



Marcelo Paiva dos Santos

DA NATUREZA COMUM DA FORMA DE SER DOS
POVOS. UMA ANÁLISE JURÍDICA EM SENTIDO
NEGATIVO.

Dissertação de Doutoramento em Direito, na área de Ciências Jurídico-
Filosóficas, Orientada pelo Dr. José Manuel Aroso Linhares e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Agosto/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

MARCELO PAIVA DOS SANTOS

**DA NATUREZA COMUM DA FORMA DE SER DOS POVOS.
UMA ANÁLISE JURÍDICA EM SENTIDO NEGATIVO.**

Dissertação de Doutoramento apresentada aos Senhores Doutores Professores arguentes, componentes do Júri Examinador, do Curso de Doutoramento em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, na área de especialização “Ciências Jurídico-Filosóficas”, pela mesma Instituição.

Orientador: Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares.

COIMBRA

2017

DEDICATÓRIA

À “Catarina Jacome!”,
como Ela gostava de ser chamada.
Meu maior exemplo de humildade e “teimosia”.

AGRADECIMENTOS

Dado o significativo número de pessoas que auxiliaram nas várias etapas da investigação, remeto os Leitores ao Anexo IV.

“Le *dottrine* debbono *cominciare* da quando cominciano le *materie* che trattano.”¹

“... el simple mirar una cosa no puede ayudarnos (...) en cada mirada **atenta** hacia el mundo ya formulamos teorías.”²

“... es sin duda posible mostrar la manera como ese individuo ha hecho de su propia actividad, así condicionada y sostenida, lo que ahora es, la manera como ha venido a conferirle la impronta que lo caracteriza, y aun esto se puede menos exponer que sentir, pero lo que de ningún modo se puede es derivarlo de alguna otra cosa. Pues tal es la manera natural como se manifiesta siempre y en todo momento la acción del hombre.”³

¹ VICO, G.. Principj di scienza nuova. D'intorno alla comune natura delle nazioni. Secondo la terza impressione del MDCCXLIV con le varianti di quella del MDCCXXX e con note di Giuseppe Ferrari. Em: **Opere di Giambattista Vico**. Vol. V. Napoli: Stamperia De' Fratelli Morano, 1859. p. 77, Dignità CVI.

² GOETHE, J. W.. **Teoría de los colores**. Citado por: RICKERT, H.. **Teoría de la definición**. Traducción de Luis Villoro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1960, p. 10. (Cuaderno 9)

³ HUMBOLDT, W. V.. **Sobre la diversidad de la estructura del lenguaje humano y su influencia sobre el desarrollo espiritual de la humanidad**. Traducción y prólogo de Ana Agud. Barcelona: Anthropos; Madrid: Ministerio de Educación y Ciencia, 1990, p. 26. (Autores, Textos y Temas / Lingüística - 1)

SUMÁRIO

RESUMO.....	VIII
ABSTRACT.....	IX
1 O PROBLEMA: OS SINAIS DOS (DES)ENCONTROS DAS DIFERENÇAS.....	1
1.1 ALGUNS EXEMPLOS DE SITUAÇÕES QUE PODEM SE CONVERTER EM (DES)ENCONTROS DAS DIFERENÇAS JURIDICAMENTE RELEVANTES	7
1.2 DA INSUFICIÊNCIA DOS CRITÉRIOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A SOLUÇÃO DE CASOS ENVOLVENDO (DES)ENCONTROS DAS DIFERENÇAS: UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO EM SENTIDO NEGATIVO.....	15
1.3 A DELIMITAÇÃO CONTEUDÍSTICA DA TESE.	23
1.3.1 O especificamente jurídico <i>sob o fogo cruzado</i> de vieses liberais e comunitários. Brevíssimas notas delimitadoras.....	28
1.4 RECONTEXTUALIZANDO O PROBLEMA.	42
1.5 A COMPREENSÃO SOBRE O DIREITO COMO CONDICIONANTE DO DIRECIONAMENTO INVESTIGATIVO.	51
2 PARTINDO DA REALIDADE: PELAS TERRAS SULAMERICANAS.	61
3 DA NATUREZA COMUM DA FORMA DE SER DOS POVOS: UMA ANÁLISE JURÍDICA EM SENTIDO NEGATIVO.....	71
3.1 BREVES NOTAS RELACIONADAS À ANÁLISE CRÍTICA DE JOHANN GEORG HAMANN SOBRE O PURISMO DA RAZÃO DE KANT COMO CONTRIBUTO À SUPERAÇÃO DO DUALISMO <i>SER E DEVER SER</i>	77
3.1.1 A perspectiva de Alessandro Baratta sobre a <i>natureza do fato</i> , enquanto superação à noção de <i>natureza das coisas</i> : nas pegadas de Vico.....	84
3.1.2 A perspectiva de Arthur Kaufmann sobre a <i>natureza das coisas</i>	91
3.1.3 A perspectiva de Friedrich Müller sobre a <i>natureza das coisas</i>	106
3.1.4 Da superação da noção de <i>natureza das coisas</i> : entre Vico e Castanheira Neves.....	115
3.1.4.1 Da superação da noção da <i>natureza das coisas</i> a partir da análise estrutural-processual do <i>ato da constituição social das realidades normativo-culturais</i> ou do ato humano que põe o Direito ao mundo.	136

3.1.4.1.1	O primeiro momento do <i>ato de constituição social das realidades normativo-culturais</i>	151
3.1.4.1.2	O contributo de Lon L. Fuller para a compreensão do segundo momento do <i>ato de constituição social das realidades normativo-culturais</i> e a importância da reflexão para uma melhor compreensão da <i>tensão</i> potencializada derivada da relação entre a realidade e os critérios/princípios que as sociedades plurais e fragmentadas apresentam.	161
3.1.4.1.3	O contributo de Leon Petrazycki para a compreensão do segundo momento do <i>ato de constituição social das realidades normativo-culturais</i> e a importância da reflexão para uma melhor compreensão da <i>tensão</i> potencializada derivada da relação entre a realidade e os critérios/princípios que as sociedades plurais e fragmentadas apresentam.	174
3.1.4.1.4	O terceiro momento do <i>ato de constituição das realidades normativo-culturais</i> e a relevância para a compreensão da forma de ser dos povos.....	182
3.1.4.1.5	O quarto momento do <i>ato de constituição das realidades normativo-culturais</i> e a relevância para a compreensão da forma de ser dos povos.....	183
3.1.4.2	Da exigência de um parâmetro analítico especificamente <i>jurídico</i> para o adequado perfazimento do <i>ato de constituição social das realidades normativo-culturais</i>	184
3.2	APENAS UMA QUESTÃO DE DIREITO CRIMINAL?.....	185
3.2.1	O problema desde a ótica jurídico-criminal anglo-americana.	192
3.2.2	Com os pés em ambas as tradições: os <i>Mediating Principles</i> como limitadores à incriminação.	202
3.2.3	O problema desde a ótica jurídico-criminal europeia continental.	215
3.2.3.1	A questão da inimputabilidade.	216
3.2.3.2	Das demais soluções jurídico-criminais de índole europeia-continental.	221
3.2.4	O problema desde a ótica jurídico-criminal sulamericana.	275
3.2.5	O problema desde a ótica jurídico-criminal angolana.....	289
3.3	APENAS UMA QUESTÃO DE PUNTO DE VISTA?.....	302
3.3.1	O que considerar como <i>expressividades comportamentais típicas: regras sociais</i> ou <i>meros hábitos ou usos de grupos</i> ?.....	305
3.4	APENAS UMA QUESTÃO DE COSTUMES?	308

3.5	UMA QUESTÃO DE <i>USOS</i> OU MESMO DE <i>MORES</i> OU <i>FOLKWAYS</i> ?.....	312
3.6	APENAS UM PROBLEMA DE RECONHECIMENTO IDENTITÁRIO?... 315	
3.7	APENAS UMA QUESTÃO DE CORRELACIONAR UMA DADA <i>NECESSIDADE HUMANA</i> A UM <i>DIREITO</i> ?	316
3.8	APENAS UMA QUESTÃO DE <i>ESPAÇO</i> NO DIREITO PÚBLICO?	329
4	A NECESSÁRIA PERQUIRÇÃO DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS E DE JULGADOS RELACIONADOS À TEMÁTICA.	334
5	BREVES NOTAS SOBRE ALGUNS ASPECTOS METODONOMOLÓGICOS DA PROPOSITURA TEÓRICA.....	336
5.1	DA VERIFICAÇÃO DOS FERRAMENTAIS JURÍDICOS DISPONÍVEIS PARA A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PRÁTICAS FRUTO DE (DES)ENCONTROS DAS DIFERENÇAS E AS POSSÍVEIS CONFUSÕES QUE O <i>DIREITO DA FORMA DE SER DOS POVOS</i> PODE ENFRENTAR COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....	343
5.1.1	Brevíssimas notas justificadoras da adoção da fórmula <i>forma de ser dos povos</i>	357
5.1.1.1	A forma de ser dos povos: em busca de uma delimitação conceitual mínima.....	359
5.1.1.2	Intersubjetividade moral versus forma de vida imanente: como a expressão forma de ser dos povos pode contribuir?	369
6	DA CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO DA FORMA DE SER DOS POVOS: UMA ANÁLISE FINAL EM SENTIDO POSITIVO.....	372
7	SÍNTESES.	384

RESUMO

O presente trabalho procura mostrar que os (des)encontros das diferenças, tal como são hoje solucionados em termos jurídicos, desde o Direito de matriz europeia-ocidental, greco-romana e judaico cristã, têm gerado dificuldades de ordem prático-decisória, ocasionando lesões a uma esfera singular de direito do ser humano, que é a *forma de ser dos povos*. Essa é entendida enquanto aquele conjunto de expressividades comportamentais típicas dos povos que toca o próprio cerne constitutivo do ser humano, apresentando, a partir da influência de inúmeros fatores co-constitutivos, uma *natureza comum* que é a razão de ser da inafastável proteção que referida dimensão do humano possui. A análise é feita em *sentido negativo*, sob a inspiração vichiana, procurando-se mostrar as falhas de alguns enfrentamentos jurídicos, bem como com o que a proposta lançada não se confunde. A exploração da noção *jurídica de pessoa humana*, entendida como aquela *aquisição axiológica*, de que fala Castanheira Neves, mostrou-se como um caminho juridicamente consistente para fundamentar o *direito da forma de ser dos povos*. Explorando a noção de *natureza das coisas*, o estudo procura deixar explicitado que a tese do direito da forma de ser dos povos não se confunde com tal noção, concluindo que é a partir dos *atos humanos de atribuição de sentidos* que o aspecto valorativo é adequadamente sopesado em termos jurídicos. Explora-se, também, a noção do *costume jurídico*, dos *mores* ou *folkways*, buscando-se mostrar que a tese do direito da forma de ser dos povos com tais noções também não se confunde. Em decorrência da amplitude de investigações sobre a temática desde o viés jurídico-criminal, procura-se mostrar em que sentido o referido viés é inafastável, não se contrapondo à proposta. E, ainda, mostra-se que as necessidades humanas precisam ser entendidas enquanto valores e em que sentido podem ser aproveitáveis à temática investigada. Procura-se mostrar, também, desde análise de decisões judiciais e da legislação, que há um déficit em termos de fundamentação das decisões que têm sido proferidas em casos práticos envolvendo (des)encontros das diferenças. Defende-se que o direito da forma de ser dos povos seja reconhecido, num primeiro momento, em termos jurisprudenciais para, em se consolidando jurisprudencialmente, poder vir a ser inserido nos diplomas legais de direitos. Em termos conclusivos e num *sentido positivo*, procura-se apresentar um enquadramento do *direito* que se defende a partir de discussões doutrinárias a respeito dos direitos individuais e coletivos.

Palavras-chave: (Des)encontros das diferenças; Natureza das coisas; Necessidades humanas; Valores; Forma de ser dos povos; Jurisprudencialismo; Pessoa humana; Crimes motivados culturalmente.

ABSTRACT

This work argues that the solutions provided by Western law to the conflicts emerging from the confrontation of different cultures have been undermining a particular legal sphere of the human being: the peoples' way of being. This is here understood as a set of typical behavioral expressions that comprise the very constitutive core of the human being, presenting a common nature that calls for and justifies its unremovable protection. Taking inspiration from Giambattista Vico's oeuvre, this work proceeds in a negative fashion, seeking to delineate our proposal through correlated, but ultimately disparate approaches as well as through flaws in some legal solutions that are often given. The exploration of the notion of human person, understood as that axiological acquisition referred to Castanheira Neves, proved to be a juridically consistent way to vindicate the right to the peoples' way of being. This study also attempts to demonstrate that the premise of the right to the peoples' way of being is not akin to the notions of nature of things, custom, mores or folkways. On the other hand, it seeks to show in which sense the contribution of criminal law is essential to the proposal and how the notion of human needs should be understood in order to be useful to the subject under investigation. It also attempts to frame the right to the peoples' way of being in the academic discussions on discretion in public law, as well as on collective and individual rights. It asserts with the aid of the analysis of judicial decisions and legislation, that the reasoning of decisions that have been handed down in cases involving the encounter of different cultures is insufficient. It also argues that the right to the peoples' way of being should be, at first, recognized in jurisprudential terms and only then incorporated in the legislation. In the end, it attempts to frame the right to the peoples' way of being in the academic discussions on individual and collective rights.

Keywords: Encounter of different cultures; Nature of things; Values; Peoples' way of being; Human needs; Human person; Jurisprudencialismo; Culturally motivated crimes.

1 O PROBLEMA: OS SINAIS DOS (DES)ENCONTROS DAS DIFERENÇAS.⁴

Um dos sinais que aponta que algo de injusto está ocorrendo nas relações humanas advém, justamente, daquelas situações que envolvem os (des)encontros humanos, os (des)encontros das diferenças. Não precisa ser um grande jurista para logo perceber quando algum tipo de injustiça está sendo cometido; de que aquilo que seria devido a alguém está lhe sendo subtraído e, muitas vezes, acaba se tornando inacessível ou, mais grave do que isto, de que alguém está sendo responsabilizado por algo que não poderia ser.⁵

Os sinais de possíveis situações de injustiça decorrentes dos (des)encontros humanos há muito podem ser observados na realidade. Em termos atuais, a realidade social, fragmentada e diversificada,⁶ tem sido cada vez mais propiciadora de (des)encontros, seja pela multiplicidade informativa decorrente dos

⁴ Procurou-se adotar a expressão *(des)encontros das diferenças* para acentuar que, sob o viés *jurídico*, a atenção deve se voltar aos problemas de ordem prática, passíveis de serem apreciados em termos jurídicos, controvérsias práticas, portanto, decorrentes dos referidos desencontros. Fugiu-se, assim, às discussões teóricas de outros cunhos em torno dos termos *multiculturalismo* ou *interculturalismo*, sobretudo quando o cenário das pesquisas de campo incidiu sobre o continente sulamericano, marcadamente plural e fragmentado. Para as vantagens do emprego da palavra *interculturalismo*: MIGNOLO, W.. Catherine Walsh con Walter Mignolo. Em: CASTRO-GÓMEZ, S.; SCHIWY, F.; WALSH, C.. (Editores) **Indisciplinar las ciencias sociales. Geopolíticas del conocimiento y colonialidad del poder. Perspectivas desde lo andino**. Quito: Ediciones Abya-Yala/Universidad Andina Simón Bolívar, 2002, pp. 25-26. Antonia Monge Fernández, por sua vez, explica que "... el concepto de *multiculturalismo*, que aparece en la segunda mitad del siglo XX en EEUU nominando el fenómeno de la diversidad cultural, ilumina las diferencias culturales y resalta la importancia de la afirmación de las creencias particulares y diferenciadas. El problema es que acaba atendiendo exclusivamente a las contingencias y al folklore, olvidando las necesidades reales que genera la convivencia ciudadana de la diversidad cultural en la política." FERNÁNDEZ, A. M.. **El extranjero frente al derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad**. Barcelona: Bosch Editor, 2008, p. 27, nota nº 1. Evita-se, com isto, os equívocos que as discussões, desde os vieses social e político, têm trazido, apesar da relevância das mesmas.

⁵ Para a *percepção intuitiva*, que praticamente todas as pessoas têm acerca da justiça: CARVALHO, O.. *Ius – quod iustum?* Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Volume LXXII. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 01-12. Estudo na Revista *Plos One* mostra resultados de pesquisas que sugerem que bebês com 15 meses já possuem um senso de justiça. Pesquisas anteriores sinalizavam que tal senso somente apareceria entre os 7 e 8 anos de idade. SCHMIDT, M. F. H.; SOMMERVILLE, J. A.. Fairness Expectations and Altruistic Sharing in 15-Month-Old Human Infants. **PLoS ONE**. 07 out. 2011. Disponível em: < <http://www.plosone.org> > Acesso em 09 abr 2012.

⁶ Joseph Raz, ao tratar do *multiculturalismo*, observa que tanto o século XIX teria mostrado uma grande movimentação de pessoas saindo da Europa e migrando, sobretudo, para Argentina, Canadá, Estados Unidos e África do Sul, quanto o século XX, sobretudo a partir de sua segunda metade. Tais fenômenos migratórios teriam sido sem precedentes, mesmo que não tenham suscitado as discussões específicas sobre o *multiculturalismo*, o que só se viu em finais do século XX. RAZ, J.. Multiculturalism. Em: **Ratio Juris**. Vol. 11, Nº 3, September, 1998, p. 195.

meios de comunicação,⁷ seja pelo fácil acesso aos meios de transporte,⁸ seja pela criação e expansão de *espaços-comuns*,⁹ seja pela crescente abertura da mentalidade quanto a relações interraciais,¹⁰ seja pelos conflitos armados que têm obrigado milhares de pessoas a deixarem seus países de origem, etc.¹¹

⁷ Na maioria das vezes, ao menos no território sulamericano, é via programas de rádio que as pessoas mais pobres tomam conhecimento de oportunidades de empregos em países vizinhos. Um dos exemplos são as chamadas de emprego radiodifundidas na Bolívia, efetuadas pela indústria têxtil clandestina que, no Brasil, se desenvolveu na região da grande São Paulo. Inúmeros têm sido os bolivianos, sobretudo as mulheres, que têm rumado ao Brasil para, muitas vezes, ilegalmente, serem explorados como mão-de-obra barata.

⁸ Veja-se, por exemplo, o significativo aumento de movimentação humana que vem se dando em países periféricos ou semi-periféricos nos últimos 10 anos em decorrência da criação de empresas aéreas com tarifas mais acessíveis.

⁹ De que a União Européia é o maior exemplo. Apesar do recente estudo quantificador dos fluxos migratórios internacionais, de Guy J. Abel e Nikola Sander, ressaltar a dificuldade de obtenção de dados quanto a tais movimentações humanas, os autores, ainda que considerando eventos propulsores de tais fluxos como a queda da *Cortina de ferro* e os conflitos armados na Ásia (Afeganistão, sobretudo) e África (Ruanda, sobretudo), concluem que não teria havido um aumento contínuo dos fluxos entre os anos 1990 e 2010. Se para o caso africano o estudo assim observa, o mesmo não ocorre com o registro de movimentações que se dão, clandestinamente, mas com significativos números, no continente sulamericano. Basta se recordar dos inúmeros brasileiros que vivem ilegalmente tanto no território francês da Guiana quanto no Suriname, na exploração do ouro, ou mesmo dos milhares de bolivianos, sobretudo mulheres e crianças, que migraram para São Paulo para trabalharem na indústria clandestina da costura. Ainda que o estudo aponte um crescimento das migrações dentro da América Latina de quase 200.000 pessoas entre 1990 e 2010, não se constatam ondas migratórias como as exemplificadas. Mais recentemente, poderia ser citado o grande fluxo de pessoas de Portugal para o Brasil e mesmo de outros sulamericanos, a exemplo dos peruanos e bolivianos que migraram em razão da crise que tem assolado a Europa, sobretudo Portugal e Espanha, origens de tais imigrantes. ABEL, G. J., SANDER, N.. Quantifying Global International Migration Flows. Em: **Science**. Volume 343, Número 6178, 28 mar. 2014, pp. 1520-1522. Disponível em: < <http://www.sciencemag.org> > Acesso em 02 mar 2014. Elucidativa da situação de peruanos em situação de escravidão na indústria ilegal de costura da Grande São Paulo é a seguinte reportagem: LEITE, I.. Vídeo mostra oficina de costura em SP de onde peruanos foram libertados. Disponível em: < <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/07/video-mostra-oficina-de-costura-em-sp-de-onde-peruanos-foram-libertados.html> > Acesso em 16 jul 2015.

¹⁰ Mesmo os Estados Unidos, historicamente com problemas interraciais, segundo os resultados do censo de 2012, a quinta parte de todos os casais, hetero e homossexuais, está formada por pessoas de raças diferentes. Um em cada 10 matrimônios heterossexuais se considera interracial; 45% de tais casais é formado por uma pessoa de origem hispânica com outra não-hispânica; as uniões interraciais ocorre entre 18% dos casais hetero e entre 21% dos casais homossexuais. MONTERO, C.. **En la variedad está el gusto**. Disponível em: < <http://www.edition.cnn.com/video/> > Acesso em 1º mai 2012.

¹¹ Mesmo no contexto religioso tem sido uma constante a defesa do *direito de emigrar*. Exemplo disso são as declarações do Bispo de Santiago (Cabo Verde), D. Arlindo Furtado, que, em 13 de agosto de 2011, em Fátima, Portugal, sublinhou a necessidade de se reconhecer o direito de emigrar, ressaltando que cada pessoa "... não precisa necessariamente de nascer, crescer, viver e morrer no mesmo lugar. Deus criou o mundo para toda a humanidade e está inscrito em cada um de nós o desejo de nos transferirmos de um lugar para o outro por múltiplas razões, quer de ordem pessoal, quer por vários outros motivos circunstanciais (...) [E, ainda,] o grande fenômeno da globalização hoje em curso favorece essa mobilidade, graças às informações disponíveis, à consciência dos próprios direitos a uma vida melhor, à facilidade dos meios de transporte, à percepção do planeta como uma aldeia global, em que a interdependência e a mútua co-

Em um olhar retrospectivo para o cenário sulamericano, especificamente para o Brasil, também se pode dizer que se num passado mais distante – séculos XIX e XX – ainda se podia vislumbrar uma melhor acomodação entre o regulador da vida em comunidade dos colonizadores em relação ao dos povos autóctones e demais pessoas da colônia, isto acabou sendo afetado com o irromper das *ordens jurídicas estatocêntricas*.¹² O fenômeno não decorreu de um ato do poder colonial que, num primeiro momento, buscou solucionar os conflitos oriundos da convivência de ordens jurídicas distintas. Tanto o pluralismo quanto as soluções geradas decorreram das práticas sociais das pessoas envolvidas num *encontro colonial*.¹³ Tal *encontro* auxiliou o florescimento de “... sistemas jurídicos híbridos, cujas fronteiras não foram fixadas de forma linear e cujas hierarquias se mantiveram, por muito tempo, ‘em aberto’.”¹⁴

Num olhar mais alargado, percebe-se que situações de discriminação e

responsabilidade são traços característicos.” FURTADO, A.. Bispo de Cabo Verde defende o direito de emigrar. **Correio de Coimbra**, 25 de ago. 2011. Igualmente: “Cuando las migraciones alcanzan a todo el orbe, exige también plantearse el derecho del hombre en outro lugar del mundo diferente de aquél del que procede.” GRIMM, D.. Multiculturalidad y derechos fundamentales. Em: GUTIÉRREZ, I. G.. (Editor) **Derecho constitucional para la sociedad multicultural**. Edición y traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 53. (Colección Estructuras y Procesos – Serie Derecho) A atual crise de refugiados na Europa criada pela Guerra na Síria é outro exemplo atual significativo.

