



Tecnologia em Segurança Pública
UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA



DIRB83

Estado e Direito

Antonio Sá da Silva Mestre

DIRB83

ESTADO E DIREITO

Contribuições ao estudo dos fundamentos da
segurança pública no Brasil

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
TECNOLOGIA EM SEGURANÇA PÚBLICA

ESTADO E DIREITO
Contribuições ao estudo dos fundamentos da
segurança pública no Brasil

Antonio Sá da Silva

Salvador, 2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Reitor: João Carlos Salles Pires da Silva

Vice-Reitoria

Vice-Reitor: Paulo César Miguez de Oliveira

Pró-Reitoria de Ensino de Graduação

Pró-Reitor: Penildon Silva Filho

Faculdade de Direito

Diretor: Prof. Celso Luiz Braga de Castro

Superintendência de Educação a

Distância -SEAD

Superintendente: Márcia Tereza Rebouças Rangel

Coordenação de Tecnologias Educacionais
CTE-SEAD

Haenz Gutierrez Quintana

Coordenação Administrativa CAD-SEAD
Sofia Souza

Coordenação de Design Educacional
CDE-SEAD

Lanara Souza

Tecnologia em Segurança Pública

Coordenadores:

Profª Ana Paula Bonfim

Prof. Antonio Sá da Silva

Produção de Material Didático

Coordenação de Tecnologias Educacionais
CTE-SEAD

NELT/UFBA

Núcleo de Estudos de Linguagens &
Tecnologias

Direção geral

Prof. Haenz Gutierrez Quintana

Projeto gráfico

Prof. Haenz Gutierrez Quintana

Foto de capa

Pixabay

Equipe Design

Editoração / Ilustração

Tiago Silva dos Santos

Letícia Rodrigues

Equipe Audiovisual

Direção:

Prof. Haenz Gutierrez Quintana

Coordenação de estúdio:

Maria Christina Souza

Produção:

Letícia Moreira de Oliveira

Lana Denovaro Scott

Câmera / Iluminação

Maria Christina Souza;

Jorge Bonfim Santiago Farias

Edição:

Jorge Bonfim Santiago Farias

Imagens de cobertura:

Maria Christina Souza;

Thiago Andrade Santos;

Jeferson Alan Ferreira.

Animação e videografismos:

Bianca Fernandes Silva

Trilha Sonora:

Lana Denovaro Scott

UAB - UFBA

Esta obra está sob licença Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0: esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho para fins não comerciais, desde que atribuam o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos.



Licença Creative Commons
(CC BY-NC-SA 4.0)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária Reitor Macedo Costa
SIBI - UFBA

Silva, Antonio Sá da

S586 Estado e Direito - Contribuições ao Estudo dos Fundamentos da Segurança Pública no Brasil. / Antonio Sá da Silva – Salvador: SEAD - UFBA, 2016
88 p. il.

ISBN: 978-85-8292-095-4

1.Direito e Estado. 2.Estado de Direito.I.Universidade Federal da Bahia.
II. Superintendência de Educação a Distância. II.Título.

CDD 340.

SUMÁRIO

MINI CURRÍCULO DO AUTOR

CARTA DE APRESENTAÇÃO DA DISCIPLINA

UNIDADE 1 – A ORIGEM DO ESTADO E DO DIREITO E AS SUAS RELAÇÕES COM O MUNDO MORAL

Aula 1.1 – As teorias sobre a origem do Estado e do Direito	9
1.1.1 – A guerra de teorias explicativas do Estado e do direito	10
1.1.2 – Os juspositivismos e jusnaturalismos antigos e modernos	12
1.1.3 – O neocontratualismo atual e o esgotamento do dualismo entre direito natural e direito positivo	18
Aula 1.2 – A vingança privada e a justiça estatal	22
1.2.1 – A história e os sistemas legais paraestatais	22
1.2.2 – As narrativas fundadoras da justiça estatal e da ruptura com a autotutela jurídica	24
Aula 1.3 – Os dilemas atuais de legitimação da ordem jurídica estatal	28
1.3.1 – A depreciação das instituições públicas	28
1.3.2 – As organizações paraestatais no mundo contemporâneo	31
1.3.3 – Os movimentos sociais e organizações sociais contemporâneos	32
Aula 1.4 – A ideia de moralidade e as suas dimensões pública e privada	34
1.4.1 – A etimologia do termo ou a gramática do ethos	34
1.4.2 – O objetivo e o alcance da vida ética	37
Aula 1.5 – A relação entre Estado, moral e Direito	39
1.5.1 – O Estado, sua autonomia moral e seus limites jurídicos de atuação	39
1.5.2 – O Direito, sua dimensão moral e seus desafios políticos	42
Síntese da unidade	45
Exercícios de fixação da unidade	46

UNIDADE 2 – A CONSTRUÇÃO MODERNA, A RECONSTRUÇÃO ATUAL E OS DESAFIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Aula 2.1 – A origem e as transformações do Estado democrático de direito	49
2.1.1 – O problema da liberdade política, a origem e os fundamentos da democracia	51
2.1.2 – Os absolutismos jurídico-políticos eo problema da segurança jurídica	53
Aula 2.2 – Os desafios da democracia no nosso tempo e as limitações do direito	57
2.2.1 – Qual democracia? Pode ela ainda nos salvar de todos os vícios do poder?	57
2.2.2 – O “Estado democrático de direito” em tempos de “muitas leis e pouco direito”	61
Aula 2.3 – A ideia da justiça e a sua diferença para com as outras concepções de Estado e de Direito	63
2.3.1 – A ideia de justiça na história	63
2.3.2 – A imprescindibilidade da justiça para a legitimação do Estado e do direito	65
Aula 2.4 – Os desafios atuais da justiça: violência, intolerância, pobreza, crise ambiental e corrupção	67
2.4.1 – Do Estado liberal para o Estado social	68
2.4.2 – A idade do pluralismo, da emancipação e do reconhecimento	71
2.4.3 – A justiça política e a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana	73
Aula 2.5 – Cosmopolitismo, nacionalismo e Direito	75
2.5.1 – As teorias da comunidade universal e a clássica noção de soberania	75
2.5.2 – O problema atual do pluralismo moral e político: uma discussão entre liberalistas e comunitaristas acerca do universalismo e do particularismo da justiça	79
Síntese da unidade	83
Exercícios de fixação da unidade	85
Atividade final do módulo	87
Referências	87

MINI CURRÍCULO DO AUTOR

Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Professor de Filosofia, Ética, Hermenêutica e Teoria do Direito da Faculdade de Direito da UFBA. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Atividade Judicante e de Pós-Graduação em Direito e Magistratura da UFBA/Escola de Magistrados da Bahia. Membro do Instituto dos Advogados da Bahia. Advogado.



CARTA DE APRESENTAÇÃO

Caro(a) amigo(a) e aluno(a)!

Iniciamos aqui nossos trabalhos sobre Estado e Direito, uma disciplina introdutória ao Curso de Tecnologia em Segurança Pública que você escolheu fazer na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Estou muito feliz em ter ficado responsável por te acompanhar nestes estudos, sobretudo porque é um tema que me fascina bastante; tenho certeza de que você vai tirar o melhor proveito, de modo que no final da disciplina dominará os conceitos básicos sobre Estado e Direito, indispensáveis para prosseguir no seu curso.

Gostaria que antes de começar você assistisse ao filme brasileiro *Abril Despedaçado*, produzido por Walter Salles e gravado em Rio de Contas, BA, pois recorrerei a ele por diversas vezes para exemplificar o tema do Direito e do Estado com o problema da segurança pública. Além disto, você será convidado outras vezes a prestar atenção em músicas e outras histórias que te ajudem a relacionar a matéria com os fatos da realidade onde vive.

Você está recebendo agora um livro-texto, com os conteúdos básicos da disciplina, indicações bibliográficas para aprofundamento e exercícios de fixação. A primeira unidade tem por objetivo te oferecer uma compreensão breve mas rica sobre as teorias que discutem como o Estado e o Direito foram criados e as razões para isto acontecer; a segunda se dedica a estes temas também, só que com o compromisso de te ajudar a entender como a Idade Moderna mudou totalmente a concepção antiga da vida pública; você conhecerá os motivos que levaram ao surgimento do chamado “Estado democrático de direito” e as razões que levaram as nações, desde então, a se comprometerem em respeitar a pessoa humana, buscarem a igualdade e a promoverem a justiça.

Espero interagir sempre com você e corresponder às suas expectativas.

Um ótimo curso para nós!

Antonio Sá da Silva

UNIDADE 1

A ORIGEM DO ESTADO E DO DIREITO E AS SUAS RELAÇÕES COM O MUNDO MORAL

As instituições públicas que temos não estão aí por acaso, como se brotassem da terra, mas são fruto de discussões que às vezes demoram séculos até produzirem frutos; o Estado, por exemplo, para nós ocidentais, começa com a *polis* grega e atinge a maioria com os Estados nacionais no séc. XVIII (hoje, em tempos de Mercosul, União Europeia, etc., talvez já estejamos num estágio até mais “avançado”, isto é, na idade dos Estados pós-nacionais), enquanto que com o direito ocorre mais ou menos igual. Conhecer a teoria e a história das instituições públicas, assim como a relação que têm com a vida ética, é fundamental para compreendermos o porquê de serem hoje o que são, assim como para podermos mudar o que precisa ser mudado. Quando terminar esta unidade, dedicada a estes temas, você saberá o que toda pessoa interessada no assunto de segurança pública deverá saber de início: os motivos que levaram o Ocidente a escolher um caminho diferente do que os orientais escolheram, embora ambos procurem, igualmente, a justiça, a segurança e a paz social.

Aula 1.1 – As teorias sobre a origem do Estado e do direito

Existem muitas teorias que explicam os motivos que levaram os humanos, diferentemente do que ocorre com os animais não humanos, a se organizarem em sociedade, aperfeiçoá-la todos os dias e darem a ela um caráter permanente. No final desta aula, você conhecerá as teses mais comuns sobre a origem do Estado e do direito; retire o melhor proveito e dê logo um grande passo na compreensão de boa parte dos problemas humanos que parecem sem solução hoje em dia, fruto de um certo esgotamento do modelo de vida que foi criado durante o período moderno.



Reflexão

O que leva o cidadão a sujeitar-se a determinado governo ou a obedecer a decisão de um juiz? O que será que leva Tonho, personagem de *Abril Despedaçado*, a sentir-se obrigado a vingar a morte do irmão? Por que será que os mortos, como pergunta a mãe de Tonho, governam os vivos de sua casa?

1.1.1 – A guerra de teorias explicativas do Estado e do direito

Antes de estudarmos as teorias classicamente adotadas para explicarem a causa comum da origem do Estado e direito, não posso deixar de dizer que isto vai muito além da discussão entre defensores do direito natural e do direito positivo. É possível observar, por exemplo, que aqueles que defendem uma espécie de *darwinismo social* acreditam que a sociedade se inicia (e também se aperfeiçoa) por um processo seletivo natural onde os mais fortes e melhores sobrevivem aos demais; veja que esta tese, defendida pelo sofista Trasímaco no livro I da *República* de Platão, parece também presente no escritor brasileiro Euclides da Cunha, no seu famoso *Os Sertões* e onde trata da Guerra de Canudos, não deixa de denunciar a brutalidade do Estado, mas insinua o tempo todo que aquela comunidade organizada pelo Conselheiro retratava o tipo inferior de homem que era o sertanejo.

Os autores *marxistas* dão uma outra versão para a origem do Estado, e, consequentemente, para o sentido do direito: nenhuma dessas instituições teria uma origem natural, mas seriam o resultado de uma luta entre os que trabalham e os que possuem os meios de produção; segundo essa escola, quem vence essa disputa constrói um aparato de forças para dominar os que perderam (o Estado), com instrumentos bem afiados para se manterem no poder; entre tais instrumentos estariam a religião e o direito. O escritor inglês George Orwell, no seu famoso livro *A Revolução dos Bichos* e que mais tarde se tornou um sucesso do cinema, satiriza essa teoria onde os animais de uma fazenda se organizam para lutarem contra os seus donos, entoando uma canção que reproduz a ideia de Marx e Engels, vista numa frase que encerra o *Manifesto Comunista* de 1848: “Trabalhadores do todo o mundo, uni-vos”.



Imagem 01

Filme “A Revolução dos Bichos”, baseado no livro de George Orwell e que adverte para a perversidade que o Estado socialista, tal como o Estado capitalista, está sujeito a praticar.

Fonte: Frame extraído do filme *Animal Farm*

Mas, dessas teorias que eu gostaria de apresentar inicialmente, a que me parece mais convincente é a de um historiador francês do séc. XIX, Fustel de Coulanges, o qual publicou um livro intitulado *A Cidade Antiga*, resultado de uma pesquisa que fez sobre os gregos, romanos, hebreus, hindus e outros povos antigos; ali, revela importantes descobertas sobre suas religiões, sendo a mais importante a seguinte: a de que a crença numa vida após a morte foi a grande responsável pela origem das principais instituições públicas que existem até hoje.

Os antigos acreditavam, de acordo com a obra de Fustel de Coulanges¹, que fariam na outra vida o que já faziam por aqui; deste modo, quando morria um nobre, por exemplo, o mesmo era sepultado juntamente com seus cavalos, escravos e todos os utensílios de seu uso pessoal; isto assegurava a continuidade de uma vida conforme a sua nobreza. A garantia de uma vida feliz depois da morte exigia, também, que os vivos levassem ao túmulo o leite, as frutas, o pão e o mel, a fim de que o morto se alimentasse de acordo; disto teria nascido, de acordo com o autor francês, a instituição da família, primeira

1 FUSTEL DE COULANGES, 2003, p. 19 e segs.

unidade social que se desenvolveu até o surgimento da cidade (*polis*), uma organização mais complexa que por sua vez se aperfeiçoou até chegar ao Estado nos moldes atuais.

O que o autor francês diz do Estado tem reflexo no direito. De acordo com ele, quem morria e não deixava filhos estava fadado à desgraça, pois jazeria à míngua para sempre; foi aí que tiveram uma ideia brilhante: quem não conseguisse ter filhos, poderia introduzir na sua casa os filhos de outrem, criando-os como se fossem seus filhos sangue (a adoção); assim, todo mundo teria quem lhe levasse o alimento e lhe prestasse o culto familiar. O passo seguinte, conforme aquele livro, teria sido a criação da propriedade privada: para garantir nosso compromisso e lembrança com os nossos antepassados, o túmulo foi declarado inviolável pela religião, algo que se vê, inclusive, na religião hebraica quando Abraão, após a morte de sua esposa, manda cercar o terreno onde a mesma foi enterrada². Deste modo, estaria explicada a origem do Estado e do direito: seria um processo histórico, onde crenças e tradições se perpetuam por meio das instituições que se revigoram e se aperfeiçoam todos os dias.

1.1.2 – Os juspositivismos e jusnaturalismos antigos e modernos

Os povos antigos, talvez pelo pouco conhecimento científico existente e pela pequena quantidade de pessoas que tinham acesso a ele, davam às coisas quase sempre um caráter meio mágico; o Estado e o direito não fugiam a esta regra, de modo que os deuses e heróis quase sempre eram apontados como seus benfeitores. Os diferentes registros oferecidos por poetas, historiadores e filósofos, permitem que sejam classificados como *jusnaturalistas*³. O que isto quer dizer?

Segundo os jusnaturalistas, tanto o Estado como o direito seriam instituições eternas, imutáveis, universais e necessárias: ambos seriam “entidades naturais” porque sempre existiram, sua essência nunca mudaria e valiam em qualquer tempo e lugar, além de que seriam realidades indispensáveis e inevitáveis em nossas vidas. O filósofo grego Aristóteles, no livro V de sua *Ética a Nicômaco*, compara a lei natural com o fogo que não tem uma forma em Atenas e outra em Esparta, ao passo que tanto na Grécia como no Egito ele queima com a mesma intensidade.

Uma teoria oposta à que agora aprendemos é defendida por autores que chamamos de *juspositivistas*: refutam a teoria anterior e dizem que o direito e o Estado não são eternos

2 Gn 23, 1-20.

3 FREIRE, 2009, p. 115 e segs.

porque são criações humanas, não são imutáveis porque mudam de acordo com o tempo, não são universais porque têm forma diferente de acordo com o lugar e, também, não seria nenhuma realidade necessária ou inevitável como é necessário que após a noite venha o dia, pois seria uma escolha humana de viver deste ou daquele modo. O mesmo Aristóteles, falando da lei positiva, cita o seguinte exemplo: uma certa comunidade, para homenagear os seus deuses, desde muito tempo se sacrificavam cinco ovelhas ou então cinco cabras, mas um dia resolveram que a homenagem, para ficar de acordo, somente poderia ser feita sacrificando cinco ovelhas; o filósofo pergunta, então: essa homenagem não poderia ser feita sacrificando cinco cabras? E responde com brilhantismo: é claro que sim, tanto que era assim antes; todavia, desde que os cidadãos decidiram livremente que seriam cinco ovelhas e não cinco cabras, o sacrifício precisa ser feito com cinco cabras, pelo menos até que se decida de uma outra forma.

Os especialistas costumam apontar uma peça de Sófocles, *Antígona*, como o registro mais antigo do confronto entre duas leis onde uma delas, a lei natural, é mais forte do que a outra, a lei positiva. É que naquela tragédia grega, a jovem Antígona é presa e interrogada pelo rei, sob a acusação de descumprir um decreto de sua autoria: aquele que proibia enterrar cidadãos tebanos que traíram sua cidade na guerra; o irmão da conduta, Polinices, era um desses guerreiros, mas ela disse que a proibição não valia porque desde os tempos imemoriais os deuses mandavam dar sepultura aos mortos. O rei, claro, acreditava que a lei que valia era a sua, por isto condenou a menina a ser enterrada viva, mesmo com os conselhos do filho e do cego Tirésias.

É verdade que em todos os tempos da história existiram defensores da ideia de um direito natural como de um direito positivo, mas é fato que na antiguidade prevalecia a ideia naturalista, ao passo que na modernidade prevaleceu o pensamento positivista. Um traço diferenciador dessas escolas e que se mantém ao longo dos séculos é o do jusnaturalismo acreditar que há um direito que antecede a vontade e as nossas escolhas, antecede nossas experiências, ao passo que o juspositivismo não vê qualquer possibilidade de isto ocorrer. Mas tanto as teorias jusnaturalistas como as juspositivistas comportam, para efeitos didáticos, algumas diferenciações.

Os jusnaturalismos pré-modernos, por exemplo, pensam no Estado e no direito como realidades externas ao homem, sem um vínculo necessário para com ele, como se a gente os herdasse ao nascer e os dividisse às vezes com tudo o mais que existe no mundo; uma ideia que retrata bem isto é aquela muito corrente entre os gregos e à qual Aristóteles sempre recorre: a de que “o homem é um animal político”, isto é, você e eu somos

cidadãos por natureza, e se quisermos ser felizes, temos que participar da vida política da nossa Cidade e respeitar as suas leis; já o jusnaturalismo moderno é diferente: o Estado e o direito seriam como artefatos humanos, construídos ao nosso modo, de acordo com nossos interesses. O filósofo inglês Thomas Hobbes, por exemplo, desdenhou as ideias antigas do direito e do Estado e disse que eram todas fantasiosas, pois de acordo com ele, foram os humanos que um dia, cansados de brigarem entre si, fizeram um acordo e puseram fim à insegurança que rondava todo mundo.

Os pensadores antigos, basicamente, podem ser agrupados em duas espécies de jusnaturalismo. O direito natural *cosmológico* sustentou que a lei sempre nasce de uma força que o cosmo exerce sobre as pessoas e sobre tudo o que habita o Universo, para que façamos o bem e evitemos o mal; um exemplo de autor que pensa assim é o filósofo grego Heráclito: tal como os astros influenciam na força das marés e na saúde dos corpos, a lei da Natureza também se impõe sobre nós, quer nós queiramos ou não; deste modo, quando nos organizamos em comunidade ou quando estabelecemos as leis, estamos a adaptar a nossa lei àquela que rege todo o Universo.

O direito natural *teológico* é outra espécie de jusnaturalismo que influenciou fortemente os pensadores antigos, sobretudo Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. Os autores cristãos também acreditam numa origem natural do direito e do Estado, mas diferentemente dos pagãos, atribuem esse feito a Deus, o verdadeiro legislador que teria criado a lei e gravado em nossos corações; por isto que os doutores da Igreja acreditam que toda pessoa, em todo tempo e lugar e independentemente de uma lei positiva, tem condições de fazer a coisa certa e evitar todo o mal.

Há uma terceira espécie de jusnaturalismo, conhecida como direito natural *racionalista* ou simplesmente como jusracionalismo, própria dos autores modernos e que se difere um pouco da teoria dos antigos. Não já aprendemos que o jusnaturalismo antigo pensava o direito e o Estado como realidades externas à pessoa, no primeiro caso como fruto de uma força poderosa vinda da Natureza e no segundo como um presente de Deus? Pois é... o caso agora é diferente, visto que aqui tudo é considerado natural também, só que nada é externo, mas nasce da própria natureza humana. Em outras palavras, os humanos seriam todos racionais, por isto sua inteligência lhes obriga a respeitar a lei e a não praticar injustiça com ninguém. O exemplo mais emblemático desta escola é o de Kant, para quem a desobediência à lei é a negação da nossa própria humanidade: seria possível construir uma fraternidade universal, uma paz perpétua entre os povos, visto que todos os humanos podem agir de acordo a razão.



