pessoa ou grupo indígena motivou muitas discussões. Segundo assinala Hérnan Santa Cruz, qualificar “*una persona o a un grupo como indígena puede ser, sin embargo, un problema complejo y difícil*” (PAPADÓLO, 1995, p. 8). Esta dificuldade também é compartilhada por Stavenhagen, que declara: “*una de las mayores dificultades a las que se enfrentan los autores de éstos y otros estudios, es definir las poblaciones indígenas*” (STAVENHAGEN, 1988, p. 135).

As dificuldades se explicam pelo fato de que, com o correr dos anos, em muitos lugares do mundo houve um certo “hibridismo biológico e cultural” (PAPADÓLO, 1995, p. 8), pois com exceção daqueles habitantes indígenas que vivem isolados da sociedade nacional, em florestas mais profundas, as relações interétnicas e a vida em comum diminuíram drasticamente os contraste físicos e culturais fundamentais existentes em períodos remotos. Cita-se Guatemala, Bolívia e Equador, onde os descendentes dos habitantes originários formam a maioria da sociedade nacional. Nesses casos, indaga-se se é possível identificar quase a totalidade de um país como indígena.

Assim, em um primeiro momento, temos a formulação do seguinte problema: o que é ser indígena. Resolvido esta questão chega-se ao entendimento de quais indivíduos e grupos

no mundo podem ser considerados ou não indígenas. Resta contudo uma segunda indagação: essas pessoas devem ser tratadas como grupos, comunidades, povos ou populações? Como observa Papadópolo (1995), atualmente a controvérsia se resume em dois termos; “populações” ou “povos”. Naturalmente, a adoção dessa ou daquela expressão possui implicações diversas no direito internacional, como por exemplo o direito à autodeterminação reconhecido pelas Nações Unidas a todos os povos.

A primeira discussão deve ser sobre os possíveis critérios que definem a condição indígena, ou seja, quem pode ser considerado indígena. Diga-se, de antemão, que a categoria índio tem sido de difícil conceituação no marco dos trabalhos jurídicos das Nações Unidas (STAVENHAGEN, 1988).

O estudo realizado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1953, referia-se aos indígenas como os descendentes da população aborígine originária de um local antes da colonização. Considerava-se também que esses descendentes tinham mais tendência a viver em conformidade com suas instituições sociais, econômica e culturais do que com a cultura nacional (PAPADÓLO, 1995). No âmbito da Organização Internacional do Trabalho – OIT, também o Convênio N° 107 de 1957 fazia menção à condição indígena, enfatizando em seu artigo 1º “o caráter atrasado das comunidades indígenas em relação às sociedades nacionais que estas integram” (PAPADÓLO, 1995, p. 13). Tratava-se obviamente de uma visão etnocêntrica e colonialista. Posteriormente, o Convênio 169 de 1989 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, reformulou seu conceito de indígena, ainda utilizando porém o termo “tribal”, que possui conotações discutíveis do ponto de vista etnológico.

No estudo das Nações Unidas sobre discriminação contra as populações indígenas, elaborado por Martinez Cobo e publicado em 1987, comunidades indígenas são as que possuem uma continuidade histórica com as sociedades existentes antes da invasão colonialista e as que se consideram distintas da sociedade nacional dominante. Essas comunidades, de acordo com o referido estudo, possuem a determinação de preservarem e transmitirem a suas futuras gerações sua identidade étnica, com seus valores particulares de cultura.

Alguns fundamentos dessa definição devem ser destacados, acompanhando o pensamento de Stavenhagen (1998, p. 63):

[...] existência originária e continuidade histórica anterior ao processo de colonização; identidade própria distinta da sociedade dominante; posição de subordinação ante a sociedade dominante; preservação de padrões culturais e ligação particular com um território.

Quanto ao indivíduo integrante ou não de uma comunidade indígena, o estudo do Sr. Martinez Cobo propõe a seguinte definição: é índio quem se auto-identifica como tal – consciência de grupo – e é reconhecido por essa população como seu membro – aceitação do grupo (PAPADÓLO,1995).

Nesse mesmo sentido, aponta a antropóloga Cunha (1985) que comunidades indígenas são aquelas comunidades que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas. E índio, conclui a referida antropóloga, é quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro.

A percepção da diferença em face da continuidade histórica das sociedades pré-coloniais indica a direção daquilo que podemos identificar como indígena. Assim, é necessário que se registre a superação dos critérios puramente biológicos e culturais, pois mesmo considerando a existência de uma especificidade cultural própria dos indígenas, não há cultura estática, como bem observa Benatti (1992, p. 213), “cultura não pára no tempo, não é isolada, está sempre em contato com outras culturas”.

No mesmo sentido apontava Ribeiro (1970), de que a língua, os costumes, as crenças, são atributos externos à etnia, suscetíveis de profundas alterações, sem que esta sofra colapso ou mutação [...], e de que, antes de especificidades culturais e raciais, as etnias formam categorias de representações recíprocas e de lealdades morais.

É indígena a sociedade comunitária originária, que mantém vínculos históricos pré-coloniais e consciência da diversidade em relação à sociedade nacional dominante e estabelecida. São fundamentos para uma conceituação ampla de indígena: a autoidentificação e a oposição, ou seja, a identidade contrastiva (BENATTI, 1993). Estes conceitos são baseados em Barth referenciado por Santos (1989), quando define grupos étnicos como organizações sociais que se identificam e são identificados pelos outros como diferentes.

A Declaração de São José sobre o Etnocídio e o Etnodesenvolvimento, de 1981, também observou sobre a relação do indígena com a terra: terra não é somente um objeto de posse e

produção. Constitui a base de sua existência nos aspectos físicos e espirituais. O espaço territorial é o fundamento e a razão de sua relação com o universo e o sustento de sua cosmovisão.

