

Para uma filosofia do direito multinormativa e convivial¹

José Rodrigo Rodríguez

UNISINOS

Introdução

A partir da reflexão sobre a violência do processo de unificação política e cultural do Brasil, marcados pelo desejo de homogeneidade, este texto irá propor um novo enquadramento teórico capaz de oferecer uma resposta a estas violências que permanecem vivas no Brasil contemporâneo, atingindo, por exemplo, os descendentes de povos originários e de quilombolas. Soluções que apontem para uma forma de unidade política que não tenha como objetivo centralizar o poder do Estado, centralizar a produção do Direito e gerir os

¹ Versão modificada do texto escrito para o Annual Meeting de 2021 do projeto de pesquisa internacional Mecila. Agradeço a Alexandre Travessoni Gomes Travissonno, Aline Oliveira, Ana Carolina Alfinito, Denisson Gonçalves Chaves, Bruna Bastos, Fabiana Severi, Mauricio Flores, Miguel Angelo Spendore Maciel, Miguel Gualano Godoy, Simone Schuck Silva, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e aos participantes do evento, Agustín Casagrande, Elisa Speckman, Osvaldo Barreneche e Samuel Rodrigues Barbosa pela leitura e pelas sugestões.

problemas jurídicos contemporâneos a partir de uma mesma tábua de valores, ou seja, uma série de princípios organizados por uma única narrativa constitucional que subsuma todas as outras. Trata-se, portanto, de imaginar uma forma não homogeneizante de estado democrático de direito.

Para realizar esta tarefa, a primeira parte deste artigo relata alguns episódios centrais da vida de minha avó materna que ilustram a violência resultante da centralização do poder político no Brasil, especialmente em relação às pessoas negras, povos originários e imigrantes durante o século XX. Sua segunda parte sustenta que um modelo descentralizado de Estado de Direito, que será chamado de multinormativo, pode ser útil para evitar violências semelhantes e redimir injustiças passadas.

Baseado em Franz Neumann e Robert Cover, o texto mostra que não é necessário romper com a tradição do direito liberal para conceber um modelo multinormativo de direito que abra espaço para a convivência entre várias formas de vida comunitárias. Basta reformular suas instituições para incluir as demandas de todos os cidadãos e grupos sociais sob a forma de ordens normativas, utilizando a tradição ocidental como um “código universalizante híbrido” destinado a lidar com os conflitos entre elas, um código com qualidades formais que se mostrem sensíveis à materialidade dos conflitos sociais.

Em sua terceira parte, este artigo apresenta o esboço de um modelo multinormativo de direito inspirado no trabalho de juristas da tradição do pluralismo jurídico, especialmente Robert Cover, Brian Z. Tamanaha, Paul Schiff Berman e Klaus Günther. Interpreto a obra desses autores como uma renovação da tradição jurídica liberal, como sugere Cover, que permite pensar um desenho do Estado de Direito democrático que permita a coexistência de mundos com forte sentido normativo, ou seja, que se impõem principalmente por seu sentido comunitário substantivo.

Para que tal renovação seja possível, é preciso construir critérios para distinguir não apenas o legal e o ilegal em cada ordem

normativa específica, mas também o jurídico do não-jurídico para que seja possível comparar a validade de normas jurídicas pertinentes a ordens normativas diferentes.

Este texto propõe que tais critérios sejam formulados de acordo com o referido “código jurídico híbrido”. Tal código deve ser capaz de funcionar tanto como uma linguagem universalizante, ou seja, que se renove com os conflitos enfrentados, quanto como uma linguagem situada, capaz de expressar experiências singulares. Na linguagem de Ivan Illich, que serve de inspiração para o texto nesta parte, trata-se de construir um direito manejável e não manipulador, ou seja, que não se limite a tratar as pessoas e a natureza como meros objetos.

Um modelo multinormativo de direito assim concebido deve reconhecer que as comunidades devem poder viver sob sua própria ordem normativa jurídica e, portanto, que o texto da Constituição brasileira de 1988 poderá ser lido em sentidos diferentes por múltiplos discursos de justificação. Nesse sentido, ao invés de uma lei constitucional unitária e tradição interpretativa, o Brasil deve reconhecer a existência de “evangelhos constitucionais” que integram nossa ordem constitucional ao lado do texto da Constituição de 1988, evangelhos que expressam diferentes narrativas sobre o que é jurídico e o que é não jurídico.

O direito constitucional brasileiro deve lidar com as compatibilidades e incompatibilidades entre todas essas narrativas constitucionais sem suprimir a diversidade que nasce da produção de normas jurídicas diferentes a partir de um mesmo texto constitucional.

Direito, unidade e violência

Os crimes da cidadania brasileira: um caso pessoal

Minha avó materna, Yolanda Pedro, contava que havia vivido momentos de pânico por medo de sofrer bombardeios aéreos quando

era uma jovem agricultora na divisa de São Paulo com Minas Gerais. Ela veio para o Brasil em razão da agressiva política imigratória promovida pelo país com a finalidade de embranquecer nossa população por meio da substituição do trabalho das pessoas negras escravizadas por trabalhadores brancos. O trabalho de pessoas negras, diga-se, foi implementado no Brasil também em razão da dificuldade de escravizar em massa os povos originários para trabalhar na lavoura.

O assim chamado “povo brasileiro” foi formado, em grande parte, em razão de uma demanda instrumental e racista por mão de obra. Como diz provocativamente Darci Ribeiro:

Nunca chegamos [na América Latina] a ser nações organizadas como quadro dentro dos quais o povo vive seu destino, realizando suas potencialidades, à base de um corpo de direitos coparticipados. O povo, primeiro, era o gentio pagão que só existia como matéria-prima para ser transformado em alguma coisa mais pia pelos missionários e mais útil pelos colonos.

Depois, foi a negraria escrava importada como uma força energética que se queimava como um carvão humano nas minas e nas plantações para produzir o que não comiam nem queriam, mas sim o que dava lucro ao amo e senhor.

Hoje, é a massa excessiva de gentes escuras, mestiços de índio e de pretos, meio envergonhados de suas caras tão contrastantes com os padrões europeus de beleza e dignidade.

Eles aí estão sempre disponíveis como uma força de trabalho que é o componente mais reles da produção, porque, sendo mais barato que a terra, o gado, as máquinas e os insumos, nem precisa ser poupado. De fato, até valia mais antigamente, quando era escasso e tinha que ser caçado no mato, transladado da África ou importado como imigrante, ou quando os europeus excedentários se converteram em gado humano exportável.

O povão latino-americano tanto se multiplicou que hoje excede, visivelmente, às necessidades da produção. Começa mesmo a gerar preocupações (Ribeiro, 2020, p. 134).

Durante meses, a família de minha avó e a cidade inteira evitava acender luzes durante a noite para que os aviões bombardeios do governo federal não pudessem localizar suas casas. Além disso, ela nos contava que havia ajudado a cuidar dos soldados feridos nos combates que ocorreram na região.

Demorei algum tempo para compreender a dimensão do que ela dizia, ao menos até estudar a Revolução de 30 no ensino médio: minha avó morava na divisa de São Paulo com Minas Gerais em 1932, ano em que ocorreram combates que marcaram a assim chamada Revolução Constitucionalista (Lima, 2018). Este movimento, que eclodiu no Estado de São Paulo, defendia a instauração de uma assembleia nacional constituinte contra a continuidade do governo provisório de Getúlio Vargas iniciado no contexto da assim chamada Revolução de 30.

Nessa época, todo o Estado de São Paulo e a sua capital foram palco de combates armados que incluíram bombardeios aéreos. O conflito mobilizou diversos estados da Federação e ainda que não tenha se espalhado pelo território brasileiro, não é exagero caracterizá-lo como um ensaio de guerra civil. Uma guerra que afetou pessoalmente minha avó, certamente por ela ter vivido o risco iminente de eliminação física, além de ter sido testemunha das violações físicas que uma guerra pode causar. Uma guerra que também marcou para sempre a sua visão da política. Até o final de sua vida, ela interpretou a política brasileira como uma disputa entre os Estados federados, mesmo muitos anos depois da centralização do poder político Brasil se encontrar totalmente consolidada e estabilizada.

A violação de seu corpo, a eliminação de sua existência e da existência das pessoas próximas em nome do direito e a invasão do Estado de São Paulo foi uma realidade tangível para ela. Talvez por esta razão, minha avó nunca tenha sido uma doce velhinha. Até perder a

consciência em razão de derrames cerebrais, estava sempre disposta a entrar em toda e qualquer discussão política, sem intenção de conciliar as posições em disputa, defendendo seus pontos de vista e os interesses do Estado de São Paulo com toda a contundência.

Também em razão de suas experiências, minha avó nutriu, até o fim de sua vida, sentimentos contraditórios em relação à figura de Getúlio Vargas e um sentimento de identificação com o Estado de São Paulo que muitas vezes me parecia mais forte do que a sua identificação com o Brasil. Ela relatava sentir um ódio profundo do Getúlio ditador por ter atacado São Paulo, mas, ao mesmo tempo, dizia tê-lo perdoado, anos depois, quando ele promulgou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ao ouvir essas histórias, presenciei pela primeira vez alguém falar de um texto legal –e do direito em geral– com paixão. O direito para ela não era um instrumento destinado a efetivar e operacionalizar valores sociais em relação aos quais o jurista deve se manter indiferente. Também não era um jogo retórico, sofisticado e erudito, uma técnica de convencimento cujos resultados serão sempre indeterminados e em relação ao quais devemos nos manter céticos ou desenvolver o mais descarado cinismo.

Minha avó falava do direito com intensidade, como se dele dependesse, sem exagero algum, a sua vida, a sua morte e a sua dignidade na condição de pessoa e trabalhadora. Como nos lembra Robert Cover, a interpretação jurídica se estabelece em um “campo de dor e morte” (2019) que necessariamente implica o corpo das pessoas. Pode não ser mero acaso que sua filha, minha mãe, muitos anos depois, tenha se tornado juíza do trabalho e eu, em minha dissertação de mestrado, tenha escrito sobre liberdade sindical (Rodriguez, 2003). Para Yolanda, a CLT era muito mais do que um texto. Ela implicava seu corpo e sua existência: o direito que um dia ameaçou feri-la ou mesmo eliminá-la fisicamente, agora era capaz de protegê-la contra o risco de ser vulnerada.

Em 1935, aos 18 anos, minha vó migrou para a capital de São Paulo e começou a trabalhar como operária na Johnson & Johnson no

bairro da Mooca, onde residiu até o final de sua vida. Durante os levantes tenentistas de 1924 contra o governo federal (Assunção, 2015) o bairro também havia sido bombardeado pelas forças oficiais –como os demais bairros operários de São Paulo: Braz, Belenzinho, Aclimação e Luz– na tentativa de indispor os trabalhadores com os tenentes insurgentes.

Este episódio covarde e violento, negligenciado pela historiografia brasileira, foi extremamente grave. Estima-se que durante os conflitos 1800 imóveis tenham sido atingidos e 250 mil pessoas tenham deixado São Paulo para se abrigar no interior. Além disso, 212 mil pessoas deixaram seus bairros para se abrigar em São Paulo na casa de parentes e conhecidos, em uma cidade que contava então com 750 mil habitantes. Há notícias de que o levante resultou na morte de 503 pessoas e deixou 4.846 feridas. Certamente a memória destes acontecimentos ainda estava muito presente em 1935.

É provável que a greve geral de 1917, que atingiu todo a nascente indústria brasileira, tenha tido um papel importante na decisão de atacar as classes populares em 1924. O discurso oficial na época criou a figura do “agitador estrangeiro hostil” para caracterizar os anarquistas, então dominantes no movimento operário. Os estrangeiros eram acusados de ingratos por haverem sido acolhidos generosamente pelo Brasil e, naquele momento, terem resolvido promover agitações e atos violentos sem uma justificativa justa. É claro que se tratava de um discurso construído para desviar a atenção do público das condições de trabalho da época, a real motivação da greve e da insatisfação dos trabalhadores e trabalhadoras. No relato de Roberto Pompeu de Toledo:

Nas fabricas de tecido, as mais bem equipadas e com maior número de operários, trabalhava-se em ambientes mal ventilados, sob o infernal barulho das máquinas e a vigilância severa dos mestres e contramestres. Controlavam-se as conversas e as idas aos banheiros. Na fábrica Santana, de Antônio Álvares Penteadó, em 1902, cobravam-se 200 réis por cada uso do sanitário; sua revogação foi uma das

reivindicações de um movimento então deflagrado pelos trabalhadores (Toledo, 2015).