Conceito

A Carta da ONU de 1948 foi inteiramente influenciada pelas ideias de Kant, declarando em seu art. 1º: “Todas os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

O jusnaturalismo moderno se serviu principalmente do argumento do contrato social e que tinha sido intuído na Grécia antiga pelos Sofistas, mas com pouca repercussão. “O que isto significa?”, você deve estar perguntando. Quer dizer que para os contratualistas, o direito nasceu de um contrato, feito pelas pessoas que um dia se sentiram ameaçadas pela violência, pela perda de seus bens ou de sua liberdade; elas teriam resolvido fazer um grande pacto, onde o Estado foi criado para tomar conta de nós. De acordo com esses autores, Estado e direito são criações humanas, nascidas de um surto de inteligência dos próprios humanos.

A teoria contratualista deu início aos fundamentos de um Estado e de um direito liberal. É que o primeiro contratualista da era moderna é Hobbes, o qual pensava que o Estado é uma instituição forte que faz o que bem entende para nos dar a segurança que precisamos; mas John Locke, diferentemente, achava que esse Estado não tinha direito absoluto sobre nós, pois deveria respeitar nossa liberdade religiosa, nossa integridade física e moral, além de nossa propriedade privada. O espírito liberal também está contido em Jean-Jacques Rousseau, para quem o homem nasceu bom e livre, por isto o Estado só foi criado para nos devolver a liberdade e a bondade que perdemos com o início da civilização.

A escola contratualista foi um sucesso geral na construção da ideia de Estado e de direito na tradição ocidental. Isto é tão verdadeiro que ela ajudou a fortalecer aquela ideia que já existia desde a pré-modernidade e que negava o direito natural, dizendo que todo direito nasce da experiência humana, a qual, por óbvio, mudaria conforme o tempo e lugar. Como que ocorre esse fortalecimento? No século XVIII, cresciam as preocupações com o absolutismo político, aquelas formas de governo onde o rei concentrava em torno de si os poderes de fazer a lei, administrar o Estado e julgar as questões que surgiam entre os súditos; o exemplo mais emblemático disto é o de Luís XIV que dizia sem qualquer cerimônia: “o Estado sou eu”.

A burguesia europeia, sedenta de liberdade para trabalhar e produzir, mas ao mesmo tempo sufocada pelo Estado e pela Igreja, inspira muitos pensadores da época, tal como já vimos Locke defendendo a propriedade privada como o grande objetivo do Estado e do direito; neste terreno de preocupações é que autores como Kant e Rousseau, por exemplo, são talentosos defensores do republicanismo, um sistema de governo do povo e para o povo. Mas os autores mais decisivos para a construção do direito moderno, com seu feitiço liberal, foram Montesquieu e Beccaria: o primeiro defendeu, em seu *Do Espírito das Leis*, a necessidade do poder do Estado ser distribuído entre legislativo, executivo e judiciário, isto para que os funcionários de uma esfera vigiassem e controlassem **a ação dos demais; o segundo, no seu *Dos Delitos e das Penas***, defendeu com toda paixão essa teoria para que os juízes passassem a ser simplesmente “a boca da lei”, isto para evitar os abusos que testemunhavam nessa época.



Sabendo um pouco mais

Veja o que diz a Constituição Federal Brasileira de 1988, primeiro no art. 5º onde se inicia o título dos direitos e garantias fundamentais, depois nos artigos 44-126 onde as funções do Estado aparecem distribuídas entre legisladores, administradores e julgadores:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

Pois bem... Montesquieu e Beccaria influenciaram fortemente a criação do que se conheceu como o “Estado de legalidade” ou “Estado de direito”, de modo que em 1.804 nasceu o Código de Napoleão ou o Código Civil Francês, uma espécie de “demiurgo” (criador) da era moderna: a lei era tudo e podia tudo, não existindo nenhum direito antes dela e depois dela. Creio que você já percebeu a ideia nuclear da filosofia moderna: os humanos fizeram um contrato e deram ao Estado o papel de cuidar de nossas vidas, mas esse poder não foi dado ao rei e muito menos ao Papa, mas aos legisladores que são escolhidos pelo povo; este seria o criador do direito, pelo uso da razão, por isto não haveria outro direito a não ser o que o legislativo estabelece.

O que aprendemos acima já mostrou como o jusnaturalismo racionalista fortaleceu o pensamento juspositivista do direito. Desde o séc. XVI que surgiu na Europa um movimento que tomou conta das academias de ciência, varrendo toda forma de influência religiosa ou metafísica; esse cientificismo se agigantou com o surgimento do positivismo, uma corrente da sociologia que defendia a superação dos conhecimentos mitológico e filosófico pela adoção do conhecimento positivo, isto é, por aquele que nos seria dado pela observação e análise rigorosa dos fenômenos, aquele que nasceria da “manipulação” de dados que a experiência nos oferece. O expoente máximo desta escola é o sociólogo francês Augusto Comte, o qual influenciou, também, juristas e cientistas políticos com suas ideias.

A primeira espécie de positivismo jurídico ou de juspositivismo que se afirmou foi o que eu disse logo acima: o que resultou de um diálogo entre contratualismo e positivismo científico, o que endeusa o código civil francês e que conhecemos como direito positivo *legalista*. A grande preocupação aqui é com a segurança jurídica dos cidadãos, algo que até hoje nos sistemas jurídicos chamados de *civil law* e sobretudo no direito penal, exerce um grande fascínio sobre os juristas; tanto a Constituição Brasileira de 1988 no inciso XXXIX do art. 5º, como o art. 1º do Código Penal Brasileiro, diz que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; é essa mesma Constituição Federal que determina, no inciso II do art. 5º, que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Ocorre, todavia, que existem pelo menos mais duas formas de juspositivismo; por um lado a escola histórica ou o positivismo *consuetudinário*, a exemplo do que afirma Friedrich Carl von Savigny: o direito e o Estado nasceriam dos costumes do povo, os quais se transformam com o tempo, de maneira incontrolável pelo Estado e legislador; por outro, o positivismo *normativista kelseniano*, uma versão totalmente nova no séc. XX daquele normativismo do séc. XIX: o direito e o Estado teriam origem num conjunto de normas, dispostas hierarquicamente onde as inferiores somente são válidas se estiverem em conformidade com as superiores; o modelo visual mais fácil de compreender, oferecido por Hans Kelsen, é o de uma pirâmide, na qual a Constituição se encontra no ápice, ao passo que as sentenças, regulamentos, contratos, etc., estão na parte mais inferior dessa pirâmide. Neste caso, as leis e os costumes alimentam essa pirâmide, por isto a teoria se difere tanto do positivismo legalista como do positivismo consuetudinário.

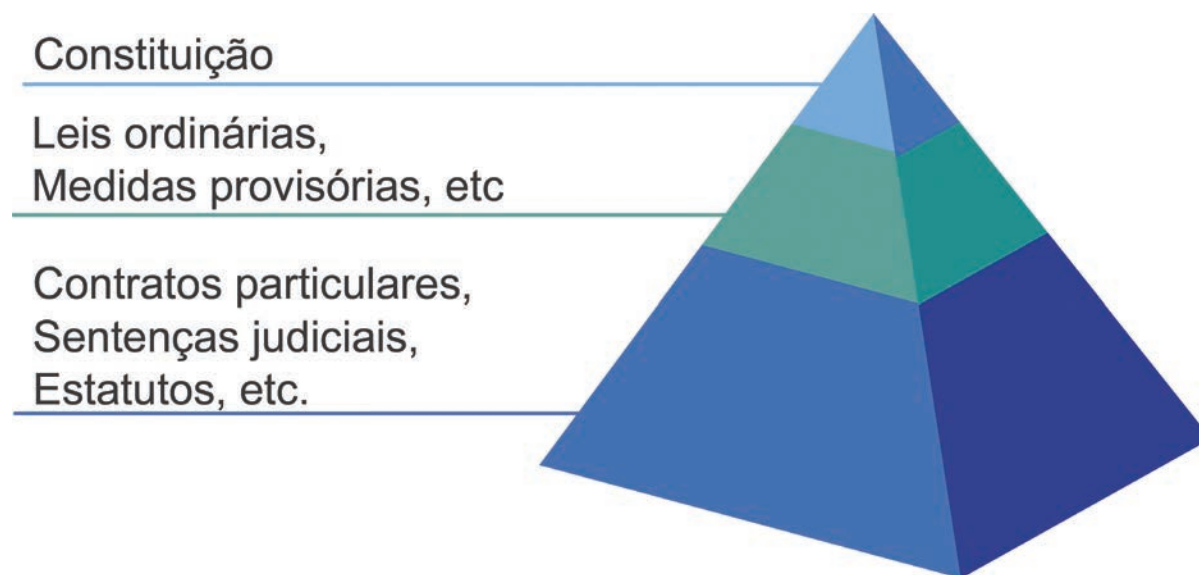


Imagem 02

A pirâmide normativa de Kelsen, segundo a qual a ordem jurídica de um Estado se estrutura segundo um conjunto de normas, de modo que as inferiores são legitimadas pelas superiores que a legitimam. Ex.: A sentença de um juiz criminal no Brasil hoje deve ser obedecida porque se baseou no Código Penal, código este que vale porque está de acordo com a Constituição Federal de 1988.

Fonte: Ilustração por Letícia Rodrigues



Glossário

O direito e o Estado são, para o jusnaturalismo, eterno, imutável, universal e necessário; o *cosmológico* diz que vem da força do cosmos, o *teológico* da vontade ou razão divina e o racionalista da inteligência humana; para o *juspositivismo*, ambos são históricos, mutáveis, locais e convencionáveis; o *legalista* diz que nasce da lei, o *consuetudinário* dos costumes e o *normativista kelseniano* das normas.

1.1.3 – O neocontratualismo atual e o esgotamento do dualismo entre direito natural e direito positivo

O debate entre jusnaturalistas e juspositivistas foi muito forte até a II Guerra Mundial, perdendo força desde então. É que os autores se deram conta de que, realmente, não há outro direito ou Estado que não seja o positivado, isto é, aquele reconhecido pelo povo,

por meio da lei editada pelo legislador, dos costumes sociais, do ensinamento da doutrina e das decisões dos tribunais; com o avanço da democracia, com o reconhecimento de que todas as pessoas, independentemente de suas crenças, origem social e geográfica, têm direito de serem tratadas com respeito e de serem felizes (o discurso dos direitos humanos), etc., resta hoje fora de moda, por exemplo, buscar em Deus o fundamento para o direito e para o Estado; neste sentido, o que se passa hoje no Brasil, com a tentativa das bancadas religiosas de serem pagas com o dinheiro público e tentarem impor suas crenças pessoais aos brasileiros em geral, ainda que admitido o direito de acreditarem no que acreditam, não passa de um despropósito reprovável.

O dualismo direito natural e direito positivo, portanto, tem importância apenas histórica, permitindo conhecer como nossas instituições se formaram e pensamos atualmente; podemos dizer que hoje o debate entre os teóricos do Estado e do direito, sobre os fundamentos dessas duas instituições, é uma discussão que está por resolver. O que se pode dizer apenas é que hoje nos interessa mais discutir uma questão: o que as instituições públicas podem fazer para que cada um possa se realizar plenamente, como pessoa e como cidadão, de modo a viver em paz e seguro.

Os grandes acontecimentos do séc. XX (as duas grandes guerras, a globalização, o avanço da tecnologia, os novos movimentos sociais, etc.) inauguraram o que se tem chamado de pós-modernidade jurídica e política. Isto quer dizer que os paradigmas da modernidade (racionalidade, igualdade, universalidade, imparcialidade, etc.) deixaram de ser tão evidentes como pareciam no “século das luzes”; em síntese, pode se dizer que enquanto a modernidade buscava a igualdade das pessoas e a universalidade dos direitos, por exemplo, hoje se celebra a pluralidade e a diferença. O que os movimentos negros, religiosos, de gênero, etc., buscam de fato é a afirmação da identidade de seus membros, isto é, o direito à diferença e de igual consideração pela agenda política e jurídica.

Um autor que se deu conta logo desses desafios do Estado e do direito no final do séc. XX foi John Rawls, o qual nos propõe uma revisão do contratualismo dos pensadores liberais do período iluminista⁴. A grande questão que o filósofo americano levanta é a seguinte: como construir uma sociedade democrática e baseada no entendimento em um tempo em que as pessoas se encontram tão divididas em suas concepções de moralidade, religião, filosofia e projetos de felicidade? O que lhe incomoda é saber que o contratualismo moderno-iluminista resolveu este problema apelando para a universalidade racional, vale dizer, afirmando que todos somos iguais e racionais, portanto, seríamos capazes de nos entender no que é bom para todos; mas se hoje as pessoas divergem tanto na forma

4 RAWLS, 1997, p. 17.

como a vida boa deve ser buscada, a realização de um contrato social estaria ameaçada e a democracia em risco.

Qual a saída para a questão que Rawls nos coloca? De acordo com ele, o Estado e o direito deverão ser pensados como um “contrato”, mas não como aquele que os modernos queriam: supondo que todo mundo queria a mesma coisa para alcançar a felicidade; as cláusulas do novo contrato seriam elaboradas por pessoas que têm consciência do pluralismo cultural e das pretensões de vida boa existentes hoje em dia, mas que não pretendam extingui-las, mas, sim, protegê-las do ódio de outras pessoas; a ação do Estado e do direito se restringe, para o filósofo americano, àquilo que interessa a todas as pessoas, independentemente das convicções pessoais que possuem.

Certamente você deve estar pensando: como proteger nossas discordâncias razoáveis sobre o valor e o fim último da vida e ao mesmo tempo garantir o entendimento sobre o que todos devem fazer para que tais convicções subsistam? O autor sugere uma metáfora: imagine os representantes dos diferentes interesses negociando as cláusulas de um contrato; eles poderiam usar uma espécie de “véu da ignorância”, um manto que quando colocado sobre a cabeça, faria com que o usuário esquecesse quem realmente era antes da negociação e quem voltará a ser quando terminar; lembraria, apenas, que as pessoas são diferentes e que o contrato deve dar oportunidade igual a todas as pessoas de perseguirem os seus bens, de respeitarem as outras e trabalharem para que todo mundo possa viver com dignidade. Essa negociação seria iluminada, apenas, pela razão e pelo senso de justiça de quem entrou na discussão.

A proposta de Rawls é bastante sedutora, sobretudo porque abre nossos olhos para a impossibilidade de querer obrigar quem quer que seja a abrir mão de suas convicções individuais, exigindo de cada um, apenas, o mínimo necessário para uma convivência saudável com as outras pessoas. Mas será que o contratualismo ainda dá conta de fundamentar nossos compromissos jurídicos e políticos? Há quem entenda que não, como é o caso de Martha C. Nussbaum, para quem ele é uma teoria excludente: ocupa-se apenas com a vantagem mútua dos contratantes, deixando de fora quem não está em condições de participar de uma discussão esclarecida⁵.

5 NUSSBAUM, 2013, p. II e segs.

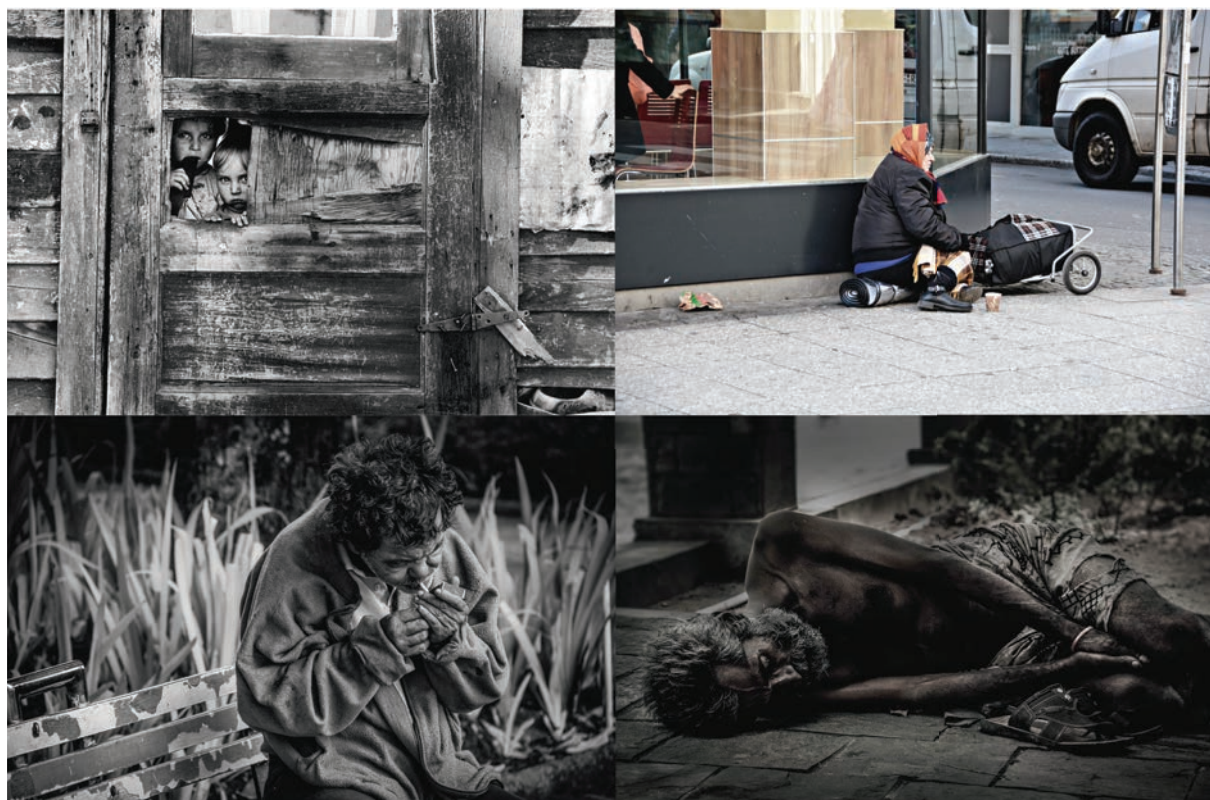


Imagem 03

Mesmo no séc. XXI, milhões de pessoas, no mundo, ainda não têm acesso a um mínimo de bens indispensáveis para viverem com dignidade.

Fonte: Web

A autora acima está convencida de que o contratualismo não resolve, por exemplo, o problema dos doentes que estão afetados na sua capacidade de razão, dos pobres que não tiveram a oportunidade de se esclarecerem sobre o conteúdo do debate, dos animais que não falam a linguagem dos humanos, dos estrangeiros que não compreendem o nosso idioma, etc.; deveríamos pensar o Estado e o direito como Aristóteles os pensou: como uma comunidade que nos salva dos infortúnios da vida, visto que somos todos mortais e surpresas desagradáveis podem frustrar nossos planos e trabalhos; o seu grande desafio atual é o de garantir que todas as pessoas possam desenvolver plenamente suas capacidades de ser e de atuar, independentemente do local de origem, crença e virtudes pessoais; isto equivaleria a uma sociedade com um mínimo de segurança para todos os cidadãos.

Aula 1.2 – A vingança privada e a justiça estatal

As famílias Breves e Ferreira disputam, na bala e por décadas seguidas, onde ficará a cerca que divide suas fazendas; a justiça que elas conhecem possui um código de honra: enquanto a camisa da vítima não amarelar por inteiro, o que equivale à chegada da próxima lua, sua família não tem o direito de cobrar o sangue derramado. Pode até te parecer estranho, mas a narrativa cinematográfica de *Abril Despedaçado*, produzida por Walter Salles e baseada em fatos reais, já foi e ainda é mais corriqueira do que se imagina neste imenso território chamado Brasil; a “vingança de sangue” já foi, inclusive, o padrão de justiça adotado por todo mundo. Vamos conhecer nesta aula alguns registros dessa fase que antecede à institucionalização do direito pelo Estado, assim como as razões que se supõem ter levado a essa mudança de paradigma.

1.2.1 – A história e os sistemas legais paraestatais

O poder atual exercido pelo tráfico de drogas em algumas comunidades urbanas, assim como a exploração de mão de obra escrava em fazendas no interior são apenas alguns exemplos do que hoje ainda se vê de uma “justiça paralela”; pouca é a diferença do que ocorre nestes casos para o que se deu na história das capitanias hereditárias ou no épico período do cangaço brasileiro.



Imagem 04

O filme brasileiro “Cidade de Deus” e a denúncia de um estado paralelo no Brasil.

Fonte: Cidade de Deus - Filme

A teoria processual costuma distinguir três modos de solução de conflitos quando os mesmos se instalam entre duas ou mais pessoas: a *autocomposição*, onde elas, com boa

vontade e empenho, discutem entre si e solucionam o problema; a *heterocomposição*, quando a alternativa anterior fracassa ou as partes procuram diretamente uma pessoa de fora (o juiz ou um árbitro) para decidir a demanda; a *autodefesa*, nos casos onde um dos envolvidos, sem recorrer à negociação ou a um terceiro, usa de seus próprios meios para resolver a questão⁶; este último é o caso do que se dá em Riacho das Almas, de forma que o pai de Tonho considerava natural que, respeitados os costumes locais, seu filho cobrasse o sangue do irmão Inácio, depois fosse ao enterro e rezasse pela alma do falecido.



Glossário

As três formas de solução de conflito são: autodefesa, quando qualquer uma das partes procura, pelos seus próprios meios, vingar-se da outra; autotutela, quando as duas partes se sentam e negociam o fim do conflito; heterocomposição, quando as duas partes comparecem diante de uma terceira pessoa (juiz, árbitro, etc.), expõem suas razões e essa pessoa diz quem tem razão.

A autotutela jurídica foi como eu já disse o padrão de justiça, antes do Estado reivindicar para si o monopólio do direito; às vezes as famílias e os grupos se vingavam até que caísse o último membro, tal como o homem do circo em Abril Despedaçado conta à afilhada e parceira sobre o infortúnio que recairá sobre Tonho. Um poeta grego ilustre, Êsquilo, representa na sua *Oresteia* uma série de desgraças que quase extermina a família de Orestes, não fosse a intervenção sábia da deusa Atena: o pai do rapaz, Agamênon, foi assassinado pela esposa, Clinemestra, porque o mesmo assassinou a própria filha do casal; este assassinio se deu, no entanto, pela punição recebida pelo avô de Orestes, Atreu, que depois de assassinar os sobrinhos e servir num banquete que preparou ao próprio irmão e pai das crianças, foi amaldiçoado por gerações seguidas com igual assassinio dos seus entes queridos; o próprio rapaz foi desafiado a matar a própria mãe para vingar a morte do pai, o que fez com a convicção de que estava fazendo o que tinha de fazer⁷.