Esta relação com a terra assume a dimensão de território, ou seja, local onde se alimenta todo um universo existencial, onde passado, presente e futuro se explicam e dependem desta relação íntima para se manterem essenciais. Nesse sentido, recomenda a resolução final da Conferência de ONGs sobre a discriminação contra as populações indígenas, ocorrida em 1977 em Genebra: “a relação especial entre os povos indígenas com suas terras deve ser compreendida e reconhecida como fator básico para suas crenças, tradições e cultura” (PAPADÓLOGO, 1995, p. 24). Embora tais critérios - continuidade histórica com sociedades pré-coloniais, autoidentificação, aceitação do grupo, identidade contrastiva e relação particular com a terra – sirvam como orientação inicial, a definição final sobre o indígena cabe ao próprio indígena. E essa tem sido uma reivindicação constante do movimento indígena.

Segundo o Conselho Mundial de Povos Indígenas, el derecho de definir quién es persona indígena se reserva a los propios pueblos indígenas. E acrescentam, “ [...] ninguna circunstancia debe permitir que definiciones artificiales nos digan quienes somos [...]” (PAPADÓLO, 1995, p. 18).

Para o Conselho Índio da Sudamérica, os povos indígenas são os descendentes das primeiras populações do continente, com uma história em comum e uma personalidade étnica própria, e que, após 500 anos, procuram a libertação do colonialismo ocidental (PAPADÓLO, 1995). De qualquer forma, importante citar o estudo pioneiro de Martinez Cobo, publicado pelas Nações Unidas em 1987, quando assinala que cabe à comunidade indígena o direito soberano de decidir quem é indígena, sem interferência externa (PAPADÓLO, 1995).

Outra questão relevante é questionar se a etnias indígenas estão ameaçadas ou condenadas ao desaparecimento. Percebemos a expectativa frustrada do indigenismo oficial, quanto ao processo de integração ou assimilação desses povos. Ou seja, os povos indígenas, apesar de tudo, continuam vivos como etnias específicas, preservando suas tradições e culturas. Como observou Oliveira referenciado por Monte (1999, p. 37)

[...] ao contrário do que muitos poderiam pensar (e seus inimigos desejar) não estão absolutamente em processo de desaparecimento, mas apresentam tal vitalidade – em que pese toda sorte de adversidades que nos permite dizer que eles estão aqui para ficar.

Esta observação inicial faz parte do cerne do problema étnico nacional, pois ao longo dos anos a política adotada pela grande maioria dos Estados Nacionais – principalmente na América Latina - em relação aos povos indígenas tinha como objetivo o desaparecimento do indígena, incorporando-o de forma homogeneizada na sociedade nacional. Esperava-se a extinção do indígena, através do processo de aculturação e assimilação, isso quando não por meio das mais diversas práticas de genocídio e etnocídio.

Povos que eram considerados praticamente como ruínas, como aponta Diaz-Polanco (1987), ou que pareciam estar condenados a serem diluídos nas unidades nacionais, têm demonstrado uma força vital surpreendente, até mesmo revolucionária.

Como relata Martinez Cobos em seu estudo apresentado às Nações Unidas e publicado em 1987, a política dos Estados baseava-se na suposição de que as culturas, línguas e tradições indígenas desapareceriam naturalmente, ou seriam incorporados pela cultura nacional. Hoje, acrescenta Martinez Cobos, “[...] a julgar pelos acontecimentos, essa idéia, a desindigenização, parece não ter sido bem fundada, ou as políticas integracionistas não foram tão bem sucedidas” (PAPADÓLO, 1995, p. 44). Talvez a opressão e a discriminação, como aponta Diaz-Polanco (1987, p. 15), “[...] tenham efeito contrário, e mesmo ajudem a fortalecer as identidades étnicas próprias”.

O indigenismo oficial latino-americano, desde a segunda década do século XX, através do mexicano Manuel Gamio – pioneiro do indigenismo latino-americano moderno e aluno de Franz Boas na Columbia University (Ibid, p. 44) – baseou-se na desindigenização dos povos indígenas. Esta desindigenização está presente inclusive na falsa percepção genérica da sociedade civil de que os indígenas não passam, segundo Bartolomé (1991, p. 191), de “[...] *un conjunto de desposeídos*[...]”.

Para Manuel Gamio, segundo Diaz-Polanco (1987), a nacionalidade latino-americana possuía um caráter incompleto, isso em face da forte presença indígena. Era preciso então, para formar uma nação, elevar a condição do índio, ou seja, aculturá-lo. A questão indígena tornara-se um problema para a constituição da Nação. A idéia da fragilidade cultural da nação por causa de heterogeneidade étnica indígena, foi apresentada por Manuel Gamio em sua obra chamada *Forjando a Patria*, publicada em 1916.

Como observa Diaz-Polanco (1987, p. 47), “Manuel Gamio assentou as bases de uma perspectiva voltada para o processo de aculturação, pois somente assim a nação poderia for-

mar uma autêntica cultura nacional”. E nesse sentido, acrescenta Díaz-Polanco (1987), este pensamento influenciou muitos países do continente latino-americano. Como prova de seu prestígio, pode ser citado o fato de Manuel Gamio ter sido diretor do Instituto Indigenista Interamericano desde sua fundação, em 1942, até a sua morte em 1960. Posteriormente, um dos seguidores de Manuel Gamio, Aguirre Beltrán, formulou a teoria das regiões de refúgio. Para este autor, o problema da diversidade étnica não atingia a questão nacional, pois estava limitada nas tais regiões de refúgio.