¹² SILVA, C. N.. “Missão civilizacional” e codificação de *usos e costumes* na doutrina colonial portuguesa (Séculos XIX-XX). Em: **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**. Nrs. 33/34, Anos 2004/2005, Tomo II, pp. 899-901. Milano: Giuffrè Editore. *Ordens jurídicas estatocêntricas*, de Cristina Nogueira, equivale à expressão *state-centered legal orders*, de Lauren Benton: BENTON, L.. **Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 11. (Studies in Comparative World History) Tais *state-centered legal orders* teriam substituído as *multicentric legal orders*, nas quais o Estado seria uma dentre muitas autoridades legais. Id. Tais ordens estatocêntricas foram se estabelecendo, sobretudo, com os movimentos de independência que, na América Latina, começaram com o Haiti, em 1804 e, especificamente na América do Sul, com a Venezuela, em 1810/11, espalhando-se para as demais colônias espanholas e a portuguesa. O principal fator externo do referido movimento foi a invasão de Napoleão da Península Ibérica.

¹³ O *encontro* “... do Estado colonizador com os colonos e com os povos nativos e destes entre si ...” SILVA, C. N.. Op. cit. p. 899.

¹⁴ Id. “O poder colonial foi, em muitos casos, sobretudo nos primeiros tempos da colonização, uma instância essencialmente passiva, que os actores sociais utilizaram para prosseguir fins próprios. Em situações limite, nas zonas de fronteira, foi a própria capacidade de acção (*agency*) das populações nativas daqueles territórios que concedeu às instâncias judiciais do colonizador um papel que ele mesmo não se tinha concedido, ou que até não tinha desejado. Inúmeros casos já estudados mostram, por exemplo, que a iniciativa de sectores das populações nativas capazes de fazer jogar a seu favor as ambiguidades jurisdicionais criadas pela presença europeia obrigou os poderes coloniais a clarificar o âmbito das suas jurisdições, quer no sentido de uma maior inclusão daquelas populações, quer no sentido de um reconhecimento mais formalizado da sua alteridade jurídica.” Ibid. pp. 899-900, com base em Lauren Benton.

violência aos seres humanos sempre marcaram a caminhada do homem. Evidências disso têm sido as mais variadas, seja no contexto europeu, seja no norte-americano.¹⁵ Recorde-se da *lei do véu*, na França, que proíbe o uso de véus islâmicos e outros símbolos religiosos por crianças em escolas públicas francesas.¹⁶ Que dizer da declaração do então Ministro da Imigração da França, Eric Besson, nos idos de 2010, sobre a *generosidade francesa* no tratamento dispensado a mais de 8.000 ciganos que foram expulsos do país? Como explicar que 136 parlamentares belgas, de um total de 138, aprovaram a restrição do uso do véu inteiro em espaços públicos? O pano de fundo de tais discriminações radica em formas de ser diferentes que acabam tendo que dividir e separar as pessoas num mesmo espaço.

Se nos cenários estadunidense e europeu, sobretudo naqueles países do *centro*, o panorama tem apresentado uma tendência à intolerância, à discriminação e ao desrespeito de direitos, por outro lado, nos países tidos como *periféricos* ou *semi-periféricos* a realidade tem colocado situações que, cada vez mais, não tomada a devida atenção, e aqui a responsabilidade dos juristas ganha especial destaque, caminham para o mesmo sentido. Problemas decorrentes dos (des)encontros das diferenças também já têm sido vistos, e com um significativo aumento, em tais

¹⁵ Basta analisar os dados recentes e as conclusões sobre os mesmos elaborados por Martha C. Nussbaum sobre a expansão que a discriminação religiosa vem sofrendo, mais recentemente, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa. NUSSBAUM, M. C.. **The new religious intolerance: overcoming the politics of fear**. Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2012, pp. 01-19.

¹⁶ Os dados apontados pela Anistia Internacional, junto ao ano de 2011, quanto ao uso do véu islâmico como justificativa para a dispensa ou não contratação de trabalhadoras e também a proibição de meninas de frequentarem as aulas nas escolas mostram a complacência de algumas autoridades com a questão. PEROLINI, M.. Muslims discriminated against for demonstrating their faith. Disponível em: < <http://www.amnesty.org/en/news/muslims-discriminated-against-demonstrating-their-faith-2012-04-23> > Acesso em 28 abr 2012. Pela proibição tanto da burka quanto do niqab: PIÑOL, M. T. A.. **La prohibición del burka en Europa y en España**. Navarra: Editorial Arazandí, 2014. Pelas proibições parciais ou limitadas do véu integral islâmico, Piñol destaca os Países Baixos, a Itália, o Reino Unido, a Alemanha e a Suíça, sendo que Áustria e Dinamarca não considerariam, em princípio, uma proibição. França e Bélgica proíbem totalmente o uso tanto do niqab quanto da burka. Ibid. pp. 145-158. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em 1º de julho de 2014, acabou por confirmar a proibição pela França do uso do véu muçulmano que cobre quase inteiramente o rosto - o niqab -. Segundo Patrícia Jerónimo, em Portugal "... não temos controvérsias sobre o uso do véu islâmico, sob qualquer das suas modalidades, nas escolas ou no espaço público; ..." JERÓNIMO, P.. A presença islâmica na Europa e os desafios postos à prática judicial. Quão conscientes estão os juizes portugueses dos seus preconceitos a respeito do Islão? Disponível em: < <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/40387/1/JER%C3%93NIMO,%20P.,%20A%20pre%20sen%C3%A7a%20isl%C3%A2mica%20na%20Europa%20e%20a%20pr%C3%A1tica%20judicial.pdf> > Acesso em 20 abr 2016.

países.¹⁷

Voltando-se os olhos novamente aos povos sulamericanos, objeto das pesquisas de campo, percebe-se que os mesmos já estão sofrendo consequências das assimetrias econômicas e de desenvolvimento entre os seus países com as respectivas migrações de pessoas em busca de uma condição de vida melhor,¹⁸ não se podendo esquecer dos inúmeros problemas internos que têm uma causa econômico-financeira que pode ocorrer também em razão dos (des)encontros das diferenças entre os nacionais de um mesmo país.¹⁹ O cenário sulamericano talvez seja uma das regiões do globo que melhor pode apresentar situações de (des)encontros que contribuem para elucidar o problema, sua relevância *jurídica* e a respectiva alternativa de solução *jurídica* que o mesmo merece.

Se num plano econômico-comercial pode-se dizer que há uma tendência à globalização, num plano cultural-civilizatório isto nem sempre se verifica. Aqui radicaria uma fonte de conflituosidades marcadas pelas diferenças culturais, o que se agrava pelo fato de serem os próprios fundamentos culturais que acabam

¹⁷ É o que mostram as recentes atitudes dos governos da Polônia e da Hungria em relação aos refugiados, sobretudo oriundos da Síria, que têm procurado se instalar no continente europeu. A onda migratória de refugiados tem se direcionado, preponderantemente, àqueles países mais ricos da Europa, o que não impede que muitos imigrantes, impossibilitados de se instalarem em tais países, rumem para países mais periféricos, sobretudo depois do estabelecimento das cotas de pessoas que cada país da UE terá que receber. Os meios noticiários em geral têm afirmado que tal onda migratória é a maior desde a Segunda Guerra Mundial.

¹⁸ "... [C]onstato que, nos últimos anos, se desenvolvem cada vez mais as relações, contactos e intercâmbios entre pessoas, por exemplo, da África ou da Ásia, das ilhas do Pacífico ou do Caribe; é gente que nunca esteve na Europa, continente [de] que pouco sabem e que pouco lhes interessa." KAPUSCINSKI, R.. **O outro**. Tradução de Włodzimierz Józef Szymaniak e Isabel Ponce de Leão. Porto: Campo das Letras Editores, S. A., 2009, pp. 44-45. No Brasil, somente entre 2000 e 2010, segundo dados coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE -, houve um aumento de 86,7% entre os imigrantes que viviam no país há mais de 5 anos, com residência permanente. Se no ano 2000 a maioria dos imigrantes eram provenientes, respectivamente, do Paraguai, Japão, Estados Unidos, Argentina e Bolívia, em 2010 a maioria detectada adveio dos Estados Unidos (51,9 mil imigrantes), Japão (41,4 mil imigrantes), Paraguai (24,7 mil imigrantes), Portugal (21,4 mil imigrantes) e Bolívia (15,8 mil imigrantes). Do total de 286,5 mil pessoas, 65% enquadraram-se como *imigrantes internacionais de retorno*. CENSO 2010. Em: **Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia**. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br> > Acesso em 27 abr 2012.

¹⁹ Cf. Calderón e Szmukler, "La relación entre globalización, multiculturalismo y modernidad es compleja, cambia constantemente y constituye el contexto en el que se producen procesos de agregación de mercados que si bien poseen una base cultural, se sostienen casi exclusivamente en intereses económico-comerciales." CALDERÓN, G.; SZMUKLER, A. B.. Aspectos culturales de las migraciones en el Mercosur. Em: **MOST – Programa de gestión de las transformaciones sociales**. Documentos de debate N° 31. Disponível em: < <http://www.unesco.org/most/calderon.htm> > Acesso em 20 abr 2012.

provendo uma imagem sobre a política, a economia e a própria ideologia.²⁰

O aspecto negativo do referido cenário se amplia quando os efeitos do fenômeno da *reterritorialização* aparecem, ou seja, quando os migrantes sentem a necessidade de se reapropriarem de seus imaginários simbólicos locais e/ou nacionais nas sociedades receptoras, visando não perderem as suas raízes, seus sentimentos de *pertença* a suas comunidades de origem, o que, comumente, é potencializado com a hostilidade por parte das pessoas das sociedades acolhedoras, sobretudo quando problemas de ordem econômica aparecem, colocando os migrantes como *rivais* na busca do emprego e condições de vida digna.²¹ Em termos práticos, portanto, o multiculturalismo, em sua roupagem problemático-jurídica traduzida pela fórmula *(des)encontros das diferenças*, representa uma lógica complexa, não atinente somente aos temas da equidade e da igualdade desde a aceitação de culturas diversas mas também que tal aceitação se traduz no exercício de direitos para todas as pessoas de um dado país ou mesmo

²⁰ Para o alerta: Id.

²¹ Id. Will Kymlicka advoga a *cultura* enquanto um fenômeno difuso e aberto. Diante disso, observa que a possibilidade de eleição individual estaria vinculada àquela *pertença cultural*. Seria muito difícil o trasladar-se de uma cultura a outra em sua plenitude. Tudo dependeria do grau do desenvolvimento do processo, da idade da pessoa e da medida que a língua e a história de ambas as culturas guardassem em termos de similitude. Mesmo nos casos em que os obstáculos fossem menores, o desejo de se manter a *pertença cultural* continuaria sendo forte. Seria um direito das minorias permanecerem em suas culturas, ainda que a possibilidade de mudança estivesse sempre latente e também fosse possível, no mesmo sentido, enquanto um direito. Baseando-se em argumentos de Avishai Margalit e Joseph Raz, bem como em Charles Taylor e Yael Tamir, Kymlicka observa que o sentimento de *pertença cultural* desempenha um papel na identidade das pessoas e o respeito a tal identidade agregaria à referida noção enquanto elemento de reforço da dignidade e da própria identidade. A um viés mais comunitarista, ao qual Kymlicka se contrapõe, as causas da referida vinculação cultural se encontrariam no mais profundo da própria condição humana, o que permite perceber uma relação com o papel dos elementos co-constitutivos da *forma de ser dos povos*, enquanto elementos estruturantes e constitutivos dos respectivos modos de ser. Ocorre que Kymlicka entende que a revisibilidade dos fins tanto seria possível quanto mesmo necessária em certas ocasiões. As pessoas poderiam se distanciar e ajuizar valores e formas de vida tradicionais, devendo mesmo existir um direito das pessoas de o fazer. KYMLICKA, W.. **Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías**. Traducción de Carme Castells Auleda. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S. A., 1996, pp. 120-133. (Estado y Sociedad – 41) Para o texto de Avishai Margalit e Joseph Raz, citado por Kymlicka: MARGALIT, A.; RAZ, J.. National Self-Determination. Em: **Journal of Philosophy**. 87/9, pp. 439-446. Para o texto de Charles Taylor: TAYLOR, C.. The Politics of Recognition. Em: GUTMANN, A.. (Ed.) **Multiculturalism and the politics of recognition: na essay**. Princeton/New Jersey: Princeton University Press, 1992, pp. 25-73. Para o texto de Yael Tamir: TAMIR, Y.. **Liberal Nationalism**. New Jersey/Princeton: Princeton University Press, 1993. Também sobre a noção de *pertença cultural*: KYMLICKA, W.. **La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía**. Traducción de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Equibar. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S. A., 2003, pp. 253-255, pp. 284-286 (em um diálogo crítico com a filósofa israelense Yael Tamir) e pp. 393-397 (em um diálogo crítico com Sandel). (Estado y Sociedad – 106)

região.²²

1.1 ALGUNS EXEMPLOS DE SITUAÇÕES QUE PODEM SE CONVERTER EM (DES)ENCONTROS DAS DIFERENÇAS JURIDICAMENTE RELEVANTES.

Pode-se dizer que inúmeros são os bolivianos ilegais que têm buscado trabalho, em condições praticamente de escravidão, em porões da indústria têxtil na Grande São Paulo. Muitos também são os brasileiros de uma ex-classe média, já com um baixo poder aquisitivo, que têm buscado as mais diversas alternativas, ressaltando-se o caso daqueles que têm emigrado para o Chile. Há que se recordar, ainda, da situação dos milhares de garimpeiros ilegais brasileiros que estão embrenhados na floresta amazônica da Guiana Francesa, na busca de encontrar o eldorado, o que no Suriname não tem sido muito diferente, afora o fato de a maioria das pessoas já estar devidamente legalizada no país. Cabe lembrar, ainda, das inúmeras brasileiras, sobretudo das regiões norte e nordeste, que têm ido ilegalmente ao Suriname para se prostituírem nas casas noturnas de Paramaribo ou nas *corrutelas* dos garimpos;²³ dos inúmeros brasileiros que cultivam vastas extensões de terras paraguaias e vêem seus direitos lesados; dos uruguaios que trabalham na grande São Paulo e no Rio de Janeiro. Cada vez mais são os argentinos a rumarem ao Brasil, mais uma vez em razão da *necessidade*, o que decorre da situação econômica em que ambos os países se encontram atualmente. Desde os idos de 2012, haitianos ilegais têm entrado no Brasil, sobretudo pela fronteira com o Peru, na busca de melhores condições de vida. Ainda que não se cinja a isso, pois há os casos em que povos originários ocupam regiões que ultrapassam as fronteiras impostas pelos colonizadores, são várias as situações a serem lembradas sobre os processos migratórios entre sulamericanos dentro do próprio continente. Contudo, há que se perguntar: haveria algum tipo de

²² CALDERÓN, G.; SZMUKLER, A. B.. Op. cit.

²³ As *corrutelas* são as aglomerações de pequenos e precários estabelecimentos conhecidos como *cantinas* que, no fundo de suas instalações, possuem pequenos aposentos destinados à prostituição. Tais informações foram coletadas através de entrevistas com várias pessoas em Paramaribo e, em especial, no presente caso, com o brasileiro José Paulo Ribeiro, Presbítero da Igreja Assembléia de Deus e garimpeiro, radicado no Suriname há mais de 15 anos.

comportamento externalizável por alguma dessas pessoas dos variados povos envolvidos nos aludidos processos migratórios ou que, mesmo fruto de pessoas de povos originários, seria aceito pelos ordenamentos de origem mas que, à luz das regras de convívio dos países receptores das mesmas – do Direito²⁴ -, poderia ser considerado desconforme às referidas ordens?

A resposta à referida questão demanda um refinamento na apresentação dos exemplos para que se possa melhor perceber o problema e as implicações especificamente jurídicas que tais (des)encontros das diferenças possuem e o respectivo tratamento jurídico diferenciado que esses casos merecem receber, sobretudo quando levados à arena judicial.

Uma caminhada pela *Calle de las Brujas*, em La Paz, na Bolívia, traz um bom exemplo de como pode haver um (des)encontro das diferenças e da especial relevância jurídica que isso pode carregar consigo. Dentro da cultura indígena das etnias Aimara e Quechua é uma tradição o enterro de um feto de lhama no local onde há ou será construída uma nova habitação. O referido ato se traduz numa oferenda à *Pacha Mama*.²⁵ Diante disto, suponha-se que um indígena que cultivasse

²⁴ Adotar-se-á a palavra *Direito*, com a letra *D* maiúscula, para se referir especificamente ao Direito de matriz greco-romana, europeia-ocidental e judaico-cristã. Quando se utilizar da palavra *direito*, com a letra “d” minúscula, se referirá a outros modelos regulatórios da vida em comunidade. Tal padronização de escrita não se aplicará às citações de outros autores.

²⁵ Randi Kaarhus explica que o conceito Quechua *Pacha* é usualmente traduzido como *terra, mundo* e, também, como *tempo*. E, ainda, *espaço, natureza, lugar, zona, região, país* ou *plenitude, o perfeito, que não pode superar-se*, havendo variações de uma região para outra dentro do Equador. *Pacha* guardaria em seu conceito associações simbólico-religiosas, a exemplo de *Pachamama*, que seria entendida como *cosmos-madre*, nome da deusa *Terra*, das cerimônias da agricultura e da fertilidade. Kaarhus conclui que *Pacha* pode ter sido, originariamente, um conceito que denotava as dimensões de *tempo* e *espaço*, tal como ainda hoje assim o compreendem em algumas regiões do Peru. O processo de dominação cultural imposto pelos colonizadores levou a linguagem dos dominados a desenvolverem categorias que correspondessem, em alguma medida, às categorias fundamentais da cultura dominante. Em tal processo é que teria havido a separação entre as noções de *espaço* e *tempo*. KAARHUS, R.. **Histórias en el tiempo. Histórias en el espacio. Dualismo de cultura y lengua Quechua/Quichua**. Traducción y revisión de María Antonieta Guzmán. Quito: Editorial Tincui/Conaie – Ediciones Abya-Yala, 1989, pp. 146-155. (Colección 500 años de Resistencia India – 1) Em entrevista, Luis Eduardo Maldonado Ruiz, descendente do povo Quechua do norte do Equador e Professor da *Escuela de Gobierno y Políticas Públicas para las Nacionalidades y Pueblos del Equador* e da *Universidad Intercultural Indígena de América Latina y el Caribe*, explicou que a expressão *Pacha Mama*, em castelhano *Madre Tierra*, entendida enquanto parte integrante da própria existencialidade do povo indígena e hierarquicamente superior à outras esferas constituintes dos mesmos, traz a palavra *Pacha*, onde a sílaba *pa* significa a ideia de *par*, a relação de *dois*, sendo *cha*, derivado de *chama* ou *força*, daí *Pacha* ser a relação de duas forças, quais sejam *espaço* e *tempo*, que gerariam a vida. Contudo, não abstratamente, mas como algo absolutamente concreto, real, pois a vida se geraria a partir de uma energia de contracção e extensão, positiva e negativa. Os dois elementos mutuamente se necessitariam, não podendo haver

uma tal tradição tivesse emigrado para o Brasil, levando consigo, como parte de sua bagagem, um feto de lhama. Afinal, iria para uma *nova habitação* e, em obediência à sua tradição, teria que enterrar o feto do animal debaixo de seu novo lar em oferenda à Pacha Mama. Já em território brasileiro, ao ter sua bagagem vistoriada pelos policiais rodoviários federais na fronteira, detecta-se o feto de lhama e, por isso, é conduzido a uma delegacia de polícia do Brasil. A razão da detenção é o suposto cometimento dos crimes de transporte de animal silvestre e morte de animal silvestre.²⁶

Outro exemplo de uma expressividade comportamental típica que, apesar de possuir menor relevo em termos de responsabilização jurídica, ainda assim poderia ser objeto de um (des)encontro das diferenças, decorre da forma de urinar das cholas bolivianas.²⁷ A maioria delas, quando sente necessidade de urinar, levanta uma das várias *saías* sobrepostas que utilizam – *polleras* -, agacha-se e urina. Isso é feito em espaços públicos abertos na Bolívia. Poderia se pensar naquelas que rumaram para o Brasil e acabam parando nos porões das fábricas de confecções de roupas da grande São Paulo onde são abrigadas em situações ilegais,²⁸ ali, sujeitas a uma condição de trabalho escravo. Após uma jornada laboral

uma relação de domínio de um sobre o outro, proporcionalmente falando. As duas partes iriam aperfeiçoando a relação. Daqui exsurgiria a própria ideia de comunidade como algo que, em comum, foi sendo estruturado/criado. *Espaço e tempo* seriam intrinsecamente indissociáveis, tratando-se, portanto, de uma única realidade, pois estariam ambos sempre relacionados. RUIZ, L. E. M.. Entrevista concedida por Luis Eduardo Maldonado Ruiz a Marcelo Paiva dos Santos. Quito/Equador: julho de 2011.

²⁶ A lei brasileira n° 9.605/98, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, estabelecendo no Art. 29 as respectivas tipificações. LEI N° 9.605-1998. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 28 jun 2014.

²⁷ O emprego da expressão *expressividades comportamentais típicas* afasta o risco, normalmente detectado por antropólogos, conforme observa Pascal Boyer, de se eleger grupos humanos específicos e considerá-los como unidades culturais enquanto um ato natural ou específico, sendo que se trataria, antes, de um ato *político*. As características próprias de um dado conjunto de pessoas de um povo, por exemplo, poderiam ser identificáveis em outro povo; daí que o que interessa não é aquilo que supostamente possa representar um *povo* como um todo, mas expressividades comportamentais que possam ser caracterizadas como *típicas* em um dado grupamento de pessoas de um povo. Isto poderia ocorrer, exemplificativamente falando, com os chefes de algumas tribos indígenas. Tratar-se-iam de vários povos. O detalhamento analítico da fórmula *forma de ser dos povos* esmiuçarà isto. Para a explicação de Boyer: BOYER, P.. **Y el hombre creó a los dioses. Origen y evolución del pensamiento religioso**. Traducción de Katia Rheault Cárdenas. México: Editorial Taurus, 2010, p. 54.

²⁸ Para além das informações levantadas na própria Bolívia, foi elucidativo para a compreensão do problema o estudo de Camila Lins Rossi sobre o trabalho escravo nas referidas fábricas ilegais de roupas, que existem na região da grande São Paulo e que têm se valido da mão-

que pode chegar a 18h diárias, ao sai, uma delas, tendo necessidade de urinar, agacha-se e urina, em um ato quase como *instintivo*, pois que se trata de uma prática de significativa parcela das cholas bolivianas. Flagrada por um policial é detida, sendo-lhe imputado o crime de cometimento da prática de ato obsceno.²⁹

Há, ainda, no continente sulamericano, aquelas situações envolvendo povos originários que habitam ou o próprio território em que o regulador da vida em sociedade é o Direito ou áreas que ultrapassam as fronteiras fixadas pelos colonizadores. Potencializa-se, aqui, a complexidade analítico-jurídica. Enquadrando-se na referida situação, pode ser citado o caso extremo da prática de infanticídio no território brasileiro pelo povo indígena Suruwahá.³⁰ Para os

de-obra das mulheres bolivianas. ROSSI, C. L.. **Nas costuras do trabalho escravo. Um olhar sobre os imigrantes bolivianos ilegais que trabalham nas confecções de São Paulo.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005. (Trabalho de conclusão de curso sob a orientação de Alice Mitika Koshiyama)

²⁹ O CP brasileiro estabelece em seu Art. 233 o crime de menor potencial ofensivo do *ato obsceno*: “Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.” DECRETO-LEI N° 2.848-1940. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 7 mai 2011. A modalidade culposa não se cogita em razão da não previsão expressa da mesma, depreendendo-se, assim, ser possível o enquadramento do ilícito somente na modalidade dolosa.