Em sua nova vida em São Paulo, experimentando a violência da condição operária, é compreensível que minha avó tenha perdoado Getúlio Vargas. Afinal, ele se tornou um símbolo da criação de um conjunto de leis que passou a viabilizar uma existência física e simbólica mais digna para toda uma classe trabalhadora. Uma classe submetida a duras condições de trabalho e objeto de um discurso que a estigmatizava. Neste caso, o direito funcionava tanto como instrumento capaz de vulnerar e exterminar corpos, autorizado por um discurso discriminatório, quanto como fator constitutivo de uma existência digna.

Importante dizer que a dignidade dos trabalhadores não dependia exclusivamente do reconhecimento do Estado. Por razões que ainda não estão claras, o estudo das associações e do mutualismo praticado pelos trabalhadores no Brasil ficou em segundo plano. Tais entidades têm sido tratadas como meras precursoras dos sindicatos, que no Brasil não se desenvolveram autonomamente. O Estado criou uma estrutura sindical oficial composta de sindicatos de trabalhadores e sindicatos patronais, organizada por categorias e financiada por uma contribuição compulsória, paga por todos os trabalhadores, filiados ou não.

Mesmo assim, como mostram estudos recentes (Mac Cord e Batalha, 2014), estas entidades exerceram funções de auxílio mútuo, especialmente entre trabalhadores qualificados, e contribuíam para reforçar a identidade dos estrangeiros ao fazer propaganda de sua respeitabilidade com a afirmação da retidão moral e dos valores do trabalho duro. Parece razoável supor que tais entidades também tenham funcionado como espaços de mediação e solução de conflitos, ao menos entre seus membros, o que poderia nos levar a crer que funcionassem como ordens normativas relativamente autônomas. Com efeito, pode ser que a organização dos sindicatos pelo Estado tenha interrompido o processo de criação de um direito nascido da

sociedade, que pode ter se perdido por falta de registro (Rodríguez, 2003).

Não tenho notícias de que minha avó tenha participado dessas associações nem que tenha tido uma vida sindical ativa. Ela trabalhou como operária não especializada e era oriunda do Tirol, grupo de estrangeiros que não contava como associações próprias. Seja como for, sua biografia pode ser mais bem compreendida no contexto dos movimentos de centralização do poder político e da produção de normas jurídicas realizados pelo Estado brasileiro e das violências cometidas neste processo.

Um dos objetivos da política de imigração brasileira foi o de embranquecer a população brasileira e criar uma nação que não fosse dominada pela população originária e negra, considerada biológica e culturalmente inferior. A primeira iniciativa imigratória do Estado brasileiro, ainda antes da independência, já era motivada por teorias raciais e consistiu na formação de uma colônia suíça próxima da Corte do Rio de Janeiro no que hoje é o município de Nova Friburgo (Ferreira, 2020).

Depois da independência, durante o Primeiro Reinado, destacou-se a colônia de São Leopoldo fundada em 1824 por imigrantes alemães. Cabe mencionar que a Universidade do Vale dos Sinos onde eu trabalho está localizada no município de São Leopoldo, exatamente nesta região. A política imigratória brasileira preferiu povos germânicos por influência da Imperatriz Leopoldina, filha do imperador Francisco I da Áustria (Fernandes e Costa, 2020). A justificativa racial seguiu influente entre 1880 e 1930, período de maior afluxo de europeus para o Brasil, em que a família de minha avó migrou para São Paulo. É interessante notar que a política migratória deste Estado, diante da dificuldade de promover a imigração de germânicos, favoreceu a vinda de imigrantes italianos da região fronteira da Itália com a Suíça e a Áustria (Gonçalves, 2020).

Já no século XIX, a mestiçagem era considerada um indício do atraso do país: liberalismo e racismo conviveram de forma tensa e teorias raciais foram utilizadas para justificar diferenças sociais

(Schwarcz, 1993). Mesmo depois da valorização da miscigenação por Gilberto Freire e outros artistas e intelectuais já no século XX, permaneceu o objetivo de integrar o país em um todo geográfico, cultural e jurídico, inclusive com a integração dos indígenas na nação brasileira, como podemos perceber por exemplo na história da Fundação Brasil Central (1943-1967), empreendimento do Estado brasileiro para expandir o poder do governo federal para regiões tidas como vazias como a Amazônia e o Centro-Oeste do país (Maia, 2012). A valorização da miscigenação e o objetivo de unificar administrativamente o território também se colocavam à serviço de um desejo de homogeneidade.

O mesmo fenômeno é perceptível se examinarmos a evolução da legislação a respeito dos povos indígenas: apenas com a Constituição de 1988 ficou claro que o Brasil deve ser considerado uma nação multiétnica e tem o dever de respeitar e zelar pela cultura das diversas nações indígenas, além de respeitar o isolamento de grupos que decidam não tomar parte em nossa forma de vida (Villares, 2009; Rodriguez, 2019; Ricardo e Gongora, 2019). Ao contrário de outros países latino-americanos, o Brasil não se reconhece como um país multinacional (Avritzer, 2017; Bonilla Maldonado, 2018; Clavero, 2008; Fernández, 2015; Lazarte, 2009; Wolkmer; Oliveira e Bacelar, 2017; Verdum, 2009). Mantém em seu marco legal a ideia de homogeneidade.

A construção do federalismo brasileiro também ajuda a explicar a biografia de minha avó e nos ajuda a compreender uma série de questões que enfrentamos até hoje. Por falta de espaço, deixo de fazer um inventário destes problemas, que foram enfrentados sistematicamente por equipes de pesquisa que produziram dois alentados volumes: *Brasil: formação do Estado e da Nação* e *Soberania e conflito: configuração do Estado Nacional no Brasil do século XIX* (Jancsó, 2011; Oliveira; Bittencourt e Costa, 2010). Há também alguns estudos no campo do Direito a respeito do federalismo brasileiro que nos ajudam a compreender os problemas jurídicos em relação aos demais aspectos da vida social (Bercovici, 2003; Macedo, 2018).

Como afirma Henrique Dussel, a cultura latino-americana resultou de um “choque devastador, genocida, absolutamente destruidor do mundo indígena” (Dussel, 1993, p. 64), mas não apenas isso. É importante notar também, como mostra Jan Hoffman French, que a garantia de direitos e a criação de políticas públicas voltadas para os indígenas tiveram efeitos positivos em grupos de pessoas que costumavam ver a si mesmos como “camponeses” e passaram a perceber a si mesmos como povos originários (French, 2009). Nesse sentido, pode-se dizer que a expansão das instituições ocidentais, no longo prazo, teve efeitos ambíguos de destruição de povos originários, mas também de recriação e proteção de identidades originárias em um novo contexto.

Ademais, boa parte dos conflitos políticos e jurídicos brasileiros cotidianos de hoje giram em torno de problemas religiosos, mais especificamente, resultam da dificuldade de incorporar à disputa política brasileira de forças emergentes identificadas com as religiões neopentecostais (Rodríguez, 2023). Muitos destes problemas poderiam ser solucionados por instituições e raciocínios não unitários, capazes de gerir, na terminologia de Brian Z. Tamanaha (2021), o pluralismo jurídico interno (Flores e Rodríguez, 2018). Além disso, também enfrentamos problemas relacionados ao pluralismo jurídico externo, aprofundado pelo assim denominado processo de globalização (Berman, 2013; Berman, 2018; Günther, 2020; Günther, 2008; Neves, 2012; Roth-Isigkeit, 2018; Santos, 2011; Schaffer, 2012; Scheuermann, 2008; Tamanaha, 2021) aos quais o pensamento jurídico contemporâneo também deve uma resposta.

Formalismo jurídico e democracia

Como afirma Franz Neumann em *O império do direito* (Neumann, [1936] 2013), uma das funções centrais do estado democrático de direito é manter separados, mas em comunicação, as esferas da soberania e da sociedade. O direito estabelece procedimentos para que o poder possa ter acesso ao corpo e ao patrimônio de quem quer que

seja para, por exemplo, cobrar uma dívida, limitar seu direito de ir ou aplicar a pena de morte. O direito também separa a palavra pública da palavra privada.

Mesmo Hobbes afirma, no capítulo XXI de *O Leviatã* (Hobbes, [1651] 1968) que no estado de sociedade, depois da celebração do pacto social, é possível ser livre ainda que, para o autor, a palavra do soberano seja responsável por determinar o espaço destinado à liberdade dos súditos por meio de leis: “A liberdade dos súditos, portanto, está apenas naquelas coisas que, ao regular suas ações, o Soberano permitiu” (Hobbes, [1651] 1968, p. 264). Há aspectos da vida que não são regulados pelo pacto, como onde morar, com quem se casar, onde trabalhar. Depois do pacto, o poder não é mais exercido em nome pessoal e pessoalmente sobre os cidadãos, mas sim por intermédio de normas jurídicas que devem justificar racionalmente as hipóteses em que uma determinada pessoa em concreto possa ser atingida por alguma medida oficial.

A abstração das normas jurídicas despessoaliza o exercício do poder tanto do ponto de vista do soberano quanto do ponto de vista do cidadão. O poder só pode ser exercício nas hipóteses, na forma e na intensidade prevista em lei. Por isso mesmo, abre-se um espaço da experiência humana que fica livre do alcance do poder: tudo que não é proibido é permitido, toda conduta que não foi vedada por uma norma jurídica pode ser praticada livremente.

É justamente por isso, como nos ensinou Robert Cover (2019), que o melhor ponto de vista para compreender o direito de origem liberal é o ponto de vista do carrasco. Generalizando esta ideia para além das categorias do direito penal, cabe refletir sobre o direito do ponto de vista de sua execução sobre o corpo, sobre a estima individual ou social das pessoas e sobre os seus bens, ou seja, sobre sua existência em relação de convívio.

O direito não deve ser estudado do ponto de vista da abstração da norma, mas da materialidade dos conflitos sociais sobre os quais ele irá incidir, especialmente no momento de enfrentar casos concretos, ou seja, o momento de produzir efeitos diretamente sobre as

pessoas envolvidas no conflito. Pois estudar o direito apenas a partir das normas abstratas irá oferecer ao estudioso uma visão parcial do seu funcionamento. Para Cover, é preciso conhecer as hipóteses, a forma e a intensidade de exercício do poder, mas também verificar no âmbito social se este mesmo poder está sendo exercido conforme o direito, ou seja, se o poder está ou não sendo exercido com base em bons fundamentos.

De fato, a partir da modernidade jurídica, os corpos e o patrimônio dos cidadãos passam a estar protegidos do poder por um ônus de justificação, exigido tanto do poder público quanto do poder privado. De acordo com esta ordem de razões, mesmo um soberano absoluto, nos termos de Hobbes, não pode dispor a seu bel prazer da existência de seus súditos, cuja vida, afinal, ele prometeu proteger mediante um contrato que institui o poder soberano, competente para editar leis. A partir de Kant, o pensamento liberal defende que tais limites devem estar previstos em leis que sejam o resultado da participação de todos os cidadãos racionais em um discurso racional, público e livre (Terra, 2004).