Contestando a ideia das regiões de refúgio, Pablo González Casanova e Rodolfo Stavenhagen irão defender que o problema indígena não está localizado na periferia da questão nacional, muito pelo contrário, os Estados Nacionais sustentam um verdadeiro colonialismo interno em relação aos povos indígenas. Ou seja, “*la comunidad indígena es una colonia en el interior de los límites nacionales. La comunidad indígena tiene las características de la sociedad colonizada*” (DÍAZ-POLANCO, 1987, p. 47).

Nesse momento então, superando o indigenismo integracionista de Manuel Gamio, surge a antropologia crítica, ou etnicista, a partir da metade da década de 1960, tendo como marco na América Latina a Declaração de Barbados. Desde a Declaração de Barbados, marco fundamental do reconhecimento dos direitos indígenas, é exigido que os Estados assumam uma política libertária, que reconheça a dimensão étnica pluralista e que permita que os povos indígenas sejam sujeitos de sua própria história. Nesse sentido, Luis Villoro (*apud* RANGEL, 1998, p. 238) coloca de forma decisiva:

Enquanto formos nós quem decide por eles, continuarão sendo objeto da história que outros fazem. A verdadeira libertação do índio é reconhecê-lo como sujeito, em cujas mãos está o seu próprio destino; sujeito capaz de nos julgar segundo os seus próprios valores, como nós os temos sempre julgado; sujeito capaz de exercer a sua liberdade sem restrições, como nós exigimos exercê-la. Ser sujeito pleno é ser autônomo. O problema indígena só tem uma solução definitiva: o reconhecimento da autonomia dos povos indígenas.

Concluimos primeiramente que cabe aos próprios índios definirem a sua identidade, e depois, a identidade indígena não está desaparecendo, pelo contrário, cada vez vem se afirmando, independentemente do mundo moderno e tecnológico em que pode estar inserido. Isso se chama

autodeterminação dos povos indígenas, que significa, acima de tudo, tomar o próprio rumo da história, como sujeito capaz de decidir. Isso é condição básica para um povo. Segundo apontamento de Bartolomé (1998, p. 195), “[...] *um povo que carece de autodeterminação carece precisamente do direito de existir como tal*”. Em segundo, importante compreender que toda cultura é dinâmica, é que o fato de povos indígenas usufruírem de certas comodidades tecnológicas do mundo moderno não descaracteriza a identidade indígena. E finalmente, para encerrar o tópico, podemos aprender bastante com as culturas indígenas, tanto no sentido de relação com a terra, com o mundo da natureza, como também nas relações sociais, nas estruturas políticas e principalmente com as capacidades afetivas e imaginativas. Talvez seja o momento de uma reflexão profunda da direção humana, e o melhor caminho ainda seja o da simplicidade e da ingenuidade da vida.

### **Considerações finais**

A sociedade industrial, marcada pelo pensamento linear e unidimensional, fragmentou o conhecimento e o ser humano, criando um processo de alienação tanto pela exploração econômica como também pela individualização do ser.

A perspectiva de uma ontologia pessimista do humano, na condição de mau, contribui de forma significativa para que a competitividade torne-se o modelo das relações sociais, o progresso linear a qualquer preço, a felicidade comprada no modelo do consumo e da tecnologia. Tudo isso fez com que novas preocupações surgissem desse momento opulento e doente da história humana judaico-cristã. A busca por novos canais de conhecimento, outros saberes, a superação de uma consciência dialética por uma dialógica, onde os opostos podem se complementar. Uma parada para se pensar sobre o vazio afetivo, o desfalecimento dos laços com o próximo e a comunidade. Isso tudo faz parte da reflexão do pensamento complexo, pluridimensional, criativo e intensamente preocupada com integração.

Nesse sentido, um processo de conhecimento baseado na heteropoiese, aberto ao ambiente, onde muitas formas de conhecimento se relacionam numa preocupação existencial dialógica. Assim, torna-se significativo refletir sobre os povos indígenas, modelos sociais tradicionalmente diferenciados por suas opções existenciais. Como manter a tradição, a diferença, a integração com a natureza, livres do poder-violência do Estado e das pressões de consumo do

mercado, e continuar índio? Partimos de algumas considerações: primeiramente toda cultura é dinâmica e que a relação indígena com o mundo tecnológico em nada altera sua identidade própria. Depois, que cabe aos próprios índios definirem quem é índio e quem não é. Isso é condição de reconhecimento da autodeterminação dos povos indígenas. Cabe somente aos próprios índios definirem os limites da identidade indígena. Ainda, apontamos nesse trabalho, que as estatísticas provam que os povos indígenas, apesar de tudo e de todos, não estão em processo de desaparecimento, mas inclusive se fortalecendo em movimentos políticos. E finalmente, para uma civilização cansada e obesa, fragmentada e alienada, pensar sobre o modelo indígena – relação humano/natureza, lazer/trabalho, simplicidade/tecnologia – poderá trazer uma troca de vivências muito interessante para nós, os senhores do progresso e da certeza.

## **Bibliografia**

ARRUDA, Rinaldo Sérgio Vieira. Imagens do índio: signos da intolerância. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, LuxBoelitz, FISCHMANN, Roseli (Orgs.). *Tolerância e povos indígenas: construindo práticas de respeito e solidariedade*. São Paulo: Edusp, 2001.

BARSH, Russel Lawrence. Indigenous peoples: an emerging object of international law. *American Journal of International Law*, v. 80, n. 2, 1986.

\_\_\_\_\_. Revision of ILO Convention 107. *American Journal of International Law*, v. 81, n. 3, 1987.

BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. Procesos civilizatorios, pluralismo cultural y autonomías étnicas en América Latina. In: BARTOLOMÉ, Miguel A.; BARABAS, Alicia M. (Coord.). *Autonomías étnicas y estados nacionales*. México: Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1998.

BARTH, Fredrik. *Grupos étnicos e suas fronteiras*. São Paulo: UNESP, 1998.