³⁰ Referido povo vive isolado no sudoeste do Amazonas, possuindo atualmente menos de 150 membros, e ainda mantém a prática do infanticídio de crianças com deficiências físicas ou mentais. A legislação brasileira não estabelece a inimizabilidade dos índios. Contudo, certos autores e mesmo julgados, acabaram por depreender do Art. 26 do CP brasileiro a possibilidade de atribuição da inimizabilidade aos índios, o que se reforçava com a redação do antigo Código Civil – Lei N° 3.071-1916 - que, em seu Art. 6°, inciso III, estabelecia que os índios eram enquadráveis como *relativamente incapazes*. O Art. 26 do CP brasileiro, em seu parágrafo único, estabelece que “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” Assim, passou a se considerar os silvícolas/índigenas que cometiam algum tipo de crime como pessoas com um *desenvolvimento mental incompleto ou retardado*, o que é de todo contestável. A Constituição do Brasil, de 1988, contudo, veio estabelecer que: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” O Estatuto do Índio, por sua vez, estabelece em seu Título VI, que trata das “Normas Penais”, o seguinte: “Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.” Assim, o *grau de integração do silvícola* é um critério a ser observado. Ademais, no mesmo Estatuto está previsto que “Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.” Para casos extremos como o do infanticídio, sobretudo se ocorrido fora de um território considerado pelo não indígena como *reserva indígena*, percebe-se que a convocação dos citados enunciados normativos muito pouco auxiliaria para a solução de um suposto caso concreto com referida índole, afora outras implicações que a atribuição do caráter de

inimputáveis aos indígenas carrega consigo, como se mostrará no subitem “3.2”. Mesmo a convocação direta do Art. 231 da Constituição parece não ser suficiente para um caso de infanticídio para a isenção da responsabilidade, pois assim o fosse se estaria contrapondo o direito à vida de uma criança a uma certa *tradição ou costume* de um dado povo indígena. Afora isso, basta se pensar que muitos dos povos indígenas que habitam o território amazônico, para além de poderem entender que suas terras ultrapassam as fronteiras estabelecidas pelo colonizador, podem migrar para territórios de países vizinhos, onde, por exemplo, um comportamento extremo como o do infanticídio também será considerado crime. É o que ocorreria quando certa etnia indígena brasileira, que guardasse a característica do nomadismo, em estando num território estrangeiro, visse um ou vários de seus membros serem passíveis de responsabilização pela prática do infanticídio, onde a legislação brasileira poderia não ser considerada. A própria tentativa de conjugação do disposto no Art. 4º do Estatuto do Índio, onde se estabelece que “Art 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.”, não parece fazer sentido. Isto porque a consideração tão só do grau de integração do índio para aqueles casos em que a prática de certos atos fosse considerada reprovável juridicamente à luz do Direito não poderia ser empregada para os povos que já habitavam o território nacional muito antes dos colonizadores, não tendo que se cingir às referidas regras. A consideração do período de enculturação só faria sentido quando a prática de um ato reprovável à luz do Direito se desse em uma área fora das regiões em que os povos indígenas habitam, áreas já consolidadas como sendo do *homem branco*. Para além disso, certas condutas, mesmo para índios considerados mais integrados, ainda que consideradas expressividades comportamentais típicas de seus povos de origem e pouco representem em termos de ofensa aos valores de uma sociedade herdeira da tradição europeia-ocidental, pode ser tida pela mesma como contrária à ordem jurídica e passível de algum tipo de responsabilização, como o exemplo do ato de urinar em espaços públicos abertos deixou evidenciado. Restaria, ainda, a análise de uma possível convocação do *erro sobre a ilicitude do fato*, previsto no CP brasileiro: “Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.” A convocação de um tal texto normativo, mesmo que em consonância com o Art. 56 do Estatuto do Índio, supondo-se que fosse o autor da conduta tida aparentemente como criminosa como sendo um indígena *Em vias de integração*, parece também não ser uma saída adequada, pois o Art. 21 do CP brasileiro prevê limitações mínimas e máximas da pena, sendo que o Estatuto do Índio não traz esse tipo de limitação, o que, seja pelo ato de ser uma legislação especial, seja ainda por trazer uma condição mais benéfica ao acusado, afastaria a invocação do referido artigo. O fato de o indígena estar *Em vias de integração* se colocaria como um fator impeditivo em tal situação. Para a Constituição do Brasil: CONSTITUIÇÃO do Brasil. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 17 mar 2014. Para o CP brasileiro: DECRETO-LEI Nº 2.848-1940. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 17 mar 2014. Para o *Estatuto do Índio*: LEI brasileira Nº 6.001-1973. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 17 mar 2014. Observe-se, ainda, que a própria Convenção 169, da OIT, que dispõe sobre povos indígenas e tribais, foi ratificada no Brasil pelo Decreto Nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Tal Convenção 169 também confere o direito ao tratamento diferenciado aos indígenas em razão de suas diferenças. Para outros exemplos de tribos que praticam o infanticídio, mesmo que em formas diferenciadas, podem ser citados os Caiuás, estabelecidos na região do município de Maracaju, Estado do Mato Grosso do Sul e mesmo os Camaiurás, que vivem na região do Alto Xingu, norte do Estado do Mato Grosso. É elucidativa a reportagem da equipe do programa televisivo brasileiro *Domingo Espetacular*, no bloco *Reportagem da Semana*, da Rede Record de Televisão, veiculada televisivamente em 2011, com a apresentação de Raul Dias Filho. DIAS FILHO, R.. Reportagem sobre infanticídio em aldeias indígenas brasileiras. Disponível em: < http://www.youtube.com/watch?v=uRK4DXNDt_c > Acesso em 24 jun 2014.

suruwahás todas as crianças que nascem com alguma deficiência física ou mental devem ser devolvidas à natureza. As crianças são enterradas vivas depois de uma decisão tomada pelos membros da tribo em conjunto. Um tal caso extremo pode ser praticado fora dos limites das reservas indígenas. Há também que se ter em conta que as próprias limitações das reservas, muitas vezes, por terem sido impostas aos indígenas, acabam sendo desconsideradas pelos mesmos. E, ainda, existem povos indígenas que praticam o nomadismo, frequentando, assim, vastas regiões, ultrapassando as fronteiras impostas pelos colonizadores.

As pesquisas de campo mostraram que a Colômbia também tem enfrentado um problema de conflituosidade entre as diferenças envolvendo seus nacionais. Na comunidade indígena Emberá-Chamí, que vive no *Resguardo Indígena Unificado Emberá-Chamí del Rio San Juan de Pueblo Rico*, em Risaralda, ainda se mantém a prática da mutilação genital feminina, realizada pelas mães em suas filhas recém-nascidas.³¹

³¹ Para além do contato com colombianos que muito esclareceram sobre a manutenção da referida prática da mutilação genital feminina na Colômbia, foi particularmente elucidativo o estudo da antropóloga Raquel González Henao a respeito. HENAO, R. G.. La ablación genital femenina en comunidades emberá chamí. Em: **Cadernos Pagu**. nº 37, Campinas: Dec. 2011, pp. 163-183. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332011000200006&script=sci_arttext > Acesso em 30 jan 2012. Em decisão judicial proferida em 28 de julho de 2008, pelo *Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Rico - Risaralda, radicación 66572-40-89-001-2008-00005-00*, entendeu-se que não havia lugar para se decretar medidas de proteção familiar a favor das crianças e contras suas mães, uma vez que "... la mutilación a que fueron sometidas no es un asunto que pueda conocerse y desatarse con base a la legislación penal y de protección familiar." Em consequência, absteve-se da imposição de medidas de proteção familiar no referido processo. De outro lado, declarou-se que "... es una práctica bárbara, inhumana, violatoria de los derechos de la mujer y de las niñas de esa comunidad, arbitraria e injustificable, **que desconoce La Constitución Nacional y los Convenios Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Colombia.**" O julgado declarou, ainda, "... que los **derechos violados y desconocidos** a las niñas de la comunidad indígena EMBERÁ-CHAMI del departamento de Risaralda, con motivo de la ABLACIÓN-MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A/MGF-; EL DERECHO A LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL, contemplados en la Constitución Nacional y los convenios internacionales son de mayor peso y en consecuencia desplazan los derechos constitucionales derivados del respeto a la DIVERSIDAD CULTURAL Y AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, en interpretación hecha por la Corte Constitucional sobre la aplicabilidad del artículo 246 de la Constitución Nacional." Ficou consignado na referida sentença que haveria que se solicitar "... a las autoridades del estado Colombiano; PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA; GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL RISARALDA; ALCALDE MUNICIPAL DE PUEBLO RICO, RISARALDA; ALCALDE MUNICIPAL DE MISTRATÓ, RISARALDA; GOBERNADOR MAYOR DEL RESGUARDO INDÍGENA UNIFICADO EMBERÁ-CHAMÍ DEL RIO SAN JUAN DE PUEBLO RICO, RISARALDA; GOBERNADOR MAYOR DEL RESGUARDO INDÍGENA GITO-DOCABU; CONSEJERO MAYOR DEL CONSEJO REGIONAL INDÍGENA DE RISARALDA, (C.R.I.R) o a quienes representen esos cargos o hagan sus veces, que expidan los actos administrativos, decretos, resoluciones, acuerdos u órdenes que sean necesarias **PARA PROHIBIR EN FORMA INMEDIATA Y URGENTE LA**

Outro exemplo a ser invocado é o do povo indígena Pemon, que habita o Parque Natural Nacional Canaima, no Estado de Bolívar, junto à comunidade de Santa Cruz de Maupari, na região do sudeste venezuelano. O referido parque faz divisa com o Brasil e a Guiana. O governo venezuelano, em convênio com o Brasil, fizeram a passagem de cabeamentos elétricos em torres – *tendido eléctrico* -. Ocorre que para a cosmovisão dos Pemon não pode haver um obstáculo entre o céu e a terra, pois isto não seria algo natural. À medida em que as torres iam sendo instaladas, os indígenas iam derrubando as mesmas.³²

Outros poderiam ser os exemplos de casos de invasões de territórios indígenas, mesmo que demarcados por não indígenas e que se configurariam em ofensa não só ao território originário dos mesmos, mas, muitas vezes, à própria cosmovisão de tais povos, ou seja, à específica forma de ser dos mesmos.³³

PRACTICA DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA (A/MGF)- en el interior de la comunidad EMBERÁ-CHAMÍ del departamento del Risaralda.” Para a sentença do Juiz Marino de Jesús Arcila Alzate: ALZATE, M. J. A.. Sentença proferida em 24 de julho de 2008 na “radicación 66572-40-89-001-2008-00005-00”. Disponível em: <
http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Caso_Risaralda_Mutilacion_Genital_Femenina_Colombia.pdf > Acesso em 30 jan 2012. O que fica evidenciado tanto na parte dispositiva da sentença, quanto na própria fundamentação, especialmente em seu subitem “4”, que trata “4. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS OBSERVADOS.”, é que a aplicação da *inimputabilidad* às mães, segundo as disposições do então Art. 33 do CP colombiano não seria viável, pois não seria possível a atribuição de culpa às referidas mães. Ademais, invoca-se no julgado que o direito penal se regeria pelo princípio da necessidade, devendo atuar somente como última *ratio*. No mesmo sentido da impossibilidade de aplicação, por desajustamento, fundamentou-se a decisão quanto à legislação colombiana que prevê a proteção familiar a atos de violência. Invocando limites à autonomia étnica indígena – direito à vida, à integridade do corpo, a não ser escravizado e ao devido processo -, o julgado opta pela invocação dos direitos violados das crianças como sendo de maior peso que os direitos à diversidade cultural e autonomia dos povos indígenas.

³² As informações foram obtidas em entrevista com o sociólogo Carlos Rafael Agelvis Miquilareno, da Facultad de Ciencias Económicas y Sociales da Universidad Central de Venezuela.

³³ No Brasil, há o exemplo recente da construção da usina hidroelétrica de Belo Monte, no rio Xingu, Estado do Pará, que se tornou fonte de protestos e manifestações. Haverá a afetação de 12 terras indígenas pelas obras. Outro caso que se tornou paradigmático e que também mostra as dificuldades dos julgados em encontrar uma fundamentação jurídica com um adequado grau de justiça judicativo-decisória desde os critérios e fundamentos jurídicos que hoje se tem a respeito da forma de ser dos povos decorre da apreciação efetuada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, em 23 de outubro de 2013, quando o referido órgão decidiu pela manutenção da demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, pondo fim a um conflito entre plantadores de arroz que se valiam das terras indígenas e o povo originário. Em sede de apreciação de embargos de declaração opostos à decisão dos Ministros, o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, posicionou-se em sua fundamentação, em várias passagens, invocando o *modo de vida* do povo originário. Isso se dera em relação à questão da convivência marital de pessoas não indígenas com índios, quanto à possibilidade de autoridades religiosas de denominações não-indígenas poderem continuar a exercer suas atividades dentro da reserva, bem como quanto à possibilidade do extrativismo pelos indígenas, entendendo se tratar de formas tradicionais de extrativismo, históricas, integrantes do *modo de vida* de determinadas comunidades indígenas. Contudo, em todas as

passagens da fundamentação do referido voto do Ministro Barroso não se verifica a invocação de nenhum critério ou fundamento jurídico expresso na Constituição ou mesmo em legislação infra-constitucional. Nem mesmo o Art. 261, II, da Constituição, que estabelece de forma muito genérica que os *modos de viver* se constituiriam em *patrimônio cultural brasileiro*. Lê-se na fundamentação do voto do Ministro Barroso: “... a premissa mais destacada do acórdão **é a importância diferenciada que a Constituição atribui à proteção dos índios e do seu modo de viver.**” Apesar de tal argumento, em momento algum se apresenta um tipo de fundamentação direta desde um dispositivo constitucional, nem de regulamentações de outra natureza. A lacunosidade com que a Constituição brasileira fala dos *modos de viver* pouco ajuda nos momentos prático-realizatórios do Direito. A conclusão que se pode extrair, portanto, é no sentido de que a Constituição de 1988 não deixou suficientemente especificado o teor normativo relativo à *forma de ser dos povos*, entendida como aquele conjunto de expressividades comportamentais típicas dos povos. A própria localização no texto constitucional brasileiro da menção aos *modos de viver* potencializa a dúvida. Ela vem inserida na Seção II, intitulada *Da Cultura*, que integra o Capítulo III que, por sua vez, versa sobre a *educação, cultura e desporto*. Não há um detalhamento do texto normativo-constitucional que permita uma realização do Direito com um grau de justeza judicativo-decisória mais seguro, sobretudo para aquelas situações mais extremas como acima exemplificado e que, para além de já estarem ocorrendo em algumas tribos indígenas, podem vir a ocorrer fora de tais limites territoriais, agravando-se as dificuldades para os juízes. Na referida *Seção II* da Constituição, faz-se uma relação muito mais atinente a aspectos da *expressão cultural*, o que é confirmado pelo Art. 216-A, §1º, I, do que propriamente uma menção mais específica a uma esfera constitutiva da própria subjetividade dos membros dos mais variados povos. O mesmo se dá com a análise do Capítulo VIII, em seu Art. 231 e seus §§ que tratam dos índios em específico, onde poderiam se apresentar disposições que seriam convocáveis. O próprio *caput* do Art. 231 estabelece que “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” O legislador constituinte procurou inserir de forma genérica e o mais abrangente possível, o que não é de todo reprovável, dada a natureza do texto normativo, que é de índole constitucional, sem, contudo, preocupar-se de forma mais específica e detalhada com o fator fundamental que está por detrás de praticamente todos os conflitos envolvendo (des)encontros de diferenças, sobretudo aqueles em que se verificam indígenas e não-indígenas. Não percebera o constituinte de 1988 que há uma *forma* comum de enraizamento de expressividades comportamentais no ser humano, que vão se tornando *típicas* e que, dada a profundidade com que tais fatores co-constitutivos das variadas formas de ser dos povos alcança, pode-se dizer que há uma *natureza comum da forma de ser dos povos*, que é responsável pelos mais variados modos de expressividades comportamentais típicas dos povos. Tais modos de ser se perfazem desde uma mesma *forma*. Para o inteiro teor da decisão do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso: BARROSO, L. R.. Voto do Relator nos embargos de declaração/petição nº 3.388/Roraima. Disponível em: < <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/11/Decis%C3%A3o-Raposa-Serra-do-Sol.pdf> > Acesso em 29 jun 2014. Para a Constituição do Brasil: CONSTITUIÇÃO do Brasil. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 29 jun 2014. Também foram analisados os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na ação popular originária, ajuizada em 20 de maio de 2005, onde se pleiteou impugnar o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, sendo julgada em 19 de março de 2009, tendo redundado na oposição dos embargos de declaração acima mencionados. Para o inteiro teor da decisão, contendo o voto do Relator do processo, o Ministro do STF, Carlos Ayres Britto: BRITO, C. A.. Decisão proferida na petição nº 3.388/RR. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760> > Acesso em 29 jun 2014. No referido voto do Ministro Ayres Britto, inicialmente, se mencionam as *posturas de vida* – pg. 286 -; que se tratariam de índios e etnias *genuinamente brasileiros* – pp. 277-278 -, não tendo em consideração que, em algumas situações, as tribos indígenas, sobretudo se adotantes de algum tipo de nomadismo, acabam por ocupar áreas que ultrapassariam as fronteiras impostas pelos colonizadores; fala-se do *patrimônio imaterial* que daria uma *consciência nativa de mundo e de vida* e dos *valores* que orientariam tais vidas e de um *modo pessoal indígena de ser* – p. 289 -. Apesar de considerar o fato de que os indígenas teriam sido *os primeiros habitantes de uma Terra Brasilis* – p. 291 – e que eles seriam *pré-existentes à própria Constituição* – pp. 305-306 -, em todo voto o que se verifica é a acentuação da preponderância do poder dos não indígenas sobre os indígenas, o que se

1.2 DA INSUFICIÊNCIA DOS CRITÉRIOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A SOLUÇÃO DE CASOS ENVOLVENDO (DES)ENCONTROS DAS DIFERENÇAS: UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO EM SENTIDO NEGATIVO.

Os exemplos em que a especificidade das diferenças se colocou como a razão principal da conflituosidade, sobretudo naquelas situações-limite como os casos do infanticídio por algumas etnias indígenas no Brasil e da mutilação genital feminina na Colômbia, deixaram evidenciada a insuficiência dos critérios e fundamentos especificamente jurídicos que têm sido convocados para o enfrentamento dos problemas sob a ótica do especificamente *jurídico* bem como a necessidade de um tratamento diferenciado que possíveis (des)encontros merecem receber em referidos termos.³⁴

A solução pela dialética *sistema X problema*, desde o viés dogmático, mostrou que os fundamentos e critérios jurídicos hoje disponíveis e convocados, ao menos nos países sulamericanos analisados, restou prejudicada. Tanto a apreciação judicial, na Colômbia, da prática da mutilação genital feminina quanto o enredo

pode ver pelas próprias limitações que lhes são impostas ao uso de suas terras originárias e com o estatuto jurídico que se conferiu aos mesmos quanto a tais terras – a propriedade é da União -, tudo o que fora, bem se sabe, inserido no texto da Constituição de 1988 desde um processo constituinte que teve marcante influência da bancada ruralista brasileira. Fica de todo evidenciado o tratamento limitativo e restritivo que se reservou aos índios na Constituição de 1988 no referido voto de Ayres Britto quando o mesmo explica que a Constituição não teria usado o vocábulo *índio* no singular, não fazendo de cada índio um *favorecido centro subjetivado de direitos* pelo exclusivo fato de ser ele o primitivo habitante do Brasil, mas que teria se usado *índios* no plural, porque haveria mais de uma centena de etnias já na altura do processo constituinte de 1988 – p. 316 -. Apesar de todo o esforço que se verifica no voto do Ministro Ayres Britto no sentido de assegurar aos indígenas a demarcação contínua de suas terras, protegendo o direito dos mesmos sobre tais áreas, não se pode deixar de acentuar a constante tentativa de justificar a existência de um texto constitucional que procurou atender e respeitar os direitos dos índios. Mas, na verdade, as próprias disposições constitucionais limitadoras acabaram por impor ao Ministro um enredo argumentativo que deixa transparecer uma contradição em alguns de seus fundamentos. Ainda que não se trate de uma abordagem de um caso prático que enfoque diretamente uma questão envolvendo algum tipo de tentativa de responsabilização de alguém pela expressão de algum comportamento típico de seu povo, pode se verificar que questões envolvendo povos originários acabam por se confrontar diretamente com a necessidade analítico-jurídica de critérios e fundamentos jurídicos que atendam às especificidades das mais variadas formas de ser de tais povos.

³⁴ Um diagnóstico semelhante quanto à insuficiência de *princípios jurídicos* que viessem orientar as decisões dos tribunais alemães foi traçado por Dieter Grimm já no final dos anos 1990 e início dos anos 2000. Mostrou-se também ali a não uniformidade das decisões judiciais tanto fora da Alemanha – França, Suíça e Israel – quando dentro – Munique e Bremen. Tratar-se-ia de um *problema novo demais para o velho mundo*. GRIMM, D.. Quanto de tolerância exige a Lei Fundamental? Em: GRIMM, D.. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 103 e ss. (Del Rey Internacional – 3)

argumentativo adotado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil no julgamento da questão da terra indígena Raposa Serra do Sol evidenciaram isso.

Todo o esforço do magistrado colombiano na tentativa de invocar critérios e fundamentos jurídicos já existentes para a solução da controvérsia restou infrutífero. Mesmo a saída pela ponderação de princípios mostrou-se inadequada. Os fundamentos e critérios jurídicos invocados na sentença, além de serem oriundos de um ordenamento jurídico alheio àquele que ordena a vida em comunidade do povo indígena em questão, não apresentaram a necessária correlatividade entre a *realidade pressuposta* e o *critério jurídico* tomado em consideração; ou seja, maculou-se o juízo judicativo-decisório em apreço por ofender aquela inafastável *validade* ou *justeza material* que a invocação de um critério ou fundamento jurídico demanda. Não se verificou na sentença, portanto, a necessária correlatividade entre a *autônoma solução normativa* com o seu *pressuposto*.³⁵ O próprio magistrado se viu na contingência de ter que afastar tanto a aplicação das disposições do CP colombiano quanto da lei protetora da família, ficando pela invocação de princípios constitucionais, como se o grau de vinculatividade jurídico-política dos referidos textos normativos fossem suficientes para superar a desadequação material que a solução apresentou.

No caso brasileiro, a sensibilidade jurídica do Ministro Luís Roberto Barroso levou-o à construção de um enredo argumentativo em seu voto que tocou o cerne do problema; nas várias passagens aludidas houve a invocação de um específico *modo de vida*. O que não se viu, e justamente por não haver uma disposição nem ao nível legal nem ao constitucional, foi a invocação de um critério ou fundamento especificamente jurídico na decisão. Quando a Constituição de 1988 fala dos indígenas acaba por deixar expressamente consignado que os referenciais a serem convocados para a solução de problemas jurídicos, mesmo entre indígenas, serão aqueles oferecidos pelo Direito,³⁶ o que carrega consigo uma ampla gama de consequências jurídico-performativas. Quanto aos *modos de vida* dos indígenas,

³⁵ NEVES, A. C.. As fontes do direito e o problema da positividade jurídica. Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Volume LII. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1976, pp. 193 e ss.

³⁶ O Art. 109, XI, da Constituição do Brasil de 1988 estabelece que: "Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) XI - a disputa sobre direitos indígenas." CONSTITUIÇÃO do Brasil. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 04 jul 2014.

ainda que a Constituição insira as disposições relacionáveis dentro da Seção II que trata da cultura em geral o que, por sua vez, faz parte do Capítulo III que trata da educação, da cultura e do desporto, acaba por conferir uma possibilidade de recorte jurídico-metodológico realizativo do respectivo *programa normativo*³⁷ do texto constitucional do Art. 215, §1º, muito limitada.³⁸

Difícilmente em uma controvérsia prática que envolvesse a externalização de alguma expressividade comportamental típica de algum povo indígena, a exemplo daquelas que podem trazer um conflito direto com a ordem valorativo-informadora da qual se valerá o magistrado, permitiria a extensão do *programa normativo* do referido texto constitucional ao ponto de isentar os indígenas de uma responsabilização jurídica. Nem mesmo a análise do Capítulo VIII, da mesma Seção II conferiria a possibilidade de uma adequação material para casos mais extremos. O reconhecimento dos *costumes, crenças e tradições* dos indígenas – Art. 231 -, na forma excessivamente genérica como vem redigido, também encontraria uma limitação em controvérsias práticas que apresentassem um confronto, seja com os direitos humanos, seja com os demais direitos fundamentais estampados no Art. 5º da Magna Carta brasileira. A análise dos §§ 1º ao 6º do Art. 216 também deixa claro que o *programa normativo* dos referidos textos normativos sinaliza para a abrangência somente daquelas *formas de expressão* – inciso I - e *modos de criar, fazer e viver* – inciso II – do *patrimônio cultural brasileiro*, entendidos como os *bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto*.³⁹

A análise dos votos dos Ministros Ayres Britto e Carlos Alberto Menezes Direito também deixou evidenciados certos desacertos no enredo argumentativo.⁴⁰

³⁷ Tipologia jurídico-metodológica de Friedrich Müller, sobretudo desde sua Teoria Estruturante do Direito.