6 PAIXÃO JÚNIOR, 2002, p. II e segs.

7 ÊSQUILO, 1992.

O mundo feudal está cheio desses casos. Esse tipo de sociedade, como se sabe, era um sistema de relações que vinculavam diretamente (sem a mediação do Estado) o senhor e seus vassallos, no qual estes entregavam àquele parte da renda e toda sua lealdade, em troca de terra e proteção⁸. O senhor feudal é uma espécie de patrão, legislador, juiz e administrador da justiça; inexistia, ali, outro direito que não seja aquele fixado pelo dono do feudo: os crimes, as obrigações familiares, os tributos, o comércio, a guerra, etc., tudo é regido de acordo com o que ele estabelece. E no caso de existirem disputas, será ele juiz de sua própria lei. O caso brasileiro das capitanias hereditárias⁹ parece ter sido, embora numa forma bastante tardia, uma espécie de feudalismo legítimo.

Mas a situação de autotutela não se esgota por aí, pois o direito canônico¹⁰, um dos mais importantes entre aqueles que influenciaram o direito ocidental como um todo, desenvolveu-se à margem do arbítrio do rei, embora disciplinando questões fora do interesse puramente religioso. Ninguém ignora as disputas homéricas entre o Papa e o rei, seja por poder, seja por tesouros; esse embate ensejou o desenvolvimento de uma doutrina, legislação e burocracia paralelas à estrutura secular que estava sob a responsabilidade do monarca; o processo inquisitorial é o maior dos exemplos do funcionamento de um aparelho judiciário paralelo ao estatal, embora tenha se desenvolvido aqui instituições importantes para o funcionamento da justiça, a exemplo do surgimento da advocacia como hoje a conhecemos; é de se observar, como adiante o faremos, que o aperfeiçoamento da justiça estatal apenas se deu com o aprendizado buscado na canonística medieval.

1.2.2 – As narrativas fundadoras da justiça estatal e da ruptura com a autotutela jurídica

Quando vimos logo atrás que Orestes participou em pessoa de uma vingança de sangue, matando sua mãe para vingar a morte do pai, ficou por dizer o desfecho da história: o mesmo foi denunciado pelas Erínias, as deusas da mitologia grega que faziam um dos papéis do Ministério Público: o de denunciar os criminosos, impedindo que fiquem impunes. Mas o acusado pediu ajuda a Atena, a deusa que entre outros atributos, possuía o dom supremo da sabedoria; ela não o julgou, mas de acordo com Ésquilo, instituiu um conselho de anciãos para o fazer, proferindo um longo discurso de abertura: doravante,

8 LOPES, 2012, p. 59 e segs.

9 Ibid., p. 341 e segs.

10 Ibid., 68 e segs.

todas as gerações se lembrariam daquele feito, eis que o julgamento seria feito com justiça, por parte de um terceiro (o juiz imparcial, como os teóricos do processo hoje dizem) que não está sob o efeito do ódio que a vítima estaria.

É claro que a narrativa de Ésquilo é apenas uma representação poética, mas não deixa de oferecer uma versão para o surgimento da justiça pública e que ajudou a construir as instituições políticas do mundo ocidental. A importância disto está no fato de saber que o autor tem uma mensagem positiva para transmitir ao espectador, diferentemente da que Eurípides, em sua *Hécuba*, teria algum tempo depois: nesta peça, a rainha de Tróia, em face dos percalços vividos após a queda de sua cidade, desconfia da capacidade do Estado de punir seus agressores, optando por fazer, pelas próprias mãos, a justiça que acredita merecer.

O elogio à justiça pública é de fato contagiante, mesmo que se possam pontuar muitas falhas de operação. Veja você que antes dessa racionalização da justiça o “magismo” dominava a solução dos litígios¹¹. Quem já assistiu a uma audiência sabe que o processo atualmente ainda guarda alguns resquícios disto tudo, de modo que as testemunhas prometem ao juiz dizerem só a verdade; mas na antiga Babilônia, diferentemente e para a garantia de que isto ocorresse, juravam perante o sacerdote; as sentenças, por sua vez, eram dadas em reunião secreta dos juízes. É verdade que a sabedoria jurídica, criada pelos romanos, trouxe contributos importantes para a racionalização do processo, mas como se deu com quase tudo da civilização romana quando os chamados “povos bárbaros” tomaram conta do império, o que prevaleceu até o surgimento do processo canônico foram decisões inteiramente obscuras do ponto de vista da razão.

É bastante curioso que em julgamento recente no Congresso Nacional, no processo de impedimento envolvendo a Presidente Dilma Roussef, a acusação tenha invocado Deus como uma espécie de colaborador com a sua tese, fato que deixou estarrecida a dogmática processual que esperava por uma prova técnica de tão importantes juristas; mas a verdade é que esse recurso foi largamente utilizado nos julgamentos medievais, conhecido pela história do direito como as chamadas “juízos de Deus”. Conhecidos mais propriamente como “ordálios”, revelava “um caráter mágico e não investigativo: era prova pela qual se invocava a divina providência para intervir”¹². O acusado era submetido a determinado tipo de provação conforme seu caso indicasse, de modo que se fosse inocente, a divindade intercederia em seu favor; utilizou-se largamente nesse período o *ferro em*

11 NASCIMENTO, 2004, 121 e segs.

12 LOPES, 2012, p. 89.

brasa (o fogo não o queimaria, de onde vem o costume de dizer que alguém vai passar por uma prova de fogo!), o *afundamento* (mesmo imobilizado e atirado na água, não se afundaria), as *feras* (preso com um leão faminto ou como uma serpente de grandes proporções e agressividade, não seria atacado), os *duelos judiciais* (o litigante que tivesse razão conseguiria vencer o outro, por exemplo, num duelo de espadas), etc.

A superação dessa fase tenebrosa da história da justiça veio a ocorrer, apenas, a partir do séc. XII em um ambiente propício para o florescimento da cultura; a criação das universidades onde o direito era ensinado parece ter sido fundamental para esse progresso, pois como é sabido, trata-se de um tempo onde o “racionalismo” de Aristóteles e Santo Tomás exerceu grande influência. O desenvolvimento se iniciou, ao que parece, com o surgimento do processo canônico: surge aqui uma classe de profissionais especificamente treinados para operar uma máquina jurídica que não espera que Deus venha revelar a verdade do processo, mas busca por ela lançando mão da investigação ordenada e burocratizada com documentos, testemunhos, debates, etc., além do uso da lógica na construção da sentença.



Imagem 05

A filosofia moderna afirmava que o julgamento deveria ser feito de maneira imparcial pelo juiz, o qual se orientaria, apenas, pela razão e pela prova dos autos, colhida no debate entre acusação e defesa.

Fonte: Ilustração por Letícia Rodrigyues

A história nos dá conta de que o direito romano, antes dominado exclusivamente pelos sacerdotes (oriundos da casta dos patrícios), passa por um processo de secularização à medida que a plebe foi conquistando seus direitos, inclusive o de integrar o colégio dos pontífices; o conhecimento jurídico ganharia a partir daí um caráter eminentemente

“técnico”, depois que despertou a atenção de homens cultos e práticos que se propuseram a aprendê-lo; isto ocorreu quando *Tiberius Caruncanius*, o primeiro plebeu a presidir o Colégio dos Pontífices, abriu as portas e deixou que qualquer interessado pudesse assistir aos julgamentos; tinha início aqui o conhecimento jurídico enquanto tal: um conhecimento autônomo em relação a outros ramos do saber como a filosofia, a religião, a economia, etc., dominado por aqueles que conhecemos como “juristas romanos” ou simplesmente “jurisconsultos”.

Talvez ninguém melhor que WEBER compreendeu a importância dessa laicização e dessa racionalização do aparelho judiciário¹³; o autor alemão colocou às claras como que o direito moderno e a cultura jurídica do Ocidente foram aos poucos abandonando o magismo jurídico; mostrou que graças ao desenvolvimento técnico e econômico, o direito e a prática jurídica foram se tornando, apenas, a institucionalização racional de certos fins que a história foi definindo¹⁴. Independentemente de falar que houve perda ou ganho com isto, pelo menos é possível afirmar que aos poucos esse direito foi se tornando menos incerto porque um aparato estatal monopolizou o controle da justiça e conferiu a ela uma ainda que aparente racionalidade. A partir daqui não haveria mais espaço para a justiça privada, a não ser quando o próprio Estado abre mão de distribuir a justiça e a entrega ao particular como se deu no tempo das capitânias hereditárias, ou ainda quando não se fazendo presente na prestação de serviços públicos perde sua legitimidade e permite que seu território seja dominado pela lei do mais forte, tal como ocorre com o Riacho das Almas.



Sabendo um pouco mais

Veja, no que for possível, algum julgamento na TV Justiça, especialmente a série dos “grandes julgamentos”, tudo no link abaixo:

<http://www.tvjustica.jus.br/>

13 WEBER, 1944, p. 614 e segs.

140 direito seria, segundo o autor alemão, um “aparato racional desprovido de toda santidad y, por tanto, modificable em cualquier momento de acuerdo com fines racionales” (Ibid., p. 660).

Aula 1.3 – Os dilemas atuais de legitimação da ordem jurídica estatal

O elogio da vida pública é um traço importante da história do Ocidente; como vimos na aula passada, o monopólio da justiça por parte do Estado representou um avanço na prestação da justiça, seja porque rompeu com a justiça privada ou de sangue, seja porque conferiu ao processo judicial um caráter racional quando deixou de apelar para a ajuda dos céus. Ocorre que nos últimos tempos se tem assistido um preocupante declínio da vida pública, com reflexos importantes na prestação do direito; nesta aula, cuidaremos deste assunto, isto para destacar alguns problemas que parecem contribuir para esse desprestígio da justiça estatal.



Reflexão

Pensando na narrativa de *Abril Despedaçado*, na qual parece inexistir segurança pública tal e qual, o que você acha que leva ao desprestígio do Estado e à apropriação da segurança pelos particulares?

1.3.1 – A depreciação das instituições públicas

Um dos fatores que estão por trás da deslegitimação da ordem jurídica estatal parece ser o próprio declínio de suas instituições, resultando no seu desprestígio social; qualquer pesquisa de satisfação com os serviços públicos denuncia escancaradamente a derrota do Estado para instituições privadas tais como imprensa, igrejas, grandes empresas, etc.; a ineficiência administrativa, a corrupção, a burocracia, etc., são algumas das fragilidades que contribuem para uma má avaliação do Estado.



Gráfico 01

Gráfico comparativo da confiabilidade das instituições públicas brasileiras em relação a instituições privadas.

Fonte: www.ibopeinteligencia.com

Qualquer pessoa é capaz de compreender que a Administração Pública vai mal quando chega a um posto de saúde e não encontra o médico, quando o ônibus demora a passar, quando as estradas estão esburacadas e as comunidades isoladas em tempos de chuva. A causa de criarmos o Estado e estabelecermos a justiça, de acordo com Aristóteles no livro I de sua *Política*, é a proteção do cidadão contra os caprichos que a vida pode lhe trazer; os governantes, legisladores e juízes, têm, portanto, a missão de planejar os negócios públicos e distribuir a justiça, de modo que quando eles não fazem isto, as instituições públicas falham.

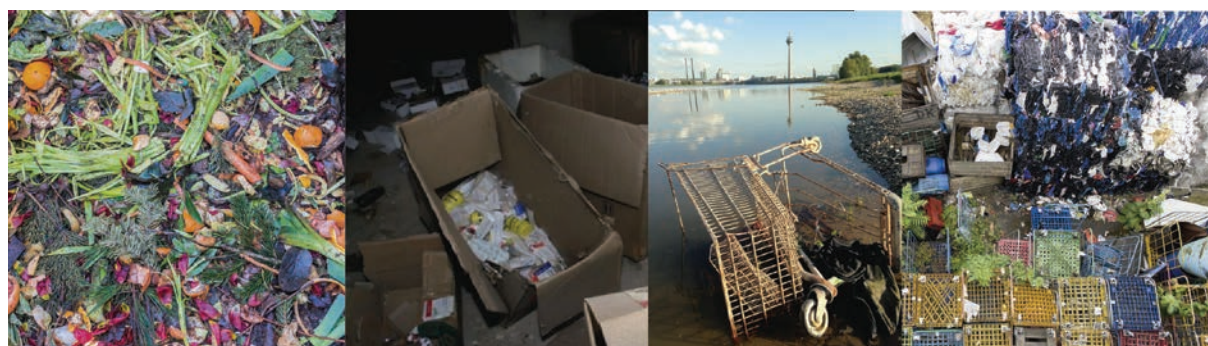


Imagem 06

O Estado tem o dever de planejar e ordenar nossas vidas para que nosso trabalho se otimize e não sejamos surpreendidos negativamente pela natureza.

Fonte: Web

A promessa que o Estado nos faz, conforme o filósofo grego acima disse, é a de ajudar a nossa vida ser melhor que ela seria se vivêssemos isolados, cada um cuidando de si; para isto, fazemos muitos sacrifícios: pagamos impostos, tiramos uma parte do nosso tempo para participar das discussões políticas, cuidamos dos bens públicos que usamos para que sirvam a outras pessoas, etc.; mas nem sempre o Estado faz a sua parte, perdendo com isto a nossa confiança. O despreparo para administrar a coisa pública, o abuso do poder e a falta de compromisso com o serviço público está no cotidiano de nossas vidas, o que deixa qualquer um aborrecido.

Mas isto ainda não é o pior: ainda é preciso pontuar a face degradante da corrupção, ela que segundo a *Transparência Internacional*, órgão que estuda a matéria no mundo, é um problema que desassossega os cidadãos do mundo inteiro. É como diz um provérbio popular: “Farinha pouca, meu pirão primeiro”! O Estado brasileiro, de acordo com Wolkmer, já nasceu com este vício do administrador público confundir os negócios do Estado com seus negócios pessoais¹⁵; esta é a chamada mentalidade “patrimonialista” que ainda domina o cenário político brasileiro.



Comentário

Mesmo não estando entre os países com maiores registros de corrupção no mundo, segundo os dados da *Transparency International* e da *Politize*, o Brasil também não está em nenhuma zona de conforto; o país evoluiu bastante nos últimos anos em ações institucionais para aumentar a eficiência e a transparência dos gastos públicos; todavia, a ação mais importante é a vigilância do cidadão, inclusive com a fiscalização dos fiscais, visto que como se tem denunciado no Brasil ultimamente, a suspeita de corrupção, parcialidade e falta de transparência, recai até sobre aqueles que fazem o discurso anti-corrupção e deveriam combatê-la. Visite os sítios da *Transparency* (<https://www.transparency.org/>), *Politize* (<http://www.politize.com.br/>) e *Transparência Brasil* (<http://www.transparencia.org.br/>), dentre outros, e fique por dentro!

A história política recente do Brasil não deixa dúvidas de que nossas instituições, políticas e jurídicas, estão à beira da morte; por um lado, o governo do PT, com a promessa de administrar para todos e melhorar a vida das pessoas, obteve a aprovação das urnas para administrar 16 (dezesesseis) anos seguidos, mas por não fazer a reforma política e entrar no jogo do poder a qualquer custo, amargou o impedimento da Presidente contra a qual restou dúvida de que tivesse cometido algum crime; por outro lado, a oposição, raivosa por ficar tanto tempo fora do poder, depois de ter se acostumado por tanto tempo com ele, resolveu sabotar o governo: demonstrando não possuir qualquer senso de estadismo e completa irresponsabilidade com a coisa pública, não apresentou qualquer alternativa de poder, mas preparou para cada dia uma bomba, real ou fictícia, para ocupar o tempo do governo. O Brasil que vinha dando certo, por vaidade, ambição, clientelismo e hipocrisia generalizada, agora surta em um mar de corrupção, intolerância e incerteza.

A vida pública é uma aposta importante para a construção do bem comum, como afirmou Santo Tomás de Aquino no séc. XIII; mas este projeto só pode funcionar se os cidadãos confiarem nos seus líderes, no trabalho que realizam e nas instituições que eles criam. O nível de desconfiança das pessoas nos governantes, legisladores, juízes, policiais, etc., é de fato preocupante. Isto certamente coloca em xeque a legitimidade da ordem jurídico-política estatal, com um grave prejuízo para o processo civilizatório.

1.3.2 – As organizações paraestatais no mundo contemporâneo

A aula anterior contou a história daquele tempo em que o Estado era fraco e competia com instituições bem mais fortes do que ele; o chamado “pluralismo jurídico e político” que teve lugar com o feudalismo, com o direito canônico, etc., possui similares hoje em dia; por vezes, seu poder é muito mais destrutivo e injusto. Vejamos este caso primeiramente¹⁶.

A tese do pluralismo jurídico por si só parece não ser nem um mal, considerando que por pluralismo se deve entender, diferente do que propõe a teoria monista, a existência de mais de um centro de poder, capazes de produzir o direito e administrar nossas vidas. O assunto é muito controverso, pois há autores que dizem que o Estado não admite concorrência: se os particulares fazem contratos, os movimentos sociais atuam, as organizações religiosas e desportivas cuidam de seus negócios, etc., elas o fazem porque a lei

16 Para esta matéria, ver por todos COELHO, 2003, p. 409 e segs.

lhes concede permissão; por outro lado, se as organizações criminosas atuam, fazem isto de forma irregular e seus atos não gozam de legalidade alguma.

O pluralismo que preocupa é o de natureza autoritária, visto nos exemplos das empresas transnacionais e das organizações criminosas. Quando a política interna vira refém dos mercados internacionais, por meio da especulação financeira e do monopólio da produção de bens e serviços, não há espaço para a democracia e para a construção de uma vida melhor para todos. Um dos efeitos perversos que a globalização econômica trouxe foi a fragilização das economias e do planejamento econômico dos países, deixando o mundo todo a mercê de uma meia dúzia de pilhadores de riquezas, piratas acobertados pelo manto da legalidade; governos são elevados e descidos do trono de acordo com o que a política econômica internacional disser, com grave prejuízo para a soberania nacional.

Os chamados “estados paralelos” que comandam determinados territórios com o tráfico de drogas, de um modo bastante explícito, igualmente desafiam a ordem jurídico-política oficial ao recrutar pessoas para seus negócios: eles têm uma legislação própria, uma política própria, um exército próprio, uma promessa de vida própria; sua face mais cruel está no fato de abortar capacidades humanas para uma vida livre e plena, sempre quando preenchendo o lugar que o Estado não preenche, retira jovens da escola e lhes oferece o sucesso imediato em um mundo paralelo. O filme brasileiro, *Cidade de Deus*, de Fernando Meirelles, é preciso em mostrar: ou bem se está com Zé Pequeno, ou mal se está sem ele.

1.3.3 – Os movimentos e organizações sociais contemporâneos

Uma outra dimensão do pluralismo, embora a colocar em causa a hegemonia do Estado na prestação do serviço público e na distribuição da justiça, é a dos movimentos e organizações sociais contemporâneos. Sabe-se que os movimentos de resistências contra as políticas de Estado são tão antigos como a história da humanidade; no teatro grego, por exemplo, o comediante Aristófanes fez sucesso com uma peça denominada de *Lisístrata* ou *A greve do sexo*; nela, a protagonista mobiliza as mulheres de sua cidade, cansadas de tanta guerra, para deixarem seus maridos em jejum sexual até que assinassem um tratado de paz com os seus inimigos; os maridos saem de casa à procura das mulheres do sexo, mas estas são logo convencidas por Lisístrata a aderirem à greve; o contágio do movimento é tamanho que as mulheres das cidades inimigas fazem o mesmo com seus maridos, levando ao fim de tudo ao encerramento da guerra.



Glossário

É possível falar de duas espécies de pluralismo: o primeiro de caráter conservador e autoritário, tal como aquele que se vê no poder exercido pelas organizações econômicas internacionais sobre os países onde exercem suas atividades, assim como aquele que podemos ver nas organizações criminosas cujos negócios, códigos e pessoal crescem à margem do Estado; o segundo de natureza democrática e progressista, como se vê da ação de movimentos e organizações civis e religiosas, a atuarem muitas vezes sob uma legislação muito própria (as comunidades quilombolas ou indígenas, o MST, as organizações desportivas, as comunidades religiosas, etc.), preservando, no entanto, o compromisso com o bem comum da comunidade e a dignidade das pessoas.

Os movimentos e organizações sociais, em si, não são bons nem ruins; nos últimos tempos, sabe-se que muitos são criados com propósitos nada louváveis, mas esta não é a regra, pois comumente surgem para mobilizar a sociedade em torno de um projeto de interesse social. Quando a sociedade civil se mobiliza, atua como fiscal das ações de governo e também de particulares, permitindo, assim, o aperfeiçoamento dos serviços. Afinal, como negar a validade e a força de organizações como a Transparência Internacional, *Greenpeace*, MST, Cruz Vermelha Internacional e tantos outros na militância ambiental e do consumidor, do atendimento à criança, de repressão ao trabalho escravo ou ao tráfico de órgãos ou pessoas, de apoio à segurança alimentar, etc.?

Os movimentos surgidos espontaneamente, sem o patrocínio de organizações com interesses pouco confessáveis, são fundamentais para o exercício de pressão tanto sobre governos e organizações privadas que colocam seus projetos acima dos interesses da humanidade. O grave risco que tais movimentos apresentam é o de constituírem em projetos de poder para pessoas mal-intencionadas, ou ainda para dissimular receitas de operadores e se furtar de responsabilidades fiscais. De modo algum são uma alternativa ao Estado, pois talvez só sejam importantes na medida em que brotem, espontaneamente, de alguma demanda social de significativa proporção, tudo fora da burocracia estatal e sabidamente ineficiente que dá causa às ditas demandas¹⁷.