Para que tal proteção possa pretender ser considerada universal será preciso que todas as pessoas que participam de uma certa comunidade política vejam a si mesmas, efetivamente, como iguais e sejam consideradas como tal pela sociedade e pelo Estado. Por isso mesmo, não se pode separar o debate filosófico de análises sociológicas, mais especificamente, da análise jurídico-institucional, análise sobre o desenho e sobre o funcionamento das instituições jurídicas, sob pena de vermos conviver ideias igualitárias avançadas com sociedades e instituições excludentes, ou seja, instituições que não estão à altura de sua justificação pública socialmente encarnada.²

Historicamente, a negação de direitos a uma série de grupos sociais –por exemplo, pessoas indígenas, negras, trabalhadoras, judias,

² Nesse sentido é a crítica ao “kantismo” feita por Franz Neumann, que reconhecia a importância de sua formulação da ideia de direito, mas não concordava com seu método de estudo do fenômeno, que deve adotar um padrão interdisciplinar (ver Neumann, [1936] 2013, pp. 245-261).

ciganas, estrangeiras, homossexuais, trans, com deficiência— baseou-se na tentativa de negar a essas pessoas a condição de humanos iguais e cidadãos, reduzindo-os a uma condição supostamente inferior. De sua parte, a luta pela universalização dos direitos é a luta pela humanização de todos os seres humanos e a luta pela atribuição de cidadania de todos os corpos. A evolução do direito liberal nos últimos séculos, portanto, pode ser visto como um conflito entre afirmações cada vez mais universais de humanidade e tendências conservadoras que procuram fazer do universal um clube fechado. O sentido do que seja “universal” varia com a história, com o contexto e o estado das lutas sociais.

A afirmação histórica do direito liberal é contemporânea, portanto, de sua perversão: sempre houve categorias inteiras de seres humanos deixadas fora do âmbito de proteção da suposta universalidade dos direitos fundamentais. O direito liberal nasceu com um perceptível déficit de legitimidade por parte dos agentes que construíram as instituições que estão na origem do nosso estado democrático de direito (Rodríguez, 2018; Rodríguez, 2019).

Historiadores como Georges Lefebvre (2019) mostram que a tensão entre a realização e a perversão da universalidade dos direitos acompanha a tradição ocidental desde seu nascimento. Durante a Revolução Francesa, a burguesia nunca duvidou de si mesma como a classe revolucionária destinada a fazer o bem da espécie humana. Mesmo assim, Lefebvre nos informa de temores, durante a Assembleia Revolucionária, de que a menção de “satisfação geral” na Declaração dos Direitos do Homem poderia permitir que a ideia de igualdade jurídica ou igualdade civil fosse interpretada como “igualdade de recursos”, ameaçando o poder das classes mais ricas, burguesia inclusive.

Esse temor motivou deputados eclesiásticos como Grégoire a exigir que à declaração de direitos fosse acrescentada uma declaração de deveres, sugestão que não foi acatada (Lefebvre, 2019, p. 182). Ainda assim, na avaliação de Lefebvre, teria sido prudente do ponto de vista da burguesia adotar a distinção proposta por Sièyes entre

igualdade de direitos e igualdade de recursos, além de ter definido claramente o que é propriedade para evitar que a Declaração fosse interpretada em o sentido socialista (Lefebvre, 2019, p. 182). A *Revolução Francesa* (2019), de Michel Vouvelle, examina as diferenças entre as Declarações de Direitos Francesas de 1793 e 1795 e detecta o mesmo medo da igualdade como ameaça à propriedade privada (Vouvelle, 2020; Wachowicz, 2004, p. 67).

A simultaneidade entre aplicação e perversão do direito também pode ser percebida pelo apagamento da influência da Revolução Haitiana da experiência jurídica ocidental, problema recentemente abordado por estudiosos de diversas áreas das Ciências Humanas, incluindo o Direito (Buck-Morss, 2017; Hazareesingh, 2021; Queiroz, 2023). Há vasta literatura sobre a convivência no Brasil da escravidão com institutos liberais e suas consequências (ver Rodriguez, 2013), incluindo reflexões sobre o impacto desse fato na dificuldade de aprovação de um Código Civil brasileiro (ver Grinberg, 2001).

Vale notar que, mesmo diante destas tendências de efetivação e de perversão do estado democrático de direito (Rodriguez, 2019), a gramática que tem permitido que este conflito se estruture desta maneira é a gramática liberal dos direitos. Por isso Franz Neumann ([1936] 2013) disse na introdução do seu *O império do direito* que a tradição liberal, a partir das reivindicações operárias, mostra-se como uma faca de dois gumes, ou seja, pode ser posta à serviço de interesses de outros grupos sociais, diferentes da burguesia.

Mas a promessa de garantia de direitos iguais para todos os seres racionais, formulada pelas revoluções burguesas, teve que se de-substancializar para que a humanização do direito pudesse ir se ampliando, tendencialmente, para todas as pessoas e, inclusive, como veremos, para não-pessoas. Afinal, de acordo com a tradição da filosofia política moderna, o direito a ter direitos era atribuído ao ser humano racional assim concebido a partir de uma investigação científica substantiva, capaz de identificar suas características e necessidades. A partir de investigações de uma ciência não experimental, marcadamente especulativa, seria supostamente possível conceber

um modelo político adequado para todas as sociedades humanas, como evidenciam as divergências entre autores como Hobbes, Locke e Rousseau a respeito das características do estado de natureza, do contrato e do estado de sociedade.

Como mostrou Ian Hacking (1999), a filosofia política moderna é caracterizada por uma concepção visual do pensamento. Para este modo de perceber o mundo, as ideias poderiam ser objeto de “visão mental”, análoga à visão de um objeto material. Para este modo de pensar, “a significação é uma relação de precedência-ou-consequência de um tipo quase causal” (Hacking, 1999, p. 39) no qual as palavras precedem as ideias, mas seu significado depende da “visão” das ideias. A investigação da natureza humana, portanto, tinha como objetivo identificar a ideia de humanidade em sua essência e a partir dela construir sistemas políticos.

A formalização do direito e da ideia de pessoa na forma de uma “pessoa de direito” tem como marco o conceito kantiano de dignidade humana e radicaliza-se com a criação de estados de direito democráticos; com a tradição do constitucionalismo democrático.³ Ora, uma concepção formal de direitos não pressupõe a existência verificável de um conceito natural ou filosófico de pessoa para que seja possível atribuir-lhe direitos e, portanto, rompe com a visão substantiva da filosofia moderna. A definição de “pessoa de direito” deixa de estar ligada a uma ideia substantiva de pessoa e passa poder ser objeto de construção e disputa social.

Ademais, como mostra Franz Neumann na parte final do seu artigo *A mudança de função da lei na sociedade burguesa* (Neumann, [1937] 2014), o conceito de pessoa permite imputar a determinados entes a responsabilidade moral e jurídica pela exploração econômica e, eu acrescentaria, a responsabilidade pela violência racial e de

³ Franz Neumann deixa este ponto muito claro ao romper explicitamente com a tradição alemã do “Rechtsstaat” em favor da tradição inglesa do “rule of law” argumentando que apenas esta pressupunha uma relação entre estado e sociedade para caracterizar o direito. Não é por acaso que o livro de Neumann se intitula *The rule of law* (Neumann, [1936] 2013).

gênero, entre outras. A adoção de um vocabulário comunitário-orgânico –como queriam os nazistas– ou funcionalista para descrever as interações sociais impediria que os conflitos fossem figurados desta maneira. Nesse sentido, a gramática liberal dos direitos fornece elementos para construir afirmações de justiça e de injustiça, que podem entrar permanentemente em disputa, basta que a comunidade política altere sua visão sobre o sentido de “pessoa de direito”.

Retomando o fio da exposição, é justamente em razão do formalismo que Franz Neumann afirma que o pensamento de Kant contém alguns dos elementos mais progressistas do pensamento jurídico moderno, ainda que para o autor seu formalismo seja abstrato, insensível, “não guarde relação alguma com as noções sociológicas da igualdade e da liberdade” (Neumann, [1936] 2013, p. 257).

Portanto, é preciso deixar de lado o déficit histórico-sociológico da visão kantiana das instituições formais e seus efeitos deletérios sobre o estudo do direito (Neumann, [1936] 2013, pp. 245-262) para conceber um direito que permita a diversos indivíduos e grupos sociais submetidos a situações de opressão que lutem para serem considerados “pessoas de direito” e para serem integrados em uma mesma narrativa constitucional, ampliando assim o conceito de cidadania. Mais recentemente, tem ficado claro que uma formalização sociologicamente sensível também permite que ordens normativas diferentes do Estado nacional sejam reconhecidas como jurídicas, como veremos adiante.

E há mais: a princípio, qualquer ser capaz de pensamento racional estava autorizado a reivindicar direitos iguais sem nenhuma forma de discriminação. Hoje em dia já se admite que outros entes, inclusive inanimados, ao menos aos olhos ocidentais, sejam considerados “pessoa de direito”. Por exemplo, a Constituição do Equador de 2008 incorporou a explicitamente a visão de natureza indígena

denominada *Pachamama*⁴ (Acosta, 2016; Zaffaroni, 2011) considerada como sujeito de direitos.

Para organizar melhor o que acabamos de dizer, o primeiro momento no processo de de-substancialização do direito é marcado pela ideia de que os direitos resultam da vontade humana e não da natureza das coisas ou da vontade de Deus.

O segundo passo da de-substancialização do direito consiste em afirmar que a tensão entre direito natural e direito positivo é interna ao direito positivo e, portanto, não faz mais sentido em sua concepção original. Franz L. Neumann dá este passo ao diferenciar as ideias de “visão política de império do direito” de “visão jurídica de império do direito” às quais eu me refiro com os conceitos de “uso social do direito” e “uso oficial do direito” (Rodriguez, 2019).

De acordo com esta concepção, a racionalidade do direito positivo está em tensão com o estado das lutas por direitos, ou seja, lutas

⁴ Capítulo Sétimo. Direitos da Natureza:

Artigo 71 - Natureza ou *Pachamama*, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar esses direitos se observarão os princípios estabelecidos na Constituição, conforme o caso. O Estado irá incentivar as pessoas físicas e jurídicas, e a coletividade, para proteger a natureza e promover o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.

Artigo 72 - A natureza tem o direito a restauração. Esta restauração será independente da obrigação que tem o Estado e pessoas físicas ou jurídicas em indenizar indivíduos e grupos que dependem de sistemas naturais afetados. Em casos de impacto ambiental grave ou permanente, incluindo os relacionados com a exploração de recursos naturais não renováveis, o Estado vai estabelecer os mecanismos mais eficazes para alcançar a restauração, e adotará as medidas adequadas para eliminar ou mitigar as consequências ambientais nocivas.

Artigo 73 - O Estado aplicará medidas de precaução e restrição de atividades que podem levar à extinção de espécies, destruição de ecossistemas ou a alteração permanente de ciclos naturais. Proíbe-se a introdução de organismos e materiais orgânicos e inorgânicos que podem vir a alterar o patrimônio genético nacional.

Artigo 74 - As pessoas, comunidades, povos e nações têm o direito de beneficiar-se do meio ambiente e recursos naturais que lhes permitem viver bem. Os serviços ambientais não serão suscetíveis de apropriação, sua produção, prestação, uso e aproveitamento será regulado pelo Estado (Equador, 2011).

Sobre o assunto, ver Acosta (2016) e Zaffaroni (2011).

pela produção e pela interpretação das leis diante de casos concretos. A promessa de igualdade imanente ao estado democrático de direito, instituição que surge em determinado momento histórico, permite que indivíduos e grupos vejam a si mesmos como vítimas de injustiça para denunciar e exigir mudanças naquelas instituições formais que não estejam à altura de si mesmas. Nesse sentido, a ideia de racionalidade do direito se confunde com a ideia de democracia constitucional: o direito será racional se for capaz de reconhecer e estabelecer arranjos institucionais e interpretações das leis capazes de incluir e conciliar as diversas demandas sociais (Rodriguez, 2009; Rodriguez, 2019).