³⁸ O citado texto constitucional estabelece que: “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.” Id.

³⁹ Id.

⁴⁰ Merece destaque a defesa da tese do *fato indígena* em contraposição ao *indigenato* - pp. 355 e ss. -. DIREITO, C. C. M.. Decisão proferida na petição nº 3.388/RR. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760> > Acesso em 29 jun 2014. Tal tese foi rebatida tanto no voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha – Ibid. pp. 433 e ss. - quanto no voto do Ministro Eros Roberto Grau – Ibid. pp. 512 e ss. -. O Ministro Enrique Ricardo Lewandowski acabou aditando seu voto originário, aderindo à tese do fato indígena – Ibid. p. 509 -.

Resta claro no voto do Relator da ação originária, Ministro Ayres Britto, todo o esforço no sentido de tentar buscar, da forma mais ajustada jurídico-metodologicamente, tanto o recorte dos respectivos *âmbitos normativos* que o caso apresentava quanto a experimentação de tais âmbitos junto ao *programa normativo* que o texto constitucional brasileiro oferece.⁴¹

A análise, mesmo que breve, dos outros casos, a exemplo da invocação da *inimputabilidade* aos índios do Brasil, também sinalizou para o mesmo sentido da insuficiência de critérios e fundamentos jurídicos aptos a serem convocados para a solução de controvérsias envolvendo tais especificidades comportamentais. A própria Convenção 169, da O.I.T., ratificada pelo Brasil, aponta de forma genérica o direito ao tratamento diferenciado aos indígenas em razão de suas diferenças. Contudo, a falta de uma análise mais aprofundada sobre o assunto e de uma consequente especificação normativa mais ajustada, com uma delimitação mais precisa do *programa normativo*, aliada à ainda baixa relevância jurídica que se costuma dar em termos prático-decisórios a referidos acordos internacionais internalizados pelos países sulamericanos, muito pouco oferece em termos prático-realizatórios do Direito.

⁴¹ Usam-se aqui as tipologias de Friedrich Müller. O *âmbito normativo*, com o auxílio do *programa normativo*, seria extraído desde o *âmbito material/de fato* que, por sua vez, adviria dos dados reais do caso. O *âmbito normativo* seria constituído, assim, desde a quantidade parcial dos fatos considerados normativamente. Seria da união do *programa normativo* e do *âmbito normativo* que seria constituída a *norma jurídica* que, uma vez individualizada, se perfazeria na *norma-decisão*. CHRISTENSEN, R.; MÜLLER, F.. Testo giuridico e lavoro sul testo nella Strukturierende Rechtslehre. Traduzione di Elisabetta Comelli. Em: **Ars Interpretandi – Annuario di ermeneutica giuridica**. Padova: Casa editrice Dott. Antonio Milani. Nº 2, 1997, p. 100. “O âmbito normativo não pode ser um estado real de coisas no sentido de circunstâncias reais existenciais. Seu sentido não constitui uma ‘circunstância’. De fato, as realidades ônticas, as estruturas fundamentais da coisa real, o direcionamento da questão configurado pela teoria jurídica da norma devem ser reconhecidos como fator da normatividade obrigatória e como elemento integral da estrutura normativa.” MÜLLER, F.. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 140. (Coleção Teoria Estruturante do Direito) Somente no confronto prático é que se obteria o limite da letra do texto normativo. O referido limite não é uma qualidade interna do texto; é, sim, uma grandeza relacional, ou seja, advinda da série de sinais sobre o trabalho jurídico e a relação desta com a cultura jurídica argumentativa própria, bem como com as disposições do direito constitucional quanto aos modelos de tal cultura. CHRISTENSEN, R.; MÜLLER, F.. Op. cit., p. 97. Seria a perspectiva seletiva e valorativa do *programa normativo* que se encarregaria de extrair os dados materiais normativamente relevantes para a construção do *âmbito normativo*. Tais dados materiais seriam conformados de modo, ao menos parcialmente, jurídico. Assim, o *âmbito normativo* não seria apenas uma soma de fatos. MÜLLER, F.. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2ª ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 58. Ou, ainda: MÜLLER, F.. **Discours de la méthode juridique**. Traduit de l’allemand par Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France-PUF, 1996, pp. 189 e ss.

Ainda que não se possa negar o *status* normativo diferenciado que os textos constitucionais possuem e a especial relevância conformativa que os mesmos acabam por ganhar nos momentos de realização prático-decisória do Direito, tais opções político-jurídicas, ao menos no continente sulamericano, têm se frustrado na prática, quando usadas enquanto uma mera *opção política*, sem um aprofundamento reflexivo fundamentador que expresse de forma inequívoca a justeza material da saída jurídica desenvolvida. As *saídas fáceis* às quais se tem recorrido para tentar atribuir algum relevo jurídico a situações de ordem fática acabam por se mostrar também insuficientes.⁴² O caso boliviano talvez seja um dos melhores exemplos.

Tentando representar os anseios de uma população em que mais de 70% ou se reconhece como indígena ou como descendente de indígena,⁴³ a Constituição da Bolívia, aprovada via referendo em janeiro de 2009,⁴⁴ acabou consagrando a plurinacionalidade e o pluralismo jurídico. Tal opção político-jurídica fez com que os povos indígenas passassem a ter o direito, em certas circunstâncias, de se valerem de seus próprios reguladores da vida em comunidade, tradicionalmente construídos. No entanto, tal conformação jurídica não é isenta de riscos e de resistências.⁴⁵ Para José Luis Exeni Rodríguez,⁴⁶ obedecendo-se à própria lógica de refundação do Estado boliviano, acabaram por prevalecer os interesses das 36 nações indígenas e campesinas, assentando-se a Constituição boliviana na própria noção do *buen vivir*, ancorada em direitos coletivos.⁴⁷ O pluralismo jurídico também foi referendado pela

⁴² O que não afasta a relevância do viés jurídico-constitucional que pode recair sobre um determinado direito ou mesmo dever.

⁴³ Informações colhidas em entrevista concedida pelo Lingüista, Antropólogo, Teólogo e Filósofo Xavier Albó, quando da visita à Bolívia em meados do ano de 2012. ALBÓ, X.. Entrevista concedida por Xavier Albó a Marcelo Paiva dos Santos. La Paz/Bolívia: julho de 2012.

⁴⁴ CONSTITUCIÓN de Bolívia. Disponível em: < <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/leyes> > Acesso em 29 jul 2014.

⁴⁵ Boaventura de Sousa Santos assim observou em aula/conferência proferida em 13 de março de 2012, aos Alunos do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, nas dependências da Faculdade de Economia daquela Universidade. Desta forma, qualquer inconsistência aqui esboçada, é de inteira responsabilidade do autor desta investigação.

⁴⁶ José Luis Exeni Rodríguez foi Presidente da *Corte Nacional Electoral* da Bolívia entre janeiro de 2008 e maio de 2009. As explicações de José Exeni também foram colhidas na aula/conferência, proferida em 13 de março de 2012, aos Alunos do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, nas dependências da Faculdade de Economia daquela Universidade. Assim, igualmente, qualquer inconsistência aqui esboçada, é de inteira responsabilidade do autor desta investigação.

⁴⁷ Fruto do processo constituinte equatoriano de 2008 mas também do boliviano de 2007, o *buen vivir* ou *sumak kawsay/sumak kausay* ou, ainda, *vida armónica*, enquanto objetivo do desenvolvimento, demanda uma abordagem que é parte da cosmovisão indígena, tendo o texto

legislação infra-constitucional. Contudo, a referida legislação foi mais restritiva ao *princípio do pluralismo jurídico*, tal como consagrado constitucionalmente.⁴⁸ Dessa

constitucional equatoriano integrado tal concepção com a necessidade de viabilizar a plena vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais para que as referidas potencialidades e capacidades possam se desenvolver plenamente, daí redundando a necessidade do diálogo, do reconhecimento de direitos, da deliberação e da democracia enquanto pressupostos fundamentais para a construção do *buen vivir*. WRAY, N.. Los retos del régimen de desarrollo. El Buen Vivir en la Constitución. Em: ACOSTA, A.; MARTÍNEZ, E.. (Compiladores) **El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo**. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 56. Afora os artigos incluídos no Capítulo Segundo da Constituição do Equador de 2008 – Arts. 12-34 -, que tratam dos *Derechos del Buen Vivir*, destacam-se aqueles incluídos no Título VI da referida Carta Constitucional, que tratam do *Régimen de Desarrollo* – Arts. 276-278 -. Ressalte-se que o *vivir buen* também aparece logo no preâmbulo da Constituição da Bolívia de 2009, sendo alçado à categoria de *princípio ético-moral da sociedade plural boliviana* – Art. 8º; aparecendo como um dos objetivos da educação – Art. 80 -; constituindo-se em orientação para o modelo econômico boliviano – Art. 306 – e, por fim, servindo de base para a exclusão da pobreza, da exclusão social e econômica – Art. 313 -. CONSTITUCIÓN de Bolívia. Disponível em: < <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/leyes> > Acesso em 14 nov 2014.

⁴⁸ Prevê o Art. 1º da Constituição da Bolívia: “**Artículo 1.** Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. **Bolívia se funda** en la pluralidad y el **pluralismo** político, económico, **jurídico**, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.” O artigo 178, em seus incios I e II, no mesmo sentido, confere um revestimento jurídico-principiológico ao pluralismo jurídico, reconhecendo a equivalência entre a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena originária campesina, nos seguintes termos: “**Artículo 178. I.** La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano **y se sustenta en los principios de** independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, **pluralismo jurídico**, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos. **II.** La jurisdicción ordinaria y la **jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.**” CONSTITUCIÓN de Bolívia. Disponível em: < <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/leyes> > Acesso em 29 jul 2014. (grifos nossos) Todo o *Capítulo Cuarto*, do *Título III* da referida Constituição, que dispõe sobre *Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional*, trata da *Jurisdição Indígena Originária Campesina* da Bolívia. A *Ley del Órgano Judicial*, Lei nº 025, promulgada em 24 junho de 2010, estabelece em seu artigo 2º o seguinte sobre o pluralismo jurídico: “**Artículo 2.** (NATURALEZA Y FUNDAMENTO). El Órgano Judicial es un órgano del poder público, se funda en la pluralidad y el pluralismo jurídico, tiene igual jerarquía constitucional que los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Electoral y se relaciona sobre la base de independencia, separación, coordinación y cooperación.” Em seu Art. 3º, nº 9, estabelece, ainda, que um dos princípios que sustentariam o órgão judicial seria o do *pluralismo jurídico*. LEI boliviana nº 025-2010. Disponível em: < <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/leyes> > Acesso em 29 jul 2014. Contudo, em razão do Art. 191, II, nº 2, da Constituição da Bolívia estabelecer que a jurisdição indígena originária campesina “... conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.”, acabou por se depender de um detalhamento jurídico-legal a partir da *Ley del Deslinde Jurisdiccional*. Por tal disposição, em 29 de dezembro de 2010, a Assembléia Legislativa Plurinacional da Bolívia decretou a Lei nº 073, a *Ley de Deslinde Jurisdiccional*. Tendo como objetivos “... **regular los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente;** y determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones, **en el marco del pluralismo jurídico.**” – Art. 1º (grifos nossos) -, a referida *Ley de Deslinde Jurisdiccional* boliviana reafirma o princípio constitucional do *pluralismo jurídico* – Art. 4º, letras “a” e “e” -, sem, contudo, conseguir conciliar de forma ampla os direitos originários dos indígenas com aqueles alcançados pelos povos adotantes de uma forma de ser herdeira da matriz europeia-ocidental. Isto se verifica quando a Lei nº 073 estabelece a igualdade de gênero em todas as jurisdições, inclusive a indígena, desprezando que podem haver povos indígenas ainda não contatados que não apresentem um tratamento igualitário em tais termos, o que iria de encontro ao

próprio respeito dos modos de vida originários dos indígenas. Uma tal conclusão resulta do simples confronto entre dispositivos da própria Lei nº 073. Basta confrontar o Art. 4º, letra “h”, com o Art. 4º, letra “c”, que estabelece que “La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario.”, e que “Todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas deben respetar las diferentes identidades culturales;”, para se perceber a contradição. E, ainda, apesar de se ter estabelecido a *não ingerência* de uma jurisdição sobre as outras – Art. 4º, letra “g” -, ao se assumir que todos os direitos fundamentais e garantias constitucionais – Capítulo II – da Constituição boliviana devem ser respeitados, acaba por se abrir uma margem para que casos que envolvam situações-limite, como o exemplo do infanticídio e o da mutilação genital feminina mostraram, acabem se convertendo em verdadeiras contradições insolúveis desde o referido diploma legal em uma análise à luz dos preceitos constitucionais. A opção política boliviana por um estado plurinacional e adotante do princípio do pluralismo jurídico, portanto, apresenta-se deficitária e insuficiente, em termos rigorosamente jurídicos, para a solução de controvérsias práticas que envolvam (des)encontros das diferenças, sobretudo quando valores maiores, como o do respeito à vida e da integridade físico-psíquica estejam em jogo. A primazia da visão europeia-ocidental também fica flagrantemente estampada na referida *Ley de Deslinde Jurisdiccional* quando se analisa o disposto no artigo 5º, em seus cinco incisos. É estabelecido ali o dever de respeito ao exercício dos direitos das mulheres, “... su participación, decisión, presencia y permanencia, tanto en el acceso igualitario y justo a los cargos como en el control, decisión y participación en la administración de justicia.” Contudo, se é louvável, à luz dos valores orientadores da vida em sociedade de matriz europeia-ocidental, uma tal opção político-jurídica, não se pode desprezar a existência de povos na Bolívia que não admitam tal paridade de tratamento, o que acaba por colocar em causa a própria autonomia que a Constituição boliviana quis conferir ao pluralismo jurídico e a consequente jurisdição indígena originária campesina. Tal opção político-jurídica, portanto, mostra-se insuficiente pelos seus próprios termos. Outra flagrante opção político-jurídica orientada pelos valores de viés europeu-ocidentais diz respeito às sanções que os indígenas, no exercício de suas jurisdições tradicionais, poderiam aplicar. Estabelece o Art. 5º, III, também da Lei nº 073, que “Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina no sancionarán con la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales.” Restringe-se ao extremo a própria opção político-jurídica constitucional, o que mais uma vez mostra quão insuficientes podem ser tais opções no âmbito do especificamente jurídico, quando não fundamentadas jurídico-materialmente; que o jurídico não pode jamais se reduzir à uma funcionalização política; que a juridicidade jamais pode se reduzir à *constitucionalidade*, o que não afasta nem diminui a relevância jurídico-constitucional de direitos caracterizados por uma tal índole jurídica, desde que a fundamentação dos mesmos mostre, com significativo grau de suficiência, a existência de uma tal índole em um dado direito. Analisando-se os incisos V e VI, do citado Art. 5º, da Lei nº 073, que proíbem e **sancionam** toda forma de violência contra crianças, adolescentes e mulheres – inciso V -, e que o linchamento seria uma ofensa aos *direitos humanos* e não estaria permitido em nenhuma jurisdição e seria **sancionado** pelo *Estado Plurinacional*, fica patente não só a opção valorativa, que, frise-se, aos olhos dos valores de índole europeia-ocidental, são verdadeiramente valores inarredáveis, mas, o que é pior, a possibilidade de *responsabilização* de indígenas – imposição de *sanções* -, o que é de todo inadmissível tendo em conta que muitos povos podem sequer ter tido o contato com as regras da vida em sociedade da Bolívia. O que falta no referido texto legal, portanto, é uma ressalva no que concerne às expressividades comportamentais típicas externalizadas em um período em que não se oportunizou a enculturação e o que está na base e, assim, fundamentaria a proteção jurídica de uma específica dimensão da existencialidade humana. As restrições ao exercício da jurisdição indígena originária campesina ficam evidenciadas com a análise do Capítulo III da Lei nº 073. Os artigos 7º, 8º, 9º, 10, 11 e 12 detalham o âmbito de vigência da referida jurisdição, especificando-o em três planos: pessoal, material e territorial. Mesmo que restringindo o âmbito de vigência da jurisdição aos membros da *nação ou povo* indígena originário campesino – Art. 9º - e que seriam conhecidos por tal jurisdição os “... asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.” – Art. 10, I -, a Lei nº 073, de forma contraditória, acabou por restringir o âmbito da vigência material da referida jurisdição – Art. 10, II – de forma absolutamente contrária àquilo que o *programa normativo* dos textos normativo-constitucionais conferiram ao princípio do pluralismo jurídico e ao consequente

forma, as contradições e falta de clareza na opção político-jurídica boliviana demandam um forte Tribunal Constitucional,⁴⁹ pois este é que seria o árbitro privilegiado para *arbitrar as diferenças*, o que, contudo, acaba por deixar em aberto as dificuldades de ordem judicativo-decisórias que tais magistrados terão de enfrentar nos julgamentos.

O que resta por se indagar ao nível dogmático, portanto, é se ante a constatação da insuficiência de critérios e fundamentos jurídicos para a solução de problemas de ordem prática envolvendo (des)encontros das diferenças não haveria que se falar da necessidade de delinear um novo critério ou até mesmo fundamento jurídico que permitisse um ajustado enfrentamento jurídico-metodológico de problemas da referida índole. Ademais, em se pensando na existência de um tal critério ou fundamento, qual seria a fundamentação que o mesmo apresentaria, aqui

reconhecimento de outras jurisdições. As letras “a”, “b”, “c” e “d”, todas do inciso II, do citado Art. 10 da Lei nº 073, proíbem o alcance da jurisdição indígena originária campesina em matéria de direito penal, interno e internacional – letra “a” -, civil – letra “b” -, laboral, da segurança social, tributário, administrativo, da mineração, dos hidrocarbonetos, florestal, informático, internacional público e privado e agrário, aqui excetuando-se “... la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;” – letra “c” -, e, por fim, outras matérias que “... estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.” – letra “d” -. Piedosamente, o Art. 10, em seu inciso III, como se ainda tivesse restado algum tipo de matéria que os indígenas pudessem decidir desde suas formas tradicionais de resoluções de conflitos, estabeleceu que “III. Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas.” É importante frisar que a Lei nº 073, ao limitar o *ámbito de vigencia personal* – art. 9º - exclusivamente aos membros da respectiva nação ou povo indígena originário campesino e restringir ao máximo o âmbito material da jurisdição indígena – Art. 10, II -, a *contrario sensu*, acabou por submeter os indígenas à jurisdição não indígena sempre que os mesmos estiverem envolvidos em alguma controvérsia que coloque em causa algum valor de índole europeia-ocidental. LEI boliviana nº 073-2010. Disponível em: < <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/leyes> > Acesso em 29 jul 2014. O que se pode concluir sobre o *pluralismo jurídico* adotado pela Bolívia, enquanto uma *opção político-jurídica constitucional*, é que se *legitimou* politicamente, com a capa de um específico *jurídico*, aquilo que já existia na Bolívia, dificultando-se ainda mais, especialmente aos magistrados, a formação de juízos decisórios que pudessem respeitar as especificidades das formas de ser dos povos originários. Uma análise comparada do texto constitucional brasileiro, por exemplo, em confronto com a atual Constituição boliviana, deixa evidenciado os riscos que as opções de cunho exclusivamente político carregam consigo, os riscos que uma instrumentalização do jurídico movida por impulsos populares podem resultar. Para além do que já não possuíam os povos originários sobre a autonomia de seus modos de vida, agora o que se tem é uma legislação fortemente restritiva do exercício da referida autonomia na Bolívia. O retrocesso da *Ley de Deslinde Jurisdiccional* também foi pontuado por José Luis Exeni Rodríguez.

⁴⁹ Saída dada aos problemas de ordem prática que seriam submetidos à uma apreciação judicial, segundo Boaventura de Sousa Santos. Tal posicionamento foi colhido das observações de Boaventura de Sousa Santos proferidas em aula/conferência, em 13 de março de 2012, aos Alunos do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, nas dependências da Faculdade de Economia daquela Universidade. Desta forma, qualquer inconsistência aqui esboçada é de inteira responsabilidade do autor desta investigação.

já adentrando em uma reflexão de cunho especificamente jurídico-filosófica. Tais planos, o jurídico-filosófico e o dogmático, portanto, serão privilegiados. O primeiro porque toca uma questão de fundamentação e, assim, teórico-filosófica; o segundo porque se relaciona diretamente com o plano dogmático de resposta a controvérsias práticas que têm sido autonomizadas em julgamentos. Nesse sentido, não só o afastamento de soluções de ordem prática – fundamentações utilizadas em casos judicandos - e mesmo ao nível da reflexão doutrinária se faz necessário – *análise em sentido negativo* - mas também se requer um delineamento das características que a propositura apresentará – *análise em sentido positivo* -.

O que é preciso saber, portanto, é se o problema dos (des)encontros das diferenças se resolvem em sede dogmática do direito vigente – plano da dogmática - ou se são solucionáveis em sede metodológica e, portanto, metadogmática.

1.3 A DELIMITAÇÃO CONTEUDÍSTICA DA TESE.

O tratamento a questões em que esteja envolvida tanto alguma expressividade comportamental típica de um povo de modo mais direto quanto algum referencial oriundo de certo elemento co-constitutivo da forma de ser de um povo não será o habitual no âmbito judiciário. No entanto, em todos os exemplos formulados, e mesmo nas controvérsias práticas trazidas à análise, ficou evidenciado que se tratam de problemas com uma índole especificamente jurídica – *problemas de direito* - e que, portanto, demandam uma resposta do Direito.⁵⁰ Tal

⁵⁰ Os problemas decorrentes dos (des)encontros das diferenças se tratam de *concretas situações sociais* que têm por objeto uma *inter-acção humana de exigível correlatividade*, uma relação que carrega consigo a nota da *comunhão* ou mesmo *repartição* de um *espaço objectivo-social*, refletindo uma *tensão entre a liberdade pessoal ou a autonomia e a vinculação ou integração comunitária*, convocante, portanto, desde um *distanciador confronto*, seja de "... reconhecimento (a exigir uma normativa garantia), (...) [seja] de responsabilidade (a impor uma normativa obrigação), [da] afirmação ética da pessoa (do homem como sujeito ético)." NEVES, A. C.. O direito interrogado pelo presente na perspectiva do futuro. Em: COUTINHO, J. N. M.; NUNES, A. J. A.. (Coord.) **O direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Edições Almedina S. A., 2008, p. 71. Um *problema de direito* seria sempre um *caso jurídico*, ou seja, "... um problema que do ponto de vista do direito, *subspecie iuris*, se suscita perante um objecto material pressuposto (pressuposto <<dado>> como objectivo pelo direito ou pela intenção normativo-jurídica), e vem a traduzir-se no interrogar sobre o sentido jurídico que há-de caber a esse objecto (situação, relação ou comportamento social, real ou imaginado) relativamente a uma determinada intenção normativa que nele se pretende cumprir. Envolve, assim, sempre três dimensões: a situação objectiva real ou meramente representada que

excepcionalidade, porém, não minimiza a relevância do assunto e do tratamento jurídico que o mesmo requer; antes, potencializa os riscos de decisões judiciais desacertadas.

Nesse sentido, o tratamento não se cingirá, num plano imediato, a uma questão de exclusiva índole dogmática ou mesmo jurídico-filosófica, mas também considerará que se trata de uma temática que permitirá extrair consequências para se pensar o próprio problema da autonomia do Direito e das suas limitações. A proposta servirá para por à prova a própria perspectiva do Direito que a tese assume. Não se trata, assim, de partir de algo pré-concebido que simplesmente permitiria ir afastando o que a isto se contrapusesse.