BENATTI, José Heder; ALENCAR, José Maria. *Os crimes contra etnias e grupos étnicos: questões sobre o conceito de etnocídio: os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Definições de índio e comunidades indígenas. In: SANTOS, Silvio Coelho (Org.). *Sociedades indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos*. Florianópolis: UFSC, 1985.

CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o estado: pesquisas de antropologia política*. Tradução de Theo Santiago. 5. ed. Brasil: Francisco Alves, 1990.

COLOMBRES, Adolfo. *Por la liberación del indígena: documentos y testimonios*, compilación del Proyecto Marandú. Buenos Aires: Ediciones Del Sol, 1975. Serie antropológica.

DIAZ-POLANCO, Hector. *Etnia, nación y política*. México: Juan Pablos Editor, 1987.

ELIAS, Norbert. *Os estabelecidos e os outsiders*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

FROMM, Erich. *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*. Fondo de Cultura Económico: México, 1964.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. Os povos Indígenas e a Escola Diferenciada: comentários sobre alguns Instrumentos Jurídicos Internacionais. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, LuxBoelitz, FISCHMANN, Roseli (Orgs.). *Tolerância e povos indígenas: construindo práticas de respeito e solidariedade*. São Paulo: Edusp, 2001.

GRUNBERG, Georg (Coord.). *La situación del Indígena en América del Sur*. Montevideo: Tierra Nueva, 1971.

\_\_\_\_\_. Os índios da América Central e a construção de uma cultura de tolerância. Trad. Maria Denise Fajardo Grupioni. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, LuxBoelitz, FISCHMANN, Roseli (Orgs.). *Tolerância e povos indígenas: construindo práticas de respeito e solidariedade*. São Paulo: Edusp, 2001.

\_\_\_\_\_. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. TRad. Antonio Sergio Rocha. *Revista Novos Estudos*. São Paulo, n. 43, p. 88, 1998.

LAKATOS, Eva Maria. *Sociologia geral*. São Paulo: Atlas, 1982.

LERNER, Natan. *Minorías y grupos en el derecho internacional: derechos y discriminación*. [s.l.]: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991. Serie Folletos, 17.

LÉVI-STRAUSS- Claude. *Raça e história*. São Paulo: Martins Fontes, 1952.

MAIA, Luciano Mariz. *Comunidades e organizações indígenas: natureza jurídica, legitimidade processual e outros aspectos jurídicos – os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zélia N. *Antropologia: uma introdução*. São Paulo: Atlas, 2005.

- MARIOTTI, Humberto. *As paixões do ego: complexidade, política e solidariedade*. São Paulo: Palas Arenas, 2000.
- MARTINS, Jose de Souza. *Não há terra para plantar neste verão: o cerco das terras indígenas e das terras de trabalho no renascimento político do campo*. Petrópolis: Vozes, 1986.
- MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade*. Organizado por Cristina Magro, Miriam Graciano e Nelson Vaz. Belo Horizonte: UFMG, 1997.
- MENEGAT, Marildo. *O olho da barbárie*. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2006, p.21-42.
- MONTE, Marcos Antonio Lorencette. *O pluralismo jurídico e os povos indígenas no Brasil*. 1999. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- MORIN, Edgar. *Para sair do século XX*. Trad. Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Etnicidad, eticidad y globalización: autonomías étnicas y Estados nacionales. In: BARTOLOMÉ, Miguel A.; BARABAS, Alicia M. (Coord.). *Autonomías étnicas y Estados nacionales*. México: Instituto Nacional de Antropología e História, 1998.
- \_\_\_\_\_. Sobre o diálogo Intolerante. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, LuxBoelitz, FISCHMANN, Roseli (Orgs.). *Tolerância e povos indígenas: construindo práticas de respeito e solidariedade*. São Paulo: Edusp, 2001.
- PANOF, Michel; PERIN Michel. *Dicionário de etnologia*. Lisboa: Edições 70, 1979.
- PAPADÓPOLO, Mídorí. *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar, 1995.
- RANGEL, Jesus Antonio De La Torre. Direitos dos povos indígenas: da Nova Espanha até a modernidade. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Direito e justiça na América Indígena: da conquista à colonização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998
- RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.
- ROULAND, Norbert. *Nos confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SANTOS, Silvio Coelho dos. *Os povos indígenas e a constituinte*. Florianópolis: UFSC, 1989.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2006.

SILVA, Aracy Lopes da. Educação para a tolerância e povos indígenas no Brasil. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, LuxBoelitz, FISCHMANN, Roseli (Orgs.). *Tolerância e povos indígenas: construindo práticas de respeito e solidariedade*. São Paulo: Edusp, 2001.

SILVA, da Tomas Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, da Tomas Tadeu. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

STAVENHAGEN, Rodolfo. El sistema internacional de los derechos indígenas. In: BARTOLOMÉ, Miguel A.; BARABAS, Alicia M. (Coord.). *Autonomías étnicas y Estados nacionales*. México: Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1998.

\_\_\_\_\_. *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México: El Colegio de México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988.

\_\_\_\_\_. Os derechos indígenas: nuevo enfoque del Sistema Internacional. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. México, 1989.