Mesmo que pensadores tomistas como Henrique Claudio Lima Vaz (2002) ou John Finnis (2008), por exemplo, sigam defendendo que existe algo como um direito natural que remonte a Deus e deva servir de padrão para o direito positivo, a tensão entre direito natural e direito positivo torna-se constitutiva da gramática jurídica, passa a ser uma tensão interna ao estado democrático de direito. Mesmo estes autores, se não quiserem derivar para posições não democráticas, devem pensar o direito natural no contexto de uma sociedade não hierárquica, não-aristotélica.⁵ Portanto, tal a defesa desta visão do direito deve passar pela mediação da vontade humana politicamente organizada em um estado democrático de direito. O jusnaturalismo passa a ser uma posição teórica entre outras no contexto do debate

⁵ Há neste momento uma grande rejeição ao nome do ex-Ministro da Justiça de Bolsonaro e ex-Advogado Geral da União, André Mendonça, em sua pretensão de ocupar uma vaga no STF. Minhas reservas a seu nome devem-se à sua evidente disposição de defender valores que se colocam fora da política democrática e acima da Constituição para instrumentalizar o direito em nome de uma pauta, neste caso, conservadora. Este é um raciocínio típico de juristas autoritários e, diga-se, de algumas forças revolucionárias que negam, por princípio, a mediação política e defendem, também, por princípio, a violência. Foi muito criticada a sua disposição de perseguir críticos do governo Bolsonaro quando era ministro da justiça, ameaçando-os com pedidos de abertura de inquéritos pela Polícia Federal. Eu critiquei em texto ainda inédito sua argumentação, que considerei explosiva e potencialmente sectária, no caso que discutia o fechamento dos templos religiosos durante a epidemia de Covid.

público, não o detentor de uma visão privilegiada a respeito do que significa ser humano e do que o direito deve significar.

Cabe notar que mesmo esta visão formal do direito ainda parece pressupor uma única narrativa constitucional à qual toda experiência humana deve se referir, uma mesma gramática jurídica para a qual todas as demandas sociais devam ser traduzidas. Mesmo visões como a de Franz Neumann não foram capazes de incorporar ao pensamento jurídico as demandas sociais às quais eu me refiro com a utilização do termo “multinormatividade”.

O terceiro momento da de-substancialização do direito em sua concepção ocidental está ocorrendo neste momento na periferia do capitalismo e em países multiétnicos, multi-religiosos e federalistas como os Estados Unidos, o Brasil, o Equador e a Bolívia com o reconhecimento de que normas e categorias praticadas em certos espaços sociais e pelos povos não hegemônicos, os “outros da nação”, como diz Rita Laura Segato (2021), fazem parte da ordem constitucional em sua especificidade. Ademais, este momento da formalização do direito tem sido impulsionado pela globalização que inclui a criação de ordens normativas transnacionais que regulam uma série de assuntos em paralelo e muitas vezes em conflito com o direito estatal.

Nestes casos, não estamos diante da mera tradução para a gramática do direito ocidental de categorias nascidas em outras experiências humanas, mas do reconhecimento de que o que chamamos de “direito” tem natureza policêntrica e se desenvolve de acordo com gramáticas e centros de poder próprios, ou seja, jurisdições próprias, diferentes do Poder Judiciário estatal. Além disso, trata-se também de pensar como o direito estatal pode conviver ou não com ordens normativas jurídicas transnacionais as quais, muitas vezes, podem ser mais adequadas para solucionar uma série de problemas sociais, por exemplo, relacionados a questões ecológicas, ao comércio global e à inovação tecnológica, como no caso das comunidades que colaboraram no desenvolvimento de softwares de código aberto.

As ciências sociais e uma série de teóricos e sociólogos do direito tem utilizado o conceito de pluralismo jurídico para se referir a este fenômeno. Via de regra, estes autores adotam uma postura estritamente descritiva e que não leva em conta o ponto de vista interno ao direito. Por esta razão, esta tradição não distingue com clareza “jurídico” e “não-jurídico” (Tamanaha, 2021) e não desenvolveu um modelo de racionalidade jurídica que se proponha a operar a jurisdição em um mundo multinormativo, ou seja, um mundo em que ordens normativas variadas funcionam em paralelo, algumas delas com a pretensão de serem reconhecidas como ordens normativas jurídicas.

A tradição do pluralismo jurídico também não costuma investigar as razões pelas quais algumas delas pretendem ser reconhecidas como jurídicas e outras não. Investigações desta natureza são importantes porque sob a denominação de pluralismo jurídico podemos encontrar estratégias para evitar o pagamento de impostos, o cumprimento de normas trabalhistas e de legislação de proteção ambiental ou a manutenção de privilégios e discriminações em nível local. Por isso mesmo, este texto prefere utilizar o termo “multinormatividade” para se referir a estes fenômenos, um termo que não induz o analista a concluir de antemão, sem análise, que está diante de diversas ordens jurídicas funcionando em paralelo (Günther, 2020).

Assim, parece necessário distinguir ordens normativas jurídicas *democráticas* que pretendem ampliar o espaço de participação das pessoas na criação das normas que regulam suas vidas e ordens normativas jurídicas *perversas* ou *autárquicas* que pretendem estabelecer regimes autárquico de criação de direitos.⁶

Em outro contexto histórico e pensando a respeito da defesa do centralismo ou do autogoverno, Rosa Luxemburg (1988, p. 112) afirmava que o centralismo foi defendido em nome da igualdade e da democracia contra localismo medieval que favorecia o poder hierárquico da nobreza. No contexto brasileiro, o localismo também foi,

⁶ Sobre a distinção entre “direito democrático” e “direito autárquico”, ver Rodriguez (2018; 2019; inspirados em Kelsen, 2016).

durante muito tempo, sinônimo de fraude eleitoral e do domínio das oligarquias dos estados nacionais contra a lógica igualitária do estado democrático de direito (Leal, 2012).

Por isso mesmo, seja em relação ao pluralismo interno ou ao pluralismo externo, o critério normativo mais adequado para avaliar as ordens normativas com pretensões jurídicas em estudos que se preocupem com o funcionamento de estados democráticos de direitos é a sua capacidade ou não de ampliar a participação das pessoas na criação das normas que regulam a sua vida, como sugere também Rosa Luxemburg (1988, p. 139). É claro que este critério não resolve por si só os conflitos em concreto, mas servem para orientar possíveis soluções.

Fique claro que o que estou chamando de formalização do direito, que favorece a sua crescente universalização, ou seja, uma formalização democrática, não é um movimento puramente intelectual. A construção deste conceito e de suas transformações está relacionada com o estado das lutas sociais. A ideia de que os direitos são criados e transformados pela vontade humana foi criada na luta contra os privilégios supostamente naturais da nobreza e da igreja e contra a sociedade hierárquica na qual eles faziam sentido. Nessa perspectiva, a formalização e as transformações do conceito de pessoa estão relacionadas com as lutas dos trabalhadores, mulheres, pessoas de cor para que a sua forma de vida fosse reconhecida pela ordem constitucional na forma de novos direitos, processo que foi teorizado no campo das ciências sociais por T. H. Marshall (1967) para a Europa e adaptado para o Brasil pelo historiador José Murilo de Carvalho (2001).

Já o terceiro momento da formalização democrática do direito, extremamente complexo, tem sido impulsionado pela luta anticolonial que inclui o reconhecimento de direitos aos povos originários nos termos de sua cosmologia, além das disputas ambientais, luta pelos direitos dos animais e pelo fenômeno da globalização econômica que deu lugar à criação de ordens normativas que regulam

uma série de fenômenos para além e através das fronteiras dos Estados nacionais, muitas vezes em competição com a legislação estatal.

Vale dizer que, também neste último caso, estamos diante de ordens normativas de código fraco, que não entram em choque com os aspectos existenciais do direito nacional, o que facilita a sua circulação global. Não parece razoável dizer o mesmo a respeito de ordens normativas de povos originários que não incluem a propriedade privada como categoria fundamental e necessitam de territórios amplos para sobreviverem. Neste último caso, ao menos no Brasil, não há ainda um arranjo institucional politicamente estável, capaz de manter o capitalismo em funcionamento sem ameaçar a autonomia de comunidades tradicionais ou a sobrevivência humana sobre o planeta.⁷

Para uma filosofia do direito multinormativa e convivial

A multinormatividade como democracia

Autores como Robert Cover, Brian Z. Tamanaha, Paul Schiff Berman e Klaus Günther têm contribuído para que a investigação do pluralismo jurídico caminhe em outra direção. Como diz explicitamente Robert Cover (2002), trata-se de renovar a tradição do liberalismo jurídico para pensar um desenho de estado democrático de direito que permita a convivência de “mundos de significado normativo forte”, ou seja, que se imponham principalmente por seu sentido substantivo comunitário. A despeito das diferenças entre estes autores, é a partir desta premissa que me utilizarei aqui de seus escritos.

⁷ Para um panorama dos conflitos socioambientais brasileiros e a permanência de um modelo econômico desenvolvimentista que ameaça o meio-ambiente e a sobrevivência de comunidades tradicionais, ver Zhouri e Valencio, (2014).

Para que esta “renovação do liberalismo” seja possível,⁸ é preciso pensar o estado de direito como um “mundo de significado normativo fraco” imposto principalmente pela força, não apenas em razão de seu sentido substantivo, ou seja, ao menos a garantia de igualdade perante a lei e possibilidade de participar da criação das normas que regulam a sociedade. Desta forma, o estado democrático do direito torna-se compatível com outras modalidades de pertencimento, abrindo espaço para que as pessoas sejam titulares, por assim dizer, de vários status análogos ao de cidadão, participando assim de diversas ordens normativas jurídicas ao mesmo tempo.

Ademais, é preciso adotar critérios não substantivos para distinguir “jurídico” de “não-jurídico” em um contexto multinormativo. Assim, sustentamos, com Brian Z. Tamanaha (2021) que uma ordem normativa deve ser considerada jurídica quando as pessoas envolvidas em um conflito declararem ser impossível cumprir uma determinada norma sem deixar de obedecer a uma outra, ambas pertencentes a ordens normativas que reivindicuem o status de ordens jurídicas. Robert Cover (2002) oferece uma solução semelhante ao afirmar que devemos considerar como jurídica toda norma em nome da qual uma pessoa se disponha a pôr seu corpo (a sua honra e o seu patrimônio, eu acrescentaria) em risco para afirmar a sua validade jurídica.

Ambos os conceitos pressupõem que seja possível reconhecer ordens normativas em conflito como jurídicas do ponto de vista da jurisdição responsável por examinar o caso e do ponto de vista

⁸ Não há espaço para explorar este ponto aqui, mas vale a pena questionar se uma proposta de “renovação do liberalismo” como a que defendo aqui não produz instituições muito diferentes da tradição liberal. Uma prova disso é a semelhança entre a abordagem feita neste texto e as propostas do teórico comunitarista Charles Taylor para lidar com os problemas práticos da convivência entre comunidades no interior de um mesmo Estado (ver Taylor, 2016; 1993). Além disso, meu trabalho de doutorado a respeito de Franz L. Neumann, cujo título original era “O direito liberal para além de si mesmo”, também procurou mostrar que a incorporação à “forma direito liberal” de demandas variadas fez com que conceitos identificados com o liberalismo fossem modificados e postos à serviço de outros interesses e ideologias (ver Rodriguez, 2009).

das pessoas envolvidas no conflito. Por isso mesmo, Klaus Günther (2008) sugere que seria razoável postular a existência, como ele mesmo diz, de um “código universal de legalidade” atualmente em funcionamento, ou seja, um código utilizado de fato por diversos agentes sociais em diversos países e instituições, capaz de nomear este tipo de experiência humana.

Tal código permitiria, portanto, que as diversas ordens normativas se reconhecessem como jurídicas, ou melhor, que as pessoas envolvidas em conflitos os identificassem como conflitos entre direitos. Tratar-se-ia de um código indeterminado, “uma metalinguagem que contém conceitos e regras básicas como o conceito de direito e de devido processo legal e o conceito de sanção e competência” (Günther, 2008, p. 16).