Contudo, ainda que a perspectiva assumida seja de índole especificamente interna e que, portanto, busque resolver os problemas de Direito desde os seus próprios materiais, isto não implica dizer que não se possa valer, proveitosamente, de referenciais de outros saberes para o auxílio na solução dos problemas jurídicos. É mesmo salutar que em alguns casos haja uma abordagem interdisciplinar dos problemas para que se possa mais fiel e abrangentemente tratá-los em termos jurídicos.

O que se procurará fazer é mostrar qual é a resposta que uma tal perspectiva interna do Direito poderá dar ao problema dos (des)encontros das diferenças, a começar pela exploração dessa matriz e das possibilidades que ela possui; ou seja, mostrar que se deve considerar juridicamente tais (des)encontros a partir da própria relevância jurídica que os mesmos possuem para o tratamento das controvérsias práticas. Em tais controvérsias, os sujeitos, implícita ou explicitamente, convocam fundamentos e critérios que não são partilhados e, assim, há que se perceber até que ponto tal (des)encontro deve ser considerado relevante pelo Direito e de que forma isso deve se dar; ou seja, há que se verificar onde estaria presente uma dada *forma de ser* diferente e mensurar quão relevante juridicamente ela seria

suscita (ou perante a qual se formula) a pergunta, que a questão ou o problema formalmente sempre é; a intenção normativo-jurídica (ela também normativo-intencionalmente pressuposta) que justifica a pergunta e lhe vem a determinar o seu sentido; e o próprio sentido problemático, aquilo por que especificamente no problema se interroga ou aquilo que na pergunta em termos dubitativos se pensa, e que é constituído pela particular referência que a intenção normativa faz à situação-objecto – sentido em que se oferece, deste modo, como que a síntese (de sentido problemático) entre a situação objectiva e a intenção normativa.” NEVES, A. C.. **O instituto dos <<assentos>> e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, pp. 45-46.

para que pudesse ser tratada em termos jurídicos dentro de uma controvérsia que relevará apenas um sistema-fundamento como referente jurídico. O que se verifica em tais (des)encontros é que há a afirmação das diferenças, mas a mesma é feita considerando a mobilização de um mesmo contexto-ordem; ou seja, a resposta há que se dar pela dialética *sistema X problema*. Contudo, em tais (des)encontros, as diferenças se manifestam representando expressividades comportamentais típicas sustentadas por ordens valorativo-informadoras distintas, restando o desafio de se encontrar um referente *jurídico* que possa ser convocado para a solução de uma tal controvérsia sem implicar um contrabalançamento desigual entre as partes envolvidas. A comparação, portanto, não é somente entre um contexto-ordem e outro, tal como os pluralismos colocam o problema; é preciso relevar a *especificidade* de um dos sujeitos da controvérsia que invoca um comportamento à luz de padrões distintos. Há, assim, um sujeito que possui uma *forma de ser* típica de seu povo originário, que é distinta e se contrapõe às formas de ser admitidas juridicamente pelo julgador no Direito que esse convoca.

São por essas razões que os problemas jurídicos envolvendo (des)encontros das diferenças não são resolvidos ou, se são, não têm sido como deveriam ser, pois não se tem dado uma relevância autônoma ao problema. A temática, assim, vista sob a ótica de pessoas orientadas por uma mesma ordem, acaba se associando a um elemento que não é redutível ao problema das diferenças. Em se pretendendo pensar as referidas controvérsias numa perspectiva interna do Direito, há que se encontrar no plano jurídico elementos que permitam dar uma relevância jurídica ao (des)encontro em termos tais que exijam uma resposta diferente daquela que resultaria desde a mobilização dos critérios e fundamentos jurídicos que até hoje se têm convocados. Há que se considerar, portanto, que em tais controvérsias há *dimensões juridicamente relevantes* e que resultam do próprio (des)encontro, exigindo, portanto, uma resposta sensível ao mesmo.

O que se requer é uma proposta que *responsabilize* a perspectiva interna que é assumida. O Direito, dessa forma, deve não só estar aberto às diferenças mas também tem que assumir que há exigências de respeito a essas diferenças que podem se manifestar relevantemente nas controvérsias.

É especialmente nesse ponto que a atenção à lógica informadora da

realização prática do Direito se mostra especialmente importante. É sabido que a performatividade do jurídico é assente em direitos e deveres, com base na autonomia e na responsabilidade. Nesse sentido, não cabe ao jurista em geral e, principalmente, ao juiz do caso, em particular, sob a ótica do respeito ao plano estritamente jurídico, posicionar-se pessoalmente sobre qual seria o viés a ser atribuível a um *programa normativo* que se relacionasse à forma de ser de um dado povo. Afinal, os textos normativos em geral, considerados abstratamente, devem sempre “... aceitar os desenvolvimentos e a integração normativa de uma igualmente participada e constitutiva realização histórica do direito, como terá ainda de sofrer as diferenciações e modificações concretas exigidas por uma material intenção de igualdade e justiça sociais.”⁵¹ Daí se obter um sentido *dialético* e *dinâmico* do princípio da igualdade esperável e mesmo exigível como *elemento essencial do Estado-de-direito social* ou do atual *Estado-de-direito tout court*.⁵² Isso permite perceber que a exigência inafastável da *dimensão comunitária* no processo de realização prático-constitutiva do Direito mostra-se como um fator de dificuldade analítica para a solução de problemas de ordem prática envolvendo pessoas de povos distintos. Afinal, os próprios princípios da solidariedade e da corresponsabilidade, pelos quais se manifesta a referida dimensão, podem possuir intenções de constitutividade, muitas vezes diferenciadas de um povo a outro, colocando-se em causa, portanto, o “... critério ou a intenção regulativa por que se afirmam os direitos e deveres, os benefícios e encargos, a distribuição das funções e a repartição dos bens.”⁵³ Se tal dificuldade pode existir em casos em que se parta do

⁵¹ NEVES, A. C.. O instituto dos <<assentos>>... p. 143. “Com aqueles desenvolvimentos e integrações, por um lado, e estas diferenciações, por outro lado – sendo certo que aqueles primeiros se virão as mais das vezes a traduzir nestas segundas -, se actuará, corrigirá e controlará a intenção de igualdade definida abstractamente, em termos de ela ter de se mostrar sempre materialmente justificada e real.” Id.

⁵² Id.

⁵³ NEVES, A. C.. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito. Lições proferidas a um curso do 1º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1971-72.** Coimbra: Universidade de Coimbra, 1971-72, p. 120. (mimeo) Para a noção do *commune*, ou seja, da *integração comunitária*: Ibid. pp. 117-122. “O princípio da responsabilidade postula a *solidariedade* e a *corresponsabilidade*. Na solidariedade tem ele a sua implicação jurídica positiva (...) [que] se traduz quer na actuação jurídica dos sujeitos pela mediação dos quadros institucionais do todo comunitário, quer na actuação jurídico-institucional do todo comunitário perante os sujeitos – é o domínio e a manifestação da justiça distributiva (...) E a corresponsabilidade é a sua implicação negativa, pois refere os sujeitos ao todo comunitário numa intenção de responsabilizante preservação e encontra a sua expressão jurídica na proibição dos comportamentos que violam ou ponham em perigo os valores

Direito, mesmo que concretizado performaticamente em termos diferenciados, isso é potencializado quando se volta o olhar para situações envolvendo pessoas que são orientadas por ordens informadoras distintas.

Respeitadas as referidas especificidades que o jurídico demanda e que os casos práticos colocarão quando envolverem (des)encontros das diferenças, é chegado o momento de prosseguir com a delimitação da investigação em *sentido negativo*, o que se fará através da análise de alguns dos confrontos travados entre liberais e comunitaristas, sempre contrapondo as discussões àquilo que se proporá em relação à forma de ser dos povos. Tal sistemática delimitadora levará ao robustecimento da tese proposta pelas tematizações que irão sendo efetuadas no sentido de afastar soluções deficitárias em termos de um adequado ajuste judicativo-decisório para casos que envolvam (des)encontros, o que não afasta, ao final, a necessidade de um delineamento das características que a propositura apresentará – *análise em sentido positivo* -. A delimitação do conteúdo da tese, portanto, se construirá não só a partir da propositura em si, mas, sobretudo, desde *falsificações* efetuadas sobre outras propostas de solução para problemas de referida natureza, embora as mesmas não carreguem consigo um viés eminentemente jurídico, aqui se justificando um primeiro enfrentamento, ainda que breve, entre algumas propostas de liberais e comunitaristas.⁵⁴

e os bens que se reconhecem como fundamentais elementos constitutivos da ordem jurídica ...” NEVES, A. C.. O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático. Em: NEVES, A. C.. **Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros – Digesta** -. Volume 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 415.

⁵⁴ Adota-se, aqui, a nomenclatura *liberalista* e a *comunitarista* de Jeremy Waldron. Para os *comunitaristas*, a comunidade teria o direito de defender e fazer valer os seus próprios costumes/maneiras, normas e padrões, através do Direito, respeitando sua própria particularidade moral e cultural a fim de preservar a sua identidade única, seus limites e sua herança. Aos *liberalistas*, um consenso da comunidade não seria auto validante. Para validá-lo seria preciso verificar se o mesmo seria aferível a princípios abstratos retirados da própria idéia de realização individual e do respeito que as pessoas devem umas às outras. Esses princípios chegariam e seriam formulados de uma maneira tal que se suporia serem aplicáveis a qualquer sociedade. Se o consenso comum pudesse ser medido acima desses princípios, então ele seria considerado justo. Mas se isso não acontecesse, o teste liberal condenaria as normas e a comunidade que os incorporasse como sendo opressiva e desumana. WALDRON, J.. Particular Values and Critical Morality. Em: **California Law Review**. Volume 77, Issue 3, Article 8, pp. 561-562, 1989. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol77/iss3/8> > Acesso em 26 set 2013.

1.3.1 O especificamente jurídico *sob o fogo cruzado* de vieses liberais e comunitários. Brevíssimas notas delimitadoras.⁵⁵

A preocupação com certa resposta do Direito, pensado a partir de sua específica matriz civilizacional, não pode ser fruto somente da tradição liberal vista em sentido extremo nem uma mera consagração institucional de um particularismo, tal como muitas vezes alguns comunitaristas defendem.

Não se pode negar, porém, que a matriz liberal significou uma fase importante para esse Direito. No entanto, ela não pode ser absolutizada. As críticas dos comunitaristas, portanto, acabam sendo relevantes. Tratam-se de um contributo que resultou até mesmo em uma nova compreensão da experiência prática do Direito. Quando se fala de um Direito, fruto de uma específica matriz civilizacional, não se trata nem de convocar um progresso a-histórico, conforme pode até se chegar a concluir desde a matriz liberal, nem consagrar particularismos, como um olhar comunitarista extremo sugere. Pode-se pensar a comunidade enquanto uma dimensão fundamental do Direito, sem que isso implique extrair daí uma dimensão *comunitarista* propriamente dita. A dimensão comunitária pode ser pensada sem que signifique uma consagração coativa dos *mores* da comunidade, pois uma adequada compreensão do Direito demanda que tais *mores* também sejam confrontados com as próprias exigências que o Direito impõe.

Dentro da referida ótica, torna-se inafastável o enfretamento, ainda que breve, do diálogo travado entre Charles Taylor e Jürgen Habermas.⁵⁶ Taylor se refere ao contexto cultural comunitário e defende que precisa haver uma política de diferença que não pode ser meramente procedimental ou discursivo-procedimental, como, no fundo, o liberalismo defende, a exemplo de Habermas. Taylor acaba por

⁵⁵ A nomenclatura deste subitem foi inspirada no título do seguinte artigo de José Manuel Aroso Linhares: LINHARES, J. M. A.. O *logos* da juridicidade sob o fogo cruzado do *ethos* e do *pathos*. Da convergência com a literatura (law as literature, literature as law) à analogia com uma *poiesis-techné* de realização (law as musical and dramatical performance) Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Volume LXXX. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 59-135. (Separata)

⁵⁶ Consideraram-se os seguintes textos desses autores: TAYLOR, C. Op. cit. pp. 25-73, e HABERMAS, J.. A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito. Em: HABERMAS, J.. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pp. 229-267. (Humanística – 3)

assumir-se como um liberal, mas num sentido específico do liberalismo, pois o compreende como uma *forma de vida*, com seus valores próprios.⁵⁷ Ocorre que tal posição abre as portas para se considerar todas as formas de vida, vindo, assim, em certa medida, ao encontro do que se proporá quanto à forma de ser dos povos. Taylor observa, ainda, que a perspectiva liberal tradicional – *liberalism of rights* –, em alguma medida, é hostil às diferenças, mormente quando elas têm a ver com a sobrevivência dos grupos e das comunidades. O *liberalismo de direitos* insistiria, sem exceção, na aplicação uniforme das regras que definem esses direitos e suspeitaria dos objetivos coletivos, ainda que não procurasse abolir as diferenças culturais.⁵⁸ A hostilidade às diferenças, ao nível coletivo, não se ajustaria àquilo que os membros das comunidades realmente aspirariam, que seria a sobrevivência de um contexto cultural, das especificidades que os distinguem. Trata-se, portanto, de um liberalismo com um viés comunitarista.⁵⁹

O que se propõe acaba recepcionando o respeito aos modos de vida dos inúmeros povos, contudo, ancorando-se em uma fundamentação distinta, colocando um limitador para o exercício de tais modos de ser justamente quando pessoas de um dado povo acabam por optar pelo convívio entre pessoas com reguladores da vida em comum diferenciados ou quando são submetidas a tais situações. Aqui o alerta de Taylor para tais situações de marginalização é preciso: “The challenge is to deal with their sense of marginalization without compromising our basic political principles.”⁶⁰ Buscar-se-á superar o referido desafio, ao menos nas situações mais drásticas de (des)encontros. Também se procurará avaliar as situações em que as

⁵⁷ Taylor qualifica como *‘blind’ liberalisms* os liberalismos que não se aperceberiam de que seriam eles próprios reflexos de culturas particulares. TAYLOR, C.. Op. cit. p. 44. E, ainda, “Liberalism is also a fighting creed.”: Ibid. 62. A elucidação da assertiva segundo a qual o liberalismo seria em si também um modo de vida foi efetuada por Steven C. Rockefeller, em seu comentário ao aludido texto de Taylor, o que o fez com base em John Dewey, desde *Creative Democracy – The Task Before Us*: ROCKEFELLER, S. C.. Comment. Em: GUTMANN, A.. (Ed.) **Multiculturalism and the politics of recognition: na essay**. Princeton/New Jersey: Princeton University Press, 1992, p. 91.

⁵⁸ “The fact is that there are forms of this liberalism of equal rights that in the minds of their own proponents can give only a very restricted acknowledgment of distinct cultural identities.” Ibid. p. 52. Em detalhes, referindo-se ao caso do Quebec: TAYLOR, C.. Op. cit. pp. 60-61.

⁵⁹ Taylor assume sua proposta como uma *hospitable variant* do liberalismo: Ibid. p. 62. Habermas, no entanto, aponta que tal proposta seria *comunitarista*: HABERMAS, J.. Prefácio à seguinte obra: HABERMAS, J.. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 09 e, também, já no próprio texto crítico a Taylor, em: Ibid. p. 233.

⁶⁰ TAYLOR, C.. Op. cit. p. 63.

limitações à sobrevivência de culturas distoantes da que tem supremacia podem ser reduzidas a um mínimo que permita a manutenção das específicas formas de vida recepcionadas, seja desde o controle jurisdicional, seja desde políticas públicas voltadas à equacionalização do problema.⁶¹

Para Habermas, contrapondo-se a Taylor, a política de reconhecimento teria que "... cumprir seu papel sem direitos coletivos nem garantias de sobrevivência."⁶² Habermas enquadraria sua posição numa espécie de *terceira via*, não deixando, contudo, de assumir alguns aspectos do liberalismo, nomeadamente quanto ao Direito.⁶³ Nessa visão, somente na arena política é que se defrontariam agentes coletivos. Na arena jurídica, diante de um tribunal e com um discurso jurídico, seriam tratados *direitos individuais* exigíveis judicialmente. O problema, então, seria a conciliação dos referidos interesses coletivos e individuais que, aos seus olhos, em decorrência das conquistas políticas do liberalismo e da social-democracia, oriundas dos movimentos emancipatórios burguês e dos trabalhadores europeus, sugeriria uma resposta afirmativa.⁶⁴ Taylor, na visão de Habermas, teria sido ambíguo no ponto decisivo, pois apresentaria apenas uma correção das proposições de base do liberalismo; contudo, não deixando de atacar os próprios princípios do liberalismo, pondo em questão o cerne individualista da compreensão moderna da liberdade.⁶⁵

O asseguramento de identidades coletivas em concorrência com o direito a liberdades subjetivas iguais – Taylor -, no entender de Habermas, imporia uma escolha no caso de uma colisão. Assim, em termos políticos, na visão taylorista, haveria que existir uma compensação das desvantagens do universalismo uniformizante sobre uma política de respeito às diferenças. Habermas, contudo, aponta que a proposta de Taylor, na mesma linha de Michael Walzer, contestaria a existência de uma neutralidade ética no Direito, permitindo-se que se esperasse do Estado de direito a fomentação ativa de determinadas concepções do bem viver,

⁶¹ Observação também de Taylor: Ibid. p. 64.

⁶² HABERMAS, J.. Prefácio... p. 09.

⁶³ Habermas assume encampar uma concepção moderno-iluminista do Direito: HABERMAS, J.. A luta... p. 243.

⁶⁴ Ibid. pp. 230-231.

⁶⁵ Ibid. p. 231.

caso houvesse necessidade.⁶⁶ No entanto, Habermas acaba por não ressaltar as necessárias limitações ao exercício dos direitos coletivos, tal como Taylor deixa expressado.⁶⁷

Para Habermas, tomando-se a sério a concatenação interna entre o Estado de direito e a democracia, se perceberia que o sistema de direitos não fecharia os olhos "... nem para as condições de vida sociais desiguais, nem muito menos para as diferenças culturais."⁶⁸ Para tanto, não seria necessário um modelo que corrigisse o viés individualista do sistema de direitos sob outros pontos de vista normativos.⁶⁹ *Competências jurídicas iguais* criariam espaços para liberdades de ação que poderiam ser utilizadas de forma diferenciada pelas pessoas, o que não fomentaria a igualdade em termos fáticos das situações de vida ou mesmo das posições de poder.⁷⁰ Uma vez houvesse a correção da forma seletiva com que a teoria dos direitos faz sua leitura da realidade e se propiciasse com isso uma compreensão democrática da efetivação dos direitos fundamentais, não seria necessário se contrapor ao liberalismo criticado por Taylor um modelo que introduzisse direitos coletivos estranhos ao próprio sistema.⁷¹

Contudo, é de se duvidar que a solução dos problemas pontuados por Habermas, na sua concepção procedimental do Direito, segundo a qual o processo democrático asseguraria *a um só tempo* a autonomia privada e a pública,⁷² seja factível em contextos periféricos, como ocorre com aqueles havidos no continente sulamericano. Realidades flagrantemente marcadas pela desigualdade social, por democracias qualificáveis como *poliarquias em sentido delegativo* – tal como as tipologias de Robert Alan Dahl e Guillermo O'Donnell propugnaram -, em que a participação popular se restringe, quando muito, sobretudo nos países que possuem

⁶⁶ Ibid. pp. 232-233.

⁶⁷ O que resta claro quando Taylor observa que "Liberalism is not a possible meeting ground for all cultures (...) The hospitable variant I espouse, as well as the most rigid forms, has to draw the line. There will be variations when it comes to applying the schedule of rights ...", e, ainda, "It makes sense to demand as a matter of right that we approach the study of certain cultures with a presumption of their value, as described above. But it can't make sense to demand as a matter of right that we come up with a final concluding judgment that their value is great, or equal to others'": TAYLOR, C. Op. cit. p. 62 e pp. 68-69.

⁶⁸ HABERMAS, J.. A luta... p. 235.

⁶⁹ Id.

⁷⁰ Id.

⁷¹ Ibid. p. 238.

⁷² Ibid. p. 237.

o sistema eleitoral do voto obrigatório, como o caso brasileiro, ao depósito dos votos nas urnas, em que ainda se vislumbram níveis de *accountability popular* insuficientes, muito dificilmente se permitem ouvidos às minorias.⁷³ O processo democrático em tais realidades é diuturnamente posto em causa. E é justamente em tais modelos societários que o Judiciário e o Ministério Público acabam por apresentar papéis de destaque, seja pela propositura de pedidos em defesa de esferas de direitos lesadas, seja pelo proferimento de decisões que assegurem a proteção das referidas esferas, equacionalizando em termos atualizatórios problemas de referida ordem. É também diante de tais realidades que o papel da academia, no plano jurídico, acaba por se destacar, auxiliando no processo de equacionalização das disparidades entre a realidade e o estabelecido, através de estudos que se voltam às questões de ordem prática que acabam recaindo no Judiciário. Ganham relevo aqui os problemas práticos decorrentes do convívio social, que acabam se convertendo em problemas especificamente jurídicos, dado o viés que carregam consigo, enquanto despoletadores do processo de reflexão jurídica.

Ao contrário do que pensa Habermas, fins coletivos não implicam a necessária dissolução da estrutura do Direito, da forma jurídica como tal, suprassumindo a diferenciação entre Direito e Política.⁷⁴ Para tanto, basta que se mostre que o que está na base de uma dada esfera a ser protegida se trata de algo que toca o cerne constitutivo da existencialidade humana mas que, sobretudo por se pretender sobrepor um específico modo de vida, desrespeitam os demais.⁷⁵ É isto que ocorre com a forma de ser dos povos, onde a consideração do *humano* pode se ver ofendida em determinadas situações, pondo em causa justamente o ponto elementar de fundamentação do Direito assente em uma perspectiva microscópica.⁷⁶

⁷³ Em tais sociedades "... os destinatários do direito [não] podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito.": Ibid. p. 242.

⁷⁴ Ibid. p. 245.

⁷⁵ Algo *simples*, mas que justamente por assim o ser, demande tão robusta justificação caracterizadora de tal esfera, afinal, para se dizer com Ernst Jünger, "Le cose semplici sono più difficili da descrivere di quelle più complicate, perché stanno più vicino al senza nome e colui che le descrive deve risalire al fondo del linguaggio." JÜNGER, E.. **Tipo – Nome – Forma**. Tradotto e curato da Alessandra Iadicicco. Castello: Herrenhaus Edizioni, 2002, p. 12. (La Biblioteca di Vineta – 8)

⁷⁶ Charles Taylor não deixa de perceber que culturas tenham concebido um horizonte de significados para muitos seres humanos, possuidor dos mais variados matizes, o que se construiu

Ademais, nem sempre a normatização das vias de relacionamento através do Direito, desde matérias carentes de regulamentação, abre-se para as demarcações de objetivos pela vontade política de uma sociedade, como quer Habermas.⁷⁷ O processo de realização prática do Direito, a partir dos casos decididos, pode também ser decisivo em muitas situações enquanto caminho juridicamente ajustado.

Curiosamente, Habermas não deixa de reconhecer que culturas autóctones ameaçadas possam fazer valer em defesa própria certas razões morais peculiares, historicamente forjadas em um meio em que prevaleceu a cultura majoritária, assim como as discriminações ao inverso sejam implementadas em favor de culturas longamente oprimidas e renegadas. Contudo, o meio para ambas as situações haveria de ser justamente aquele que resultasse de *reivindicações jurídicas* e jamais de uma *apreciação valorativa geral da respectiva cultura*, como propôs Taylor.⁷⁸ Trata-se, portanto, de um reconhecimento da via jurídica como a mais adequada, procurando, apesar disso e de forma um tanto quanto contraditória, manter-se fiel à preponderância da base dialogal que haveria de fundar as alterações políticas, como se fosse somente essa via aquela que informasse o especificamente jurídico. Além disso, o caso das tribos isoladas da amazônia mostra como é possível se manter o respeito às ordens jurídicas vigentes nos países cortados pela floresta, sem que se tenha de abrir mão dos valores construídos historicamente e sedimentados em termos jurídicos pelas populações dominantes. O reconhecimento e, principalmente, o respeito à forma de ser de tais povos originários pode não ter absolutamente nada de *questionável do ponto de vista normativo* desde seu específico viés civilizacional.⁷⁹ O problema está, como se procurará mostrar, nos casos em que pessoas de tais povos acabem por ter contato com as pessoas da cultura dominante e, por expressarem comportamentos típicos originários, venham a ser responsabilizados por isso. Se é certo que a "... mudança acelerada das sociedades

desde um longo período de tempo, sendo merecedoras, portanto, de admiração e respeito, ainda que possuam, simultaneamente, um lado condenável e rejeitável: TAYLOR, C.. Op. cit. pp. 72-73.