SWEPSTON, Lee. Las normas internacionales y la protección al derecho a la tierra de los pueblos indígenas y tribales. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 104, n. 1, 1985.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, da Tomas Tadeu. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

## DO SILÊNCIO À AÇÃO: SUGESTÕES PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA EDUCAÇÃO ANTIRRACISTA

Márcio Mucedula Aguiar  
Mario Teixeira de Sá Junior

Como discutir e implementar práticas pedagógicas que levem a construção de uma educação que reconheça e respeite a diversidade etnicorracial? Como colocar em prática a Lei 11.645/08, que estabelece o ensino da História da África e da Cultura Afro-brasileira e indígena? Considerando que entre 2003 e 2009, entre a criação da Lei 10.639/03 e 11.645/08, já se passaram seis anos, quais as dificuldades que os professores do ensino fundamental encontram no seu cotidiano para implementar as propostas das leis? Qual o papel e a responsabilidade da universidade pública para a efetividade dessa lei? Foi a partir dessas indagações que participamos da Oficina *Como trabalhar com a raça e racismo em sala de aula?* Oficina fruto do projeto de extensão *Direitos Humanos na Escola: Capacitando professores da rede de ensino municipal de Dourados*.

Mais do que capacitar estávamos preocupados em ouvir e discutir os principais problemas que os coordenadores do ensino fundamental encontram no seu cotidiano em Dourados – MS, cidade caracterizada por uma ampla diversidade de povos e culturas. Diversidade que nem sempre é reconhecida na escola ou na vida social da cidade.

Os coordenadores presentes em nossa oficina ressaltaram que a maioria das escolas tem projetos que costumam trabalhar com algumas datas – dias ou semanas – específicas: o dia do Índio, o dia da Abolição da Escravatura, o dia Nacional da Consciência Negra. etc. Ainda ressaltaram que geralmente esses projetos são trabalhados com as disciplinas de Artes e História. Não existe por parte dos professores a preocupação com trabalhos interdisciplinares sobre o tema. Ressaltaram ainda uma resistência à discussão dessas questões, como também

a reclamação pela falta de materiais didáticos que auxiliem esses docentes nas suas práticas pedagógicas.

Tendo em vista os apontamentos acima nos propomos à discutir um pouco sobre o encaminhamento dessas questões. Primeiro: o que diz a Lei 10.639/03<sup>270</sup>?

Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira

§ 1º O conteúdo programático a que se refere o caput deste artigo incluirá o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil.

§ 2º Os conteúdos referentes à História e Cultura Afro-Brasileira serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileiras.

Art. 79-B. O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como ‘Dia Nacional da Consciência Negra’.

É importante perceber que a lei propõe o estudo sobre “história e cultura afro-brasileira”. Não é uma proposta de história da África pura e simplesmente. Nesse sentido, devemos procurar inserir os agentes históricos oriundos do continente africano e de seus descendentes na história do Brasil. Indo além, não é uma “outra história” do Brasil. Não é construir uma história dos africanos e descendentes no Brasil. É incluir esses grupos na história já existente

---

270 “Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

A Lei 11.645/08 altera o texto da 10.639/03 inserindo as sociedades indígenas, ficando assim redigida: § 1º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.

§ 2º Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras.”

pois eles são tão responsáveis pelas resultantes históricas como os outros grupos que fizeram parte desse processo.

Em segundo lugar, é imperativo afirmar que os conteúdos referentes a esse processo devem perpassar “todo o currículo escolar”. Isso quer dizer que, além de integrado, ele deve estar presente em sua totalidade. As áreas especificadas – Educação Artística, Literatura e História Brasileiras – apresentam, em um primeiro momento, melhores possibilidades de contribuir com a mudança. Mas não excluem as outras.

Em relação às diversas possibilidades da área de Educação Artística, vale ressaltar que uma das questões que mais marcam a nossa questão racial é a de origem estético-fenotípica. Isso quer dizer que os afro-brasileiros sofrem mais quando trazem fenótipos que os identifiquem como descendentes desse passado em que africanos e descendentes são apresentados historicamente como ocupando espaços de sujeitos menores<sup>271</sup>. Espaços que se reproduzem no presente. Os lugares de destaque positivo da sociedade cabem, majoritariamente ao tipo branco – caucasiano –, enquanto os de destaque negativo são ocupados pelo tipo preto – zulu. As mídias são um grande exemplo disso. Propagandas, novelas, programas de entretenimento apresentam os portadores da estética branca nos lugares privilegiados, enquanto os espaços menores ficam para os pretos ou pardos.

Isso se desdobra na sala de aula. Desde muito cedo, quando a professora utiliza o material de revistas, jornais, livros etc., acaba por reproduzir esse padrão. É fácil perceber isso quando entramos em uma sala da Educação Infantil em que foi trabalhado o tema família com produção de cartazes. Pela ausência de famílias de afro-brasileiros no material midiático verifica-se que os trabalhos apresentam quase exclusivamente os fenótipos brancos. A visão é uma das formas mais significativas de aprendizado. Família passa ser um conceito positivo associado ao padrão branco.

Ao não atentarmos para questões como essas, estamos contribuindo com a manutenção do *status quo* vigente. O exemplo citado busca apenas chamar a atenção para o fato de que o

---

271 Não é a toa que uma das frases mais utilizadas nos livros didáticos de história é a o Padre Antonil afirmando sobre o século XVIII que “os escravos são as mãos e os pés do senhor de engenho” (1982, p.27). O espaço da cabeça, do cérebro, ou seja, do intelectual fica subentendido como cabendo a outro grupo social composto por europeus e seus descendentes.

papel das áreas de conhecimento citadas na Lei não deve permanecer limitado a conteúdos, mais contribuir de uma forma global com toda a atividade educacional exercida nas escolas. Para além dos conteúdos sobre arte africana ou afro-brasileira, é fundamental à contribuição na mudança da percepção estética, no que diz respeito à positividade ou negatividade, de nossa sociedade.