¹⁷ GOHN, 2003, p. 13 e segs.

Aula 1.4 – A ideia de moralidade e as suas dimensões pública e privada

Certas palavras, às vezes, caem no gosto da população de uma forma que fica até difícil de entender o verdadeiro motivo, como ética, por exemplo, cujo uso se tornou tão corrente hoje em dia que quase chega a perder o seu sentido original; até mesmo Agostinho Carrara, personagem de um conhecido programa de televisão recentemente retirado do ar, fez em um dos episódios um duro discurso em defesa da ética, embora tal personagem tenha ganhado fama exatamente pela sua insensibilidade moral. Mas, afinal, o que ética significa e o que ela tem que ver com a moral, com o direito e com o Estado?

1.4.1 – A etimologia do termo ou a gramática do *ethos*

A palavra ética (*ethos*), como Lima Vaz nos lembra, no sentido original grego significa simplesmente toca, casa ou *habitat* animal onde a vida está a salvo do predador¹⁸; mas o jesuíta e filósofo mineiro, orientado por Aristóteles e graças a seu vastíssimo conhecimento da língua e cultura grega, aponta uma significativa mudança de sentido quando a palavra passa do vocabulário da vida animal para o da cultura: deixa de significar apenas a instintiva procura de um lugar onde os animais se refugiam da ameaça da natureza, tudo para enriquecer-se de um sentido humano-cultural; isto equivale dizer que significará desde então os costumes ou hábitos de uma certa comunidade ou família, com vistas a garantir uma vida segura e próspera para todos os moradores.

O termo ética passou para o vocabulário latino onde encontrou, nos autores romanos, uma ampla divulgação, especialmente em Cícero; ali, foi grafada inicialmente como *mos*, como *mores* e depois como *moralis*; durante a Idade Média, com o florescimento das universidades, ganhou *status* de disciplina acadêmica, sendo hoje possível diferenciar “ética”, escrita com inicial minúscula, sempre que se quer referir àqueles costumes indispensáveis a uma vida humana feliz, de “Ética” grafada com inicial maiúscula, isto para se referir à disciplina que tem por objetivo estudar tais costumes ou hábitos. O mais importante da observância da gramática do termo é evitar a infrutífera tentativa de distinguir ética de moral, pois como Lima Vaz observa, trata-se apenas de uma forma grega e outra romana de escrever a mesma palavra, cujo significado é rigorosamente o mesmo.

18 LIMA VAZ, 2002, p. II e segs.



Glossário

De acordo com Lima Vaz, depois de significar originalmente a “toca” ou a morada dos animais, “ética” para os gregos e “moral” para os romanos adquiriu significação humana e cultural, designando o conjunto de costumes normativos ou de hábitos de um grupo social (LIMA VAZ, 2002, p. 13); como disciplina acadêmica, graças já aos primeiros estudos aristotélicos sobre o assunto, “a Ética tem por objeto o *ethos*, que se apresenta como um fenômeno histórico-cultural dotado de evidência imediata e impondo-se à experiência do indivíduo tão logo este alcance a primeira idade da razão” (LIMA VAZ, 2002, p. 37).

É bem verdade que a filosofia moderna (aquela que surge após a morte de Santo Tomás e vai até Hegel) tentou discorrer sobre a conduta humana desejável, fazendo uma diferenciação entre nossas obrigações na vida pública (ética) e as obrigações na vida privada (moral); um filósofo alemão importante para a teoria do direito, Thomasius, explicava que o direito e a moral se diferenciavam exatamente porque o direito nos obrigaria externamente (sua força viria de fora de nós), enquanto a moral nos obrigaria internamente (sua força estaria dentro de cada um de nós); assim, a lei moral só valeria quando nós nos convencêssemos de sua obrigação, como Tonho que inicialmente acha que deve abrir mão de sua vida pessoal para salvar a honra de sua família, mas depois de perder seu irmão mais novo, Pacú, dá outro rumo para ela; a lei jurídica, numa outra direção e de acordo com o autor alemão, valeria independentemente de nossa vontade, como a lei que nos manda pagar impostos e não pergunta se nós concordamos com ela. A representação por “seria o que se vê do gráfico 2 a seguir, segunda representação, comparativamente à primeira e à terceira, defendidas por outras teorias da relação entre a moral e o direito/Estado”.



Gráfico 02

Fonte: Ilustração por Letícia Rodrigues

Ocorre que a tentativa de distinguir ética e moral para além de desnecessária no que propôs, parece hoje visivelmente fracassada; é que essa tentativa resulta de um projeto cultural da burguesia europeia que queria se libertar das obrigações comunitárias que a Igreja e o Estado lhes impunham, impedindo essa burguesia de enriquecer e realizar seus interesses privados. E a ética moderna, como se sabe, é uma ética individualista e que se põe a serviço dos projetos egoísticos do indivíduo, por isto que no âmbito da política ela tem uma face claramente liberal. O que no fundo os filósofos modernos pretendem, com a distinção que propõem, é dizer que há uma esfera individual de nossas vidas que o Estado não pode invadir: nossa consciência, nossas crenças, nossa propriedade, etc. Esta é uma conquista irrenunciável do pensamento moderno, mas hoje não subsiste como ali se pensou, dadas as consequências que o individualismo irresponsável causou: a crise ambiental, o declínio da cidadania, a indiferença para com os problemas sociais e outros graves problemas, surgidos com o enfraquecimento dos níveis de solidariedade.

1.4.2 – O objetivo e o alcance da vida ética

O que vale mesmo saber é que a ideia de moralidade surgiu para responder à seguinte questão: o que podemos (devemos) fazer para nos defender das ameaças que a vida lá fora nos traz? Foi este o problema que a filosofia grega nascente levantou. Os gregos antigos acreditavam que muitas das vezes nosso esforço para uma vida feliz poderá fracassar, não por um querer nosso, mas por culpa exclusiva dos deuses¹⁹; os poetas ensinavam que quando uma criança nasce, a Moira (Destino, Acaso, Fortuna ou Sorte) tece logo seu caminho e ações, sendo sua vida a partir dali, apenas, uma representação cega do que foi escrito para ela encenar; ser feliz ou infeliz depende, apenas, da sorte boa ou ruim que cada um traz consigo: quem nasce no momento em que os fios da roda estão no alto do tear, terão uma vida próspera e boa, mas do contrário serão desafortunados aqueles que nascerem enquanto os fios estiverem embaixo, como é o caso de Édipo que até matou o seu pai e casou-se com sua mãe, tudo sem saber o que estava fazendo.



Imagem 07

Cena do *Grande sertão: veredas*, de Guimarães Rosa, onde o jagunço Riobaldo desconfia que não viveu uma vida que escolheu, mas aquela que o Diabo, o Sertão e a sua Sina permitiram que ele vivesse.

Fonte: <http://memoriaglobo.globo.com>

A vida humana, nesse cenário de arbitrariedade da deusa, é marcada pela incerteza; o poeta Arquíloco dizia que os deuses, de acordo com seu puro capricho, elevam

¹⁹

JAEGER, 1989, p. 197 e segs.

subitamente o homem esmagado pelo Destino, ao passo que atiram para o escanteio o que está firmemente de pé; o poeta Homero, igualmente, diz pela boca de Aquiles que os deuses impõem ao homem obrigações muito pesadas, enquanto eles próprios vivem uma vida folgada.

Pois bem... O que fazer diante desta situação? Os poetas trágicos, via de regra, apresentavam o Destino como algo inamovível, embora dessem a entender, por vezes, que com um pouco de esforço os humanos poderiam escolher seu próprio caminho. Esta era uma forma de mostrar que o homem era frágil e a Natureza (*physis*) era forte, que as leis da Necessidade eram quase que invioláveis; o *ethos* ou lei propriamente humana era um dos poucos recursos que os humanos dispõem para arrumar as suas vidas, defendendo-se das ameaças externas que a vida lhe impõe; é exatamente por isto que o filósofo Heráclito dizia que o cidadão deve defender as suas leis como um soldado defende a sua pátria. É em nome da felicidade que se constroem as cidades e se editam as leis, pois elas nos dão força contra a arbitrariedade dos deuses, eles que já sendo fortes por natureza, são inteiramente insensíveis aos problemas humanos; por isto mesmo que Aristóteles disse que “o homem que vive só é um deus ou uma besta”²⁰, carecendo de amizade e companhia para se fortalecer.

O que eu disse acima oferece uma distinção importante: a vida ética possui uma duplicidade de dimensões, podendo se falar de ética *no indivíduo* e reconhecida como uma virtude (*arete* ou qualidade do indivíduo que faz com ele seja excelente nas coisas que faz), assim como ética *na sociedade* e reconhecida como lei (*nomos* ou disposição normativa que disciplina a nossa vida em comum na cidade); no primeiro caso temos a disciplina da Ética propriamente dita, enquanto na segunda teremos o terreno da Política.

O problema da segurança pública gira em torno, sobretudo, da dimensão social do *ethos*, visto que quando os hábitos sociais que enobrecem a vida em comum adoecem, a sociedade entra em crise e os conflitos se avolumam. Neste sentido é que se diz com razão até certo ponto que um Estado que não investe em educação de qualidade e para todos, que descuida da cidadania, que não regula a economia e a comunicação, enfim, que não planeja socialmente de modo a garantir oportunidade de vida decente para todos, está condenado a problemas de segurança de toda ordem. A maior perplexidade das sociedades contemporâneas não é a falta de recursos ou conhecimento para uma vida bem-sucedida para todos, mas a própria dissolução da comunidade ética; por isto que Lima Vaz dizia que o grande paradoxo da civilização atual é o de vivermos

20

ARISTÓTELES, 1951, 1253a.

simultaneamente em um mundo prodigiosamente avançado em nossa razão técnica e vergonhosamente indigente em nossa razão ética²¹

Aula 1.5 – A relação entre Estado, moral e Direito

A aula passada nos ensinou que a necessidade de controlar a imprevisibilidade dos deuses levou o homem grego a inventar a moralidade, isto é, criar hábitos ou costumes que, uma vez obedecidos, tornava a vida mais previsível e segura, permitindo, conseqüentemente, uma vida feliz para todos; vimos também que essa moralidade tinha duas dimensões: uma no indivíduo e outra na sociedade, de modo que esta última resultava exatamente na invenção da política, isto é, na discussão sobre a vida em comum e gestão da cidade. A aula de agora vai tratar de outro assunto importante para quem se interessa no assunto da segurança pública: como o Estado, enquanto realiza seus fins, relaciona-se com o direito e com o mundo moral.

1.5.1 – O Estado, sua autonomia moral e seus limites jurídicos de atuação

O espaço da política é o da discussão sobre a nossa vida em comum, de um modo muito especial, um espaço de planejamento social que promova as capacidades humanas e construa uma vida boa para todas as pessoas, uma vida plena e digna de ser vivida. Assim é que Nussbaum, fiel até certo ponto à concepção de Estado que Aristóteles nos legou, diz que somos todos mortais, incapazes de dar conta, sozinhos, do que precisamos para viver com dignidade, por isto nos juntamos a outras pessoas e evitamos que surpresas desagradáveis atrapalhem nosso projeto de felicidade²².

Os autores clássicos ensinavam, como Aristóteles, Cícero e Santo Tomás, por exemplo, que uma vida bem-sucedida somente é alcançável no espaço político; acreditavam, realmente, que o homem é um animal político, isto é, tem uma vocação para viver em sociedade, e, quando apartado da companhia de outras pessoas, perde a sua própria essência humana. É por isto que o apelo à cidadania é tão forte no pensamento pré-moderno.

Mas a esta altura você deve estar perguntando: se nascemos para viver em comunidade e se não somos autossuficientes, por qual motivo somos tão individualistas, a ponto de cada

²¹ LIMA VAZ, 1997, p. 150.

²² NUSSBAUM, 2009, p. XIII e segs.

um se preocupar antes de tudo consigo mesmo e ficar indiferente ao que se passa com outras pessoas? De fato, sobretudo a vida urbana, tem depreciado sobremaneira a solidariedade que parece entranhada no nosso modo de ser. Isto tem uma história que vale a pena conhecer, pois aí você entenderá os motivos dessa mudança de comportamento.

Com a morte de Santo Tomás no séc. XIII, houve uma mudança significativa na maneira ocidental de pensar, em parte influenciada pelas guerras religiosas e civis que perturbaram os séculos seguintes; toda aquela aposta na vocação humana para o bem deixou de fazer algum sentido, visto que o que se tinha ali era cada um lutando pelo que acreditava, ainda que para isto tivesse que derrotar outras pessoas. Foi como que a própria história desmentisse o que a filosofia ensinava.

Os autores que fizeram a grande virada do pensamento pré-moderno para o moderno foram Maquiavel e Hobbes, o primeiro a defender, na sua obra *O Príncipe*, que o Estado não tem por fim o bem comum das pessoas, mas somente o interesse de quem governa; o segundo, no seu *Leviatã*, sustentava que o objetivo desse Estado é apenas o de dar segurança ao cidadão contra aqueles que a ameaçam. Nasceu, portanto, a ideia individualista que se sobrepõe ao comunitarismo dos clássicos²³. A onda da vez foi a de autonomizar o Estado do sentimento moral existente desde os clássicos. Explico...

Vimos na aula passada que a gramática do *ethos* comportava, além de uma dimensão pessoal e que orientava o sujeito para a vida conforme o bem, uma dimensão social que apelava para sua atuação na *polis* (no Estado). Ora, até Santo Tomás de Aquino no séc. XIII era impensável falar em um governo que não tivesse compromisso com o bem da comunidade, um príncipe que colocasse sua ambição pessoal de poder acima dos interesses comunitários; mas a partir de Maquiavel isso se tornou perfeitamente possível: a política se tornou desde então a arte de conquistar e se manter no poder, ainda que os meios utilizáveis para isto fossem moralmente censuráveis; os fins justificavam os meios, disse sem qualquer máscara agora, embora no passado a personagem Ulisses, do *Filoctetes* de Sófocles, dissesse exatamente a mesma coisa mas foi duramente criticado pelo o autor daquela peça e também por Aristóteles em sua teoria da justiça.

Com essa autonomização da política em relação à ética o Estado passou a ser pensado, apenas, como um conjunto de artefatos humanos a serviço do egoísmo de quem está no poder; essa secularização das instituições contaminou todas as áreas do conhecimento humano, como a economia, por exemplo, que também a partir de então se desvestiu de

23 MONCADA, 1995, p. 92.

qualquer compromisso com o desenvolvimento da comunidade e o sucesso das pessoas: passou a ser concebida, apenas e com os fundamentos que Smith lhe deu, como uma arte de produzir e aumentar as riquezas de quem a tem, independentemente dos recursos empregados para produzi-la e da distribuição de tal riqueza.



Glossário

As concepções pré-moderna e moderna de Estado são bastante distintas: lá, ele vai pressuposto como uma comunidade de valores e de bens irrecusáveis, na qual o sujeito realiza os seus fins materiais e espirituais (*communitas*), por isto Aristóteles insiste tanto que “o homem é um animal político”; aqui, esse Estado é concebido como um conjunto de artefatos humanos, contingentes e a serviço do interesse individual de cada um (*societas*).

Os resultados dessa história, objeto de desenvolvimento daqui a pouco na segunda unidade, foram os de limitar o Estado na sua atuação: ele não teve mais o papel de promover o bem comum, mas apenas o de cuidar da segurança e dos interesses individuais do cidadão; o homem agora passou a ser pensado não tanto como um sujeito de obrigações comunitárias, mas como alguém dotado de direitos que caberia ao Estado respeitar e defender. Basta que você veja o art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988 e verá como estas ideias impactaram decisivamente na estrutura do Estado e do direito que vieram a seguir.



Sabendo um pouco mais

Leia integralmente o art. 5º da CF/88, conforme o link abaixo:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

1.5.2 – O Direito, sua dimensão moral e seus desafios políticos

O direito surgiu, na história do Ocidente, como uma autonomização do pensamento prático. Quando Aristóteles foi para Atenas estudar com Platão no séc. IV a.C, ainda não se tinham separado o que era objeto de estudo dos filósofos, do cientista político, do jurista, do economista e do crítico literário; o próprio Platão, na sua *República*, defendeu que um Estado somente poderia prosperar quando fosse governado por filósofos, isto é, por pessoas que dominassem todos os ramos do saber, inclusive matemática e geometria; o governante, legislador e juiz, era uma espécie de sábio que pelo uso pleno da razão (a razão intelectual), aplicavam as leis verdadeiras e justas que supunha existir em um mundo ideal (o mundo das Ideias, acessível não pelos sentidos, mas pela nossa abstração).

Ocorre, todavia, que seu aluno mais ilustre entendia que o conhecimento por si mesmo não garante uma boa ação moral, o que somente o hábito de agir moralmente proporcionaria (livro VI da *Ética* a Nicômaco); por causa disto que Aristóteles falava que o agente público atua bem somente se for uma pessoa prudente, isto é, aquela que tem o conhecimento teórico das coisas, mas sabe também como adequá-lo a cada caso concreto, algo que somente a experiência e o tempo conseguirão nos ensinar.

Deste modo, o autor diferencia três tipos distintos de saber: o do filósofo (o saber especulativo, apenas para o prazer de conhecer), o do artista (o saber produtivo, com a intenção de produzir ou representar uma obra) e o do prático (o saber prudencial, visando melhorar nossas ações). Este último saber se desenvolve, de acordo com o filósofo grego, pelo menos em quatro situações: na vida pessoal para fazer de nós pessoas mais excelentes, o que nos é proporcionado pela *Ética*; na vida do lar para administrar bem os negócios da casa, tal como a Economia pode ensinar; na vida pública para ajudar no desenvolvimento da cidade, seja nos encargos da justiça, seja na própria gestão administrativa, tudo isto sob o encargo da Política).

A detalhada separação que Aristóteles faz acabou sendo muito importante para o progresso do pensamento político e jurídico, mas ainda carecia de maior especificação: ele não diferenciava claramente o conhecimento dos juristas do conhecimento dos políticos, economistas e filósofos morais. Essa separação coube aos juristas romanos nos séculos I a III de nossa era, eles que foram os verdadeiros criadores do saber jurídico enquanto tal. O objeto desse conhecimento, agora especificado, era as controvérsias existentes entre sujeitos livres e iguais, conforme a cidadania romana estabelecia; o que se visava

era a solução de casos concretos, de modo que os chamados jurisconsultos não se preocupavam mais, como se dava com os filósofos gregos, com a justiça ideal ou abstrata.



Sabendo um pouco mais

Os jurisconsultos foram homens, cuja origem social nobre lhes conferia credibilidade junto aos seus concidadãos, mas que também tendo estudado filosofia, dedicaram-se ao estudo do direito: seu interesse não era, como o dos gregos, de especular sobre a justiça ideal, mas de ajudar a resolver os casos que demandavam uma solução concreta no âmbito da justiça romana; não foram advogados nem juízes, mas estudiosos cuja análise e doutrina supria a ausência de leis no período, atuando como consultores das partes e até mesmo dos próprios tribunais. É com eles que nasce, de fato, o direito ocidental, visto que antes deles não havia propriamente um pensamento jurídico, mas uma filosofia da justiça que não ousara, ainda, autonomizar-se da política, da ética e da economia.

A autonomização do direito, feita pelos juristas romanos, não perdeu, totalmente, sua dimensão moral: presumia-se que os sujeitos jurídicos (embora poucos porque poucos eram também os que tinham *status* jurídico, os estrangeiros e escravos não tinham inicialmente direitos e a rigor apenas o chefe da família tinha personalidade jurídica plena) estavam vinculados entre si por laços de obrigações que buscavam o bem entre eles; como disse o jurisconsulto Paulo, “nem tudo que é legal é moralmente aceitável”, de forma que se observava ainda que minimamente o sentimento ético da comunidade jurídica. A tentativa de libertar o direito de sua dimensão moral foi uma invenção dos modernos, como vimos na quarta aula com Thomasius; foi uma empreitada que custou muito caro para o direito moderno e tem custado para nós atualmente: umas pessoas têm muitos direitos, outras têm pouco e outras não têm direito algum, o que por óbvio não pode ser considerado algo normal em pleno séc. XXI.

A distinção entre direito e Estado tornou-se bastante importante a partir da modernidade jurídica, pelas razões que a unidade seguinte promete desenvolver: o mesmo tem limites de atuação e não pode confundir os seus atos de vontade (*voluntas*), com o

próprio direito; aliás, ultimamente parece não haver ninguém que senta mais no banco dos réus que não o próprio Estado, dada a violação contumaz dos direitos dos cidadãos que o mesmo pratica. Mas isto não invalida uma certa dimensão política do direito, considerando que certas decisões jurídicas têm impacto decisivo nesse campo.

São políticas, sem dúvida, as decisões dos juízes que impedem os candidatos ficha-suja disputarem eleições, as que proíbem a gastança de administradores com espetáculos enquanto serviços de primeira necessidade não estão sendo prestados, as que impõem a obrigação de concursos públicos reservarem vagas para pessoas com deficiência, as que permitem as escolas públicas estabelecerem cotas para ingresso de pessoas historicamente desfavorecidas no acesso aos serviços públicos, as que obrigam a administração pública a fornecer medicamentos para pacientes que não podem comprá-los, etc.



Imagem 08

O Ministro Teori Zavascki, relator da Lava Jato, autor da liminar que determinou o afastamento do Deputado Eduardo Cunha, Presidente da Câmara dos Deputados, por suspeitas de usar do cargo para receber vantagens ilícitas e ainda coagir pessoas para continuar recebendo e ainda escapar da punição.