⁷⁷ HABERMAS, J.. A luta... p. 245.

⁷⁸ Ibid. pp. 249-250. Para Habermas, "A política do reconhecimento de Taylor estaria assentada sobre um alicerce muito fraco, caso dependesse de uma 'suposição de valor idêntico' em relação às culturas e à sua respectiva colaboração com a civilização mundial." Ibid. p. 250.

⁷⁹ Id.

modernas manda pelos ares todas as formas estacionárias de vida.”,⁸⁰ não é menos certo que o fundamento das referidas formas de vida toca mesmo aquilo que pode ser considerado como o *humano* de tais povos, mesmo que facetas constitutivas de tal humano causem espanto.

Afinal, se as discussões em torno dos problemas decorrentes dos (des)encontros das diferenças, na visão de Habermas, haveriam que ser travadas sobre “... *mesmos* direitos e princípios fundamentais. (...) [, que constituiriam] o sólido ponto de referência para cada patriotismo constitucional que situe o sistema dos direitos no contexto histórico de uma comunidade jurídica.”, como deixar de considerar o constituinte daquilo que histórico-axiológicamente foi se erigindo até culminar na noção de *homem-pessoa*,⁸¹ uma singular esfera constitutiva de base de todos os seres humanos, pelo simples fato de a mesma exteriorizar-se em modos de vida diferenciados?

Se é de se concordar que cada vez mais as atuais sociedades plurais e fragmentadas, *complexas*, têm tentado colocar em causa a manutenção da coesão da totalidade dos cidadãos através de um consenso substancial acerca dos valores, o que sugeriria um procedimentalismo tal como o defendido por ele,⁸² não se pode negar que tal pressão da realidade tem conduzido o cerne axiológico cada vez mais a um centro duro mais circunscrito dos valores, do qual não se poderia abrir mão. O ponto nodal do referido centro se assentaria justamente na noção da *pessoa humana*. Explorar as potencialidades que uma tal esfera singular do ser humano possui pode ser uma saída proveitosa e coerente com uma noção do Direito assente em valores.

Por fim, vincular a identidade da república, que deveria permanecer intocada pela imigração, sobre a base de princípios exclusivamente constitucionais, como se depreende da leitura de Habermas,⁸³ implica a assunção de uma concepção da juridicidade se esgotando na constitucionalidade. Isso, para além de restringir a noção de juridicidade, pode redundar na recorrência a fundamentos de ordem jurídico-política que nem sempre têm se mostrado como a melhor saída. No

⁸⁰ Ibid. p. 252.

⁸¹ Cf. formulação de Castanheira Neves, como se explicitará.

⁸² HABERMAS, J.. A luta... p. 254.

⁸³ Ibid. p. 258.

entanto, podem existir dimensões da pessoa humana que, por tocarem profundamente a própria constitutividade existencial do homem em consonância e num processo de própria reafirmação e consolidação daquilo que até então já se alcançou em termos jurídicos, acabem por se revestir de uma índole jurídico-constitucional, ainda que não se encontrem reconhecidas textualmente numa carta jurídico-política.

Nesse sentido, ainda que se deva concordar que o Direito só poderia reivindicar sua validade considerando o espaço determinado dos valores que o consagrariam, como o faz Rainer Forst,⁸⁴ na esteira de Habermas, não se pode deixar de acentuar e melhor especificar em termos estritamente jurídicos que é justamente essa a ideia diretriz do Direito; ou seja, o Direito é informado valorativamente, objetivando os valores em princípios jurídicos, mas, constantemente, sobretudo através dos próprios casos judicandos que vão convocando tais valores com os respectivos princípios jurídicos/fundamentos é que consegue realizar a tarefa de atualização conteudística desses mesmos princípios e, conseqüentemente, dos valores sobre os quais se assentam. O Direito, portanto, realiza primordialmente sua histórica constitutividade valorativo-informadora no referido processo de circularidade constitutiva.⁸⁵ Circularidade essa que não implica a assunção pelo Direito do papel de representante de uma *única* forma de vida, como sugere Forst.⁸⁶ Ao contrário, e aqui parece justamente se tocar o ponto fundamental da presente investigação, um dos maiores desafios que as sociedades plurais e fragmentadas têm colocado ao Direito é tratar os problemas decorrentes da externalização de expressividades comportamentais representativas de formas de

⁸⁴ FORST, R.. **Contextos da justiça. Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo**. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010, p. 86.

⁸⁵ Relação essa entre *realidade* e *princípios* que, nas palavras de Aroso Linhares, deve ser considerada interpelando-a circularmente "... tanto como aquela realidade-referente que os princípios, na sua realização-determinação, conformam (e que por isso mesmo «adquire» um <<sentido juridicamente valioso>>), quanto como aquela prática de casos-acontecimentos e de decisões judicativas na qual as exigências dos princípios (frequentemente manifestadas nos critérios, mas nem por isso menos abertas a uma historicidade constitutiva) se tornam, enfim, plenamente inteligíveis e determinadas." LINHARES, J. M. A.. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?* Em: COELHO, M. M. S.; SILVA, A. S. (Orgs.) **Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 170. Para a noção de *circularidade constitutiva* que a perspectiva jurisprudencialista de Castanheira Neves convoca: Ibid. 110-113.

⁸⁶ FORST, R.. *Contextos...* p. 86.

vida as mais variadas. O reconhecimento e o verdadeiro respeito às referidas formas de vida mostram a fragilidade do argumento de Forst, pois é possível se respeitar todo um espectro de valores orientadores das mais variadas formas de vida sem que com isso se tenha de abrir mão daqueles valores que orientam uma forma de vida específica.⁸⁷

Para além disso, o reconhecimento e consagração jurídica de uma dimensão tão sublime da existencialidade humana pode vir a se traduzir no reforço do próprio Direito em sentido forte, pois pode potencializar o papel fundamental e inafastável do *humano* enquanto ponto sintetizador fundamentante de uma perspectiva jurídica assente na ideia de *homem-pessoa*, ou seja, de uma perspectiva microscópica.⁸⁸

Para não se confundir a noção plural de comunidades que o mundo possui e as dificuldades de ordem prática que isso leva ao plano jurídico, o que não fora

⁸⁷ É, assim, que continuam válidas as lições de João Baptista Machado sobre a capacidade humana de assimilação das inúmeras mutações que, gradativamente, uma dada ordem valorativa informadora vai sofrendo, sem que isto signifique rompimentos súbitos: “Se o homem tem um itinerário histórico, se há um evoluir na história, se é certo que em certa época **os homens** se tornam mais permeáveis a certos valores, se eles **se sentem em dado momento, mais conquistados por dentro por certas verdades ou valores**, não é de supor que o mesmo homem, apesar da sua negação à transcendência na vida do quotidiano, sofra de uma intranquilidade permanente por força desse apelo e desse valor que na sua consciência se instalou? E não será essa voz ou chamamento, apesar de todas as tentativas de abafamento com o bulício da vida quotidiana, apesar da sua voz sumida – mas sempre audível – justamente a directriz mais essencial do homem? É de crer que sim. Essa permeabilidade da consciência do homem a certa verdade ou valor em dada época histórica é um facto radical e irradicável. Ele está aí como um destino.” MACHADO, J. B.. Antropologia, existencialismo e direito. Em: **Revista de Direito e Estudos Sociais**. Volume XII, Nrs. 1-2, Ano 1965, Coimbra: Atlântida, pp. 20-21. (Separata)

⁸⁸ O que, na exemplar síntese de Castanheira Neves, num exercício de superação do próprio projeto moderno-iluminista, que tivera deslocado o polo da responsabilidade quase que completamente à legalidade, pode-se ler: “Não já a juridicidade como *modus* da organização e regulação da *sociedade* (perspectiva da sociedade, ou perspectiva político-social que conferia ao jurídico uma tarefa organizatório-regulativa da sociedade em geral), mas como *expressão* de uma *validade* (exigência axiológico-normativa) a assumir pela prática concreta da coexistência histórico-socialmente das pessoas, no seu encontro e desencontro, na sua convergência ou na sua divergência e controvérsia prático-concretas. Validade para essa prática, enquanto fundamento e critério normativos do seu reconhecimento ou da sua crítica e, assim, a referir uma normatividade convocada pelo *juízo* prático (prático-normativo) sobre a mesma prática, e em que o homem (homem-pessoa) é sujeito de autonomia e correlativamente de responsabilidade nos problemas concretos da sua inter-relação e inter-acção comunitárias. À *perspectiva da sociedade* numa intencionalidade organizatória e regulatória, opõe-se assim a *perspectiva do homem-pessoa*, numa intencionalidade de validade axiológico-normativa para a sua prática problematicamente concreta – e validade de sentido normativamente judicativo.” NEVES, A. C.. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Stvdia Ivridica 72**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 105.

devidamente percebido nem pelos adeptos de vieses mais *comunitaristas*, nem pelos mais *liberalistas*, basta se recordar de que a partir da dimensão comunitária do Direito – do *commune*, portanto -,⁸⁹ a saída para os problemas de ordem prática envolvendo pessoas orientadas por reguladores da vida em comunidade diferenciados parece não ser a mais adequada, pois serão sempre dimensões comunitárias distintas que estarão por detrás das disputas envolvendo tais (des)encontros.

O Direito também deve ser pensado na sua dimensão do *suum*, ou seja, daquela *participação pessoal*, daquela “... possibilidade de uma participação na realização dos valores e no domínio dos bens, que formam o património do todo social, a que cada membro da comunidade possa constituir um *suum* próprio, i. é, uma esfera de autonomia pessoal e material através da qual ele se reconheça um elemento autónomamente integrante e responsabilmente participante do mundo humano-social em que se encontra situado.”⁹⁰

⁸⁹ Daquela específico *commune* que, nas palavras de Aroso Linhares, representaria a própria *vocação integradora* que a *resposta direito* assumiria, ou seja, um “... *commune* que se manifesta numa experiência de interpelação e de ruptura – sob o *modus* inconfundível de um problema-controvérsia -, antes de se nos impor no processo de tratamento que esta experiência desencadeia e como um correlato *performativo* indissociável deste processo – sob os rastros indelévels de uma *procura* ou de um ‘projecto’ de demarcação (humano / inumano). Um *commune* que se manifesta na experiência imediata da controvérsia (e sob a perspectiva-desafio que a assume)? Certamente. Enquanto e na medida em que se nos expõe como ‘contexto-ordem’ (condição-promessa de exclusão-superação de todos os diferendos ou pseudo-litígios) ... Aquele ‘contexto-ordem’ ... que a experimentação situada (singular) das *diferenças* constitutivamente pressupõe: enquanto descobre nestas *diferenças* (e nas posições que as sustentam) manifestações irreduzíveis de uma pretensão de autonomia (e do *suum* que esta institucionaliza); enquanto ilumina a ‘interrupção’ *prático-mundanal* que relativiza os sujeitos envolvidos (e reconhece a trama dos direitos e deveres que permite compará-los); muito especialmente enquanto ‘sanciona’ a possibilidade-promessa da mediação de um *terceiro* (e o processo de reintegração-tratamento que este assegura). Só que assim também um *commune* que a representação (auto-reflectida) daquela procura e do seu projecto – na persistência permanentemente renovada do exercício de ‘tematização’ [desde o sentido consagrado por Levinas] que lhes corresponde (e no confronto distanciador do *suum cuique tribuere* em que este processo culmina) – nos ensinam enfim a descobrir (e a autonomizar) como uma *ordem-ordinans* de validade: sob os traços inconfundíveis de um certo *homo humanus* e da *luta pelo reconhecimento* que o inventa (e que o diz *pessoa*). [Um] (...) *commune* que está em condições de se nos oferecer como um *modus* autónomo de construção da identidade colectiva ... inconfundível como tal com os eixos de articulação-composição que as identidades *nacionais* nos garantem ... e portanto também independente dos equilíbrios que nelas se obtenham (e da dialéctica entre recursos *étnicos* e *cívico-rationais* que estas admitam estabelecer)? Importa reconhecê-lo.” LINHARES, J. M. A.. *Humanitas*, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial. O “pormenor” do Direito na “ideia” da Europa das nações: um diálogo com o narrativismo comunitarista. Em: **Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela**. Vol. 15, nº 1, 2006, pp. 59-60. (Separata)

⁹⁰ NEVES, A. C.. Curso de Introdução... p. 115. (mimeo)

Mas, afinal, estaria, então, em dada premissa do próprio sentido da justiça algum fundamento que possibilitasse a solução de problemas de ordem prática derivados dos aludidos (des)encontros das diferenças?⁹¹ Ou já não se poderia dizer que ao Direito compete a própria superação dos contextos axiológico-sociais estabelecidos se, ao realizar-se, renovada e aquisitivamente, conseguir dar vida à sua *vocação do justo*?⁹² Mas como realizar tal *vocação*, quando a convocação das próprias premissas fundamentantes do sentido da justiça mostram-se *aparentemente* insuficientes para a solução de problemas de ordem prática envolvendo os (des)encontros das diferenças?

É assim que, se a *pessoa* é a *radical matriz ética* que caracteriza o Direito, tendo esse seu sentido acompanhado a *própria variação das compreensões que o homem foi tendo de si mesmo ao longo dos tempos*,⁹³ seria de se admitir que compreensões outras da pessoa, entendidas em sua plenitude constitutiva, que são exteriorizadas em certos comportamentos muitas vezes afrontantes dos parâmetros comportamentais balizadores do observador, não fossem respeitadas? Afinal, não seria da própria singularidade vivencial do ser humano a tendência à manutenção de orientações comportamentais e, portanto, a própria noção de *pessoa*, desde a construção europeia-ocidental, que redundou na noção de *homem-pessoa*, só seria verdadeiramente respeitada quando fosse capaz de albergar debaixo de seu conteúdo constitutivo algum referencial analítico que permitisse respeitar o *humanamente diferente*, pois que na base de um tal entendimento estaria encoberto o cerne inafastável de qualquer compreensão que se queira do ser humano, qual seja o fato de *ser um humano*, de possuir uma *natureza comum*?

Se em outros planos, que não o especificamente jurídico, alternativas outras podem e devem ser tidas como propostas de soluções salutares e defensáveis, no plano estritamente jurídico as coisas não são acomodáveis tão facilmente. Não se pode esquecer que na ótica do jurídico pode haver uma

⁹¹ Para Castanheira Neves três seriam as premissas sobre as quais se assentariam o sentido atual da justiça e, conseqüentemente, o próprio "... substractum intencional do direito": o pressuposto material, o *suum* e o *commune*. Ibid. pp. 109-121 e p. 122.

⁹² Ibid. p. 114. "Quer dizer, o princípio da justiça é uma intenção de que o direito tem uma autónoma e específica responsabilidade – princípio que ele há-de impor e não receber de algo de fora dele." Id.

⁹³ Nas lições de Fernando José do Couto Pinto Bronze: BRONZE, F. J.. **Lições de introdução ao Direito**. 2ª ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 21.

responsabilização de uma pessoa, mesmo que sua conduta tenha sido informada, rigorosamente, pelas regras de comportamento exigíveis em sua comunidade de origem. Pode haver, portanto, um constrangimento na esfera da autonomia/liberdade de tal pessoa ao se pretender julgá-la por referenciais valorativos outros e, assim, poderá se atribuir a inafastável carga da responsabilidade que compete às pessoas a quem ainda não pode suportá-la.

Dessa forma, é de se pensar não só como submeter à apreciação jurídica, por um Direito de uma específica matriz civilizacional, casos envolvendo pessoas que conduzem suas vidas por outros reguladores da vida em comunidade, mas, sobretudo, como se *permitir* que populações originárias continuem a manter suas crenças, costumes e tradições, ainda que circunscritas - contra a vontade e pelo emprego da força - a delimitações territoriais absolutamente diferentes daquelas que originariamente teriam direito. Se para a primeira situação as recorrentes soluções focadas na responsabilização criminal possam até mostrar alguma alternativa de solução, como se verificará, para a segunda muito longe se está, pois para além de não se poder responsabilizar tais pessoas, terá que se admitir, dentro de um mesmo país, que práticas e tradições continuem a ser desenvolvidas, mesmo que contrárias à ordem de Direito preponderante.

Isso não significa que uma solução a ser buscada implique em permanecer inerte ante tais práticas afrontantes da ordem informadora preponderante em um dado país, pois muitas delas são mesmo repudiáveis aos olhos de pessoas com outra escala de valores; menos ainda que se tenha de abrir mão dos valores objetivados em princípios jurídicos em prol do arcabouço valorativo informador das práticas alheias; e, ainda, que seja de se permitir que tais práticas se perpetuem fora de seus povos de origem. O reconhecimento e a consagração jurídica de uma dimensão da existencialidade humana que se traduz na forma de ser dos povos, decorrente da própria *natureza comum* de tais formas, não sugere, de maneira alguma, a subversão de uma ordem de valores a cada processo de tensão com outra ordem de valores que a coloque em jogo. O que se defende, para além da própria forma de ser dos povos, é o direito que as pessoas de tais povos possuem em manter suas culturas, seja pela primazia temporal-territorial que lhes cabe, como no caso dos indígenas, seja pelo respeito que a cultura de um povo merece, o que,

em certa medida, resguardados os espaços territoriais já consolidados entre os povos diversos que habitam o território de um mesmo país ou mesmo que se expandem além fronteiras nacionais, sem esquecer do fator de complicação analítica que daqui decorre – envolvimento de mais de um país -, atentando-se, portanto, aos necessários ajustes, se aproxima da análise crítica à noção de *pertença cultural*, tal como desenvolvida por Will Kymlicka.⁹⁴

Dessa forma, como equacionar juridicamente situações mais complexas sem com que a própria ordem informadora do Direito que prepondera no continente sulamericano seja violada? Admitir condutas desconformes aos valores como a dignidade da pessoa humana, a integridade física e psíquica, etc, não seria esmaecer a própria especificidade constitutiva de tal Direito? Eis mais alguns questionamentos que a propositura deverá superar.

Ao especificamente jurídico, tais nuanças de um viés mais liberal ou comunitarista podem resultar das propostas de solução aos problemas de ordem

⁹⁴ Partindo da posição de Dworkin, mas não concordando no todo com o mesmo, no sentido de que as culturas implicam um *léxico compartilhado de tradição e convenção*, Kymlicka entende que possuir uma crença sobre o valor de uma prática consistiria, sobretudo, compreender os significados que a cultura outorgaria à referida prática; daí a necessidade da compreensão do *léxico compartilhado*. A história, as tradições e as convenções, portanto, condicionariam a forma com a qual a linguagem representaria as atividades das pessoas. Contrapondo-se à uma imagem *formal e rígida* de Dworkin sobre as *estruturas culturais*, Kymlicka advoga a cultura enquanto um fenômeno difuso e aberto. Diante disso, observa que a possibilidade de eleição individual estaria vinculada à *pertença* da própria cultura. Seria muito difícil o trasladar-se de uma cultura a outra em sua plenitude. Tudo dependeria do grau do desenvolvimento do processo, da idade da pessoa e da medida que a língua e a história de ambas as culturas guardassem em termos de similitude. Mesmo nos casos em que os obstáculos fossem menores, o desejo de se manter a *pertença cultural* continuaria sendo forte. Seria um direito das minorias permanecerem em suas culturas, ainda que a possibilidade de mudança estivesse sempre latente e também fosse possível, no mesmo sentido, enquanto um direito. Baseando-se em argumentos de Avishai Margalit e Joseph Raz, bem como em Charles Taylor e Yael Tamir, Kymlicka observa que o sentimento de *pertença cultural* desempenharia um papel na identidade das pessoas e o respeito a tal identidade se agregaria à noção de *pertença nacional* enquanto elemento de reforço da dignidade e da própria identidade. A um viés mais comunitarista, ao qual Kymlicka se contrapõe, as causas da referida vinculação cultural se encontrariam no mais profundo da própria condição humana, o que permite uma relação com o papel dos elementos co-constitutivos da forma de ser dos povos, enquanto elementos fundamentante-constitutivos dos respectivos modos de ser. Ocorre que Kymlicka entende que a revisibilidade dos fins tanto seria possível, quanto mesmo necessária em certas ocasiões. Nesse sentido, as pessoas poderiam se distanciar e ajuizar valores e formas de vida tradicionais, devendo mesmo existir um direito das pessoas de o fazer. KYMLICKA, W.. Ciudadanía... pp. 120-133. Para os argumentos de Dworkin: DWORKIN, R. M.. Op. cit. pp. 228-233. Para o texto de Avishai Margalit e Joseph Raz, referido por Kymlicka: MARGALIT, A.; RAZ, J.. Op. cit. pp. 439-446. Para o texto de Charles Taylor: TAYLOR, C.. Op. cit. pp. 25-73. Para o texto de Yael Tamir: TAMIR, Y.. Op. cit.. Também sobre a noção de *pertença cultural*: KYMLICKA, W.. La política... pp. 253-255, pp. 284-286 (em um diálogo crítico com a filósofa israelense Yael Tamir) e pp. 393-397 (em um diálogo crítico com Sandel).

prática que se colocam ao Direito, pensados a partir do próprio Direito, mas jamais se transformarem no foco principal de uma investigação *jurídica*. Mitigar o respeito às especificidades constitutivas do Direito implica mitigar aquilo que talvez de mais proveitoso ao homem possa do Direito se extrair, ou melhor, possa ser esperável dessa dimensão prática do homem, qual seja o papel de garantidor das conquistas historicamente erigidas sob a égide de respectivos fins valorativamente informados e constantemente atualizados. Ademais, partir de um dos dois vieses, seja comunitarista, seja liberal, é firmar um pré-juízo condutor que, muitas vezes, pode não corresponder àquilo que comunitária e historicamente foi se erigindo e atualizando e, portanto, servindo de base ao próprio sentido do Direito. É partir de uma macro-perspectiva, de cunho preponderantemente *político*, para tentar revestir as soluções que são propostas de uma frágil *capa do jurídico*.

A propositura que a investigação faz foge tanto do risco da *falta de diferenciada consideração expressa do problema do direito*, redundando no *holismo ético-político* que as propostas assentes em um viés mais comunitarista sugerem, quanto de um qualquer retomar do *projeto moderno-iluminista*, onde o que se podia extrair era uma *funcionalização política do jurídico*, mas não já propondo uma *solução jurídica para o problema político*, como a inspiração contratualista propunha, porém, desde uma aparente manutenção na solução jurídica agora “... através da sua persistente referência a direitos, à legislação, a juízes aplicadores, pois para o problema político a solução que propõem é ela também política ...”⁹⁵

Ainda que a tese que ora se defende não se trate de uma discussão específica entre posições liberalistas ou comunitaristas, não se pode deixar de reconhecer que a solução buscada para os problemas de ordem prática decorrentes dos (des)encontros das diferenças acabe por carregar consigo algum viés das referidas correntes, observável somente em um momento final, após um olhar para o todo da proposta em seu integral desenvolvimento. Assim, o recorte metodológico qualitativo que é seguido se atenta ao especificamente jurídico, à relevância e tratamento *jurídicos* que problemas de ordem prática decorrentes dos (des)encontros humanos mereçam receber.

⁹⁵ NEVES, A. C.. A crise actual... pp. 99-100.