Esta formulação de Günther avança na construção de uma visão interna do direito inspirada no pluralismo jurídico e me parece complementar às visões de Tamanaha e Cover. No entanto, não concordo com a sua formulação do problema. A presença de um suposto “código universal de legalidade” pode não passar de uma ilusão de ótica do Ocidente que impôs, muitas vezes mediante violência, suas instituições à diversas partes do mundo. Atualmente, a construção deste código parece estar ligada, em grande parte, à circulação de elites jurídicas de fala inglesa ao redor do mundo, oriundas principalmente de universidades situadas no centro do capitalismo mundial (Kennedy, 2018).

Tal expansão do Ocidente pode ter efeitos emancipatórios. Perpetrados os assassinatos em massa e a destruição de diversos povos e culturas, violências impossíveis de se desfazer, pode-se afirmar a existência de uma experiência jurídica universalizante com referência a uma série de conceitos e raciocínios de origem ocidental. Trata-se de uma herança que muitos consideram sangrenta, mas que não parece ser possível negar ou destruir com a finalidade de redesenhar as instituições a partir do zero.⁹

⁹ Sobre o efeito destrutivo de mudanças rápidas e desligadas da dinâmica institucional em funcionamento, ver Hirschman (1961).

Ainda que não seja possível desfazer completamente a violência com que tal código se impôs ao redor do mundo, para não ocultar a violência colonial responsável por sua circulação, eu prefiro postular a existência de uma metalinguagem composta de *conceitos e normas híbridas* –com potencial universalizante, mas não ainda universal– que poderão, em algum momento, ser identificados como efetivamente universais. Neste momento histórico, prefiro afirmar que estamos diante de um “código híbrido universalizante”, cuja história remonta a atos inaugurais de violência, mas que a partir de iterações democráticas (Benhabib, 2006) cada vez mais plurais, cada vez mais inclusivas, pode evoluir para uma metalinguagem universal, capaz de promover a comunicação livre entre diversas experiências sociais e jurídicas.

Tal formulação procura manter a memória da violência colonial em uma marca textual, adiando a afirmação da universalidade, que permanece na condição de potencial. Além disso, o potencial universalizante deste código não exclui a possibilidade de que outras construções conceituais possam ter exercido ou venham a exercer um papel semelhante no futuro, ou que promovam transformações profundas em sua racionalidade.¹⁰

Por exemplo, não tenho certeza se o conceito Ocidental de “direito” pode ser apontado, desde já, como parte de uma metalinguagem efetivamente comum a todas as culturas do planeta. Levar os direitos excessivamente à sério pode significar deixar de fora do projeto constitucional de uma determinada comunidade política normas que regulam a forma de viver de diversos povos originários. Em uma pesquisa que coordenei para a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça brasileiro, da qual tomaram parte juristas, filósofos e antropólogos (Rodriguez, 2011), por exemplo, constatamos a dificuldade de encontrar um titular para um eventual crédito a ser pago em troca da utilização de conhecimentos tradicionais.

¹⁰ Para uma visão de perspectivas teóricas com as quais me identifico e que procuram pensar positivamente a herança ocidental (ver Kerner, 2018).

Em primeiro lugar, é muito difícil identificar quais são os povos titulares de certos conhecimentos, disseminados por amplas regiões que são habitadas por diversos grupos. Tais povos não se relacionam com estes conhecimentos com a mediação da categoria “direito”. Assim, imputar um “direito de crédito” a alguém pode ser, evidentemente, injusto com os demais grupos e estranho ao modo como estas pessoas definem a sua própria experiência.

Mesmo que fosse possível identificar um povo como responsável por desenvolver um determinado conhecimento tradicional, o pagamento de valores monetários a estes indivíduos com fundamento em um crédito pode levar à destruição da dinâmica de funcionamento de comunidades que não reconhecem o direito de propriedade individual. Por isso mesmo, uma das soluções apontadas para o problema tem sido a criação de fundos geridos por diversas lideranças indígenas cujos recursos devem ser destinados às suas comunidades.¹¹

Pode-se argumentar que, mesmo com todos estes problemas, seria possível estabelecer uma comunicação entre estas diversas experiências jurídicas a partir do conceito de “direito”, no caso, “direito de crédito”. As pessoas envolvidas seriam capazes de perceber o sentido deste termo e debater alternativas para que o regime jurídico que ele representa não gere efeitos injustos ou nocivos à sua forma de vida.

Mesmo assim, me parece mais adequado afirmar que o conceito de “direito” está funcionando neste caso de maneira híbrida, pois o fato é que não sabemos como ele é compreendido pelas diversas cosmogonias nativas que entraram em contato com ele, seja no Brasil seja em outros espaços sociais. E mesmo que todos indivíduos e grupos envolvidos nos debates da esfera pública utilizem o termo, podemos estar diante de um discurso meramente estratégico, construído

¹¹ Para todos estes pontos, a referência é Cunha (2017). Günther Teubner (2020) utiliza o mesmo exemplo que pesquisei como estudo de caso para a sua defesa do conceito de fragmento para descrever o direito no mundo contemporâneo. Considero que este modo de pensar deixa indevidamente em segundo plano a possibilidade de construir um meta-código jurídico a partir da interação entre os agentes sociais, além de prestar pouca atenção nas assimetrias de poder existentes entre as diversas ordens normativas em sua pretensão de se afirmarem como jurídicas (ver Teubner, 2020).

para lidar com as categorias ocidentais em um quadro conceitual imposto pela colonização. Seria necessário ouvir as pessoas envolvidas e aprofundar o diálogo democrático para compreender se o conceito de “direito” é mesmo capaz de expressar todas essas experiências humanas.

A ideia de que este seja um “conceito híbrido” também mantém em aberto a possibilidade de ampliar a gramática jurídica ocidental com a utilização de ideias nascidas em outras experiências culturais. A aparente justaposição dos conceitos de “Natureza” e “Pacha Mamma” na Constituição do Equador pode ser um indício de que o conceito de “natureza” seja transformado pelo pensamento dos povos originários e venha a ser formulado com a utilização de um outro termo, com impacto sobre a disciplina jurídica da propriedade privada. Mas também pode evidenciar a captura desta experiência para legitimar uma ordem jurídica que funciona a partir de outros pressupostos, eliminando a tensão entre a forma de vida ocidental e formas de vida não hegemônicas.

Por fim, será preciso repensar o que chamamos de racionalidade jurídica à luz de todos estes fenômenos. Seguindo a perspicaz sugestão de Paul Schiff Berman (2013), partindo do pressuposto que a jurisdição estatal e outras jurisdições atualmente existentes possam operar nesse novo contexto, quais são os conceitos e raciocínios jurídicos que os juízes e juízas devem utilizar para promover a convivência entre normatividades múltiplas?

Para que isso seja possível, seguindo de perto o raciocínio de Ronald Dworkin (2014), talvez seja necessário reconhecer que existam “divergências epistêmicas” a par de divergências teóricas, as quais afastariam como violento o projeto de reduzir a Constituição de uma certa comunidade político a um único conjunto coerente de princípios que integrasse todas as ordens normativas presentes em um mesmo espaço social.

Por exemplo, é razoável seguir trabalhando com a ideia de que há no Brasil um único texto constitucional e uma hermenêutica unitária deste texto, ambas fundadas em princípios coerentes que devem

ser ponderados de acordo com um critério qualquer, capaz de solucionar conflitos em nome da integridade do projeto constitucional?

Ou será necessário reconhecer que um mesmo texto constitucional pode dar origem a uma série de narrativas constitucionais que partem de pressupostos diferentes –ainda que façam referência a este mesmo texto– e, por isso mesmo, entrarão necessariamente em conflito? Conflitos que serão solucionados, muitas vezes, por jurisdições que funcionam em paralelo, por exemplo, jurisdições estatais e jurisdições indígenas? Mesmo no caso de narrativas constitucionais, cujos conflitos sejam solucionados pela mesma e única jurisdição, para este modo de conceber o direito, será desejável almejar a unificação das narrativas? Ou é mais interessante promover arranjos que permitam que elas convivam lado a lado?

Por exemplo, a garantia de um ensino padronizado e universal pode significar igualdade de oportunidades para os cidadãos e cidadãs, mas também uma ameaça para a cultura e para as crenças de povos indígenas e grupos religiosos (Silveira e Silveira, 2012; Fontan, 2017). Uma narrativa constitucional indígena, por exemplo, poderia considerar que o ensino da ciência e da história ocidental deveria estar integrado a sua forma de viver e de pensar a relação entre natureza e cultura, afinal, e esta forma de pensar e de viver é responsável pela sua sobrevivência (Silveira e Silveira, 2012, pp. 36-37). O texto constitucional, que garante a todos o “direito à educação” daria origem, neste caso, a normas jurídicas diferentes fundadas em narrativas de justificação diferentes, adequadas às necessidades dessas comunidades.

De sua parte, o ensino das tradições indígenas nas instituições de ensino regulares se integra ao currículo sob a égide da diversidade, sem referências centrais nas disciplinas científicas dos currículos do ensino básico e médio. Neste caso, o potencial caráter homogeneizante e manipulador do sistema de ensino compreendido como um “direito à educação” padronizado fica muito evidente.¹²

¹² Sobre este ponto, ver Illich (1973; 2018). Para Ivan Illich nosso atual sistema de ensino não é “potencialmente”, mas “necessariamente” homogeneizante e manipulador e

Robert Cover (2003, p. 35) nos ensina que eleger antepassados “é um assunto sério, de enormes consequências”: a Constituição dos EUA deveria ser sempre lida à luz dos *Founding Fathers* quando muitos podem pretender compreendê-la à luz de Frederick Douglass ou de Roger Williams? No limite, acrescentaria eu, não seria melhor sustentar que a Constituição não deveria ter nem pai nem mãe conhecidos –nem *Founding Fathers*, nem juízes e juízas de Cortes Supremas, nem teóricos do Direito Constitucional– e poderia ser interpretada à luz de narrativas diversas a respeito do que deva ser considerado certo ou errado, constitucional ou inconstitucional?

Será que o que conhecemos hoje como “Direito Constitucional” não pode representar um obstáculo para a democratização do direito?¹³ Ao invés de tentar construir uma única narrativa constitucional, um romance em cadeia unificado a partir de princípios comuns, como diz Dworkin (2014), talvez seja mais adequado organizar o direito constitucional como um conjunto de “Evangelhos Constitucionais”, por assim dizer, narrativas paralelas que interpretam o mesmo texto a partir de diferentes experiências humanas e por meio de jurisdições diferentes, quando for o caso. Um mesmo texto, diga-se, que terá sentido, importância e hierarquia diferente em cada uma dessas narrativas.

Isso não significa negar, por princípio, uma possível unidade constitucional, assim como podemos pensar em uma interpretação organizada dos vários evangelhos. No entanto, considero importante repensar a forma de construir tal unidade, que deve acolher as incoerências e não as combater em nome de uma integridade pensada

deve ser totalmente desmontado para dar lugar a outro.

¹³ É interessante notar que Robert Cover escreve seu texto mais conhecido “Nomos e narração” contra o que ele chama de visão hermenêutica do direito, cujo principal representante para ele era Ronald Dworkin (2014). Mas não considero que o argumento se refira apenas a Dworkin e sim a toda e qualquer visão que pretende unificar o direito constitucional em uma única dogmática ou narrativa constitucional. Olhando desta perspectiva, é positivo para a democracia que surjam interpretações negras, feministas, indígenas, religiosas entre outras de um mesmo texto constitucional que criem soluções as mais diferentes para os problemas jurídicos que enfrentamos.

a partir de uma única tábua de valores. Seja como for, é difícil imaginar uma unidade hermenêutica minimamente democrática em um país cujos escritos do maior jurista negro do século XIX, Luiz Gama (Azevedo, 2005), seguem em sua maior parte inacessíveis e ignorados, espalhados nos jornais da época.¹⁴

Um jurista que, a pedido de seus estudantes, foi recusado pela Faculdade de Direito de São Paulo, hoje Faculdade de Direito da USP; mesmo assim, estudando por conta própria, tornou-se um rãbula e atuou como advogado mesmo sem diploma, tendo desempenhado um papel de destaque na abolição da escravidão no Brasil e que não aparece em nossa narrativa constitucional oficial, sequer no que diz respeito à questão racial.