É preciso talvez reconhecer atualmente que o direito tem desafios políticos inadiáveis. Como disse Santo Tomás (tratado da lei em sua *Summa Theologica*), nenhuma lei é digna de respeito se não visa a justiça; inspirado em Aristóteles, o filósofo cristão afirmava que o Estado tem de promover a justiça e a igualdade entre os cidadãos. Ora, se na realidade as pessoas não são iguais de jeito nenhum, caberia ao Estado e ao direito proporcionar essa igualdade. E como fazem isto, pergunta Aristóteles, o primeiro filósofo a elaborar uma teoria sistemática sobre a justiça (livro V de sua *Ética a*

Nicômaco)? Tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual; por outras palavras, diz o autor que se nós fingirmos que tudo está bem e não adotarmos medidas enérgicas para que a igualdade se estabeleça, vamos ver a sociedade se aprofundar na desigualdade.

Neste sentido acima exposto, o direito e o Estado têm a importante missão de criar as condições de vida para que todas as pessoas possam viver com dignidade; isto equivale dizer que o direito tem uma tarefa política importante, sobretudo hoje em dia onde tantas desigualdades deve envergonhar qualquer pessoa de estar bem enquanto outras vivem sem o mínimo para uma vida decente.

SÍNTESE DA UNIDADE

Agora você já sabe muitas coisas que os profissionais e demais interessados em segurança pública devem saber; terminamos aqui esta primeira unidade, responsável por expor as discussões sobre a origem do Estado e do direito, assim como a relação que essas duas instituições exercem com o mundo moral. A primeira aula, dedicada aos motivos de se criarem os Estados e o direito, vimos que existem teorias históricas, sociológicas, econômicas e filosóficas sobre o assunto; você já sabe que os jusnaturalistas discutem com os juspositivistas a propósito de saber se essas instituições sempre existiram, se podem ser modificadas, se são indispensáveis e se são a mesma coisa em todo lugar. Vimos inclusive que esse dualismo se tornou anacrônico hoje em dia, bem como se tem assistido e de modo pouco convincente, a tentativa de salvar a teoria contratualista moderna.

A segunda aula discutiu a passagem da justiça privada para a justiça estatal, na qual você aprendeu que predomina hoje em dia a ideia de que o Estado deve monopolizar o direito e distribuir a justiça, mas que no passado não foi bem assim: prevaleceu inicialmente a vingança de sangue, e, mesmo depois da superação desta fase, tivemos momentos da história onde o Estado perdeu sua hegemonia, como se deu com o feudalismo na Idade Média e com as capitânicas hereditárias no Brasil Colônia.

O que você aprendeu na terceira aula foram as questões colocadas sobre a legitimidade da ordem jurídica estatal, nos tempos atuais, onde os agentes e instituições públicas em geral gozam de pouco prestígio. O que eu disse ali pode ser sintetizado da seguinte maneira: a má prestação de serviços públicos e a corrupção depreciam a vida pública, despertando reações que vão desde a indiferença dos cidadãos para com o debate político, passando pelo fortalecimento de organizações paralelas que preenchem o vazio deixado pelo Estado e se enriquecem com isto, até chegar aos movimentos sociais e

outras organizações de pressão que procuram preencher esse vazio, porém, agindo em nome de interesses coletivos.

A quarta aula, focada na teoria e no sentido da vida ética, tanto na dimensão particular quanto na pública, mostrou que ética e moral significam literalmente a mesma coisa, isto é, os costumes de um povo para a vida humana feliz. Vimos, ainda, que a preocupação com a vida ética nasceu da preocupação dos escritores helênicos (poetas e filósofos) com a insensibilidade dos deuses face aos problemas humanos, eles que agiam por capricho e às vezes deixavam os maus se darem bem e os bons fracassarem.

A quinta e última aula investiu no debate sobre as exigências éticas que o direito e o Estado não podem nunca se descuidar; ali, vimos que na antiguidade ninguém admitia que essas duas instituições pudessem infringir a regra ética e o compromisso com o bem, mesmo porque se acreditava que foram criadas para planejar nossas vidas e nos proteger da arbitrariedade dos deuses; todavia, depois de Maquiavel e de Hobbes, prevaleceu a ideia de que eram instituições para darem segurança ao cidadão, ocupado, apenas, com seus interesses particulares. Mas vimos que essa indiferença ética se mostra hoje preocupante, de modo que se tem defendido a retomada da preocupação dos juristas e políticos com o bem comum da comunidade, ainda que respeitando a autonomia do direito, do Estado e da ética, de cuidarem de seus papéis específicos.

EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO DA UNIDADE

- 1) Distinguir as teorias naturalistas e positivistas entre si e no que contrariam as teorias sociológicas (darwinismo social), econômicas (marxistas) e históricas (Fustel de Coulanges), assim como explicar as razões de se dizer, atualmente, que o dualismo direito natural x direito positivo se encontra superado.
- 2) Diferenciar autocomposição, heterocomposição e autotutela, reconstruindo, quanto a esta última, a história da justiça privada (os exemplos do feudalismo e das capitânias hereditárias) e a narrativa de Ésquilo sobre o caso de Orestes e a intervenção de Atena na criação do tribunal.
- 3) Comente os dados sobre a avaliação das instituições públicas, identifique os fatores que contribuem para a seu desprestígio e sugira intervenções do poder público para corrigir essas falhas e restaurar a confiança do cidadão.

- 4) Analise a ação de organizações paraestatais no mundo contemporâneo, sobretudo as empresas transnacionais e as organizações criminosas atuantes dentro e fora dos países de origem, mas sempre a desafiarem o poder oficial e a justiça estatal.
- 5) Discorra sobre a ideia de movimentos e organizações sociais, atentando para seu papel, seus riscos burocráticos e ideológicos, assim como os desafios que possuem em face da hegemonia do Estado e da ineficiência deste na prestação de serviços públicos de qualidade.
- 6) Reconstitua a gramática do *ethos*, servindo-se dos ensinamentos de Lima Vaz, inclusive destacando os objetivos de sua criação pelos pensadores helênicos, assim como a tentativa (frustrada?) de alguns autores modernos de distinguir ética e moral.
- 7) Analise a questão da autonomia entre o Estado e a ética, contrapondo o que pensavam os filósofos pré-modernos com o que se passou a pensar desde Maquiavel e de Hobbes.
- 8) Explicar o nascimento do direito enquanto tal na jurisprudência romana, considerando a autonomização do seu papel em relação a outros campos do saber, inclusive aqueles que Aristóteles já havia autonomizado do saber filosófico.

UNIDADE 2

A CONSTRUÇÃO MODERNA, A RECONSTRUÇÃO ATUAL E OS DESAFIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As noções de Estado e direito creio que você já assimilou na unidade anterior. Cuidaremos agora de outro tema: o Estado democrático de direito, um tema de fundamental importância para o profissional de segurança pública e para todos que têm interesse na matéria. A propósito, deixando de lado o senso comum das pessoas que elogiam incondicionalmente a democracia, será mesmo esta experiência evidente por si mesma? Trata-se de uma instituição antiga que amadureceu bastante ao longo dos séculos, tendo se tornado quase um mito para os governos e sistemas jurídicos ocidentais; todavia, a própria história revela que ela é apenas uma possibilidade de conduzir os negócios públicos, sujeita a muitas tribulações, valendo a pena debruçarmos sobre sua história, seus desafios atuais e a sua contribuição para a construção de um mundo mais justo.

Aula 2.1 – A origem e as transformações do Estado democrático de direito

Os povos ocidentais têm prestado, nas últimas décadas, um verdadeiro culto à democracia, embora do ponto de vista prático a mesma se vê permanentemente ameaçada. Tudo parece como que dando razão a Kant quando o mesmo afirmou que se existir um direito humano verdadeiramente natural, este direito é o da liberdade. Este talvez seja o motivo pelo qual Tonho, contrariando todas as expectativas da sua tradição, “joga os arreios no chão”, como se diz no sertão referindo ao animal de sela que, em um determinado momento, recusa sua condição servil e escolhe seu próprio caminho.

A ideia de liberdade política tem uma história e um fundamento que correm juntos com a ideia de democracia e de segurança jurídica que precisam ser conhecidos.

2.1.1 – O problema da liberdade política, a origem e os fundamentos da democracia

O termo democracia, tal como mais habitualmente utilizamos, vem do grego que reúne duas palavras independentes: *demos*, conjunto dos cidadãos ou o povo, e *kratos*, soberania²⁴; surgiu no séc. V a.C, sob influência do que ocorria sobretudo em Atenas. Os registros apontam que é no tempo de Péricles, o mais ilustre dos seus políticos, que ocorrem os maiores avanços da tomada do poder pelo povo. De fato, a lenda de que os reis eram pessoas protegidas pelos deuses, passando aos descendentes as prerrogativas que eram suas, deixou de ser convincente em certo momento, insuflando a população a desejar assumir, ela própria, o controle do governo.



Imagem 09

Ágora grega, onde os cidadãos se reuniam para discutir os problemas da polis e do interesse comum de todos eles.

Fonte: CAMP. JOHN M. The Athenian Agora: excavations in the heart of classical Athens. London: Thames and Hudson, 1986, p. 14.

O famoso discurso de Péricles em favor dos atenienses mortos na batalha de Poloponeso, sugere o que os gregos pensam da democracia e de sua concepção de vida pública: os gregos, diferentemente dos bárbaros, não se sujeitavam ao governo de outras pessoas, sendo eles próprios responsáveis pelas decisões que tomavam; nisto residia a suposta superioridade, de forma que o estratega grego interpela todos aqueles que se mostravam indiferentes aos debates (os chamados *idiotes* ou idiotas) a virem para a praça pública se ocupar dos debates que interessavam a todos eles. **Não se** tratava, todavia, de nenhum

24 FERREIRA, 1990, p. 9 e segs.

modelo de vida pública **perfeito**, visto ser de conhecimento histórico a baixa representação popular (uma parcela muito pequena de pessoas tinha direito à cidadania, excluídos desde já os estrangeiros, os escravos, as mulheres e os jovens) e a corrupção eleitoral: alguns cidadãos compareciam às assembleias não por uma convicção pessoal ou por devotamento à coisa pública, mas por troca de vantagens oferecidas por quem tinha um interesse

O sistema “democrático” grego, dado o seu duvidoso compromisso com o bem público, foi alvo de um terrível ataque de Platão, o mais bem-sucedido de seus críticos. É que o filósofo grego, especialmente na sua *República*, desqualifica os democratas para a direção da cidade, sobretudo pela falta de compromisso dos mesmos com a justiça e com a verdade; o autor foi testemunha da condenação injusta de Sócrates, seu mestre, por um tribunal democrático, algo que ele relata na famosa obra *Apologia de Sócrates*. O que os políticos gregos queriam, antes de mais nada, era estar no poder, com ou sem razão, por isto a democracia seria uma experiência frágil: com ela, não era a justiça que prevalecia, mas a oratória e a desfaçatez.



Comentário

A democracia grega teve sua importância na história da nossa política, mas observe que já traz do seu berço os vícios que lhe custam erradicar: o baixo número de cidadãos (cerca de 10% da população), o desinteresse por parte de muitos deles, os discursos demagogos, a fraude na condução das votações, etc. (FERREIRA, 1990, p. 195 e segs. e p. 203 e segs.).

Sabemos que os sofistas, professores ambulantes que viviam de cidade em cidade na Grécia ensinando por dinheiro, foram severamente criticados por Platão; um dos motivos dessa crítica residia exatamente na educação política que defendiam: eles ensinavam aos futuros governantes não a justiça verdadeira que retiraria Atenas daquele mar de corrupção e estragos deixados pela guerra, mas apenas a vencer um debate. Em vista disto é que o filósofo acreditava que a cidade não deveria ser governada pelos democratas, mas por filósofos, isto é, por aqueles que desde a sua infância foram educados para este fim; conheceriam de todas as coisas verdadeiras e belas, de modo a conduzir a cidade de

modo seguro vida afora. Por outras palavras, o governo não seria coisa para qualquer pessoa, mas para aqueles eximamente preparados para o exercício do encargo; não se resolvem bem as coisas que não conhecemos bem, por isto que submeter assuntos complexos à deliberação das massas seria uma grande temeridade.

Depois dos povos gregos, os romanos também tiveram sua experiência de democracia, uma experiência que teve pouco desenvolvimento antes da grande virada europeia do séc. XVIII; neste período, como na antiguidade clássica, a promessa era devolver ao povo o poder originário que os reis usurparam, mas as condições de implementação moderna são exatamente outras, por isto mais bem-sucedida em termos políticos. Todavia, até chegar a este ponto a batalha foi longa. Como Bonavides parece sugerir²⁵, a democracia moderna é fruto de uma correção da proposta do Estado liberal, originalmente apresentada como se fosse de interesse de todo o povo, mas que logo se revelou de interesse de uma parcela minoritária da população: a burguesia.

2.1.2 – Os absolutismos jurídico-políticos e o problema da segurança jurídica

O desejo de liberdade deu origem, na Idade Moderna, à reinvenção da democracia, esta que de fato aperfeiçoou a concepção de Estado e de direito que se conhecia até então. O modo como as instituições jurídicas e políticas ali se distinguem das antigas, assim também a maneira como foram concebidas, são coisas que você já conhece das aulas passadas; mas, o que dizer disto tudo em relação ao grande mito da segurança jurídica, um legado que encheu de luz o século XVIII e até hoje repercute em nossas instituições?

Depois do feudalismo, como é de todo sabido, o Estado voltou a ser o centro do poder, ressaltadas as conhecidas disputas entre o rei e o Papa; a partir do séc. XV, teóricos importantes como Bodin, Hobbes e Maquiavel, contribuíram filosoficamente para justificar esse monopólio do poder secular do rei em detrimento de qualquer outro. O alongar dos séculos consolidou a ideia de Estados nacionais, o que veio a ser a nova configuração da política europeia, sem a hegemonia de Roma que antes existia: agora, cada povo ou nação ambicionava ser reconhecido em sua soberania e território, face a outros povos e nações.

Um dado importante da história política desse tempo, já referido por mim em aulas passadas, é o despotismo de alguns monarcas que chegaram ao ponto de confundir seus

25

BONAVIDES, 2008, p. 39 e segs.

interesses pessoais com o interesse da Coroa. Pode-se dizer que boa parte da história da política moderna está diretamente relacionada com esta questão, pois a Revolução Francesa resulta de um processo lento mas continuado de insatisfação da burguesia com os abusos de que se sentia vítima. Em breves palavras, de um lado a Igreja com a sua censura moral e de outro o rei com a sua opressão tributária, levaram à insurreição burguesa que queria liberdade de trabalhar e enriquecer-se.



Imagem 10

Filme “Danton: o Processo da Revolução”, a mostrar o contexto da Revolução Francesa e a denúncia de suas contradições internas.

Fonte: Danton: o Processo da Revolução”

O que Hobbes diz no Leviatã é que o Estado foi criado com o objetivo exclusivo de conferir segurança ao cidadão; para tal este renunciava à liberdade que possuía no seu estado de natureza (a hipotética situação vigente antes da assinatura do contrato), concentrando nas mãos do soberano todo poder de mando, de caráter praticamente irrevogável. Ocorre, todavia, que esse despotismo político foi duramente rechaçado por outro teórico

inglês, Locke, o qual em seu *Segundo Tratado do Governo Civil* diz que ao transferir esse poder original que tinha para as mãos do soberano, os cidadãos reservaram para si alguns direitos e que não poderiam ser embaraçados pelo rei: o direito à propriedade, à liberdade de culto e de opinião, enfim, todos aqueles que residiam na esfera da individualidade da pessoa. Estava lançada a semente do Estado liberal, a trazer no seu bojo uma distinção clara da noção de liberdade dos modernos da liberdade dos antigos: se aqui ela tem um sentido negativo que é a defesa do indivíduo contra a arbitrariedade do Estado (ele está proibido de nos exigir certas coisas, tal como você pode ver no art. 5º da Constituição Federal Brasileira: inviolabilidade do domicílio e da correspondência, direito de ir e vir, liberdade de crença e opinião, etc.), lá ela tinha um sentido positivo, isto é, a possibilidade ou dever do cidadão de participar das discussões e das atividades de seu Estado.

Um conceito que ficou estabelecido depois do livro de Locke foi o de liberdade civil: diferentemente de liberdade natural que seria aquela que cada pessoa possuía no estado de natureza para fazer o que bem entendia, a liberdade civil, criada com o pacto social, é a de seguir uma lei pública, criada por todos, conhecida por todos e a serviço de todos. Alguns séculos depois, na França, Rousseau iria afirmar no seu *Contrato Social*, quase que deflagrando a Revolução Francesa (ocorrida duas décadas depois), que o Estado e o direito existem para restaurar nossa liberdade original, anterior à criação do contrato social; este seria o compromisso mais genuíno das instituições públicas, cujo esquecimento deslegitimaria a ação do Estado e confere ao povo o direito de retomar a soberania que é sua originalmente; a Constituição Brasileira de 1988, no parágrafo único de seu art. 1º e como que tocada pelo surto de liberdade francesa de trezentos anos atrás, reza que “todo poder emana do povo e em nome dele deve ser exercido”.

Mas ninguém melhor que Montesquieu, no seu *Espírito das Leis*, investiu e foi exitoso contra o despotismo dos reis, consolidando a partir daí o ideal burguês de segurança jurídica. O problema que o autor quer resolver de uma certa forma Aristóteles já tinha atentado para ele, qual seja, a necessidade de não deixar muito poder concentrado nas mãos de uma só pessoa; o próprio Locke tentara melhorar o formato do Estado de seu tempo para atender a este apelo. Mas o que Montesquieu faz é realmente original e prático. De acordo com o autor, todo poder tende a se degenerar e toda pessoa nele investida tende a abusar dele um dia; deste modo, as próprias constituições devem criar um sistema de freios e contrapesos, por meio dos quais o poder controla o poder: na medida em que o Estado fosse cuidado por uma equipe de servidores que legislam, outra que

administra e outra que julga, de acordo com as leis, as controvérsias surgidas no seio da sociedade, todos eles contribuem mutuamente para a realização do fim público e se vigiam mutuamente.



Imagem 11

Luiz XIV, rei da França, autor da célebre frase que caracteriza o absolutismo dos reis: “O Estado sou eu”.

Fonte: RIGALD, Hyacinthe. Luís XIV, 1701. Óleo sobre tela, 277x194 cm, Museu do Louvre, Paris, França.

A intervenção de Montesquieu repercutiu positivamente e rápido na academia e na política europeia; um jovem italiano dessa época, Cesare Beccaria, estudante de direito e que se encantou com essas ideias, importou para a teoria do direito essa tese que era inicialmente política, tendo início aí o moderno direito penal e que ainda norteia os sistemas jurídicos contemporâneos. O que se encontra em *Dos Delitos e das Penas* é quase um manifesto pela liberdade humana, limitada, apenas, pela lei estatal, previamente discutida e aprovada pela soberania popular; a própria Constituição Brasileira atual no seu art. 5º, XXXIX, assim como o Código Penal no seu art. 1º, *caput*, definem que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A ideia central das obras, tanto de Beccaria como de Montesquieu, é que uma vida segura na sociedade exige o controle das decisões dos juízes por parte do povo, por meio de sua representação legislativa; a justiça, antes concentrada na figura de um agente que se

confundia com a figura do próprio rei, agora deveria estar nas mãos de um funcionário como outros, a quem cabia, simplesmente, pronunciar as palavras da lei quando fosse julgar um caso; foi o que se conheceu desde então como “juiz boca da lei”.

O mito da legalidade e da segurança jurídica alcançou seu apogeu com a edição do Código Civil Francês, o qual veio a público em 1804. O código napoleônico foi editado no período com a ambição de se tornar uma espécie de resumo da moral do mundo; acreditava-se que continha a solução antecipada para todos os problemas que um dia os juízes julgariam. O próprio Beccaria disse que uma decisão perfeita é aquela em que o juiz realiza uma espécie de silogismo perfeito, isto é, um esquema de raciocínio ordenado que uma vez seguido à risca chegaremos sempre à verdade, sem riscos de errar o alvo, como no seguinte exemplo de saber se os torcedores do Bahia e do Vitória são felizes ou não:

Todo torcedor do Bahia e do Vitória são infelizes;

Homer torce para o Bahia e Bart para o Vitória;

Logo, Homer e Bart são igualmente infelizes.

Deixando de lado o humor com os amigos e amigas que torcem para tão dois prestigiados times baianos, quero apenas assentar aqui a ideia de legalidade criminal que os penalistas contemporâneos tanto se apegam. A teoria do direito, desde esse período, mudou bastante e os juízes atualmente não se sentem tão escravos da lei; fundamentam suas decisões em doutrinas, em costumes e em decisões dos tribunais que de tanto se repetirem são tomadas como dignas de serem seguidas por ele. Entretanto, no que se refere à lei penal, os tribunais são mais cautelosos em decidirem contra o texto da lei; pensa-se que a liberdade é um bem valioso na nossa vida, como Kant afirmou e que é da essência da própria dignidade humana, daí que ela só pode ser cerceada em último caso e quando a lei autoriza.

O que eu disse acima é fundamental para a compreensão do chamado “Estado democrático de direito”. Trata-se de conceito que nasceu, de acordo com as lições de Bonavides²⁶, de um processo histórico que desbancou a ideia original burguesa de um “Estado de direito”, cuja promessa de universalização da justiça não se cumpriu realmente: estancou-se na defesa intransigente dos interesses de uma meia dúzia de pessoas que tinham recursos e tiraram proveito da liberdade, daí que foi preciso realizar a segunda etapa da revolução que foi o de implementar a democracia, isto para, de fato, permitir ao corpo social mais alargado o acesso aos serviços do Estado. Esta já equivale, praticamente,

26 BONAVIDES, 2009, p. 42 e segs.

à passagem do Estado liberal para o Estado social, este que pôs em xeque o formalismo político daquele e encampou a necessidade de criar condições reais para uma vida de dignidade, passível de ser usufruída por todo o povo e não apenas pela classe burguesa.