E se um tal tipo de enquadramento analítico deve possuir um cariz *jurídico*, qualquer propositura que se pretenda lançar desde a formulação de um novo critério ou fundamento jurídico para o sistema do Direito vigente deve, necessariamente, caracterizar se a proposta fundará um direito individual ou coletivo, acrescentando-se ao menos parcela das inúmeras discussões que têm sido travadas sobre o assunto.⁹⁶

Dada a recorrência de enfrentamentos de ordem jurídico-criminal que têm sido lançados sobre casos de (des)encontros das diferenças seja ao nível reflexivo-doutrinário, seja ao do tratamento das controvérsias práticas levadas às barras dos tribunais, seja, ainda, relativo a proposições legais implementadas no continente sulamericano, aqui transitando já numa plano dogmático, procurar-se-á debruçar sobre tais enfrentamentos de forma privilegiada. No mesmo sentido, porém em um plano já de fundamentação da propositura e, portanto, de índole jurídico-filosófica, dada a possibilidade de confusões que se possam lançar entre a fundamentação da tese que se defende e uma inadequada tentativa de reabilitação do pensamento sobre a *natureza das coisas*, também se privilegiará tal analítica.

Tal caminho investigativo não afastará outros enfrentamentos que se fazem necessários para o robustecimento analítico da proposta. Nesse sentido, privilegiando a análise em sentido negativo, procurar-se-á mostrar como outras saídas encontradas durante a investigação se frustraram enquanto soluções juridicamente válidas.

1.4 RECONTEXTUALIZANDO O PROBLEMA.

Respeitando-se o referido direcionamento qualificativo-metodológico da investigação, haveria que se perguntar por quais razões, e atendidas quais circunstâncias, externalizações de expressividades comportamentais típicas de um povo haveriam que ser respeitadas. Por quais motivos, uma vez que tais comportamentos se traduziriam em verdadeiras exteriorizações de uma esfera das mais sublimes da existencialidade humana, ainda não teria tal esfera sido

⁹⁶ Aqui já se podendo falar de uma *análise final em sentido positivo* inafastável.

resguardada devidamente em termos jurídicos. Por que tal âmbito não teria ainda se erigido e reconhecido historicamente em termos jurídicos, mesmo em se tratando de uma dimensão tão relevante do homem.

Desde já, porém, é de se ter em conta que as especificidades da personalidade se constroem historicamente e somente em tal fase da história, com todas as reflexões que sobre o assunto já se desenvolveram, é que se tem condições de assumir autonomamente, reconhecendo e consagrando juridicamente a forma de ser dos povos. Em outros contextos históricos isso seria impensável. O próprio ambiente que se gerou com a reabilitação da filosofia prática não deixa de acentuar os particularismos e a proposta, como já se pode antever, pode ser *universal* no reconhecimento, pois que respeitante a uma natureza comum da forma de ser dos povos; porém, a experiência não é de um universalismo em um sentido acrítico. Ademais, não se pode negar que a depender do entendimento que se tenha sobre o Direito, sobre sua função e sentido, bem como sobre as exigências metodológicas de realização que possam daí derivar, tal será o direcionamento das respostas de cunho eminentemente jurídico que haverão que ser apresentadas.

Dada a dimensão problemática que possíveis casos judicandos possam suscitar e a inarredável tarefa que compete aos julgadores, respeitadas as especificidades do Direito, haveria ainda que se perguntar: não seria uma das exigências da noção de *homem-pessoa*, entendida como aquela *aquisição axiológica*,⁹⁷ que o homem orientado pelo arcabouço valorativo de tipo europeu-ocidental foi angariando ao longo da história, o respeito ao homem e às suas

⁹⁷ “... o *sujeito* (o homem-sujeito) (...) é uma *entidade antropológica* (...) [e o homem-pessoa] é uma aquisição axiológica. O homem é sujeito enquanto é um *originarium*, a possibilidade da *novidade* no mundo que exclui a necessidade (tanto na determinação da acção como no evento da sua realização). Que o mesmo é dizer: postula um *initium*, um início que essencial e continuamente se retome na existência. Cada homem como sujeito é *novo* (um homem diferente) e *novador* (uma fonte de novidade).” NEVES, A. C.. Pessoa, Direito e Responsabilidade. Em: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 6, Fasc. 1.º, Janeiro-Março 1996. Coimbra: Coimbra Editora, p. 33. Para se sair da simples *individualidade*, enquanto fruto de uma categoria da compreensão antropológico-existencial do homem, ou seja, enquanto fruto da *liberdade*, e se passar à categoria *pessoa*, haveria que se passar do “... plano simplesmente antropológico para o mundo da coexistência ética, pois a pessoa não é uma categoria ontológica, é um categoria ética ...” NEVES, A. C.. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições de emergência do Direito como Direito. Em: **Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004, pp. 863-864. (mimeo) E, ainda: NEVES, A. C.. **O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, pp. 19-20. (Colecção Pontos de Vista – 1)

expressividades comportamentais típicas, não só aquelas decorrentes dessa própria matriz civilizacional, mas independentemente de suas origens e dos valores que orientariam os referidos comportamentos? Em se admitindo tal compreensão da referida noção de *homem-pessoa*, enquanto ponto constitutivo originário irradiador da eticidade no jurídico, possibilitante, portanto, do alargamento ao extremo do próprio espectro de abrangência conteudística que as noções de *humano* e de *pessoa* possam suportar, haveria, ainda, que se indagar: qual(is) seria(m) a(s) limitação(ões) que haveria(m) que se impor para que não se caísse no respeito a uma determinada forma de ser em detrimento de outra, ou seja, para que o respeito a um dado arcabouço valorativo não fosse preterido em relação a outro.

Dessa forma, se para o normativismo a realidade que lhe interessava era a dos fatos empíricos, se para o funcionalismo material já seria a própria realidade macroscópica, com base em informações obtidas a partir das ciências empíricas, para a perspectiva do Direito que aqui se defende, a realidade que interessa é aquela que vem estampada nos próprios casos judicandos, nas controvérsias práticas, nos acontecimentos concretos, irreptíveis, historicamente situados, porém que não se tratam de puros fatos, mas de *fatos qualificados juridicamente*.⁹⁸ Sendo somente através do *diálogo regulativo-crítico e problemático-normativo* com a realidade - no qual se impõe a ordem de validade do Direito -, que o Direito apresentará a *matriz constitutiva dos princípios e critérios da sua específica normatividade*,⁹⁹ como se poderá respeitar uma ordem valorativa distinta da que orienta esse Direito senão quando se esteja em jogo alguma esfera do humano encontrável na própria noção de *homem-pessoa* relevada aos seus limites?

Diante disso, haveria que se questionar se existiria ainda alguma faceta/esfera constitutiva existencial do ser humano, passível de estar em jogo dentro de uma controvérsia prática, que ainda não estaria devidamente coberta pelo manto jurídico nas sociedades herdeiras do Direito,¹⁰⁰ tendo-se em conta que,

⁹⁸ *Qualificação* essa específica quando se tem sob análise um *objeto cultural*, como adiante se procurará mostrar na análise da temática da *natureza das coisas*.

⁹⁹ NEVES, A. C.. As fontes do direito... pp. 236-237.

¹⁰⁰ *Revestimento pelo manto do jurídico*, contudo, que haveria de ser lançado a uma esfera que se constituía de forma alheia, externamente, ao mundo da vida daqueles que terão que apreciar, em termos jurídicos, um dado comportamento passível de responsabilização, pois, bem se

apesar do condicionalismo real que o mesmo sofre, este não pode jamais se afastar do seu norte, que é a *justiça*, pois os *valores da justiça*, ainda que se refiram às realidades sociais, não são delas deduzidos.¹⁰¹ Ou seja, desde uma perspectiva que concilie o condicionalismo real e o norte *determinado* pelo Direito, sem que se caia em um diluismo prático do especificamente jurídico, poderia se verificar alguma dimensão ainda não devidamente resguardada pelo mesmo? Não seria a convocação de uma suposta relação entre *necessidades humanas* e *direitos*¹⁰² – uma das possíveis soluções -, para além do risco de se tentar fundar o Direito em um puro substrato sociológico,¹⁰³ a assunção de uma perspectiva liberalista, em certo sentido distanciada das particularidades que cada uma das culturas dos mais variados povos carrega consigo?¹⁰⁴ Admitindo-se tal relação entre as *necessidades humanas* e supostos *direitos* como uma solução adequada, que perspectiva haveria que se ter sobre tais *necessidades* para que as mesmas não significassem resultados de consensos localizados de povos específicos, não deixando, portanto, de desconsiderar o que a tal perspectiva se contrapusesse, passando-se, assim, à margem dos problemas derivados dos (des)encontros das diferenças, uma vez que esses redundam justamente de controvérsias práticas envolvendo pessoas orientadas por reguladores da vida em comum diferenciados? Não se estaria, portanto, correndo-se o risco de - ao se olhar desde a ótica do Direito - compreendê-lo, equivocadamente, como possuidor de uma constitutividade valorativa não circular, não sensível às próprias práticas, desde seu específico *movimento de*

sabe, a juridicidade é algo que se constrói desde a própria prática, sobretudo a judicativo-decisória, e não algo que está hipostasiado e vai sendo lançado a problemas que o requeiram.

¹⁰¹ Cf. alerta Castanheira Neves, desde Franz Wieacker - *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., p. 568 -: NEVES, A. C.. As fontes do direito... p. 235.

¹⁰² Cf. proposta de Johan Galtung, mas que, como se procurará mostrar no subitem 3.7, merece ressalvas: GALTUNG, J.. **Direitos humanos. Uma nova perspectiva**. Tradução de Margarida Fernandes. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. (Direitos e Direitos do Homem – 5)

¹⁰³ Cf. análise exauriente de Castanheira Neves: NEVES, A. C.. As fontes do direito... pp. 95-240.

¹⁰⁴ Daí Michael J. Sandel alertar que a filosofia pública do liberalismo político possui uma visão da razão pública "... demasiado frugal para conter as energias morais de uma vida democrática viva. Ela cria, portanto, um vazio moral que abre o caminho para moralismos intolerantes, triviais e mal direccionados." SANDEL, M. J.. **O liberalismo e os limites da justiça**. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 282. No dizer de Jeremy Waldron, "Liberals pride themselves on being able to discern, amidst the variety of different ways in which humans live in this world, a certain number of basic needs, interests, vulnerabilities and capacities that each of us possesses-features that are common points of concern, part of our common humanity, part of what any society should address." WALDRON, J.. Particular Values... p. 563,

constituição? No polo oposto, um respeito incondicional às práticas sociais não se traduziria numa diluição em um holístico *continuum* prático do Direito,¹⁰⁵ esmaecendo a sua especificidade constitutiva ou mesmo numa tentativa de lançar o Direito, exclusivamente, a um jogo de *necessidades*?¹⁰⁶

Em tal direcionamento, poderiam se vislumbrar as necessidades humanas tão somente pelo viés da sobrevivência ou já se poderia entendê-las como pressupostos para o reconhecimento de direitos? Como compreendê-las sem se cair em propostas de cunho mais marcadamente liberalista, em que se buscariam valores identificáveis em todas as sociedades, abstratamente considerados, o que,

¹⁰⁵ Cf. reflexão aprofundada de Aroso Linhares: LINHARES, J. M. A.. Law's Cultural Project and the Claim to Universality or the Equivocalities of a Familiar Debate. Em: **International Journal for the Semiotics of Law**. Vol. 25. Nº 4. Netherlands: Springer, 2012, pp. 489-503. Tais tentativas de resposta esmaecedoras das especificidades do jurídico "... ao manter[em]-se [fiéis] a uma exigência de *inseparabilidade* – à interpenetração de intenções e significações que a[s] sustenta e à procura de equilíbrios *internos* que esta[s] *holisticamente* determina[m] -, reage[m] ao mesmo problema global assumindo (experimentando, recriando, ainda que raramente tematizando) um *continuum* prático (*imune* àquela pretensão de autonomia [do Direito]) ... Um *continuum* no qual a moralidade comunitária, a prática religiosa, as narrativas partilhadas, as concepções de vida boa, os modelos-*exempla* de autocompreensão (ou de felicidade individual) e outros cânones socialmente vigentes – sem prejuízo das diversas soluções de equilíbrio que se vão comunitariamente institucionalizando e das possíveis mudanças que estas, mais ou menos contingentemente, introduzam ... – são confirmados -*sancionados* como constitutivamente indissociáveis ... e para o qual a <<ordem jurídica>> (...) não será (nem deverá ser) porventura mais do que a institucionalização regulativamente eficaz ou do que a projecção coercitiva do conteúdo desse *continuum* – aquela ordem jurídica (aquele *direito*) que se nomeia quando se invoca o núcleo normativo culturalmente único da ordem islâmica, do *dharma* indu, do *halakhah* judaico ou do *beehaz'aanii* indígena." LINHARES, J. M. A.. Direito, *violência* e *tradução*: poderá o Direito, enquanto *forma de vida* civilizacionalmente *situada*, oferecer-nos as condições de *tercialidade* exigidas pelo problema do diálogo intercultural? Em: **Themis**. Ano XV, nrs. 26/27, 2014, pp. 29-59. Também para a temática: LINHARES, J. M. A.. A ética do *continuum* das espécies e a resposta civilizacional do direito. Breves reflexões. Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Volume LXXIX. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 197 e ss. e pp. 214-215, e, ainda, em: LINHARES, J. M. A.. *O logus*... pp. 65-66 e pp. 132-135.

¹⁰⁶ *Jogo* esse que seria orientado por uma *relação causal* que haveria que se impor e não, como haveria de ser, desde a determinação ditada pela *hierarquia objectiva dos valores*: NEVES, A. C.. As fontes do direito... p. 231. Isto não implica dizer que as necessidades, tal como ocorreria com os interesses, esses mesmo que sopesados em uma relação humana para bens e valores, numa tentativa de se tentar encobrir diferentes conceitos debaixo de uma mesma categoria, tal como propôs Heinrich Hubmann – *Wertung und Abwägung im Recht* -, não pudessem ser consideradas conforme as *circunstâncias especiais* ou as *situações concretas* das mesmas, quando se "... reconheceriam a adequação ou a inadequação material, a acumulação integrada, a proximidade ou premência e a intensidade ..." delas, sendo, portanto, "... susceptíveis de sugerirem critérios atendíveis para a definição de princípios da sua valoração ou para decidir das suas relações e preferência nessas situações ...": Id. Referindo-se também à *relação causal* que orientaria as singulares ciências humanas, nos seus respectivos campos de competência, mais ou menos conectadas com o agir moral, o que já estaria substituindo o filosofar tradicional por um modo novo de estudo, tipológico e classificatório, mais voltado a descrever a fenomenologia moral nas suas múltiplas formas constitutivas: MARCHELLO, G.. **Dai bisogni ai valori. Nuovi studi sull'etica dei valori**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1977, pp. 10-11.

levado ao campo do especificamente jurídico, se converteria na negação da constitutividade axiológica que é alimentada pela própria prática do Direito? Como se considerar tal relação entre *necessidades* e *direitos* sem regressar aos equívocos que propostas de cariz marcadamente sociológico incorreram?¹⁰⁷ Dando-se primazia ao aspecto determinante que o axiológico deve possuir no sopesamento de tais necessidades, seria admissível se pensar que para além daquelas necessidades vitais que as pessoas estariam buscando saciar haveria alguma outra, talvez também com um alto grau de relevância e que estaria sendo violada, contribuindo para a manutenção de tais pessoas em situações responsabilizantes desarrazoadas? Todas essas indagações hão que ser enfrentadas para que se possa invocar uma saída jurídica defensável desde a relação entre *necessidades humanas* e correlatos *direitos*.

Para além da referida relação, o que se tem verificado é que o crescente pluralismo tem levado a uma desintegração entre as pessoas justamente pelas diferenças que as distinguem, ou seja, justamente por aquilo que as tornam seres únicos e irrepetíveis, parecendo restar ao Direito quase que a impossibilidade de ação onde mais necessário este seria enquanto elemento integrador.¹⁰⁸

Se a opção pelo Direito parece inevitável, teria o mesmo respostas, razoavelmente aceitáveis em termos jurídicos, para os inúmeros problemas de ordem prática que decorreriam deste entrelaçamento de pessoas e, portanto, do confronto de formas de ser as mais variadas possíveis, sem que com isso não se corresse o risco de cair em um exercício retórico tendo como pano de fundo os *direitos humanos*, mas, sim, concebendo esses desde um "... interrogável sentido de direitos no direito ..."?¹⁰⁹

Se os sinais dos (des)encontros das diferenças têm sido cada vez mais claros no sentido de que algo ainda resta por se fazer em termos jurídicos para que

¹⁰⁷ Para uma crítica de algumas dessas propostas: NEVES, A. C.. As fontes do direito e o problema da positividade jurídica. Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Volume LI. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1975, pp. 115-204. E, ainda: NEVES, A. C.. As fontes do direito... pp. 95-240.

¹⁰⁸ Para o alerta: NEVES, A. C.. O problema da universalidade do Direito – ou o Direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. Em: NEVES, A. C.. **Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros – Digesta -**. Volume 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 117.

¹⁰⁹ Ibid. p. 116.

dada esfera das pessoas que têm sofrido as consequências da intolerância seja preservada, haveria que se pensar, *a priori*, o que justificaria a *criação* de um novo direito.

A busca de uma alternativa de solução à problemática que os (des)encontros colocam ao Direito requer por um lado a consideração de que há uma tendência contemporânea à valorização da diversidade e, por outro, o fato de que o consenso social mobilizado pela positivação de direitos já não mais se pode verificar ante a heterogeneidade decorrente da complexidade das sociedades atuais.¹¹⁰ As relações interpessoais são transfronteiriças e ultrapassam o âmbito das interações do tipo internacional; inúmeros são os efeitos transfronteiriços que decorrem da ação humana.¹¹¹ Qualquer proposta que se busque precisa ter em conta tais fatores limitadores, que a condicionariam a apresentar uma roupagem que, ao mesmo tempo em que albergasse a diversidade, guardasse em si um fator de integração. Afinal, tratam-se de relações em que, ao mesmo tempo, se percebem de um lado as aspirações de uns pela manutenção de um estilo de vida nos moldes que tinham em seus povos de origem e de outro, o desejo de não verem suas formas de vida e orientações valorativas serem desrespeitadas pelas pessoas de outros povos que passaram a compartilhar do mesmo espaço social.¹¹²

Uma proposta de solução aos problemas que emergem dos (des)encontros das diferenças não pode se resumir ao atendimento de particularismos, constituindo-se, assim, em *egoísmos grupais*, fugindo, portanto, a um projeto global – mais alargado - de comunidade.¹¹³ De outro lado, o não reconhecimento e o correlato respeito a expressividades comportamentais típicas dos povos, exteriorizadas em locais e circunstâncias específicas, pode significar a violação da dimensão ético-jurídica do homem.

Há que se buscar, assim, identificar a raiz dos problemas decorrentes dos referidos (des)encontros, procurando apresentar algo que consiga conciliar a

¹¹⁰ Conforme adverte Mário Alberto Pedrosa dos Reis Marques: MARQUES, M. R.. Direitos fundamentais e afirmação de identidades. Em: ROCHA-CUNHA, S.. **Política, cidadania & cultura numa era global**. Évora: Instituto Superior Económico e Social, 2005, p. 165.

¹¹¹ SEN, A.. **A ideia de justiça**. Tradução de Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Edições Almedina, 2010, p. 207.

¹¹² Como adverte Dieter Grimm: GRIMM, D.. Multiculturalidad... p. 53.

¹¹³ MARQUES, M. R.. Direitos fundamentais... pp. 168-169.

pluralidade das diferenças com uma proposta auto-ajustável em termos temporais e qualitativos, visando a redução dos problemas decorrentes da vida em comum, sem deixar de respeitar aquilo que foi conquistado em termos históricos enquanto valores integradores de uma específica ordem comunitária sobre a qual se assenta um específico Direito. Assim, os conflitos emergentes de tais (des)encontros não podem encontrar soluções jurídicas optando-se, de antemão, “... por el ordenamiento jurídico vigente con carácter general ...”, pois as pessoas implicadas podem invocar “... en favor de sus valores y formas de vida derechos fundamentales que, por más que al consagrarlos aún no se pensara en el conflicto entre culturas diferentes o incluso enfrentadas (...) [e que, desde suas formulações gerais,] establecen criterios igualmente aplicables [nos referidos contextos] ...”¹¹⁴

Por fim, a reflexão parece não dever ser reduzida a problemas isolados de Direito Criminal, em que saídas como a *defesa cultural* ou o *erro cultural* como exculpantes resolveriam as controvérsias práticas, ainda que não se possa negar os contributos que tais tipos de enfrentamentos dos problemas práticos têm trazido. Basta se pensar, em termos comparativos, tendo como referência o cenário europeu onde o comum é se verificar estrangeiros em tal território e que acabam por insistir em manter suas tradições e costumes, gerando, sobretudo, conflitos de ordem religiosa, em contraposição ao cenário sulamericano. Aqui há povos originários, mas que acabam tendo que se submeter a regras de convivência diferentes das suas, aumentando, com isso, a ordem de complexidade analítica, exigindo-se, portanto, um refinamento reflexivo e uma adequada compreensão do que estaria na base. Isso fundamentaria, e não meramente *justificaria*, a exteriorização de comportamentos típicos pelas pessoas de um dado povo. Inúmeros são os povos primitivos que convivem no território sulamericano com descendentes dos colonizadores, imigrantes de variados continentes que para ali se deslocaram ou foram levados, pessoas oriundas de um dos países do próprio continente que estão fora de seus territórios de origem, e mesmo povos isolados/não-contatados, para os quais a própria noção de *país* sequer é imaginável, para se citar somente alguns dos

¹¹⁴ GRIMM, D.. Multiculturalidad... p. 54.

exemplos da pluralidade que a região alberga.¹¹⁵ O que há em tais povos originários é a *manutenção das condutas* dentro de um território que pode considerá-las como passíveis de incriminação, o que coloca um fator de complicação analítica a ser enfrentado. Seria pensável, portanto, que, dentro de um mesmo território, existissem pessoas, desde sempre, em constante conduta delitiva? Se resumiriam os problemas a potenciais casos de responsabilização exclusivamente criminal? Todas essas questões precisam ser enfrentadas.

É nesse sentido que a compreensão que se tenha do Direito herdeiro de uma específica matriz civilizacional e que prepondera sobre todo o território sulamericano será decisiva para o direcionamento da investigação. Afinal, tal seja a compreensão que se assuma do Direito, tal será a compreensão de como os problemas de ordem prática que a esse Direito serão colocados merecerão ser tratados; tal será o modo como haverá que se formular uma proposta que consiga dar uma solução às controvérsias práticas sem colocar em causa a própria especificidade constitutiva axiológico-refundamentadora desse mesmo Direito, sem macular, portanto, o seu próprio sentido, sem colocar em xeque a sua própria autonomia. Resta apontar, portanto, ainda que brevemente, alguns dos traços da compreensão do Direito de que se parte.

Não se cinge tal tarefa a uma especulação de índole teórica; tal reflexão será no sentido de se lançar as bases para a verificação da viabilidade ou não da defesa da existência de um *direito* que venha a resguardar uma esfera constitutiva-existencial do ser humano, tradutora das inúmeras formas de ser que os povos possuem; uma tal resposta, no cunho especificamente jurídico, pode ser considerada como *válida, de Direito*, tendo em conta o modelo de racionalidade jurídica que está subjacente à investigação. Não se trata, portanto, de ver os problemas jurídicos tão somente como *jogos de coerência*, mas, antes, apontar que

¹¹⁵ Somente no Brasil, segundo dados obtidos desde o estudo *Povos Indígenas no Brasil 2006/2010*, do Instituto Socioambiental, há 235 povos indígenas, que falam cerca de 180 línguas: RICARDO, C. A.; RICARDO, F.. (Orgs.) **Povos indígenas no Brasil: 2006-2010**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. Na explicação de Fany Ricardo, os chamados *índios isolados* seriam aqueles cujo contato com a Funai, órgão brasileiro responsável pelas questões indígenas, não teria sido estabelecido: RICARDO, B.; RICARDO, F.. (Editores gerais) **Povos indígenas no Brasil: 2001-2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006, p. 64.

a partir dos problemas se torna possível a *experimentação* da própria concepção.¹¹⁶

1.5 A COMPREENSÃO SOBRE O DIREITO COMO CONDICIONANTE DO DIRECIONAMENTO INVESTIGATIVO.

É decisivo para a percepção da coerência argumentativa e das implicações que dela decorrem a perspectiva que se tem do Direito subjacente à tese. Isto não sugere, porém, a assunção de uma posição teoricamente fundada, em que o Direito seria visto como um *objeto* a ser analisado; antes, mostrar que ao Direito o relevante é a verificação se uma dada solução pode ou não ser tida como *de Direito* e, assim, ser considerada válida.