Estamos em um momento histórico em que uma narrativa constitucional pretensamente universal, construída com ampla participação popular, ainda está sendo criticada e transformada pelos desejos e interesses da sociedade brasileira. Um processo que apenas começou com a promulgação da Constituição de 1988 e segue em marcha acelerada, ampliando ainda mais o processo participativo que está na origem de nosso texto constitucional.

Estamos ainda no momento de celebrar e incentivar a proliferação de narrativas para propor uma nova unidade adiante. Unidade que, para ser efetivamente democrática, não pode ser homogênea a ponto de fechar as portas para novos agentes e grupos sociais que surjam e se sintam excluídos dela. Tampouco para grupos sociais que preferiram permanecer relativamente isolados, praticando o que Robert Cover (2002) chama de “constitucionalismo insular”.

Para lidar com os conflitos entre as diversas narrativas constitucionais internas ou externas a uma determinada ordem normativa jurídica será preciso desenvolver cânones interpretativos que indiquem a possibilidade ou não de que determinadas normas convivam

¹⁴ Acabam de ser publicados no Brasil os três primeiros volumes das obras completas de Luiz Gama pela Editora Hedra organizada por Bruno Rodrigues de Lima, doutor em História do Direito na Universidade de Frankfurt, na Alemanha, e pesquisador do Instituto Max Planck.

lado a lado. Em certos casos, será impossível evitar que a jurisdição atue para eliminar uma norma, incompatível com os seus princípios mais fundamentais.¹⁵

Um exemplo pode ajudar a esclarecer o que estou propondo. Ao invés de interpretar os conflitos entre as pessoas Testemunhas de Jeová e determinadas normas jurídicas brasileiras como um conflito entre direitos fundamentais, por exemplo, liberdade religiosa versus proteção à vida, parece mais adequado sustentar que se trata de um conflito entre ordens normativas jurídicas que precisam negociar os termos de um arranjo para que ambas possam funcionar em paralelo.

Desta forma, este grupo religioso é reconhecido em sua autonomia pelo direito brasileiro, admitindo-se que suas regras podem ser classificadas como normas jurídicas. No entanto, este arranjo não poderá incluir o direito de recusar transfusões de sangue a menores incapazes. Pessoas capazes em geral, de sua parte, têm o direito de negar-se a receber transfusões de sangue (Flores e Rodriguez, 2018).

Arranjos como estes podem ser construídos para garantir a uma série de grupos sociais uma relação não subordinada com a Constituição. Uma relação concreta em que o texto constitucional seja percebido como um instrumento *manejável*, para me utilizar dos conceitos de Ivan Illich (1973), um instrumento que sirva para expressar a sua forma de pensar e de viver. Nunca como uma tecnologia exclusivamente manipulável, destinada a dissolver completamente tal experiência humana em categorias abstratas.

Illich considera que uma situação de “equilíbrio institucional” combina tecnologias manipuladoras e manejáveis para promover o que ele chama de “convivialidade”, ou seja, em curta síntese, a convivência em liberdade de múltiplas formas de viver (Illich, 1973, pp. 47-49). Com efeito, a mera enunciação desse objetivo não prescinde de uma linguagem geral e abstrata, além de necessitar de meios

¹⁵ Para uma sugestão muito consistente de conceitos e raciocínios para lidar com o conflito entre ordens normativas jurídicas ver Berman (2013).

coercitivos aptos a constranger ou punir indivíduos e grupos a agir de acordo com ele. No exemplo que estamos discutindo, a condição de possibilidade da multinormatividade parece ser um arranjo em que algumas normas das Testemunhas de Jeová cedam em face da Constituição brasileira. Como diz Illich:

O que importa é que uma sociedade promova um equilíbrio entre, de uma parte, as ferramentas produtoras de uma demanda para a qual elas foram construídas para satisfazer e, de outra parte, os utensílios que estimulam a realização pessoal. As primeiras materializam os programas abstratos concernentes aos homens em geral; os segundos favorecem a aptidão de cada um para perseguir seus fins de maneira própria, inimitável (Illich, 1973, p. 48).

A ideia de “equilíbrio institucional” é útil para aproximar o conceito de “convivialidade” e uma Filosofia do Direito simpática à democracia constitucional. Em uma democracia pensada desta forma, tanto o legislador quanto o juiz devem buscar conciliar as necessidades da sociedade em geral –vista como marcada pela multinormatividade– com os interesses e desejos de todos os indivíduos para propor soluções para a tensão entre “texto legal e realidade social” e entre “norma jurídica e caso concreto”.

Convivialidade e tecnologias de convívio

O pensamento de Ivan Illich tem sido revisitado, depois de muito tempo esquecido, por diversas tradições teóricas, mesmo sem que se faça menção expressa ao seu nome (Costa, 2019). Uma das explicações possíveis para essa retomada –importante para os problemas abordados no campo do direito e da política– são as preocupações do autor com o problema da convivência social entre indivíduos e grupos diferentes. Ao contrário de visões republicanas da política e da democracia (Lucas, 2021), Illich não analisa os problemas que o preocupam tendo em vista a existência ou a construção de uma série de valores em comum no seio de uma mesma comunidade política.

Illich também não propõe como ideal de sociedade a adoção de uma atitude de busca pelo consenso, muito menos a obtenção efetiva de qualquer consenso em uma comunidade política.

Ao contrário, seus pontos de partida e de chegada são os conflitos sociais, à semelhança de teorias agônicas da democracia (Mouffe, 2005). Como veremos, tal visão abre espaço para uma reavaliação constante da capacidade das categorias jurídicas e dos desenhos institucionais de compatibilizar os desejos e interesses de toda a sociedade em meio a conflitos sobre o caráter das tecnologias a serem adotadas pela sociedade. E posto que os conflitos se renovam, as instituições formais também devem se renovar e, assim, o direito se mantém em um processo de democratização constante.

Além disso, a reflexão de Illich também pode nos ajudar a pensar sociedades conflagradas, marcadas por conflitos cada vez mais radicais, em relação às quais não se pode imputar a existência de valores substantivos em comum. De fato, seu ideal normativo aponta para a construção de uma sociedade em que todas as diferenças possam conviver no mesmo espaço social sem destruição violenta, com a utilização do que eu chamarei daqui em diante de tecnologias de convívio.

Illich não se limita a postular um ideal abstrato de convivialidade, ele também mostra a necessidade de refletir sobre os arranjos institucionais necessários para que este ideal se efetive adequadamente. Nesse sentido, seu pensamento mostra que uma sociedade pode valorizar nominalmente a convivialidade sem ter desenvolvido tecnologias capazes de efetivar este ideal. Podemos dizer a partir de seu pensamento, portanto, que o debate sobre valores e o debate sobre institucionalização de valores, ou seja, sobre a utilização de categorias jurídicas e desenhos institucionais para conferir estes valores uma aplicação prática estão ligados, mas são relativamente independentes.

Illich conceitua convivialidade da seguinte maneira:

Escolho o termo “convivialidade” para designar o oposto da produtividade industrial. Pretendo que o termo signifique relações autônomas e criativas entre as pessoas, e a relação das pessoas com o seu ambiente; e isto em contraste com a resposta condicionada das pessoas às exigências que lhes são feitas por outros, e por um ambiente criado pelo homem. Considero o convívio como uma liberdade individual realizada na interdependência pessoal e, como tal, um valor ético intrínseco. Acredito que, em qualquer sociedade, à medida que o convívio é reduzido abaixo de um certo nível, nenhum grau de produtividade industrial pode efetivamente satisfazer as necessidades que cria entre os membros da sociedade (Illich, 1973, p. 20).

Para começar, o termo convivialidade pretende designar uma experiência social que se opõe ao que o autor chama de produtividade industrial, ou seja, o termo se refere a relações criativas e autônomas entre as pessoas em um ambiente de diversidade. Não se trata de postular um estado de harmonia em que todos os desejos e interesses encontrariam um estado de equilíbrio, mas sim de propor critérios e ferramentas para lidar com os conflitos sociais. Ferramentas que permitam estabelecer relações não instrumentais, que não se coloquem simplesmente à serviço dos fins da sociedade industrial, mas que façam sentido em si mesmas.

Para que esta espécie de interação possa se dar é preciso que as pessoas as exerçam utilizando seu livre-arbítrio. As interações não podem estar totalmente determinadas pelo lugar que elas ocupam no contexto das instituições, por exemplo, que regulam o trabalho, as instituições escolares e as instituições médicas, assuntos abordados por Illich (1973; 1975; 2018). Como já dissemos, a mesma crítica é estendida por Illich à relação das pessoas com o mundo natural.

Illich via no desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação a possibilidade de criar redes que poderiam reverter as tendências disciplinares e uniformizadoras da idade moderna. Nestas redes, a informação poderia escapar das leis do mercado e circular livremente, estimulando a construção de relações criativas entre as pessoas. O principal limite a este potencial estaria na

estrutura econômica vigente: economia de mercado, tecnociência, mercantilização do conhecimento, resistência à disseminação livre à informação.

Por exemplo, a criação de patentes sobre softwares pelos grandes grupos econômicos é um obstáculo para a criação de ferramentas livres que podem ser formatadas pela comunidade de seus usuários. O software proprietário é um sistema fechado, impassível de modificação para satisfazer as necessidades de seus usuários, uma ferramenta manipuladora à qual podemos contrapor a ferramenta manejável do software livre que abre espaço para a formação de comunidade de usuários que trabalham graciosamente em prol do seu aperfeiçoamento e adaptação a usos variados. (Wachowicz, 2004).

Como dissemos acima, vale lembrar a distinção feita por Illich entre ferramentas manipuladoras e ferramentas manejáveis. Illich usa o termo “ferramenta” para se referir a utensílios, máquinas complexas e instituições que estão à serviço de objetivos definidos pelas pessoas e ajudam a produzir coisas materiais ou entes imateriais como ideias, informações ou, no caso do direito, decisões jurisdicionais (Illich, 1973).

Como acabamos de dizer, não estamos diante de um determinista tecnológico ou de um ingênuo que projete uma existência completamente espontânea, livre de tecnologias. Sua crítica à instrumentalização das tecnologias está ligada à qualidade da interação humana que elas permitem e não à sua eventual extinção em nome de relações supostamente espontâneas. Uma convivência democrática, portanto, não é uma convivência subtraída de instituições formais, mas sim organizada por tecnologias manipuladoras e manejáveis, conforme a escolha livre da comunidade política.

Para Illich é a convivialidade tomada em seu aspecto normativo que deve orientar a confecção de tecnologias capazes de promover um intercâmbio harmonioso entre as pessoas e os grupos, inclusive acolhendo novos desejos e demandas nascidos do conflito social. De sua parte, as ferramentas “manejáveis” fomentam um convívio democrático ao permitir que seus usuários expressem suas intenções

por meio de sua ação, mediada por elas. Já as ferramentas “manipuladoras” põe o sujeito na posição de mero objeto, suprimindo seu poder de realizar juízos de valor. Estas últimas têm seus fins pré-determinados por outrem ou por necessidades técnicas e por isso invertem a relação entre pessoas e ferramentas: as pessoas é que se colocam a seu serviço (Illich, 1973). Mas isso não significa que elas devam desaparecer. Para que também promovam um convívio democrático será preciso que as pessoas possam participar de sua formação e da decisão que escolhe utilizá-las.

Como se vê, no registo de Illich, a distinção entre tecnologias manipuladoras e manejáveis não é utilizada de maneira radical e estereotipada. As tecnologias democráticas como um todo podem ser pensadas como uma combinação entre heteronomia e autonomia, entre manipular e ser manipulado, tendo em vista o objetivo de fomentar um convívio que inclua os desejos e interesses de todos os membros de uma comunidade.