Em relação à área de história, a discussão acima citada continua e se amplia. Os espaços de africanos e descendentes no material didático referente à história do Brasil são poucos e limitados a alguns papéis. Ao analisarmos o material iconográfico dos livros iremos verificar que, em quase sua totalidade, o que se oferta é a visão desses grupos como escravos, sofrendo humilhações e/ou ocupando espaços profissionais tidos como menos importante na análise de nosso modelo cultural<sup>272</sup>. Essa é uma parte da nossa história, mas não é a única. Personagens africanas como o embaixador do Benin, primeiro Estado a reconhecer a independência do Brasil e não os Estados Unidos como consta nos livros, poderia estar contemplado em um quadro. Personagens ilustres da história do Brasil também. Para além do trabalho braçal, que não deixa de ser louvável, temos toda a tecnologia da agricultura, pecuária e mineração sendo desenvolvidas a partir do conhecimento de diversas sociedades africanas (EWBANK, 1979; LIBBY e FURTADO, 2006).

Outra preocupação importante que deve ser ressaltada é a que diz respeito ao uso de conceitos sobre a discussão proposta. Saint Exupery, em *O pequeno príncipe* escreve que “a linguagem é uma fonte de mal entendidos”. Os conceitos são históricos e, como tal, mudam com os diferentes tempos e espaços. Portanto, é importante que possamos deixar claro que significante estamos entendendo de cada significado/conceito utilizado.

O entendimento do conceito de raça é um bom exemplo. Ele surge como uma tentativa do cientificismo europeu dos séculos XVIII e, principalmente do XIX, para hierarquizar as sociedades humanas, atendendo a um projeto de convencimento da superioridade racial de brancos sobre os outros grupos classificados como caucasianos [brancos], negroides ou etiopeneses [negros, vermelhos [indígenas] e amarelos [asiáticos] (SCHWARCZ, 1993). Esse conceito biológico é derrubado pela própria ciência que atesta que somos oriundos de uma única sub-

---

272 São exemplos os quadros de Debret e Rugendas.

-espécie: *homo sapiens sapiens*. Durante a segunda metade do século XX o conceito de raça será ressignificado como um conceito sociológico para dar conta da diversidade de afro-brasileiros que viviam, e ainda vivem, a herança de uma sociedade escravista.

Outro conceito que deve ser usado com muito cuidado é o etnia. Ele foi construído no campo da Antropologia e se refere a sociedades com uma especificidade cultural que não dão conta da variedade de grupos de afro-brasileiros que não mais se percebem enquanto grupos étnicos, daí a necessidade de um outro conceito, o de raça, para dar conta dessa temática.

Vale a pena também lembrar o conceito de “preto” que foi usado pelo Censo do IBGE (2002). Ele se remete a um conjunto estético-fenotípico em que, de forma empírica, através da percepção, geralmente, visual, se identifica um ser humano como afro-brasileiro e, a partir daí, se lhe imputa os preconceitos vigentes em nossa sociedade. Há que se ter cuidado pois esses fenótipos são se resumem apenas à cor da pele. Tipo de cabelo, formato de queixo, faces, sombrancelha, lábios etc. compõem a identificação através do fenotipo. Enquanto o conceito de preto é fenotípico, o de negro é de pertencimento. Assim, um homem pode se auto intitular negro sem ter necessariamente fenótipos de ascendência africana.

\*

O conceito que parece dar compreensão às demandas de respeito e consideração por parte de negros e indígenas é o de reconhecimento. Ou seja, a luta desses povos pode ser pensada a partir da luta por reconhecimento.

Para Charles Taylor, nossa identidade se molda em parte pelo reconhecimento ou pela falta deste. Essa identidade também pode ser formada pelo falso reconhecimento do outro. Para este autor, um indivíduo ou grupo de pessoas pode sofrer um verdadeiro dano, se a sociedade a qual ela pertence ou grupo de pessoas que com ela se relaciona mostra uma visão depreciativa ou negativa de sua cultura ou de suas características físicas (TAYLOR, 1993, p. 43).

Pensemos nas imagens depreciativas associadas aos negros e indígenas nos livros didáticos e suas consequências nas crianças que pertencem a esses grupos. Uma das principais formas de opressão sobre esses povos é a invisibilidade e depreciação de sua história.

Na medida que crianças negras, indígenas e brancas assimilam essas imagens depreciativas, isso causará sérios danos para a valorização e reconhecimento da diversidade.

Muitas vezes, a internalização dessa inferioridade produzida socialmente e reproduzida no espaço escolar pode gerar situações onde essas crianças não conseguem superar essa autoimagem levando ao insucesso escolar a desistência.

O conhecimento da história desses povos pode ser ferramenta indispensável para superação do racismo e discriminação no espaço escolar. Os coordenadores que participaram da oficina levantaram como principal problema a falta de materiais didáticos que tratem com maior profundidade esses temas.

Como sugestão para superação desta situação, os autores desse artigo, levantaram a possibilidade não de se buscar novos materiais, mas de se criar uma nova abordagem sobre o material disponível. É possível ensinar a história reconhecendo o papel fundamental que negros e indígenas tiveram na formação da história e da cultura brasileira. Por exemplo, uma questão bastante discutida na região é a Guerra do Paraguai. É possível discutir esse fato histórico enfatizando o papel que a população escravizada e os indígenas tiveram nesse período histórico. Observe a importância que a distinção entre escravo e escravizado tem na interpretação da história, por isso a importância com relação aos conceitos que utilizamos em sala de aula:

O escravo nasce cresce e morre irremediavelmente preso à sua natureza, não há transformação social possível para ele, até seus descendentes serão tratados como escravos, filhos de uma natureza imutável, intransponível. Esta redução ao paradigma da natureza do escravo tem o sentido de manter a escravidão no imaginário social das populações. Portanto, quando se afirma que na África já existia a instituição da escravidão, busca-se informar ideologicamente que o europeu não fez nada de errado, a não ser manter o africano na sua natureza. O conceito de escravizado visa estabelecer outra história: a de que um sujeito livre, proprietário do seu destino, sendo livre e dono de suas capacidades mentais e físicas, foi transformado, submetido a uma condição imposta pela escravidão, ou seja, a de “peça”, de “ser animal de tração”, de “mercadoria” (FONSECA, 2008, pp.30-31)