Glossário

Entende-se por Estado de direito, no contexto da Revolução Francesa, a submissão do Estado à lei, de modo que ele somente pode atuar nos limites que a lei lhe autoriza; mas é também a permissão para os cidadãos possam fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Tratava-se, como visto, da identificação do direito com a lei, algo que hoje difere um pouco do passado, visto que se entende como direito também a jurisprudência dos tribunais, o consenso doutrinário, os tratados internacionais, etc.

Aula 2.2 – Os desafios da democracia no nosso tempo e as limitações do direito

A invenção da democracia, talvez, seja um dos feitos mais importantes da história da humanidade, mesmo com as suas contradições. Vivemos em um tempo onde o pluralismo de ideias, de concepções de felicidade e de vida boa é incontornável; será que a democracia, tal como foi pensada até nosso tempo, dará conta de assimilar estas novidades? O próprio direito, aprisionado em fórmulas secularmente construídas, mostra-se por vezes incapaz de compreender esta nova realidade. Velhos e novos atores da política disputam, muitas vezes de maneira enraivecida, suas concepções de poder e de gestão pública, expondo os juristas à perplexidade de soluções.

2.2.1 – Qual democracia? Pode ela ainda nos salvar de todos os vícios do poder?

É certo que a experiência da democracia se aprimorou desde a sua criação pelos gregos até os nossos dias²⁷, em tempos de “consulta *web*” por parte dos órgãos estatais e de transmissão *online* de debates parlamentares. Mas pense você se aquelas críticas colocadas por

27

Para um estudo introdutório e bom sobre a história da democracia, ver por todos HELD, 1987, parte I.

Platão ainda não parecem sem respostas²⁸: a garantia de que todos podem opinar garante também a qualidade das decisões? Será possível evitar a dissimulação dos oradores e impedir que eles enganem a cidade com suas promessas que jamais serão cumpridas? Poderemos desenvolver tecnologias que impeçam os políticos de maquiarem informações, distorcerem os dados e nos induzirem a tomar decisões erradas? Tudo pode se sujeitar à deliberação pública, inclusive o fim da democracia?



Reflexão

Você acha que, tendo passado 2.500 anos sem que as principais críticas de Platão à democracia tenham sido respondidas, ainda dá para continuar acreditando na promessa da democracia? Por que?

Mas não resta dúvida de que com todos os defeitos, a democracia parece ser até agora a melhor forma de conduzir os negócios públicos, exatamente porque permite se corrigir continuamente. O problema está na dissimulação dos agentes públicos, coisa difícil de controlar; talvez nisto Platão continue a nos ensinar que somente uma reforma sistemática da educação nos permite reformar a nossa política: o conhecimento, como equivocadamente o autor acreditava, não garante que o agente público vai agir corretamente, mas seguramente vai lhe dar instrumentos para fazer bom uso de seu caráter quando dele dispõe; contra a falta de vergonha, só nos resta a prevenção e a censura, e nisto somente a técnica poderá nos auxiliar.

A própria estrutura tripartíde das funções do poder, proposta por Montesquieu, parece gritar por reforma. Sabemos que para além do Legislativo, Executivo e Judiciário, há outras instituições, inclusive oficiais como o Ministério Público, por exemplo, a exercerem um significativo poder sobre as decisões públicas. O Estado democrático de direito não pode nunca esquecer o papel exercido pela imprensa, pela escola, etc., nos dias atuais; desprezar essa influência pode ser danoso para a construção do imaginário público. Igual revisão é merecida sobre a escolha dos membros do executivo pelo voto popular: não te parece estranho a população votando para Prefeito, Governador e Presidente,

28 PLATÃO, 2001, especialmente 520c-521d.

tal como parece absurdo votar para juiz de direito? Esses cargos são de cunho eminentemente técnico e não podem ser rifados nas mãos de um aventureiro ou demagogo qualquer; o povo precisa concentrar atenção na escolha dos membros do Legislativo, estes, sim, um canal de comunicação entre a vontade soberana do povo e a máquina do Estado.



Sabendo um pouco mais

A Constituição Federal de 1988 diz, em seu art. 127, que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. As ações protagonizadas pelo MP desde então têm levado a se supor que tem adquirido *status* de um quarto poder. De outro modo, a imprensa, também graças à proteção constitucional de que dispõe (a liberdade de imprensa), tem se revelado um autêntico poder, paralelo e autoritário, embora, mas com capacidade para eleger e depor governantes; contraditoriamente, inclusive, tem recusado qualquer crítica à sua atuação, muitas das vezes sem qualquer escrúpulo ou seriedade jornalística.

Mas independentemente dessas reformas que são necessárias e urgentes, continuo considerando acertadas as palavras de um líder popular e religioso muito importante, o Frei Betto, inclusive pelo vigor intelectual de suas obras; dizia ele numa certa entrevista a respeito dos defeitos da democracia que preferia, mil vezes, errar com o povo, do que ter a pretensão de acertar sem ele. Por isto que uma exigência importante nos nossos dias, a fim de compreendermos o Estado democrático de direito, está em garantir que cada pessoa, por meio da democracia, participe de modo livre e responsável nas decisões de sua comunidade.

Não tive aqui a intenção de reconstituir a história e as teorias da democracia, mas talvez seja necessário pontuar que a mesma reduz as incertezas de nossa vida, por meio da discussão honesta dos projetos que transcendem a vida privada, da distribuição de responsabilidades na condução dos negócios públicos e da especialização técnica dos

serviços. É impossível aqui, como Sen nos ensina²⁹, supor que a experiência da democracia seja uma prerrogativa do Ocidente e que os EUA sejam os guardiães de uma ideia muito original de participação dos cidadãos nos destinos de sua comunidade... isto embora a invenção mais lograda da democracia que encontramos nos pareça de fato a que os gregos nos legaram.

Os estudos do filósofo indiano indicado acima recomendam ouvir Tocqueville sobre a democracia ocidental moderna, dando conta de que há nela uma particularidade importante, mas nada suficiente para afastar a necessidade de aprendermos com outras experiências vindas de fora do Ocidente; como Sen insiste muito, o tema da democracia tornou-se muito confuso no nosso tempo devido à forma como a retórica atual tem enfrentado a questão, comumente alimentando a peleja entre aqueles que querem impor um modelo ocidental aos países não ocidentais e aqueles que se opõem a essa pretensão, invocando razões de diversidade cultural. O mais importante para ele e que aqui temos que assumir é que a experiência (renovada) da democracia é provavelmente o modelo mais apropriado que se conhece até hoje para construir uma vida decente para todos nós, daí que não podemos abandonar essa ideia de liberdade e responsabilidade para intervir ativamente nos “destinos” da comunidade.

2.2.2 – O “Estado democrático de direito” em tempos de “muitas leis e pouco direito”

Uma coisa que parece já ter ficado explícito é que o “Estado democrático de direito” surgiu como forma de garantir a soberana e plena participação do cidadão na elaboração de suas leis, assim como assegurar que seus direitos de viver com dignidade não sejam violados por ninguém, inclusive pelo próprio Estado. O desafio maior, hoje em dia, não parece ser tanto o de construir leis justas, mas o de garantir o próprio direito, meio ao modo, talvez do que disse Hannah Arendt ao afirmar que “vivemos em um tempo de muitas leis e pouco direito³⁰”; talvez, de fato, o maior direito que o nosso tempo haverá de buscar é o direito a ter direito.

29 SEN, 2011, p. 355 e segs.

30 ARENDT, 1989, p. 325 e segs.



Imagem 12

Hannah Arendt, filósofa alemã de origem judaica, importante pela sua inquietação com as contradições entre Estado e direito, assim como pela sua militância política contra o regime nazista.

Fonte: Hannah Arendt (Jerusalém, 1969)

O mundo não está seguro para ninguém, talvez nunca tenha sido e este, provavelmente, é um dos maiores desafios da segurança pública. A liberdade, essa joia preciosa que a modernidade vestiu de luz, nunca esteve tão ameaçada como hoje: em tempos de servidão econômica, onde o mercado dita as regras, edita os costumes e destitui os governos; em tempos em que o pluralismo aflora no mundo, mas o Brasil derrete em ódio e intolerância gratuita; em tempos onde os donos da informação reivindicam a liberdade de informação, mas a sonexam..., o direito à liberdade talvez tenha sido alojado num cantinho do museu da história. Não surpreende que haja hoje quem admita dialogar com a possibilidade do fim do direito: embora o faça apenas para denunciar esse estado de coisas, o jurista-filósofo português, A. Castanheira Neves, diz que talvez esse projeto cultural e histórico que o Ocidente construiu, em nome da dignidade do homem, talvez tenha se constituído hoje, apenas, numa alternativa humana para a nossa vida em comum, não sendo mais aquele projeto cultural humano e inalienável que foi na sua origem luminosa do direito romano³¹.

31 NEVES, 1995, p. 413 e segs.



Reflexão

Considerando que muitas das vezes não é o direito que vence uma disputa, mas considerando também que em outros casos se mostra ineficiente, será que ele ainda é indispensável socialmente e em nossas vidas? Qual tarefa é imprescindível que ele realize?

O poder da tecnologia e a ditadura dos mercados fizeram do Estado e do direito duas instituições muito frágeis, vivendo muitas vezes a reboque dos compromissos que assumiu proteger: tornar nossa vida mais previsível e segura face às contingências da vida. De fato, se é verdade que os deuses antropomórficos dos gregos ficaram muito desacreditados, é verdade, ainda, que outros deuses nasceram dessa crise de fé que o Ocidente vive hoje: o dinheiro, o poder, a beleza física, a fama, etc. Nesse ambiente, o Estado diz pouco, o direito muito menos. A senhora técnica e o senhor dinheiro possuem mais poder de barganha, sendo reverenciados no espaço privado e amplamente temidos no espaço público.

Aula 2.3 – A ideia de justiça e a sua diferença para com as ideias de Estado e de Direito

Um dos mais importantes tratadistas da justiça de nossa história, Platão, disse com muita propriedade que “sem justiça não sobrevive nem mesmo uma sociedade de ladrões”. Mas, afinal, o que ela significa e em que se distingue do que governantes e juristas fazem no seu dia a dia, especialmente no que tange ao problema da segurança pública? Este é sem sombra de dúvidas um dos assuntos mais importantes que teóricos do Estado e do direito discutem. Tentarei nesta aula te apresentar algumas ideias indispensáveis para o desenvolvimento da matéria.

2.3.1 – A ideia de justiça na história

Talvez um autor importante do séc. XX, Hans Kelsen, tenha razão pelo menos quando aponta a fragilidade deste conceito. O primeiro livro na história do Ocidente a discutir de maneira sistemática e profunda a temática da justiça foi *A República*, um diálogo memorável de Platão; ocorre que é exatamente por aí que a dificuldade se inicia, pois não tem como não ficar irritado quando no primeiro livro da obra, onde Sócrates dialoga com outros hóspedes de Céfalo sobre o que as pessoas dizem que é a justiça, não se chega

ali a nenhuma conclusão; aliás, Sócrates que tanto combateu as opiniões apressadas dos demais, alimentando nossa expectativa numa resposta alentadora, termina essa primeira parte dizendo que não sabe, também, o que a justiça pode ser; chega a dizer, inclusive, que não sabia se a pessoa justa é mais feliz que a injusta.

É claro que se formos persistentes na leitura, aos poucos o filósofo ateniense exporá sua tese sobre a justiça e sobre a importância de observá-la: na comunidade onde cada um realiza com perfeição uma tarefa que por natureza está habilitado a desempenhar, sem amofinar-se na sua ou intrometer-se na de outrem, ali está presente a justiça; e ainda diz, no finalzinho de tudo, que a pessoa justa será honrada e feliz nesta vida e depois da morte. Os autores que vieram depois de Sócrates contribuíram, cada um ao seu modo, com o enriquecimento do termo, sendo de todo muito comum associá-lo com a ideia de dar a cada um o que é devido; um jurisconsulto romano, Ulpiano, definia a justiça como “a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”.

As concepções clássicas de justiça comumente a identificam com uma espécie de virtude ou disposição da pessoa para o que é bom, sempre considerando nossa responsabilidade para com a outra pessoa; assim é que Sócrates rechaça a tese do Sofista Trasímaco, que no diálogo acima diz que “a justiça é a conveniência do mais forte”; assim também é que Aristóteles entendia que se tratava de um expediente a buscar a igualdade entre os cidadãos e da mais extraordinária das virtudes, comparada à própria estrela-d'alva que se destaca entre todas as outras, isto porque se trata de uma virtude que tem em vista o bem de outra pessoa; Santo Tomás, séculos depois encerrando essa compreensão clássica do que é justo fazer, entendia que o mesmo só ocorre quando o agente moral se compromete com a igualdade e procura pelo bem comum das pessoas, não o seu bem ou realização pessoal.

As concepções modernas da justiça, surgidas a partir da escola contratualista, têm uma orientação inteiramente distinta: ela é comumente identificada com a conciliação de interesses, presentes no contrato social. É que como já sabemos da primeira aula, os autores deste tempo têm alguma dificuldade em lidar com a ideia de direito e de Estado anterior ao hipotético pacto social, recusando em alguns casos que o homem tenha uma predisposição para o bem e para a virtude, algo pressuposto em todos os autores clássicos. Todo o direito, toda justiça, residiria naquilo que deliberadamente os contratantes estabelecessem; é por isto que no *Mercador de Veneza*, de Shakespeare, a personagem que empresta o dinheiro à outra não importa que esta esteja na miséria, e intenta contra ela uma violenta ação de cobrança; chega ao ponto de exigir uma garra de couro do contratante-devedor. A justiça, neste período, por força do liberalismo e por esquecimento de Aristóteles e Santo Tomás, perdeu sua dimensão material e conteudista

para se expressar apenas formalmente: uma sociedade realmente justa seria aquela onde os sujeitos são livres para contratarem o que quiserem, cabendo ao direito e ao Estado, apenas, proteger essa igualdade e interesses.

2.3.2 – A imprescindibilidade da justiça para a legitimação do Estado e do direito

Quando Santo Agostinho expôs sua tese sobre o Estado ideal, o mesmo observou que se seus servidores (governantes, juízes e funcionários em geral) não observassem a justiça, esses agentes não passariam de uma quadrilha de ladrões e salteadores. Acontece que durante a modernidade, com o avanço das ciências, até os juristas quiseram se passar por cientistas, diferentemente da idade clássica onde o direito era comumente pensado como um saber prudencial, sem ambicionar a precisão das ciências.

De fato, pretender que o direito se tornasse uma ciência no sentido do conhecimento matemático, implicava trabalhar pela sua objetividade; por causa disto é que os positivistas desse período tinham muitas reservas à exigibilidade da justiça, distinguiram “juízos de realidade” de “juízos de valor: quando você diz que o céu é azul, todos que conhecem cores concordarão com você, então o que você fez foi um juízo de realidade, de pura constatação; no entanto, se você disser que Jesus é o Salvador, estará fazendo um juízo de valor que é seu e de muitas pessoas, mas certamente muitos bilhões de pessoas discordarão de você. Não existe possibilidade de ciência quando as pessoas estão em desacordo com a matéria, por isto que Kelsen tratava o discurso da justiça como uma ilusão do Ocidente: desde Platão, dos profetas bíblicos, de Santo Tomás, etc., fala-se de uma coisa que ninguém sabe ao certo o que é, por isto não passava de mera opinião.



Glossário

De acordo com o positivismo moderno, o juízo de realidade é aquele onde você afirma algo de algo, mas de modo a simplesmente constatar uma realidade: o juiz proferiu a sentença; o juízo de valor, diferentemente, expressa apenas uma opinião sua sobre alguma coisa: a sentença do juiz foi justa. Sobre o primeiro é possível falar em ciência, pois todos concordarão com você caso veja como você viu aquele texto escrito pelo juiz e assinado; mas sobre o segundo isto já não seria possível, pois enquanto você acha que a sentença foi justa, dois ou mais poderão dizer que foi injusta.

A vontade de converter o direito em ciência e oferecer segurança a quem o pratica foi o grande projeto, portanto, da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen; disse que deveríamos considerar o direito, apenas, como um conjunto de normas, editadas por quem tem autoridade para tal e hierarquicamente dispostas como em uma pirâmide; assim, as normas inferiores eram validadas pelas superiores, tendo a Constituição como o ápice da pirâmide. A ciência jurídica aqui se tornaria possível: seu objeto de estudo seria as normas e ao cientista do direito caberia, apenas, descrever essas normas; os juristas, neste caso, não emitiriam qualquer juízo de valor sobre elas (sem dizer se eram justas ou injustas, se eram eficazes ou não, etc.), tal como um professor de física ao explicar a lei da gravidade e não emite qualquer opinião sobre essa lei, apenas diz como ela é.

Mas acontece que depois da II Guerra Mundial essa tese ficou muito enfraquecida, pois para ela valer, tínhamos que tomar as normas como verdadeiras, como axiomas universais (verdades que ninguém contesta, como quando eu digo que o triângulo é uma figura de três lados) e independentemente de serem justas ou não; depois dos horrores da guerra, patrocinadas por governos autoritários como Hitler, restou a seguinte pergunta: será que os juristas podem ficar indiferentes à justeza das normas, ainda que elas sejam editadas por governantes desse tipo? Desde então, assiste-se uma retomada dos discursos sobre o justo, a considerarem novamente que nenhum sistema jurídico ou governo pode ser legitimado se violam a justiça.

Há de fato uma dificuldade de conceituar a justiça, visto que ela parece ser um valor que atribuímos à ação humana e a definimos como justa ou injusta; se é um valor, haverá mesmo grande divergência das pessoas sobre o seu sentido. Mas isto não invalida a sua busca, pelos profissionais do direito e pelos governantes, nos atos que praticam, pois como Platão disse bem, a justiça é como um bem que você não sabe ao certo se encontrará pela frente, mas vale a pena procurá-lo muito mais que garimpar em busca de ouro. Uma maneira de sairmos da indecidibilidade é entendermos qual o sentido original da palavra e interpretá-la à luz das exigências que nós próprios verificamos. Assim, faz-se necessário ouvir os gregos, pois foi com base neles que a nossa ideia ocidental de justiça se estabeleceu.

Sabe-se que antes de assimilar aquele sentido humano-processual de “*dar a cada um o que lhe é próprio*”, o filósofo grego Anaximandro referia à justiça (*dike*) como um sistema de compensação onde as coisas pagam às outras o que obtiveram violando aquela ordem que existe no cosmo (*kosmos*), fazendo nascer coisas novas a partir da destruição de outras coisas. Transportado para o mundo humano como uma prerrogativa dos reis,

e, mais tarde, com o declínio da aristocracia, o sentido do termo se estendeu à universalidade dos cidadãos, tudo com a proteção de Zeus que é o primeiro guardião da justiça.

Os sofistas, já no séc. V a.C, expuseram o embate entre a lei imanente na Natureza (*logos*) e aquela convencionada pelos cidadãos na *polis* (*nomos*), o que levou a justiça cada vez mais a ser pensada como retidão moral ou qualidade do cidadão para agir conforme a lei. Ora, se *Dike* é aquela deusa cuja morada se situa na fronteira entre “o que é meu” e “o que não é meu”, com o papel de resolver as controvérsias que surgem sobre isto entre humanos e entre deuses, ela confere a segurança de que a comunidade política precisa: ela impede que alguém queira ter mais ou que outro seja obrigado a ter menos do que aquilo que é necessário para sermos felizes na companhia dos nossos iguais.



Imagem 13

Dike, deusa grega que na mitologia se sentava ao lado de Zeus nos julgamentos, evitando que o tribunal preferisse decisões insensatas.

Fonte: Web

A atenção para o sentido original grego da justiça é importante, inclusive, para distingui-la de seus parentes mais próximos e que volta e meia são confundidos com ela: a lei, o direito e o Estado. O Estado (mais ou menos o que a *polis* era para os gregos e a *civitas* para os romanos) era o espaço de realização humano-comunitária da lei e do bem que transpunha a própria vontade do cidadão, uma vez que guardava um sentido espiritual expressivo; o direito (o *ius* para os romanos, exclusivamente, já que para os gregos o termo é ainda desconhecido e se confunde ora com o *nomos* que é a lei positiva da *polis*

e ora com *themis* que era a lei dada diretamente por Zeus ao rei para distribuí-la entre os súditos) é o que cada cidadão possui como próprio, merecendo ser observado pelos outros cidadãos ou pelo rei que se obriga a restituir em caso de violação; a lei (o *nomos* para os gregos e a *lex* para os romanos), de outro modo, correspondia ao regramento que indica o que pode ser feito e o que deve ser evitado pelo cidadão, no sentido da igualdade e do bem que a comunidade procura; a justiça (a *dike* para os gregos e a *iustitia* para os romanos), era a disposição sempre presente de dar a cada um a sua parte que essa comunidade lhe confere.

A distinção feita acima é importante pois, ao longo dos séculos, não foram poucas as vezes que se confundiu o direito com a lei e a justiça com ambos, gerando terríveis prejuízos para a humanidade e injustiças para os cidadãos. O Estado, como vimos, alcançou sua autonomia moral e não foram poucas as vezes em que o poder tirano de governantes confundiu sua própria vontade com a justiça e a lei; juízes, tribunais e servidores do Estado também não se cansam de confundir sua própria leitura do mundo com a justiça e o direito. Neste sentido, é importante ter sempre viva a pergunta que Santo Tomás fez no séc. XIII, isto é, se uma lei injusta merece a obediência do cidadão; com a serenidade que lhe era própria, o filósofo e jurista dizia que a lei é apenas um instrumento de realização da justiça; ela, dizia o Santo Doutor, é um expediente da razão, editado por quem tem autoridade para tal e com a intenção de realizar o bem comum na comunidade; divorciada desse propósito, o cidadão estava autorizado a desobedecer uma tal lei, a menos que essa insurreição lhe trouxesse um mal maior que por certo deveria ser evitado.