Assim, tal distinção nos convida a pensar o direito como uma tecnologia composta de: (i) ferramentas manipuladoras, desenhadas e alocadas autonomamente pelos cidadãos, com a finalidade de realizar determinados objetivos sociais sem a participação ativa de seus destinatários; (ii) ferramentas manejáveis desenhadas para permitir que as pessoas criem por si mesmas arranjos capazes de manter a coesão de sociedade plurais, diversas e dinâmicas.

Como afirma Illich em sua crítica à sociedade industrial, o principal obstáculo a esta visão utópica de sociedade é que saímos da era da ferramenta e entramos na era dos sistemas, uma era em que já não se pensa em termos de causalidade. O aspecto manipulador das tecnologias tende a prevalecer na era dos sistemas. Por exemplo, os médicos não escutam mais o que seus pacientes sentem, não fazem mais a anamnese dos sintomas. Tornam-se profissionais treinados no funcionamento de determinados subsistemas de um corpo humano, concebido abstratamente. O paciente é agora uma “vida” que emerge de seus genes para uma ecologia de vidas que devem ser geridas sob o imperativo da eficiência (Illich, 1975). Com efeito, as pessoas

passam a objetificar a si mesmas: consideram-se “produtoras” de seus corpos e como parte do texto cibernético da sociedade.

Illich observa que transformações na linguagem atestam tais mudanças. As pessoas deixam de “ter necessidades” e passam a ser definidas como “necessitadas”, elas não trabalham mais, “têm um trabalho”, não aprendem mais, “têm escolaridade”: o sujeito concreto e autônomo deixa de ser o centro da comunicação. Os conflitos passam a ser vistos como disputas por recursos escassos e não como um problema de distribuição justa entre pessoas com características singulares. Por sua parte, a linguagem mesma passa a ser considerada um meio de comunicação e não uma ferramenta de expressão. Procura-se codificar o sentido das palavras e expressões em padrões rígidos para que a comunicação não seja atrapalhada pela subjetividade dos indivíduos e dos grupos.

Analogamente, podemos pensar em um direito manipulador, eminentemente instrumental, sistêmico, em que as soluções se encontrem pré-determinadas em textos normativos que devem ser aplicados mecanicamente, de forma rígida, sem qualquer adaptação para as características do caso concreto. Um direito que ponha a segurança jurídica acima de tudo, acima mesmo da pretensão de obter uma solução adequada para cada caso concreto. Em um direito como este, a atividade do jurista seria sempre e apenas encontrar o texto legal adequado para solucionar o caso concreto, limitando-se a subsumir os casos concretos à norma abstrata sem que haja espaço para interpretação de textos normativos dotados de um significado fechado, codificado.

De outra parte, podemos pensar em um direito democrático em que prevaleça a possibilidade de todas as pessoas interessadas participarem da definição do sentido dos textos normativos, em meio a um procedimento marcado pela troca de argumentos. Neste caso, a partir de padrões de comportamento contidos na legislação, a sociedade pode debater as melhores soluções para os seus problemas e, no contexto do processo judicial, as partes podem disputar o sentido dos textos tendo em vista seus desejos e interesses, a sua visão do

caso concreto. Também os juízes e juízas terão a liberdade de interpretar os textos com a finalidade de adequá-lo à singularidade dos casos.

Conclusão

Em seu livro *A realistic theory of law*, Brian Z. Tamanaha (2017) propõe que recuperemos uma terceira via de reflexão a respeito do direito que ele chama de *teoria social do direito* com alternativa ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico. Para esta maneira de pensar, que tem como origem a escola histórica do direito, o direito deve ser considerado um fenômeno histórico. Ele pode e deve ser objeto de uma análise conceitual, mas sua definição e racionalidade devem se transformar conforme o contexto e o momento histórico.

Em uma obra anterior, o brilhante *Beyond the formalist-realist divide* (2009), Tamanaha demonstrou que a visão corrente a respeito do debate entre realismo e formalismo nos EUA é equivocada e deve ser superada. Os autores clássicos estadunidenses, tanto os realistas quanto os formalistas, praticavam análises conceituais e, ao mesmo tempo, eram sensíveis à história. Tal constatação leva Tamanaha a propor que estas duas escolas devem ser transformadas em momentos de um mesmo modelo de análise jurídica, cuja tarefa é construir e reconstruir seus conceitos em função do contexto e da história.

Este modo de ver o direito, até onde posso compreender, tem grande semelhança com a escola do *novo realismo jurídico* proposta por autores ligados ao campo do Law & Society como Victoria Nourse e Gregory Schaffer:

Este novo realismo jurídico ressalta a importância das instituições não como essências, mas como influências mediadoras, e busca explicar a variação das manifestações do direito pelo estudo e teorização de tais forças mediadoras. Este novo realismo jurídico enfatiza a importância do engajamento empírico, incluindo as análises

emergentes de baixo para cima que destacamos, mas não aceita que a ciência social seja sempre imparcial. Toda ciência social é parcial e não pode deixar de ser assim; esse é o dilema da ciência social. Um novo realismo, no entanto, adota o estudo empírico porque (novamente) não há escolha se quisermos tomar decisões mais informadas (Nourse e Schaffer, 2009, p. 137).

Nos dois casos, trata-se de situar a experiência jurídica e trabalhar os conceitos em função desta experiência, sem universalizar as análises para além dos limites do material analisado. Tal postura não anula a pretensão de construir uma teoria do direito de alcance universal, uma teoria que pretenda construir conceitos válidos para o mundo inteiro. Mas exige que projetos desta natureza prestem contas à sua base sociológica, ou seja, que se apresentem como situados, sem deixar nas entrelinhas o seu alcance explicativo.

Como mostrei ao longo deste texto, uma análise social do direito preocupada com a democracia, além de situar sua análise conceitual, estará também preocupada com o exercício da imaginação institucional. Afinal, é papel de normatividades democráticas reconhecer e lidar com as mais variadas demandas sociais. Nesse sentido, ao contrário da tradição do pensamento jurídico brasileiro, até hoje muito influenciada pela tradição civilística europeia e, até onde posso compreender, ao contrário da tradição analítica, cada vez mais influente no Brasil, a reflexão jurídica também deve adotar a perspectiva do “vir a ser”, para usar a expressão de Robert Cover (1983), ou seja, ela também pode se propor a inventar conceitos.

Um dos grandes desafios do pensamento jurídico brasileiro é deixar de lado seu olhar tradicionalmente voltado para o passado, ou seja, o procedimento dogmático clássico de lidar com novos conflitos reinterpretando categorias antigas, tomadas como dogmas inquestionáveis, para adotar uma perspectiva criativa, voltada para o futuro (Ferraz Jr., 2014). Em minha formulação, tal perspectiva não deve estar apenas preocupada com os objetivos que a sociedade pretender realizar por intermédio do direito, mas também seu caráter

democrático, que exige a inclusão da experiência de todas as formas de vida presentes e que ainda irão surgir, as quais devem ser formalizadas em novas categorias jurídicas e arranjos institucionais.

Em nome da democracia, trata-se de evitar, mesmo no nível da análise conceitual a mais abstrata, um *formalismo autárquico* que naturalize categorias e raciocínios jurídicos, tornando-os imunes aos conflitos sociais. Nesse sentido, a tarefa central de um estado democrático de direito é garantir que todas as pessoas sejam de fato consideradas iguais perante a lei, o que exige uma constante transformação das instituições. Como diz Luís Roberto Warat (1997, p. 140) em um texto tardio, “Por que não aceitar que também a dogmática pode indagar, descobrir, criar?”. Por que não pesquisar e ensinar o direito como uma tarefa eminentemente criativa, fazendo com que o trabalho conceitual continuamente seja sensível a cada situação e caso concreto?

Como já foi dito neste texto, este objetivo não elimina necessariamente o caráter coercitivo ou mesmo violento do Direito que nem sempre será capaz de abarcar todas as demandas e experiências jurídicas sob a égide dos mesmos conceitos e instituições. No entanto, e aqui reside o núcleo normativo, filosófico, de toda teoria do direito comprometida com uma democracia multinormativa e convivial, não parece razoável deixar de lado ou permanecer moralmente indiferente ao objetivo de tornar o Direito cada vez menos violento, ou seja, progressivamente mais inclusivo e, portanto, no sentido de Franz L. Neumann ([1936] 2013), cada vez mais racional.

Para retomar a narrativa do começo desse texto, o que está em jogo nesta discussão é a vida de pessoas como a minha avó, uma das vítimas dos “crimes da nacionalidade” (homogeneizante), como diz Euclides da Cunha ([1902] 2019) em *Os sertões*, romance que conta a destruição da comunidade religiosa de Canudos pelos esforços de centralização e homogeneização da população empreendidos pelo Estado brasileiro. Canudos chegou a reunir 25 mil pessoas, mas há outros episódios semelhantes ocorridos mais ou menos na mesma época, como a assim chamada *Revolta dos Muckers* que ocorreu no

atual município de Sapiranga (na época, São Leopoldo), bem próximo do campus da UNISINOS, universidade para a qual eu atualmente trabalho.¹⁶

O belo livro *Viagem ao país do futuro* escrito pela jornalista portuguesa Isabel Lucas (2021) reúne uma série de reportagens a respeito do Brasil a partir de seus escritores com o objetivo indireto de explicar o fenômeno Bolsonaro. A obra se inicia, justamente, com *Os sertões* de Euclides da Cunha. O Brasil é um país extremamente violento, nos lembra Isabel Lucas. Não é surpresa alguma que tenha escolhido um Presidente ligado a correntes neonazistas e a regimes autárquicos ao redor do mundo, além de simpático a lideranças religiosas fundamentalistas que negam a ciência e a atividade intelectual em geral. O primeiro passo para enfrentar nossa atual situação é encarar tal realidade de frente, sem reincidir em narrativas míticas que nos apresentam como um país diverso, alegre e tolerante.

A parte que me cabe nesta tarefa é refletir sobre o papel do direito centralizado no Estado na produção da violência institucional brasileira. Mas especificamente, refletir sobre a dificuldade de imaginarmos modelos institucionais diferentes em razão da naturalização de uma série de conceitos que nasceram da experiência centralizadora e homogeneizante do Estado nacional e desenvolvimentista brasileiro. Pois pode ser que a superação do que o sociólogo Francisco de Oliveira (2003) chamou provocativamente de “ornitorrinco” brasileiro, ou seja, um país em situação de impasse, incapaz de alcançar o núcleo do capitalismo mundial e de retroceder a um modo de viver pré-colonial; um país que articula elementos modernos e tradicionais,

¹⁶ A “Revolta dos Muckers” ocorreu entre 1873–1874 e envolveu imigrantes de origem alemã que, isolados e desprovidos de assistência médica e espiritual, desenvolveram práticas religiosas próprias, lideradas por Jacobina Mentz Maurer e João Jorge Maurer, que exercia a função de curandeiro. Tais práticas foram se tornando insuportáveis para a população e para o governo local, a ponto de desencadear conflitos armados com envolvimento do Exército brasileiro. Em uma comunidade de 14 mil pessoas, pesquisadores estimam que os Muckers atraíam por volta de 700 a 1.000 pessoas para suas práticas religiosas (Amado, 2009).

capitalistas e não capitalistas, racionais e irracionais, passe também por essa renovação categorial.¹⁷

Bibliografia

Acosta, Alberto (2016). *O bem-viver*. São Paulo: Autonomia Literária/ Elefante.

Allen, Amy (2016). *The end of progress. Decolonizing the normative foundations of Critical Theory*. Nova York: Columbia University Press.

Amado, Janaína (2009). *A revolta dos “Mucker”*. São Leopoldo: Unisinos.

Assunção, Moacir (2015). *São Paulo deve ser destruída. A história do bombardeio à capital na Revolta de 1924*. Rio de Janeiro: Record.

Avritzer, Leonardo et al. (orgs.) (2017). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate*. Belo Horizonte: Autêntica.

Azevedo, Elsiene (2005). *O Orfeu de Carapinha. A trajetória de Luiz Gama na cidade de São Paulo*. Campinas: Editora da Unicamp.

Becker, Bertha K. (2008). *Um futuro para a Amazônia*. São Paulo: Oficina de Textos.