Existiram vários movimentos sociais no meio negro que lutaram e lutam contra a discriminação e racismo no Brasil. Um dos movimentos mais importantes do foi a Frente Negra

Brasileira. Esse movimento é descrito de forma magistral na obra do Florestan Fernandes *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*. A Frente Negra Brasileira lutou pela inclusão e reconhecimento da contribuição dos negros na construção da sociedade brasileira. Foi um dos primeiros movimentos a reivindicar uma escola de qualidade que capacitasse a população negra para inserção do mercado de trabalho. Esse movimento se transformou em partido político na década de 30 e fechado pelo Estado Novo. Veja que na discussão desse período histórico pouco ou nada se discute sobre os movimentos sociais do meio negro.

Cabe destaque também a criação do Teatro Experimental Negro – TEN, por Abdias do Nascimento. Abdias do Nascimento, militante do Movimento Negro nacional e internacional, ex-senador (1997-1999) e artista que teve e tem papel fundamental na luta da população negra pelo reconhecimento e respeito da sua cultura. A preocupação fundamental do TEN era de afirmar-se politicamente resgatando a cultura negra. Suas principais influências foram o Movimento de Negritude e a luta pelos Direitos Civis dos negros nos Estados Unidos. Uma das principais preocupações do TEN era a formação de atores e dramaturgos afro-brasileiros, a busca da valorização das tradições culturais negras, que no decorrer de nossa história ou foram negadas ou ridicularizadas pela representação dominante de cultura, marcada por valores eurocêntricos (NASCIMENTO e NASCIMENTO, 2000, p. 206).

Outro grande movimento que tem implicações para o desenvolvimento de um novo olhar sobre a história da população afro-brasileira é o Movimento Negro Unificado (MNU). Este movimento é uma reação contra duas situações gritantes de discriminação e racismo: o assassinato de um trabalhador Negro em maio de 1978 e a expulsão de um grupo de atletas negros do Clube Tietê em São Paulo. Este movimento de forte inspiração marxistas, tinha entre os seus objetivos a unificação do Movimento Negro no país. Buscava lutar não apenas pelos direitos da população negra mas da população como um todo. O ensino da história desses movimentos é ferramenta indispensável para o reconhecimento da contribuição da população negra na luta pela cidadania em nosso país.

A utilização de recursos audiovisuais como filmes e documentários que levem a uma discussão aberta dessas temáticas, e principalmente, atividades que se deem ao longo do ano discutida com os professores de todas as matérias podem funcionar como uma estratégia importante para a prática da Lei 11.645/08.

Um aspecto levantado pelos professores é a dificuldade sobre o uso do termo “raça”, até que ponto tal termo não levaria ao racismo. O termo raça não tem significado explicativo sobre a diversidade humana. Do ponto de vista da biologia não existem diferenças genéticas fundamentais entre grupos humanos. Cabe ressaltar que ideia de raça no estudo de outras espécies implica na impossibilidade da reprodução de raças diferentes. Do ponto de vista da humanidade, povos que tem características fenotípicas distintas ao se relacionarem com outros povos diferentes geram indivíduos férteis.

Se a “raça” não existe do ponto de vista biológico, ela se apresenta enquanto uma construção social. A cor da pele, o formato do nariz, o tipo de lábios, as cores dos olhos tem significados sociais. Ser negro ou indígena em uma sociedade de padrões estéticos e valorativos brancos tem implicações fortíssimas para identidade dos indivíduos.

Portanto, “raça” é um conceito sociológico e como tal deve ser estudado no campo das identidades (GUIMARÃES, 2003). Um exemplo bem simples pode ser utilizado. Observamos que em termos de padrões estéticos a cor de cabelo loiro e liso é extremamente valorizado. Observe que o Brasil pode ser considerado o país das escovas progressivas. Esses valores estão tão arraigados que mesmo pessoas que tenham pele clara e cabelo escuro preferem clarear e alisar os cabelos a permanecerem com aqueles que nasceram. Isso significa que nosso padrão de beleza é racializado, segue como norma um padrão de beleza marcado pela branquidão. E isso afeta brancos e negros. Mas, apenas os negros são vistos como negadores de sua identidade. Um negro que alisa o cabelo é visto como alguém que tem complexo de inferioridade. Esse mesmo preceito valorativo não é usado para analisar os brancos que alisam e pintam cabelos.

Uma das formas de ofensas mais utilizadas entre as crianças são aquelas associadas ao tipo de cabelo. Cabelo “bom” ou “ruim” é rotineiramente um dos principais xingamentos entre crianças na tenra idade. Uma discussão sobre essas questões em sala de aula pode ser um bom instrumento para a construção de uma educação antirracista.

Cabe ainda precisar que quando falamos em “raça” outros termos correlatos aparecem e é importante conhecer bem o significado deles. Quando falamos em Racismo estamos falando de uma ideologia de hierarquização dos grupos sociais a partir de um certo conjunto de características que podem ser tanto fenotípicas como étnicas. O preconceito pode ser definido como pré-concepção depreciativa de pessoas que certas características físicas ou culturais. A

discriminação significa não conceder tratamento igualitário a pessoas que pertencem a grupos diferentes do padrão valorativo dominante. Há dois tipos de discriminação: a direta e a indireta. Enquanto a discriminação direta se manifesta em atos concretos, quando uma pessoa é excluída pela cor da pele ou origem, a indireta se traduz nos indicadores sociais de desigualdade entre os grupos que compõem essa sociedade (JACCOUD e BEGHIN, 2002, p. 39-40).