Aula 2.4 – Os desafios atuais da justiça: violência, intolerância, pobreza, crise ambiental e corrupção

A corrupção endêmica nas instituições tanto públicas como privadas, os grandes índices de violência, a desigualdade social, o risco ambiental, a intolerância crescente contra os que são e que pensam diferentemente de nós, etc., têm sido palco para muitas queixas hoje em dia, desafiando estadistas e juristas a darem respostas efetivas a elas. Suspeita-se que nem o Estado e nem o direito, depois de terem rompido com a vingança de sangue e monopolizado o serviço público, tenha cumprido sua promessa de nos proteger das arbitrariedades da Fortuna, das contingências da Natureza, assim como a promessa de garantir uma vida melhor para todos. Cumpre aqui nesta penúltima aula discutir um pouco estes temas.

2.4.1 – Do Estado liberal ao Estado social

Uma coisa que tentei deixar claro nas aulas passadas foi que o denominado “Estado de direito” foi, como disse Bonavides, o guardião das liberdades individuais, elas que eram demandas da própria classe burguesa e que seus teóricos defendiam como sendo demandas da humanidade em geral³². É este mesmo pensador político e constitucionalista brasileiro que ensina que o Estado liberal encobria “um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais”³³; essa contradição acabou levando a uma mudança na agenda política da época: passou-se a buscar, a partir de então, um “Estado social”, a fim de se implementar as condições reais de fruição, por todas as pessoas, da verdadeira liberdade humana.



Sabendo um pouco mais

Leia integralmente o art. 5º da CF/88, conforme o link abaixo:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

O liberalismo moderno, quando encontra em Kant o seu maior expoente, consagrou a dignidade da pessoa humana ao colocar sua liberdade no centro das preocupações; a radicalidade com que assumiu essa proteção concluía que o Estado e o direito têm a função, apenas, de garantir essa liberdade, sendo a felicidade uma tarefa de cada um implementar; estamos já aqui na esfera do “Estado mínimo” que o neoliberalismo contemporâneo reivindica, passado o tempo do apogeu do Estado social.

Os mais contundentes críticos do liberalismo econômicos foram os marxistas, eles que mostraram as contradições insuperáveis entre capital e trabalho e denunciaram a situação calamitosa em que se encontravam os trabalhadores nas mãos de seus patrões; a indiferença do Estado em relação à exploração da mão de obra contribui, decisivamente, para a concentração da riqueza e para a miséria de quem a produz. No final de seu *Manifesto Comunista*, Marx e Engels fazem um importante apelo: “Trabalhadores de todo o

32 BONAVIDES, 2009, p. 42 e segs.

33 *ibid.*, p. 61.

mundo, uni-vos”. A criação de um Estado proletário, gerenciado pelos trabalhadores e a serviço da causa operária, seria imprescindível para numa etapa final, banir definitivamente a exploração do homem pelo homem.



Imagem 14

Trabalhadores em situação análoga à dos escravos, condenados ao trabalho duro e sem direito ao descanso adequado, férias, seguros, aposentadoria, etc.

Fonte: Ilustração por Letícia Rodrigues

A internacionalização da luta dos trabalhadores, posta em movimento a partir da crítica socialista ao liberalismo econômico, teve repercussões muito significativas no meio social e político; gerou muitas respostas ao problema levantado, isto é, o da necessidade do Estado intervir de alguma forma na economia e controlar a ganância dos donos do capital. Os sindicatos obtiveram resultados pontuais e progressivos, mas queriam, de fato, ter mais poder de decisão na vida política do país. A força desse grande movimento não desafiou apenas a teoria política da época, mas também despertou a atenção da Igreja para a questão.

A crítica política dos pensadores socialistas acima referidos tinha um dado que preocupava a Igreja, isto é, sua crítica às bases filosóficas das religiões; diziam que “a religião é o ópio das massas”, além de que a promessa da Igreja de uma vida feliz após a morte fortalecia a alienação do homem para os reais problemas que ele tinha, algo que impedia que lutasse pela transformação dessa realidade; com o intuito de desconstruir as bases espirituais do Ocidente, onde tanto a Igreja como a própria filosofia estavam em causa,

sustentaram que quem move o mundo não é o espírito, mas a luta pela sobrevivência material da pessoa; é o que ficou conhecido como “materialismo histórico”.

Ninguém melhor que a Igreja era capaz de compreender as contradições do liberalismo e a falência de seus postulados filosóficos; porém, ouvir que “o céu pertence aos passarinhos” era demais para ficar sem uma resposta imediata e consistente. Desde a *Rerum Novarum* de 1891, de autoria de Leão XIII, inúmeros documentos papais foram sendo editados; neles, reconhecia-se a urgência de uma mudança de posturas por parte da sociedade e do Estado, mas tentou-se a todo modo salvar o espírito do ataque materialista. A chamada “doutrina social da Igreja” se tornou, desde aí, uma das grandes responsáveis pela passagem do Estado liberal para o Estado social.



Sabendo um pouco mais

A propósito da doutrina social da Igreja, veja importante artigo de Augusto da Silva, sobre a encíclica papal *Centesimus Annus*, publicada por João Paulo II em comemoração aos cem anos da *Rerum Novarum*:

<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223292567A3lGP1wm7Wu80TB1.pdf>

A “boa nova” trazida pelos papas, assim como as inevitáveis reinvenções do pensamento político, levaram tanto ao surgimento de partidos socialistas como a ascensão de uma ala moderada de políticos que queriam, ao invés de qualquer posição extremada de esquerda ou de direita, uma “social democracia”; não se demandava aqui uma ruptura com o Estado capitalista, mas apenas a criação de um “Estado de bem-estar social”, capaz de introduzir reformas que garantisse a produção, mas também distribuísse renda, protegesse o trabalhador dos riscos do trabalho e do desemprego, garantisse-lhe saúde, educação e amparo na velhice.

O Estado social teve seu apogeu no séc. XX na Europa e realizou grandes transformações; não cumpriu a promessa, no entanto, em outros lugares do mundo, os quais não atingiram até hoje esse Estado de bem-estar social, enquanto são pressionados pelas grandes

potências econômicas mundiais e restabelecerem as bases do Estado liberal (neoliberalismo). Além disto, a impotência do Estado social em face das guerras, as ameaças da “guerra fria” e as disputas militares entre EUA e União Soviética, sem falar no próprio declínio do socialismo na década de 80, tudo enfraqueceu sobremaneira o discurso dessa guinada social por parte do Estado. Certo é que a crise socialista não resgatou o capitalismo das contradições em que se afundou, de modo que o dualismo capitalismo $\times$ socialismo tornaram-se hoje pouco significativos, reclamando outros modelos de compreensão da justiça social e da universalização dos direitos.

2.4.2 – A idade do pluralismo, da emancipação e do reconhecimento

O nosso tempo proclama, diferentemente do que ocorreu na Modernidade, a pluralidade e a diferença; enquanto lá a igualdade universal era um ideal a ser buscado, aqui se reconhece a importância da pluralidade de ideias, de concepções de mundo e de felicidade. Como já aprendemos sobre Rawls, o mesmo disse que uma grande dificuldade de se repensar o liberalismo e a justiça é o fato que nosso tempo está dividido entre diferentes concepções de moralidade, religião e filosofia. Em meio a esse pluralismo, crescem cada vez mais atualmente os movimentos emancipatórios, entrincheirados por mulheres, negros, gays, etc. Segue-se daí a grande importância hoje em dia dos chamados discursos de reconhecimento.



Imagem 15

O mundo atual, face à luta por reconhecimento das minorias de gênero, religiosas, étnicas, etc.

Fonte: Web

A teoria do reconhecimento, de acordo com Honneth, remonta ao pensamento de Hegel, quando o mesmo se distancia do pensamento moderno anterior de que a sociedade

era fruto de uma luta pela autoconservação dos indivíduos³⁴, do pensamento de que esses indivíduos se movem na direção de um bem-estar futuro, mas encontram à sua frente um outro sujeito que confronta sua pretensão de expandir suas esferas de poder. De acordo com Honneth, Hegel teria buscado uma totalidade ética e integrada por cidadãos livres antes de tudo, “uma organização social que encontraria a sua coesão ética no reconhecimento solidário da liberdade individual de todos os cidadãos”³⁵.

Mas, será que a teoria hegeliana do reconhecimento, fundada na liberdade individual do cidadão, está em condições de responder pela situação presente, onde a diferença entre pessoas e culturas tornou-se tão acentuada, bem como a falta de oportunidade de realização humana, em muitos lugares e situações, têm se mostrado tão visível? Com efeito, pensar as demandas atuais da justiça a partir do que Honneth diz, significa aderir à sua preocupação com o Outro concreto, com a justificação particular de sua demanda por uma vida que valha a pena ser vivida. Encontramos nele uma certa relativização do formalismo kantiano; o reconhecimento da solidariedade, por exemplo, só seria possível numa comunidade de valores partilhados pelos membros, para não já dizer em todas as formas de reconhecimento; diferencia-se de qualquer modo da concepção moderna ao captar as individualidades dos sujeitos; todavia, parece que não deixa de encontrarmos aqui uma concepção egoística do reconhecimento: ele o pensa a partir das estruturas jurídicas em geral e de tipos distintos, a se comprometerem com uma autorrealização positiva do sujeito.

Hoje, inegavelmente, nossa demanda por justiça não é mais uma reivindicação do indivíduo, mas uma questão que transcende a realidade histórica de um povo, sendo universal antes de tudo. O debate atual sobre a justiça em um contexto de compromissos e responsabilidades planetárias talvez possa ser melhor aprofundado a partir de Nussbaum, esta que embora não ofereça uma teoria sistemática do reconhecimento como a que Honneth nos oferece, é possível inferir de seus escritos uma resposta à questão, sobretudo de suas preocupações com a invisibilidade humana. E, talvez disto, possamos dizer que os dois autores se diferem na medida em que o alemão raciocina a partir da consciência de si que o sujeito racional desenvolve em cada uma das etapas e esferas do reconhecimento; a autora americana, diferentemente, o faz a partir de Grocio e do Iluminismo em geral, mas considerando a especificação e as consequências das pretensões de universalidade³⁶.

34 HONNET.

35 Ibid., p. 42.

36 NUSSBAUM, 2013, p. 294 e segs.



Reflexão

Sabendo que a doutrina do contrato social inspirou a criação do Estado moderno e este não foi capaz de promover a igualdade no mundo, tal como prometido, você acha que tal escola ainda pode nos ajudar a resolver o grande *deficit* de justiça que temos?

Uma coisa que chama bastante atenção em *Abril Despedaçado* é a invisibilidade do Menino, ele que embora reunindo todos os atributos de pessoa como a filosofia kantiana apontava, não tinha, sequer, um nome, era simplesmente referido como “o menino”; assim é que ele se apresenta para os forasteiros que passam pelo Riacho das Almas, um lugar também invisível, perdido no meio de nada; é igualmente atormentador para Fabiano, personagem de *Vidas Secas*, de Graciliano Ramos, ser invisível para o Soldado Amarelo, personificação das instituições públicas do Estado e do direito. Esta é uma questão de fundo que o pensamento de Nussbaum sugere para o nosso tempo: a idade da dignidade que proclamamos com orgulho não pode ignorar a existência de milhões de cidadãos de segunda categoria, excluídos da vida pública e do acesso aos bens produzidos pela cultura; a afirmação do Estado democrático de direito nos exige, antes de qualquer coisa, que todas as pessoas possam de fato ser reconhecidas como pessoas, e não simplesmente serem coisa ou instrumento de realização de outrem.

2.4.3 – A justiça política e a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana

Uma coisa que vimos logo no início de nossas aulas foi que já no tempo dos romanos o direito se autonomizou de outros saberes da *praxis* humana: aquele *continuum* grego entre a política, a justiça, a literatura, a religião, a economia, etc., deixou de existir; os juristas se ocuparam a partir daí, apenas, da solução de controvérsias passadas e existentes entre sujeitos iguais e responsáveis. Essa secularização deixou raízes profundas na tradição jurídica ocidental, o que levou durante a Modernidade a uma completa separação entre direito, Estado e Igreja, ressaltados alguns acidentes de percurso ao longo deste caminho como o que se deu na década de 60 no Brasil: uma campanha explícita da Igreja Católica pela deposição do governo de João Goulart.

A despolitização do direito tem sido considerado uma conquista social, na medida em que nem mesmo o Estado está isento de respeitar o direito das pessoas, mas isto estaria em risco se não houvesse a separação pretendida. O direito, como diz um jurista-filósofo português muito importante do momento, deve ser “a última instância crítica (axiológico-normativamente crítica) da comunidade, através da qual o homem se afirmará na sua dignidade indisponível à prepotência do poder, seja o poder dos outros homens, seja o poder do poder político”³⁷. Ocorre, apesar disto, que aquelas conquistas do Estado social que falamos anteriormente não se efetivaram inteiramente em boa parte do mundo, como no caso do Brasil onde apesar dos avanços sociais verificados nos últimos anos, ainda possui um nível de desigualdade social vergonhoso; esta realidade tem suscitado, por meio de correntes críticas do direito, uma intervenção mais efetiva do Judiciário na correção das distorções políticas.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 diz, em seu art. 5º, *caput*, que “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”. Neste sentido, o chamado “ativismo judicial” tem defendido que a despeito da separação entre as três funções do poder estatal, o Judiciário tem a missão de promover a efetivação das garantias asseguradas na Constituição; em nome disto é que os juízes têm sido chamados a decidir sobre a legalidade de certas escolhas que o Executivo faz e que restringem o acesso de bens mínimos para uma existência digna da pessoa, tais como saúde, educação e segurança pública; o mesmo se diga sobre o chamado a decidir sobre a constitucionalidade de ações governamentais que procuram corrigir desigualdade endêmicas da sociedade por meio de cotas na educação e concursos públicos, pronunciamento esse que tem sido positivo por parte do Supremo Tribunal Federal.

A atuação política de magistrados e demais órgãos do Judiciário é nefasta e deve ser veementemente censurada, tal como os demais servidores públicos não podem se servir do cargo para promover segmentos políticos de qualquer natureza; o serviço público deve garantir que todas as pessoas, independentemente de suas convicções mais íntimas sobre a felicidade e sobre a condução dos negócios públicos, possam ter acesso a eles, sem qualquer forma de privilégio ou de embaraço; a corrupção não é um mal da nossa década, bastando ver o esforço de Platão em sua *República* para bani-lo da política ateniense

37 NEVES, António Castanheira. A redução política do pensamento metodológico-jurídico: breves notas críticas sobre o seu sentido. In: _____. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 2º, p. 413 e seg.

do séc. V a.C, mas é certamente uma tarefa urgente e indesculpável de todos nós. Todavia, enquanto os gestores públicos não forem capazes de privilegiar os interesses coletivos e assegurar o acesso aos serviços básicos para uma existência digna, o Judiciário tem de intervir para constrangê-los a fazer, não pelo exercício de um papel político do magistrado, mas como terceiro imparcial que como lá na esfera privada, dá a cada um o que lhe pertence.



Sabendo um pouco mais

Veja, a propósito da intervenção do Judiciário na atividade do Executivo, o acórdão seguinte do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no sentido de prover a saúde como direito fundamental da pessoa humana:

file:///C:/Users/Antonio/Downloads/InteiroTeor_10362130046950002.pdf

Aula 2.5 – Cosmopolitismo, nacionalismo e Direito

A noção clássica de soberania (o exercício livre e pleno do poder no âmbito da competência do sujeito político) passa hoje por uma grave crise, face à ascensão dos chamados direitos comunitários, isto é, dos direitos oriundos da formação de diferentes blocos econômicos; fala-se agora, tranquilamente, em Constituição Europeia, em Parlamento do Mercosul, em intervenção da ONU, etc. Desta crise, emerge o debate entre nacionalistas e universalistas, no centro do qual está a questão de saber se é possível, ou não, um direito internacional, capaz de regular nossas vidas em mais de um Estado nacional.

2.5.1 – As teorias da comunidade universal e a clássica noção de soberania

Tivemos a oportunidade de ver na primeira aula as teorias sobre a origem e fundamento do Estado. Gostaria agora de falar um pouco sobre as teorias que versam sobre a extensão desse poder. É que os registros históricos mais antigos dão conta de uma experiência política cuja soberania se dava nos limites da cidade (a *polis* para os gregos e a *civitas*

para os romanos), uma unidade orgânica e política onde se realizam os fins materiais e espirituais do cidadão. É certo que algumas cidades mais importantes, como Roma, por exemplo, alargou sobremaneira o seu raio de poder, mas foi depois destruído pelos povos que eles chamavam de bárbaros. Quando o feudalismo foi derrotado, não se restabeleceu o poder imperial de outrora, mas criou-se uma experiência nova que foi a dos “Estados nacionais”; a soberania, agora, era um atributo de cada povo organizado politicamente dentro de uma fronteira claramente definida.

Esse modelo de soberania, no entanto, resta bastante discutível, seja em razão da pressão exercida pela máquina econômica global, seja pelo fortalecimento dos chamados “blocos econômicos” ou pelo que se conhece como direito comunitário; a realidade agora aponta para uma ideia de soberania que pressupõe o exercício prioritário do poder dentro do Estado, mas vinculando seus fins políticos, sociais, econômicos, etc., a uma dimensão político-geográfica muito mais ampla. Mas em que se funda essa viragem política, passando de uma acrítica defesa de fronteiras e hinos para uma espécie de cidadania universal? Seria isto plausível dentro dessa nova conjuntura internacional?

De acordo com Sabine³⁸, a ideia de um Estado universal teve início já quando o ideal de Cidade-Estado, tão apaixonadamente defendido por Platão e Aristóteles, começa a dar sinal de esgotamento e entra em franca decadência; o marco inicial talvez seja o daquele banquete em *Opis* quando Alexandre orou pela união entre persas e macedônios. A tese de Truyol e Serra é um pouco distinta,³⁹ pois visualiza essa pretensão de uma fraternidade universal na tradição dos antigos povos do Oriente, pois teriam realizado os primeiros esforços de conviver pacificamente com outros povos. Mostra que a sabedoria chinesa, com Lao-Tsé e Confúcio, reprovava a turbacão da ordem humana natural e defendia um governo único para toda a humanidade; mostra também que o *Código de Manu*, embora reconhecesse a guerra como algo inevitável na história humana, vislumbrou a necessidade de uma pessoa com qualidades diplomáticas, a fim de negociar a paz e cuidar da humanidade. A tudo isto o autor espanhol acrescenta a figura exemplar do homem hebreu, cujo espírito bíblico censurava a intolerância e proclamava a obrigação de tratar bem o hóspede, tocado pela própria experiência de ter sido estrangeiro no Egito.

Apesar dessas divergências teóricas quanto ao ponto de partida, parece consenso de que a ideia de um homem planetário foi esculpida, apenas, a partir da filosofia estoica, momento em que o espírito de uma comunidade universal recebeu a primeira elaboração

38 SABINE, 1964, p. 131 e segs

39 TRUYOL Y SERRA, 1958, p. 119 e segs.

sistemática. É inclusive ali que, de acordo com Truyol e Serra, o Direito Internacional moderno encontra as suas primeiras elaborações teóricas. De fato, quando Cícero defende o direito das mulheres, quando invoca Pitágoras para falar de um direito igual para todos os viventes, quando censura Alexandre por violar territórios para expandir o seu poder..., o filósofo romano adverte a todos que dar a cada um o seu direito “é próprio do homem bom e justo”, e essa qualidade, por sua vez, não é nenhum privilégio de um povo; adverte-nos ainda que cada um pode agir deste modo, seguindo a reta razão, que manda fazer o bem e rejeitar todo mal.

O mesmo modo de pensar a mundialidade do homem está presente em outros autores do estoicismo. De fato, o empenho de Sêneca em mostrar para seu amigo Lucílio que nascemos da mesma semente, gozamos do mesmo céu e morremos da mesma forma, não nos leva a outra conclusão. E o mesmo se há de dizer das meditações de Marco Aurélio, já que para ele “o mundo é como uma única cidade”, habitada por todos nós e que comungamos da mesma razão e extraímos dela o padrão de vida aceitável para as nossas vidas.

A tese de Sabine sustenta que a ideia do homem defendida pelo estoicismo é a daquele que reconhece em todas as pessoas a sua própria família, pois todos têm a mesma origem divina e gozam da mesma natureza racional. Essa pessoa, por sua vez, vive de modo resignado e aceita “a vida como um ofício, um dever assinalado por deus⁴⁰”, da mesma forma que o soldado aceita a tarefa que lhe é determinada pelo comandante.

Ocorre que essa ideia estoica do homem cederia lugar a uma outra, qual seja, a do “homem cristão”, aquele que tinha um pé na cidade humana e outro na cidade celestial. Com efeito, São Paulo disse desde cedo que, em Cristo, “não há mais diferença entre judeu e grego, entre escravo e homem livre, entre homem e mulher”, pois todos são um só n’Ele⁴¹.

E não tardaria o momento em que a Igreja se tornaria a principal referência para a união de sentimentos entre povos distintos, e Deus, a suprema autoridade, seria o ponto de convergência de toda a humanidade. Inspirado nessa ideia de irmandade é que Santo Agostinho, na sua discussão com os estoicos e embora desconfiando de um monarca universal, defenderia a construção de uma vizinhança concorde e de uma teoria da guerra justa. O Bispo de Hipona, aliás, foi uma importante testemunha do fracasso do Império

40 Cf. SABINE. Op. cit., p. 156.

41 Gl 3, 28.

Romano do Ocidente; defendeu, talvez pela impressão negativa que teve da universalização romana, uma espécie de fraternidade entre povos vizinhos; além disto, consentiu a guerra, apenas, quando tivesse por fim a reparação de uma injustiça, quando o ofendido agisse como juiz e não como vítima de uma ofensa, quando fossem usados apenas os recursos necessários ao cumprimento daquele fim.