¹⁷ Pierre Charbonnier (2021) examinou os pressupostos ambientais das ideias políticas ocidentais. No campo da Teoria Crítica de inspiração frankfurtiana, é fundamental a leitura de Amy Allen (2016). Essa discussão também demanda a criação de um modelo econômico que estabeleça um novo equilíbrio entre a humanidade e o meio-ambiente. Uma referência central para pensar o futuro da Amazônia é Bertha K. Becker (2008); para uma avaliação geral do potencial do Brasil de desenvolver um modelo econômico diferente: Caldeira, Sekula e Schabib (2020).

Benhabib, Seyla (2006). *Another cosmopolitanism*. Oxford, UK: Oxford University Press.

Bercovici, Gilberto (2003). *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad.

Berman, Paul Schiff (2018). Global Legal Pluralism as a Normative Project. *University of California Irvine Law Review*, 8(149), 149-171.

Berman, Paul Schiff (2013). *Global Legal Pluralism. A jurisprudence of law beyond borders*. Cambridge: Cambridge University Press.

Bonilla Maldonado, Daniel (2018). El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia. *Revista derecho del Estado*, (42), 3-23. <https://doi.org/10.18601/01229893.n42.01>.

Buck-Morss, Susan (2017). *Hegel e o Haiti*. São Paulo: N-1 Editora, 2017.

Caldeira, Jorge; Sekula, Julia Marisa e Schabib, Luana (2020). *Brasil. Paraíso restaurável*. Rio de Janeiro: Estação Brasil.

Carvalho, José Murilo (2001). *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

Charbonnier, Pierre (2021). *Abundância e liberdade. Uma história ambiental das ideias políticas*. São Paulo: Boitempo.

Clavero, Bartolomé (2008). *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre Constituciones mestizas*. México DF: Siglo XXI.

Costa, Sérgio (2019). The Neglected Nexus between Conviviality and Inequality. *Novos Estudos Cebrap*, 38(1), 15-32. <https://doi.org/10.25091/s01013300201900010003>.

Cover, Robert (2019). A violência e a palavra. *Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas*, 35(2), 1-33.

Cover, Robert (2002). *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona: Gedisa.

Cunha, Euclides da ([1902] 2019). *Os sertões*. São Paulo: Companhia das Letras.

Cunha, Manuela Carneiro da (2017). *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Ubu.

Dussel, Enrique (1993). *1492: O encobrimento do outro. A origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes.

Dworkin, Ronald (2014). *Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

Fernandes, Rui Aniceto e Costa, Juliana Carolina Oliveira (2020). História da imigração (1830-1880). En Luís Reznik (org.), *História da imigração no Brasil* (pp. 65-90). São Paulo: Editora FGV.

Fernández, Albert Noguera (2015). Redefinición del Estado y derechos de los pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas. *Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, 1(2), 119.

Ferraz Jr., Tércio Sampaio (2014). *O direito entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses.

Ferreira, Marieta (2020). Nova Friburgo. A invenção da Suíça brasileira. En Luís Reznik (org.), *História da imigração no Brasil* (pp. 39-64). São Paulo: Editora FGV.

Finnis, John (2008). *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos.

Flores, Mauricio Pedroso e Rodriguez, José Rodrigo (2018). Dogmática e controvérsias religiosas à luz de Robert Cover. A recusa de transfusão sanguínea por parte das Testemunhas de Jeová. *Juris Poiesis* 21(26), 52-83.

Fontan, Daiana de Fátima Soares (2017). *Educação escolar indígena – Estudo sociojurídico da política estatal a partir de Pierre Bourdieu*. Curitiba: Juruá.

French, Jan Hoffman (2009). *Legalizing identities. Becoming black or indian in Brazil's Northeast*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.

Gonçalves, Paulo Cesar (2020). A grande imigração no Brasil (1880-1930). Números e conjunturas. En Luís Reznik (org.), *História da imigração no Brasil* (pp. 91-132). São Paulo: Editora FGV.

Grinberg, Keila (2001). *Código civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Zahar.

Günther, Klaus (2008). Legal Pluralism or Uniform Concept of Law? Globalisation as a Problem of Legal Theory. *No Foundations – Journal of Extreme Legal Positivism*, (5), 5–21.

Günther, Klaus (2020). Normative legal pluralism. A critique. En Jorge L. Fabra-Zamora (org.), *Jurisprudence in a globalized world*, (pp. 84-99). Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar.

Hacking, Ian (1999). *Por que a linguagem interessa à Filosofia?* São Paulo: Unesp/ Cambridge University Press.

Hazareesingh, Sudir (2021). *O maior revolucionário das Américas: A vida épica de Toussaint Louverture*. Rio de Janeiro: Zahar.

Hirschman, Albert O (1961). *Estratégia do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura.

Hobbes, Thomas ([1651] 1968). *Leviathan*. Londres: Pelican Books.

Illich, Ivan (1973). *La convivialité*. Paris: Éditions du Seuil.

Illich, Ivan (1975). *Medical nemesis: the expropriation of health*. Londres: Calder & Boyars.

Illich, Ivan (2018). *Sociedade sem escolas*. Petrópolis: Vozes.

Jancsó, Istvan (org.) (2011). *Brasil: formação do estado e da nação*. São Paulo: Hucitec.

Kelsen, Hans (2016). *Teoria geral do estado e do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

Kennedy, David (2018). *A world of struggle. How power, law, and expertise shape global Political Economy*. Princeton: Princeton University Press.

Kerner, Ina (2018). Interrogating Western Modernity. Postcolonial reflections on Occidental Claims and Action. *Cadernos de Filosofia Alemã*, 23(2), 35-55.

Lazarte, Jorge (2009). Plurinacionalismo y multiculturalismo en la asamblea constituyente de Bolivia. *Revista internacional de Filosofía Política*, (33), 71-102.

Leal, Victor Nunes (2012). *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras.

Lefebvre, Georges (2019.) *1789: o surgimento da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Lima, Luiz Octavio de (2018). *1932: São Paulo em chamas*. São Paulo: Planeta.

Lucas, Isabel (2021). *Viagem ao país do futuro*. Recife: Cepe Editora.

Luxemburg, Rosa (1988). A centralização e o autogoverno. Em Rosa Luxemburg, *A questão nacional e a autonomia* (pp. 107-140). Belo Horizonte: Oficina de Livros.

Mac Cord, Marcelo e Batalha, Claudio H. M. (orgs.) (2014). *Organizar e proteger. Trabalhadores, associações e mutualismo no Brasil (séculos XIX e XX)*. Campinas: Unicamp.

Macedo, José Arthur Castilho (2018). *Encruzilhadas do federalismo. Transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia* [Tese de doutorado]. Curitiba: UFPR.

Maia, João Marcelo Ehlert (2012). *Estado, território e imaginação espacial. O caso da Fundação Brasil Central*. Rio de Janeiro: Editora FGV.

Marshall, Thomas. H. (1967). *Cidadania, classe social, status*. Rio de Janeiro: Zahar.

Mouffe, Chantal (2005). *On the political*. Londres: Routledge.

Neumann, Franz L. ([1936] 2013). *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin.

Neumann, Franz ([1937] 2014). A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista brasileira de estudos políticos*, (109), 13-87.

Neves, Marcelo (2012). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.

Nourse, Victoria e Schaffer, Gregory (2009). Varieties of New Legal Realism. Can a New World Order Prompt a New Legal Theory? *Cornell Law Review*, (95), 61-137.

Oliveira, Cecília Helena Salles; Bittencourt, Vera Lúcia Nagib e Costa, Wilma Peres (2010). *Soberania e conflito. Configuração do estado nacional no Brasil do século XIX*. São Paulo: Hucitec/Fapesp.

Oliveira, Francisco de (2003). *Crítica à razão dualista/o ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo.

Queiroz, Marcos (2023). *Constitucionalismo brasileiro e o Atlântico Negro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Ribeiro, Darcy (2020). *A América Latina existe?* Rio de Janeiro: Azougue.

Ricardo, Fany e Gongora, Majori Fávero (2019). *Cercos e resistências. Povos indígenas isolados na Amazônia brasileira*. São Paulo: Instituto Socioambiental.

Rodriguez, José Rodrigo (2003). *Dogmática da liberdade sindical*. Rio de Janeiro: Renovar.

Rodriguez, José Rodrigo (2009). *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva.

Rodriguez, José Rodrigo (2011). *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais. Série Pensando o Direito* (Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça) 36. http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/36Pensando_Direito3.pdf.

Rodriguez, José Rodrigo (2013). *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV.

Rodriguez, José Rodrigo (2018). Perversion of Law. Six cases. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (101), 127-149.

Rodriguez, José Rodrigo (2019). *Direito das lutas. Democracia, diversidade, multinormatividade*. São Paulo: LiberArs.

Rodriguez, José Rodrigo (2021). O papel dos juristas na luta contra ameaças autoritárias no Brasil, texto inédito.

Roth-Isigkeit, David (2018). *The plurality trilemma. A geometry of global legal thought*. Londres: Palgrave Macmillan.

Santos, Boaventura de Souza (2011). Para uma concepção pós-moderna de direito. En Boaventura de Souza Santos, *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência* (pp. 119-188). São Paulo: Cortez.

Schaffer, Gregory (2012). Transnational legal process and state change. Opportunities and constraints. *Law & social inquiry*, 37(2), 229-264.

Scheuermann, William (2008). Franz L. Neumann: Legal Theorist of Globalization? En William Scheuermann e Franz L. Neumann, *Frankfurt School perspectives on globalization, democracy and the law* (pp. 13-28). Londres: Routledge.

Schwarcz, Lilia Moritz (1993). *O espetáculo das raças. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras.

Segato, Rita Laura (2021). *La Nación y sus otros*. Buenos Aires: Prometeo.

Shaffer, Gregory (2015). New legal realism's rejoinder. *Leiden journal of international law*, 28(3), 479-486.

Silveira, Edson Damas e Silveira, Stela Aparecida Damas da (2012). *Direito fundamental à educação indígena*. Curitiba: Juruá.

Tamanaha, Brian Z (2009). *Beyond the Formalist-realist Divide. The Role of Politics in Judging*. Princeton: Princeton University Press.

Tamanaha, Brian Z (2017). *A Realistic Theory of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Tamanaha, Brian Z (2021). *Legal Pluralism Explained. History, Theory, Consequences*. Nova York: Oxford University Press.

Taylor, Charles (1993). *Reconciling the solitudes. Essays on Canadian Federalism and Nationalism*. Montreal: McGill-Queen's University Press.

Taylor, Charles (2016). *Democracia republicana / Republican democracy*. Santiago: LOM Ediciones.

Terra, Ricardo (2004). *Kant e o direito*. Rio de Janeiro: Zahar.

Teubner, Günther (2020). *Fragmentos constitucionais. Constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva.

Toledo, Roberto Pompeu (2015). *A capital da vertigem*. São Paulo: Objetiva.

Vaz, Henrique Cláudio de Lima (2002). *Ética e direito*. Rio de Janeiro: Loyola.

Verdum, Ricardo (org.) (2009). *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES.

Villares, Luiz Fernando (2009). *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá.

Vouvelle, Michel (2020). *A Revolução Francesa (1789-1799)*. São Paulo: Unesp.

Wachowicz, Marcos (2004). *Propriedade intelectual do software e revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá.

Warat, Luís Alberto (1997). *Introdução geral ao direito III. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.

Wolkmer, Antonio Carlos; Oliveira, Frederico Antonio Lima de e Bacelar, Jeferson Antonio Fernandes (orgs.) (2017). *Direito à diferença e constitucionalismo Latino-Americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011). *La Pachammama y el humano*. Buenos Aires: Colihue/ Ediciones Abuelas de Plaza de Mayo.

Zhourí, Andréa e Valencio, Norma (orgs.) (2014). *Formas de matar, de morrer e de resistir. Limites da resolução negociada de conflitos ambientais*. Belo Horizonte: Editora UFMG.