Podemos observar que existem carreiras onde o número de negros é inexpressivo, observe os altos escalões do funcionalismo público. Quase não existem diplomatas negros e indígenas e no Supremo Tribunal Federal só existe um único ministro negro.

Observe que cada um desses fenômenos exigem medidas específicas para seu combate. A discriminação direta é combatida por medidas de caráter legal-punitivo, ou seja, por políticas repressivas. O preconceito e o racismo têm uma dimensão ideológica e simbólica muito ampla. As chamadas políticas valorativas são os principais instrumentos de combate a esses fenômenos (JACCOUD e BEGHIN, 2002, p. 39-40)

Os fenômenos ideológicos têm forte ligação com os valores de uma determinada sociedade. Numa sociedade que tem valores marcados pela estética branca e por uma visão eurocêntrica da história, é preciso que os educadores agucem seu senso crítico. Nesse sentido, a Lei 11. 645/08 é instrumento fundamental na construção de posturas educativas antirracistas. Por isso, essa lei pode ser caracterizada como uma política valorativa. Na medida que o ensino fundamental incorpore seus princípios teremos condições de pensar a escola como o espaço de construção do respeito e reconhecimento da diversidade. O ensino não deve apenas discutir datas especiais mas ter em sua prática cotidiana atividades que incorporem história desses povos na construção da sociedade brasileira.

Cabe ainda uma outra distinção conceitual, quando comentamos sobre a discriminação indireta, foi observado que ela se manifesta através de indicadores sociais de desigualdade entre os diversos grupos que compõem a sociedade. A discriminação indireta exige políticas de caráter afirmativo. As políticas afirmativas se manifestam no tratamento preferencial por grupos historicamente marginalizados (JACCOUD e BEGHIN, 2002, p. 47).

Um exemplo de política afirmativa é o curso de Licenciatura indígena oferecido pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD destinado às populações indígenas do Mato Grosso do Sul. Além da Licenciatura indígena temos as cotas sociais. Óbvio que essas

políticas não substituem as políticas de caráter universal de melhoria do ensino público e das condições de vida da população mais pobre. Mas são um instrumento necessário para aqueles que não têm mais tempo para esperar tais melhorias. O conhecimento desses termos é importante para o combate à discriminação e ao racismo na escola.

Cabe destacar ainda que esse esforço para construção de uma educação antirracista deve ser coletivo. Sabemos que muitos professores trabalham de forma individual e tem tido sucesso em suas práticas. Mas quando existe uma preocupação coletiva, onde todos discutam e tracem estratégias em comuns pode ter maior efetividade. Nesse sentido, acreditamos que um diálogo entre a universidade e os professores do ensino fundamental é de extrema importância. Acreditamos que o Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros – NEAB da UFGD poderá contribuir em muito com a consolidação da Lei 11.645/08.

Atualmente, o site da UFGD, tem um espaço destinado ao NEAB. No ícone do NEAB, os professores têm a possibilidade de acesso ao link do Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre o Negro Brasileiro – NEIMB da Universidade de São Paulo. Aqui, eles poderão ter contato com a *Coleção Percepções da Diferença*, organizada pela professora Gislene Aparecida dos Santos. Essa coleção trabalha com temas que levam ao reconhecimento e discussão da discriminação e racismo em sala de aula.

Enfim a construção de uma educação antirracista é uma tarefa coletiva. Professores, coordenadores, alunos e a comunidade em geral precisam se articular para um debate franco e aberto sobre essas questões. Acreditamos que essas oficinas são fundamentais nesse processo, por isso aguardamos novos contatos para que possamos juntos construir esse novo olhar sobre a educação em Dourados, tarefa fundamental para aqueles que querem a efetiva cidadania e democracia em nosso país.

## **Bibliografia**

ANTONIL, André João. *Cultura e opulência do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia/Edusp, 1982. Coleção Reconquista do Brasil.

JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002.

ESCHWEGE, W. L. Von. *Pluto brasiliensis*. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1979, 2 vols.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. São Paulo: Editora Ática, 1978, v.2

FONSECA, Dagoberto J. História da África e afro-brasileira na sala de aula. In: SOUZA, Rosana de; BENEDITO, Vera Lúcia (Orgs.). *Orientações curriculares: expectativas de aprendizagem para educação étnico-racial na educação infantil, ensino fundamental e médio*. São Paulo: Secretaria Municipal da Educação, DOT, 2008, p. 26-76.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Racismo e antirracismo no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1999.

\_\_\_\_\_. *Classes, raças e democracia*. São Paulo: Editora 34, 2002.

\_\_\_\_\_. Como trabalhar com “raça” em sociologia. *Educação e Pesquisa*. São Paulo, v. 29, n.1, p. 93-107, jan./jun. 2003.

LIBBY, Douglas Cole. *Habilidades, artifícios e ofícios na sociedade escravista*. In: \_\_\_\_\_.; FURTADO, Júnia Ferreira (Orgs.). *Trabalho livre, trabalho escravo: Brasil e Europa, séculos XVIII e XIX*. São Paulo: Annablume, 2006.

NASCIMENTO, Abdias do; NASCIMENTO, Elisa Larkin. Reflexões sobre o Movimento Negro no Brasil, 1938-19997. In: GUIMARÃES, A.S.A.; HUNTLEY, L. *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PINTO, Regina Pahin. *Movimento negro em São Paulo: luta e identidade*. 1993. Tese (doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

**Diagramação, Impressão e Acabamento:**



Rua Fagundes Varela, 967  
Cep 19802 150 • Assis • SP  
Fone: (18) 3322-5775  
Fone/Fax: (18) 3324-3614  
[vendas@graficatiunfal.com.br](mailto:vendas@graficatiunfal.com.br)  
[www.graficatiunfal.com.br](http://www.graficatiunfal.com.br)