Semelhante disposição filosófica se vai encontrar em Dante, este que via no governo a única forma de concretizar a natureza racional do homem na terra, e, por isso mesmo, tal governo deveria ser único, com o poder compartilhado pelas autoridades espiritual e temporal. Um pouco distinto, mas nas pegadas desse mesmo ideal fraterno, encontramos o ideal kantiano de uma *paz perpétua* entre os povos. É que como já sabemos, a modernidade pensou o homem como um ser dotado de razão, de liberdade e de uma igualdade universal nunca antes imaginados, onde Kant foi fundamentar sua ideia de cosmopolitismo.

De acordo com Kant, se no plano dos Estados nacionais já se tinha superado o estado de natureza em que o homem vivia antes do contrato social, faltava fazê-lo no plano internacional: numa assumida república internacional (*foedus pacificum*), capaz de assegurar uma convivência respeitosa entre Estados associados. Uma paz universal assegurada pela definição das condições de hospitalidade recíproca, para cumprir o direito natural de visita que todos os humanos têm de transitar sem embaraços por toda a superfície da terra⁴². Esta seria, de acordo com aquele filósofo, a única forma que a natureza humana tem de desenvolver todas as suas disposições, assim como de garantir, no futuro, que os nossos filhos se lembrassem de nós com respeito.

2.5.2 – O problema atual do pluralismo moral e político: uma discussão entre liberalistas e comunitaristas acerca do universalismo e do particularismo da justiça

Um debate político e jurídico importante atualmente, sobre o alcance da justiça, é aquele que se verifica entre os chamados liberalistas e os seus oponentes, os que se assumem, diferentemente, como comunitaristas. Estes últimos, por um lado, dizem que a justiça deve ser buscada no interior de uma comunidade específica de cidadãos, na conformidade de seus valores, práticas e instituições historicamente amadurecidas, enfim, naquele horizonte comunitário e normativo que constitui a identidade de seus membros;

42 KANT, 1995, p. 137.

os liberalistas, no entanto, ambicionando a universalidade e imparcialidade de suas escolhas, renunciam à procura de uma identidade comunitária específica, recorrendo, apenas, a uma natureza humana racional que se supõe independente de qualquer tradição ou de vinculação nacional.



Glossário

A propósito da extensão e do compromisso com a justiça, os liberalistas via de regra são cosmopolitas: acreditam que é papel da política promover a justiça e os direitos humanos em todo lugar do mundo; os comunitaristas, ao contrário, via de regra são nacionalistas: defendem que a justiça é um compromisso local, sendo necessário respeitar as tradições locais e a imaginação política de cada nação.

Este é um assunto que Nussbaum tem ajudado a compreendermos bem, não parecendo, em princípio, intransigente em sua tese sobre a justiça global: busca conciliar as ideias de cosmopolitismo com o respeito à diversidade cultural⁴³. Mesmo reconhecendo a primazia do cosmopolitismo, dialoga com as diferentes propostas de nacionalismo. O esforço de conciliação que faz é bastante estimulante, já que parte da disposição natural da pessoa para fixar-se na terra que lhe parece mais firme, para então defender a necessidade de alargarmos um pouco mais nossos horizontes de compromissos. A proposta da autora parece poder ser chamada de “cosmopolitismo de raiz”. O que devemos entender por isto? Denuncia, primeiramente, as contradições do patriotismo, mostrando que ele nos exige um sacrifício pelo bem comum e, ao mesmo tempo, constrói barreiras contra o estrangeiro; por si mesmo, deve ser considerado um mal, mas seus argumentos em favor do sacrifício pelo bem da nação atenuam essa falha, desde que aceito com alguma moderação.

É bem verdade, diz ela, que inexiste atualmente uma unidade religiosa e linguística que permita apelar para a igualdade entre todos os cidadãos, e um Estado mundial seria até mesmo perigoso, dado que poderia violentar diferenças culturais e linguísticas

43 NUSSBAUM, 1999, p. 13 e segs.

importantes. Mas, nada justifica o excessivo devotamento dos americanos ao nacionalismo. O cosmopolitismo não apenas nos ajudaria melhor nos propósitos da humanidade atual, mas seria também algo bom e recomendável para todos os humanos. O ponto de partida que deveríamos adotar seria o exemplo de Diógenes, O Cínico, ele que quando perguntado sobre qual era a sua cidade, respondeu que era um cidadão do mundo. Apoia-se, nesta convicção, de que o mais importante de tudo é que somos cidadãos do mundo e dividimos este espaço com outras pessoas, que ao invés de sermos identificados pelas nossas origens, devemos nos identificar pelas preocupações que são comuns a todos as pessoas.

A ideia de uma fronteira, separando dois ou mais povos, acabaria por ser algo arbitrário e até mesmo mágico; isto fragiliza o que há de positivo no multiculturalismo, uma vez que restringe seus horizontes de preocupações. Talvez seja urgente reconhecer a necessidade de nos reconhecermos como integrantes daquela mesma “comunidade de fins” proposta por Kant, e ainda as oportunidades reais de sua implantação; parece que, para a autora acima referida, mundialidade é um conceito moral, enquanto que o Estado mundial é um conceito geográfico-político.

O patriotismo não deixa de ser uma invenção dentre outras. Em verdade, as questões humanas se manifestam de diferentes modos em diferentes lugares, e o mais importante segundo Nussbaum é reconhecermos o que há de humano numa dada pessoa e o que há de concreto em nossa concepção de humanidade. Não será o caso aqui, talvez, de reconhecer que perante o cosmopolitismo pouco importa se Saulo tornou-se Paulo a caminho de Damasco, importando como o próprio apóstolo diz, a face humana que carrega consigo⁴⁴? Antes de qualquer vínculo ou filiação, descobrimo-nos como iguais aos outros humanos no sorriso, no sentir fome e frio, no modo de ser em geral, etc., e somente com o tempo é que vamos percebendo a nossa vinculação maior com aqueles que nos protegem. A moralidade humana, aliás, de acordo com Nussbaum, tem origem nesse processo, esforçando de diferentes modos, em diferentes culturas, para regular a tensão do desejo e para limitar nossas próprias ambições perante os desejos alheios.

O cosmopolitismo pode ser bom, mas se não alimentar a pretensão de ser uma doutrina abrangente e ouvir os estoicos, sobretudo Marco Aurélio ao valorizar seriamente nossa memória e afetos. Isto é importante, pois evita o desenraizamento do cidadão, reconhece a lealdade comum que nós sentimos pelas pessoas e lugares mais próximos... pelos que aprendemos a amar melhor. Não haveria problema algum estarmos vinculados

44 Gl 3, 28.

prioritariamente a determinada tradição e onde de fatos nos formamos; a própria natureza da compaixão faz com que esta se aflore primeiramente e com mais facilidade em relação às pessoas que estão mais próximas de nós.



Imagem 16

Conflito entre árabes e judeus, a mostrar um problema para atual para o Estado e o direito contemporâneos: a possibilidade de convivência pacífica entre povos e crenças distintas.

Fonte: Ilustração por Letícia Rodrigues

É certo que nossa memória afetiva nos leva, às vezes, a renunciar a outras possibilidades de vida, ainda que sejam aparentemente mais tentadoras, algo que resiste à tentativa de universalidade; mas nunca é demais considerar o pluralismo de bens que os sujeitos aspiram para uma vida realmente plena e livre. Não se pode negar que os nossos vínculos são mais fortes em relação às pessoas mais próximas, daí que devemos nos esforçar para construir uma teoria sólida sobre a vizinhança, como, aliás, Santo Agostinho pretendia.

Há que se considerar, ademais, a possibilidade daquela teoria dos círculos inventada pelos estoicos, pois talvez nos ajude a conciliar nosso apego à comunidade que nos formou com o desejo de alargar nossos compromissos com a humanidade em geral: a começar pelo círculo em que nosso “eu” está situado, alargamos cada vez mais nossos

compromissos externos, passando pela família, pelos amigos, vizinhos, etc., de modo que os deveres com a humanidade inteira é o círculo mais amplo que se haverá de perseguir; a renúncia de nossa identidade local não é exigível, ao contrário, esta é tida como imprescindível; nosso esforço maior deve ser o de trazer o círculo mais amplo para o interior dos demais.

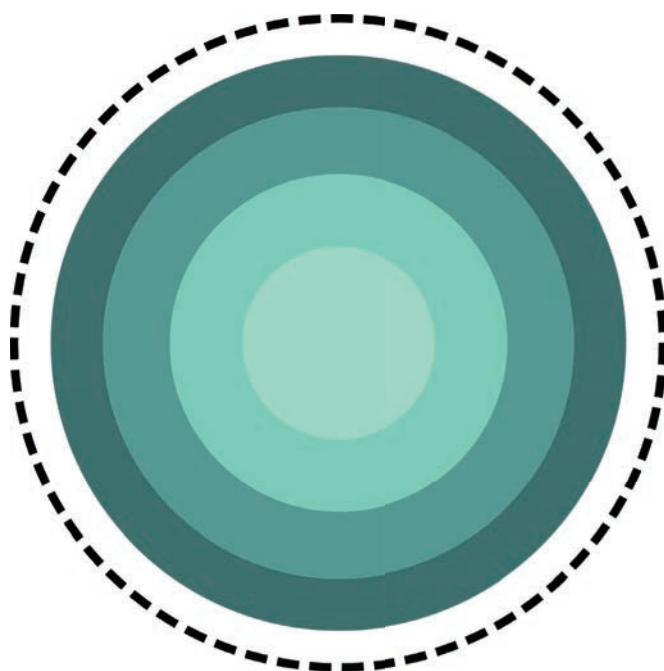


Imagem 17

Fonte: Ilustração por Letícia Rodrigues

Não convém reconhecer, afinal, que tudo é vicissitude nos compromissos que assumimos? Não escolhemos onde nascemos e onde grande parte de nossas afeições se constituem, nem controlamos todas as mudanças que ocorrem em nossos círculos de obrigações; mas, de fato, nossa identidade se define a partir dos círculos que se encontram mais próximos de nós, e não há motivos para se afirmar, abstratamente, que devemos ser nacionalistas ou cosmopolitas; as histórias que nossos pais nos contam são um misto de imaginação e de impressões sobre o mundo, constituindo certamente uma componente decisiva de nossa formação moral; mas nada impede que outras narrativas nos afetem com igual interesse e arrebatamento, tal como os a narrativa do circo encantou o Menino.

É certo que experimentamos hoje, no mundo, um encontro inevitável de culturas, em parte pela própria mobilidade humana que se tornou mais acessível, mas principalmente

pelo desenvolvimento tecnológico que atingiu grandes proporções; para o bem ou para o mal, podemos conhecer pessoas, reunir com muitas delas ao mesmo tempo, ler todos os clássicos da literatura, etc., tudo sem se preocupar com barreira geográfica e/ou temporal. O mundo virtual nos proporciona um recurso importante para o desenvolvimento humano que é o exercício da imaginação, mas também nos expõe ao terrorismo midiático e à rápida disseminação do ódio. Por causa disto que a segurança pública hoje tem o maior de seus desafios: a intolerância para com os outros que pensam, sonham e defendam algum projeto incompatível com a nossa própria concepção do bem.

Um filósofo importante da atualidade, Habermas, pensa que apesar do pluralismo, é possível entender com outras pessoas a partir de uma comunidade de comunicação⁴⁵; seu modelo aposta numa tolerância procedimental, algo que outro autor, Derrida, recusou enquanto defendeu uma atitude mais generosa para com o estrangeiro: a hospitalidade ética, assim entendida como o compromisso de ir além daquela simples caridade cristã que não reconhece o Outro como simplesmente o outro.

Certamente que a pluralidade de bens atuais nos impede de acreditar inteiramente num diálogo de culturas, tal como Habermas propõe, ao passo que sugere uma ainda que eventual razão a Derrida quando admite a possibilidade do silêncio: a necessidade de deparar com o rosto do Outro pode exigir que não lhe façamos perguntas e que o abriguemos (sem exigências) debaixo do nosso teto. Isto é, certamente, um assunto que você precisa pensar nele todos os dias, pois a segurança pública deve sempre responder: “quem pode estar seguro onde” e “que perigo realmente existe para ser removido” neste mundo onde, de acordo com Riobaldo, protagonista do *Grande sertão: veredas*, de J. Guimarães Rosa, “viver é naturalmente muito arriscado”.

SÍNTESE DA UNIDADE

E então você chegou ao fim desta segunda unidade, na qual aprendeu muitas coisas sobre o surgimento do Estado democrático no pensamento moderno, sobre as tentativas de reconstrução atual e os desafios que isto implica. A primeira aula concentrou todo esforço na concepção que os filósofos modernos tinham de liberdade; vimos que ela tinha um sentido negativo: o sentido de defesa do indivíduo contra o constrangimento externo (do Estado, principalmente) nas esferas da consciência e da vida privada, algo distinto da liberdade dos antigos que significou a possibilidade ou o dever do cidadão de exercer sua cidadania. Nessa aula, vimos ainda que o absolutismo dos reis foi o grande motivo que

45 BORRADORI, 2004, p. 13 e segs.

preocupava os autores iluministas e os levou a pensar daquela forma, inclusive a criarem o dogma da segurança jurídica e a instituírem o que se conheceu por Estado de direito.

A segunda aula teve como objetivo estudar os desafios do Estado democrático de direito em nossa época, pois superada aquela fase dos modernos de um Estado de legalidade, restou o compromisso de assegurar a todas as pessoas a participação efetiva no processo deliberativo da comunidade política; mas além disto tudo, agora você já sabe que muito mais que atentar para aquela tríplice divisão das funções do poder e para o direito do cidadão de intervir decisivamente nos destinos de seu país, é preciso discutir se esse sistema ainda corresponde à realidade da agenda política atual; vimos, inclusive, a existência de um abismo entre a produção legislativa e a efetividade do direito.

O que você pode perceber na terceira aula, basicamente, foi que há uma significativa diferença entre Estado, direito e justiça, de modo que esta última sempre foi um ideal de vida encontrado na história da humanidade; os demais, surgiram em épocas distintas e sofreram significativas alterações. Insisti na ideia de que os pensadores clássicos tratavam o direito e o Estado, apenas, como um instrumento de realização da justiça; deste modo, se a atividade de seus agentes se afastasse desse ideal de justeza de suas ações, cometeriam um desvio muito grave de função, tal como disse Santo Agostinho quando diz que quando o Estado libera seus agentes da tarefa de realizar a justiça, abriga em seu interior, apenas, uma quadrilha de ladrões e salteadores.

A quarta aula se dedicou a alguns dos desafios atuais da justiça, entre eles a violência, a corrupção, a crise ambiental, a intolerância e a pobreza. Creio ter sido possível para você perceber que logo cedo o Estado liberal dos modernos deu lugar ao Estado social, visando efetivar aqueles direitos que se pensou inicialmente serem universais mas que ficaram restritos aos integrantes da burguesia europeia. Discutimos ali também a urgência atual de olharmos para o grande contingente de pessoas que vivem à margem dos direitos mais básicos para uma vida realmente decente; demos conta, inclusive, que talvez o contratualismo, teoria moderna do direito que se baseou na mútua vantagem dos signatários, não responda mais aos desafios da justiça contemporânea; a ideia do reconhecimento provavelmente fará justiça mais facilmente aos sujeitos que não foram reconhecidos até hoje nos seus direitos: os sujeitos ambientais, os estrangeiros, os gays, os negros, os pobres, etc.

A última aula, dedicada ao debate jurídico entre cosmopolitas e nacionalistas, recuperou algumas ideias históricas de fraternidade entre os povos e os obstáculos encontrados na teoria clássica da soberania; vimos ali que a história das ideias políticas registra a

passagem inicial do Estado-Cidade para uma cidadania universal, regressando, mais tarde, ao Estado nação. Mas pudemos ver, a seguir, que o pluralismo cultural e o inevitável encontro das culturas atuais nos desafiam a seguir adiante na tarefa de realizar a paz e promover o desenvolvimento dos povos; o provincianismo e a intolerância para com as pessoas que pensam e atuam diferentemente de nós constitui, de fato, um grande óbice a este projeto; mas pudemos ver que é possível conciliar esta ambição de uma “amizade universal” com o respeito à tradição local, algo que a teoria estoica dos círculos parece muito apropriada e atual.

EXERCÍCIOS DE FIXAÇÃO DA UNIDADE

- 1) Discorra sobre as noções moderna e antiga de liberdade, sobre o conceito de democracia e sua origem, primeiramente entre os gregos, depois entre os modernos que se insurgiram contra o absolutismo dos reis.
- 2) “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. De olho neste mandamento constitucional, defina o que você entendeu por “segurança jurídica” no pensamento moderno.
- 3) Fale sobre os desafios da democracia no nosso tempo, considerando, entre outras questões, se ela ainda é a solução para todos os nossos problemas ou se precisamos lançar mão de outros recursos (da tecnologia, da ética pública, etc.) para garantir uma efetiva implementação dos direitos humanos.
- 4) Disserte sobre a ideia grega original (pré-socrática) de justiça, sobre a persistência desse ideal de vida na história do pensamento jurídico-político e sobre sua distinção para com as ideias de direito e de Estado.
- 5) Diferencie as noções de Estado liberal e Estado social.
- 6) Comente a afirmação de que vivemos hoje na idade da pluralidade e da diferença, de modo a desafiar o conceito de segurança pública na recompreensão do seu papel, sobretudo atentando para as lutas sociais de emancipação e de reconhecimento atuais (as demandas das minorias nos campos da religião, etnia, gênero, etc.).
- 7) Discorra sobre a ideia de justiça política e de engajamento do Judiciário (para além da simples separação das três funções do poder) na efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana, não implementados pelo Legislativo e Executivo.
- 8) Reconstitua brevemente as ideias de uma comunidade universal e de cidadania.

9) Sintetize as teses defendidas pelos liberalistas e comunitaristas acerca dos compromissos da direito e do Estado em matéria de justiça, sobretudo no que define esses autores como nacionalistas ou como cosmopolitas.

ATIVIDADE FINAL DO MÓDULO

Chame seus colegas de polo, assistam juntos ao filme *Abril Despadaçado* e abram uma discussão para identificar, ao longo da narrativa, a matéria de cada aula que você estudou; ao final, escreva uma resenha, utilizando no que puder os conceitos e conteúdos que você aprendeu.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. *Política*. Traducción Castellana Julian Marias y Maria Araújo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1951.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Habermas e Derrida*. Tradução Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ÊSQUILO. Euménides. In: _____. *Oresteia: Agamémnon, Coéforas, Euménides*. Tradução Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 1992.

FERREIRA, José Ribeiro. *A democracia na Grécia antiga*. Coimbra: Minerva, 1990.

FREIRE, Ricardo Maurício. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: JusPodivm, 2009.

Gálatas. *In*: BÍBLIA SAGRADA. Tradução Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. 9ª imp. São Paulo: Paulinas, 1993. Edição Pastoral. p. 1494-1500.

Gênesis. *In*: BÍBLIA SAGRADA. Tradução Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. 9ª imp. São Paulo: Paulinas, 1993. Edição Pastoral. p. 13-67.

GOHN, Maria da Glória (Org.). *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. Petrópolis: Vozes, 2003.

HELD, David. *Modelos de democracia*. Tradução Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. 1.ed. São Paulo: editora 34, 2003.

JAEGER, Werner W. *Paidéia: a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

KANT, Immanuel. A paz perpétua: um projecto filosófico. *In*: _____. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 21-37.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. vol. I.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NEVES, António Castanheira. A redução política do pensamento metodológico-jurídico: breves notas críticas sobre o seu sentido. *In*: _____. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2º. P. 379-421.

NUSSBAUM, Martha C. *A fragilidade da bondade: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega*. Tradução Ana Aguiar Cotrim. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *C. Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. *Los Límites del patriotismo: identidad, pertenencia y “ciudadania mundial”*. Traducción Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. *Teoria Geral do Processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PLATÃO. *A República*. Tradução Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução João Sedas Nunes. 1. ed. Lisboa: Presença, 1997.

SABINE, George H. Teoria da Comunidade Universal. In: _____. *História das teorias políticas*. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 149-321.

SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. Tradução Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TRUYOL Y SERRA, António. Genèse et fondements spirituels de l'idée d'une communauté universelle: de la “civitas máxima” stoïcienne à la “civitas gentium” moderne. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, vol. XII, p. 119-176, 1958.

LIMA VAZ, Henrique C. de. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica I*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Escritos de Filosofia III: filosofia e cultura*. São Paulo: Loyola, 1997.

WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociologia comprensiva*. Traducción José Medina Echavarría et alii. México: Fondo de Cultura Económica, 1944. v. I.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



Universidade Federal da Bahia

Estado e Direito: Contribuições ao estudo dos fundamentos da segurança pública no Brasil.

Este módulo, dividido em 2 unidades, aborda os conceitos e os fundamentos da segurança pública. A primeira unidade tem por objetivo oferecer uma compreensão sobre as teorias que discutem como o Estado e o Direito foram criados e as razões para isto acontecer; a segunda discute como a Idade Moderna mudou totalmente a concepção antiga da vida pública; aborda os motivos que levaram ao surgimento do chamado “Estado democrático de direito” e as razões que levaram as nações, desde então, a se comprometerem em respeitar a pessoa humana, buscarem a igualdade e a promoverem a justiça.



PROGRAD
PROGRAMEAMENTO DE GRÁDUAÇÃO



Faculdade de Direito



NÚCLEO DE ESTUDOS DE
Linguagens & Tecnologias