Tal abordagem servirá como fundamento às contra-argumentações críticas que podem ser lançadas às propostas trazidas à análise, não significando que se está partindo de uma compreensão já pré-estabelecida. O entendimento do fenômeno jurídico e da juridicidade que o Direito representa servirá, sobretudo, para se por à prova a própria compreensão do Direito assumida e os limites que se colocam a ele.

A reflexão sobre a normatividade jurídica leva ao entendimento do *sentido* que o próprio Direito possui.¹¹⁷ Dimensões essas, da *normatividade jurídica* e do *sentido do Direito*, que estariam sendo colocadas em causa por pressões de ordem sociológica, axiológica, crítico-cultural e funcional.¹¹⁸ As de ordem sociológica seriam

¹¹⁶ Advertência de Castanheira Neves, quando de seu estudo sobre as fontes do Direito e do equívoco de se tentar "... deduzir de uma postulada concepção do direito a solução do problema das fontes ...", mas que pode ser trazido à presente reflexão. NEVES, A. C.. As fontes do direito... Volume LI. p. 118 e nota nº 4. Contudo, Castanheira Neves também não deixa de acentuar a necessária conexão entre os problemas – da concepção do Direito que se tenha e sobre as fontes -, pois "... se a concepção do direito determina sempre uma certa teoria das fontes, já que aquela terá nesta a sua eminente expressão normativa, o entendimento e a solução que haja de dar-se ao problema das fontes condiciona, por sua vez, uma correlativa concepção do direito, posto que o direito terá também de compreender-se em função do modo como se constitua e manifeste a sua normatividade. A concepção do direito e a teoria das fontes remetem-se assim uma à outra e mutuamente se implicam." NEVES, A. C.. Fontes do direito. Contributo para a revisão do seu problema. Em: NEVES, A. C.. **Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros – Digesta** -. Volume 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 07-08.

¹¹⁷ Problemas esses, o da normatividade jurídica e o do sentido do Direito, que decorreriam do problema fulcral da reflexão jurídica na atualidade, qual seja o da *autonomia do Direito*. NEVES, A. C.. O Direito hoje... p. 07.

¹¹⁸ Ibid. pp. 10-14.

fruto da “... complexidade estrutural, dimensional e intencional das sociedades actuais ...”,¹¹⁹ com as novas indagações que daí decorreriam. E, também, pelo esmaecimento dos referenciais valorativos e culturais, o que apontaria tanto para uma inadequação normativa, a se traduzir pela insuficiência dos materiais jurídicos e das respostas deles decorrentes quanto pela incapacidade institucional de resposta do Direito.¹²⁰

Axiologicamente, as pressões decorreriam da transmutação do Direito para um mero “... *regulador funcional* de uma sociedade individualista e sem valores, só interessada quer politicamente quer estrategicamente em reivindicantes <<liberdades>>, tornadas <<direitos>> subjectivos sem deveres, e em <<limites>> garantísticos ...”,¹²¹ afastando-se de uma concepção assente em uma validade própria, normativamente autônoma, orientada por uma axiologia material e especificamente fundamentante.¹²²

Crítico-culturalmente falando, o Direito, e o universo jurídico que dele emerge, estaria submerso em um *pensamento negativo*, caracterizador da cultura contemporânea,¹²³ que atacaria uma suposta *anacrônica pré-racionalidade* fruto de uma axiologia orientada por *fórmulas mágicas*; pretensões de uma *objectiva validade* do Direito seriam desmistificadas, pois que fruto também de uma desmistificação de uma *objectiva validade* e de *justiça*; haveria uma *ausência de uma objectiva racionalidade de fundamentação* e uma ilusória *ordem normativa legitimante*; as experimentações práticas do Direito esbarrariam nas *contradições fundamentais* do seu *pseudo-sistema*; justificações seriam improvisadas com base em orientações ideológicas, variando conforme os fins a serem buscados.¹²⁴

Funcionalmente, as pressões ao Direito *em sentido forte* adviriam da existência de outros potenciais reguladores sociais mais eficientes,¹²⁵ seja derivados

¹¹⁹ Ibid. p. 10.

¹²⁰ Id.

¹²¹ Ibid. p. 11.

¹²² Ibid. pp. 11-12.

¹²³ Ibid. p. 13.

¹²⁴ Ibid. p. 12.

¹²⁵ Para Castanheira Neves, o Direito *em sentido forte*, que implica uma conseqüente autonomia, se referiria a uma “... auto-subsistência de sentido e não menos à sua auto-afirmada especificidade já intencional nos fundamentos, já teleológica nos critérios, já de material determinação nos conteúdos – sem excluir decerto a possível, a necessária integração no global universo prático-

da política, de uma *tecnologia social* já estrategicamente otimizada, seja, por fim, de uma orientação econômica, onde *interesses*, desde a orientação dos mercados, é que seriam os nortes.¹²⁶

Tudo para, considerando que o *ser humano* é a própria razão de ser do Direito, se "... reconhecer que o problemático atinge a possibilidade mesmo do sentido, e que o problema hoje do direito se oferece literalmente problemático e assim problemático na sua própria raiz.",¹²⁷ e que tal condição não seria senão a própria expressão "... da nossa própria problemática situação histórico-existencial; situação em que nós mesmos, com todos os sentidos da nossa cultura e herança constituintes, nos pomos em causa até ao limite."¹²⁸ Uma perspectiva, portanto, com uma *imanência microscópica*,¹²⁹ centrada no *ser humano*,¹³⁰ onde o juridicamente relevante, para além da compreensão da lei, seja enquanto *norma*, *imperativo* ou mesmo *regra*, é a *axiológica normatividade convocada pelo juízo prático*.¹³¹

Desde tal diagnóstico, a concepção do Direito que se deva convocar precisa vislumbrá-lo enquanto um fenómeno que emerge sócio-histórico-culturalmente da realidade humana, envolvendo uma síntese constitutiva das condições *mundano-social*, *humano-existencial* e *ética*,¹³² não podendo esse, respeitada a sua especificidade constitutiva, não se atentar aos problemas práticos decorrentes dos (des)encontros das diferenças. O que se pretende é, uma vez compreendidas as limitações que tais (des)encontros sempre ocasionaram, apresentar alguma proposta de solução, ainda que se tenha consciência de que a amplitude do problema é muito maior, pois tal regulador da vida em sociedade abarca somente um percentual da totalidade de pessoas sobre a Terra.

humano: se o direito for aí autónomo, no seu sentido e na sua manifestação, nem por isso deixará de ser obviamente elemento desse universo.": Ibid. p. 21.

¹²⁶ Ibid. p. 13.

¹²⁷ Ibid. p. 14.

¹²⁸ Ibid. p. 17.

¹²⁹ Ibid. p. 20.

¹³⁰ Baseando-se na ideia de *homem-pessoa*. Ibid. pp. 19-20.

¹³¹ Ibid. p. 20. Tratam-se de "Duas perspectivas diferentes cujos referentes últimos são, na verdade, a sociedade e suas exigências jurídico-funcionais, para a primeira, e o homem e a postulação do seu direito, para a segunda." Ibid. p. 21.

¹³² NEVES, A. C.. O problema da universalidade... pp. 119-121 - condições de emergência do Direito -.

O desafio, contudo, potencializa-se, pois a perspectiva a se adotar é baseada em *valores*, entendidos esses como *criações da prática humana*, que se desenvolvem em certos contextos - dimensão de historicidade -.¹³³ Compreender o Direito assentado em *valores historicamente erigidos* aumenta a dificuldade, sobretudo quando o cerne do problema a ser enfrentado decorre dos (des)encontros das diferenças. Afinal, como se poderia encontrar uma solução jurídica coerente com tal concepção do Direito, quando o que se percebe na vida prática é um verdadeiro *mosaico social*, ou seja, onde a pluralidade e a diversidade têm sido as marcas d'água das atuais sociedades, mormente no que concerne aos *valores*.

De outro lado, não seria possível compreender por que até então não se teria reconhecido uma esfera tão sublime do *ser humano*, como a forma de ser dos povos representa, justamente porque a *prática histórico-cultural e de comunicativa coexistência* - seja a *prática ética em geral* seja a *prática jurídica* em particular -, desde a sua *tão específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido*, e *estruturalmente constituída* pela distinção entre aquilo que valoraria positiva ou negativamente dentro de tal prática, se referir sempre a essa intencionalidade e convocar constitutivamente na sua normatividade *certos princípios normativos que pertencem ao ethos fundamental ou ao epistême prático de uma certa cultura numa certa época?*¹³⁴ Afinal, o que divergisse de tal *ethos fundamental* ou *epistême prático* se situaria fora da cultura espácio-temporalmente delimitada. Contudo, se a razão maior para o não reconhecimento de um direito possa mesmo ter em tal dialética de construção do arcabouço valorativo informador da vida de um dado povo significativa parcela da sua razão de ser, o problema aqui

¹³³ Para as distinções entre uma perspectiva *ahistórica* do Direito, a *histórica* e a de *historicidade*, conforme Castanheira Neves, Ana Margarida Simões Gaudêncio observa que o modelo jurisprudencialista de Castanheira Neves "... recusa-se a qualquer ordem pressuposta, não se admitindo uma fundamentação axiológico-metafísica para o direito (...) [, rejeitando, também,] uma perspectiva historicista (...) [desde uma] fundamentação teórico-dedutiva (...) [,] afirmando antes uma *auto-disponibilidade* comunitária de conformação da validade, e, por isso, uma intrínseca historicidade." GAUDÊNCIO, A. M. S.. Do historicismo materialista à historicidade da sociedade aberta: poderá o Direito ser reflexo ou instrumento da História? Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves**. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 519-520.

¹³⁴ NEVES, A. C.. O Direito hoje... pp. 54-55.

não se esgota. Basta lembrar que se é a noção de *homem-pessoa*¹³⁵ o ponto sintetizador fundamentante do Direito, é porque a exigência responsabilizante decorrente da dialética *autonomia X responsabilidade/direitos X deveres*, tradutora da noção do *eu pessoal* e do *eu social* que é abarcada pela categoria do *homem-pessoa*, só faz sentido uma vez que a pessoa tenha tido a possibilidade de se adaptar às cargas responsabilizantes que a nova comunidade lhe impõe.

O fator *temporal* para a análise de um conflito resultante de algum (des)encontro é indispensável, podendo se constituir uma afetação negativa ao grau de justiça judicativo-decisória ao juízo formulado sobre o caso decidendo a sua não observância, mesmo que nas raízes do conflito, de ambos os lados, esteja a *forma de ser dos povos* como um referente jurídico-analítico a ser considerado.¹³⁶

Então, haveria que se perguntar: não estaria aqui uma tentativa de se conciliar o *inconciliável*? Seria possível a defesa do Direito assente em *valores*, considerando a situação da *consciência contemporânea*, fundada em uma tal diversidade e já mesmo em uma progressiva via de destruição? Opostamente, em se negando tratar-se o problema dos valores como algo *privado de sentido*, poderia a consciência contemporânea se privar de experimentar as consequências trágicas da sua negação? Para além dessas indagações que, no diagnóstico de Enrico Opocher, seriam verificadas mais no reduto dos intelectuais e, assim, não decorrendo daí efeitos imediatos, a negação contemporânea do sentido dos valores assenta-se em uma consciência já massificada, fascinada pelo *imediatismo* e pela *mutabilidade ilimitada da liberdade*. Daí a preocupação de se recuperar aquilo que tivera se perdido sobre o plano da consciência – *valores* -, sem, contudo, cair no erro

¹³⁵ Ibid. pp. 68-69.

¹³⁶ O que se propõe, em certa medida, vai de encontro à posição do Prof. Dr. Dieter Grimm, pois ao mesmo não haveria por detrás dos conflitos decorrentes dos (des)encontros das diferenças "... algún principio ordenador oculto." Ainda que o proposto não se constitua numa busca de um tal *principio ordenador oculto*, como se mostrará, não deixa de se apresentar como um fundamento comum, aplicável a todos os povos, pois se perceberá que há uma *natureza comum da forma de ser dos povos*. GRIMM, D.. Multiculturalidad... p. 56 e ss. O grau de justiça judicativo-decisória a que se alude quando da formação do juízo decisório correspondente visa aquilo que Castanheria Neves prefere chamar o *acerto ou justiça* das decisões jurídicas. Tal expressão dupla teria "... a vantagem de incluir também, expressamente, a justiça." NEVES, A. C.. O instituto dos <<assentos>>... pp. 34-35.

de acabar convertendo as ações num exercício autoritário do poder, das quais aquelas de cunho ideológico são as mais facilmente recordáveis.¹³⁷

As dificuldades se avolumam quando se parte para o plano do especificamente jurídico,¹³⁸ onde tanto a negação do Direito como *valor* acaba por ferir todo um horizonte axiológico quanto a negação de cada valor acaba por se repercutir com particular força no Direito. E, assim, perigosamente, poderia ser justamente aqui que o Direito viesse a surgir como o terreno ideal para a recuperação dos valores negados sobre o plano do poder, constituindo-se e, assim, aparecendo à *consciência contemporânea* como o *mais típico e mais importante instrumento de controle social*. Tudo, então, em um orquestramento perfeito para se negar a possibilidade de uma perspectiva axiológica. Tudo se agravaria ainda mais com a perniciosa manipulação legislativa de que os parlamentos, mormente nos

¹³⁷ OPOCHER, E.. **Lezioni di Filosofia del Diritto**. Seconda edizione. Padova: CEDAM, 1993, pp. 267-269. Nos idos de 1947 Enrico Opocher esboçara uma perspectiva do Direito assente em valores, contudo, partindo de uma concepção por ele tida como existencialista. Opocher, recordando Simmel – *Lebensanschauung* -, observava em tal fase que o pensamento reflexo tenderia a destacar-se do próprio objeto, a inverter o plano mesmo sobre o qual surgiria e a ter um significado coerentemente do restante, o que seria perceptível desde o processo mesmo da vida subjetivamente vivida, que tenderia a transcender-se em uma sucessão de formas objetivas às quais teria necessidade de vincular o próprio conteúdo. Com isto, a filosofia, se não quisesse transcender de sistema em sistema, se desejasse assimilar a experiência na sua concretude, no seu princípio produtivo, ou seja, no seu *valor*, sem fechar a vida nas abstratas formas objetivas que essa liberaria de si, e sem transcender, assim, o mundo do individual, concebendo-o incompreensível, deveria voltar-se à individualidade. A filosofia, portanto, deveria reconhecer a própria indissolúvel conexão à estrutura da existência individual. Haveria, assim, uma ligação profunda ao mundo da individualidade, à estrutura da vida individual, que permitiria colher o concreto valor da experiência jurídica. OPOCHER, E.. **Il valore dell'esperienza giuridica**. Treviso: Tipografia Crivellari, 1947, pp. 108-110. Opocher, contudo, contrariando Simmel, observa que a aparente antinomia do “*real versus ideal*” ou mesmo dos “*conteúdos materiais versus a forma objetiva da vida*” mostraria tanto a solução de um mistério, quanto a colocação de outro. A tentativa de Simmel, mesmo que procurando se manter no plano subjetivo da individualidade, de escapar de qualquer relativismo objetivístico e de construir um sistema de valores ancorado na individualidade, mas ainda absoluto, o teria levado ao equívoco de conectar a estrutura antinômica da vida individual à essência mesma da vida objetivamente considerada na tentativa de justificar o movimento antinômico da individualidade, projetando-o sobre o plano objetivo da ideia, ou seja, negando e superando, ainda, o plano especulativo da individualidade mesma. Não seria possível um reenvio da vida individual à vida objetiva, mesmo que compreendida como um complexo de formações individuais para colher o valor do movimento antinômico implícito na mesma vida individual. Isto significaria romper, tal como ocorreria nas posições intelectualísticas do realismo e do idealismo, o movimento mesmo da individualidade, dando um valor absoluto à ideia objetiva da vida e, ainda, resolvendo a mesma antinomicidade da experiência sobre o abstrato plano objetivo e, assim, contradizendo mesmo a própria premissa. Para a crítica de Opocher sobre Simmel: Ibid. pp. 118-119. Para o texto de Georg Simmel: SIMMEL, G.. **Intuición de la vida. Cuatro capítulos de metafísica**. Traducción de José Rovira Armengol efetuada em 1950. La Plata: Terramar, 2004. (Caronte Filosofía)

¹³⁸ “Si potrebbe dire che è proprio qui, intorno al diritto, che l'uomo contemporaneo sta saggiando gli immensi problemi che la negazione del valore apre nella vita sociale e, quindi, nella stessa coscienza individuale.” OPOCHER, E.. *Lezioni...* p. 269.

países periféricos, padecem e que, agrave-se o quadro, o ambiente jurídico-constitucional tem sido o meio mais propício.¹³⁹

Buscando superar tal plexo de equívocos, pode-se dizer que os valores decorrem do mundo prático, desempenhando, assim, um duplo papel. Eles comportam aspirações de sentido, que as práticas humanas constroem, ou seja, são as tais *pretensões de transfinitude*, pois enquanto sujeito o homem teria consciência de que seria somente uma parte do todo - *finitude humana* -, mas, simultaneamente, teria consciência porque essa seria uma aspiração à transfinitude.¹⁴⁰ É assim que, ao invés de um referir-se a um “absoluto”, onde os valores perderiam seus significados, pois o “absoluto” é aquilo que “deve ser”, eles, referidos ao “homem”, entendido aqui como a noção de “homem-pessoa” – postulação de Castanheira Neves -, exprimiriam a constitutiva “exigência de absoluto”, que, em razão mesmo da contingência do homem, caracterizaria a sua própria humanidade.

Contudo, não se pode esquecer que, no Direito, o processo de intenções e realizações já está institucionalizado na relação *sistema X problema*, desde os critérios, prescrições legislativas, princípios, etc. Já existe uma consideração prévia que estrutura o Direito desde a matriz de que se parte. Quando se fala do mundo prático, os valores e os princípios são, simultaneamente, oriundos dos contextos das práticas e orientadores delas. As exigências emergiriam das práticas comunitárias e iriam orientá-las, sendo, conjuntamente, também correlatas às próprias práticas. Todos os processos de realização em que essas exigências fossem projetadas em ações e decisões seriam experimentações dessas intenções, não as deixando imunes. Os valores/princípios, portanto, não devem ser pensados num plano abstrato, não se podendo atribuir aos mesmos uma pretensão de universalidade e ahistoricidade. O que se defenderá, portanto, terá em conta uma validade axiológico-normativamente pensada.¹⁴¹

¹³⁹ Ibid. pp. 269-270. “Quando si nega che il diritto sia valore, si finisce con l’abbandonarlo, fin nel suo concetto, al potere, secondo l’immortale battuta di Trasimaco: <<la giustizia è l’utile del più forte >>.” Ibid. p. 274.

¹⁴⁰ Formulações essas inspiradas em José Manuel Aroso Linhares, desde o Curso de Mestrado em Direito - disciplina de Filosofia do Direito -, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, no ano letivo 2013-2014, de que tive o privilégio de poder ser um dos alunos. Qualquer inconsistência aqui esboçada, assim, é de inteira responsabilidade do autor.

¹⁴¹ Trata-se da ideia de *juridicidade* e de como pode se compreender a própria questão da *validade de Direito*, tal como Castanheira Neves compreende a normatividade: *tetra-composta*. A

Quando se parte de uma concepção que situa os valores na própria prática, retira-se a possibilidade de ruptura abrupta, o que, em se adotando uma perspectiva baseada na *societas*, desde *fins*, poderia ocorrer, pois outros *fins* poderiam ser pensados e alterados seja pela via legislativa seja por medidas advindas de órgãos do Executivo. Uma perspectiva de validade comunitária, porém, possibilita pensar *limites* para essas transformações que podem ferir aqueles valores já conquistados.

Ainda que o proposto parta de uma concepção do Direito e da juridicidade que transcendem a própria ideia de *direitos humanos* ou mesmo *fundamentais*, não se negando as conquistas que prático-historicamente tais concepções representaram e ainda representam, não se pode esquecer que os discursos que apregoam a não sobrecarga da política de direitos humanos, desde novos direitos, não passam de "... una manifestación tardia de la reducción de las pretensiones emancipatorias de la modernidad occidental al grado más bajo de emancipación posibilitado o tolerado por el capitalismo mundial: los derechos humanos de baja intensidad aparecen como la otra cara de la democracia de baja intensidad."¹⁴² Ademais, partir do referencial dos *direitos humanos* poderia levar ao equívoco de se tentar impor uma dada concepção aos povos que não compartilhassem com um tal arcabouço normativo.

O que se propõe, portanto, também não deixa de ser um alerta para o fato de que o multiculturalismo, e os (des)encontros das diferenças que dele emergem, é um terreno fértil não só para uma reconceitualização dos direitos humanos, fugindo da concepção localista globalizada que os entende de forma universal, mas também

normatividade compreenderia os seguintes elementos: os princípios, as normas prescritas e com um vinculante valor normativo, a expressão da jurisprudência e, enfim, a dogmática/doutrina jurídica. NEVES, A. C.. A crise actual...p. 57. Friedrich Müller entenderia a *normatividade materialmente condicionada*. Ela consistiria na qualidade dinâmica de uma norma que seria, ao mesmo tempo, influenciadora da realidade e por ela influenciada. Seria o ordenante e o ordenado se complementando mutuamente no processo de realização prática do Direito. MÜLLER, F.. **Normstruktur und Normativität – Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation**. Berlin: Duncker & Humblot, 1966. (Schriften zur Rechtstheorie – Heft 8) Ou, ainda: MÜLLER, F.. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 9, n. 27, p. 111-126, set./dic. 1989.

¹⁴² SANTOS, B. S.. **Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho**. Traducción de Carlos Lema Añón, Carlos Martín Ramírez, Mauricio García Villegas, Elvira del Pozo Aviño y Carlos Morales de Setién Ravina. Madrid: ILSA-Editorial Trota, S. A., 2009, p. 517.

que uma esfera de direitos elementar do ser humano pode ser violada, seja em termos de discriminações que pessoas possam sofrer quando se encontram em culturas diferentes das suas – que certas soluções já construídas resolveriam -, seja, sobretudo, em termos de responsabilizações que podem vir a ser exigidas no convívio entre diferentes; seja, ainda, tão somente porque até então não se apresentou algo que trouxesse uma solução factível em termos prático-jurídicos, enquanto um referencial analítico-jurídico fundado seja na mutabilidade da natureza humana – Vico - seja no fato de que o próprio cerne constitutivo do homem constrói-se enredado em uma trama de fatores co-constitutivos que o enraízam desde uma singular forma em todos os povos da Terra, guardando, assim, uma *natureza comum*; seja, por fim, no fato de que haveria de ser a partir de um tal referencial, enquanto expressão da própria subjetividade humana, traduzida em expressividades comportamentais típicas, que se estaria, verdadeiramente, tocando a especificidade da problemática envolvente dos (des)encontros humanos.¹⁴³ Trata-se de tentar dar

¹⁴³ Quanto à expressão *forma de ser dos povos*, entendida como a *expressão última da subjetividade humana*, é de se ter em conta que aquela *condição antropológico-existencial* que refere a pessoa - Castanheira Neves -, implica uma *autonomia responsabilizada*, pois o sujeito só o é se ético-comunitária e dialogicamente pensado, ou seja, desde *aquele reconhecimento mútuo e na assunção das responsabilidades*. A pessoa, desta forma, se é "... um ser decerto pessoal, na sua infungível individualidade e singularidade, não é menos um ser simultaneamente social." A *pessoa*, assim, seria "... a unidade dialéctica de duas relativas autonomias (...), a autonomia de um *eu pessoal* (...) e a autonomia de um *ser social* (...) a unidade dialéctica da subjectividade e da objectividade humanas." E seria somente desde a possibilidade de participação que a pessoa comunitariamente teria, com o respectivo reconhecimento e dever de seus pares de respeito a tal direito de participar, que apontaria para o próprio fundamento dos direitos do homem, abstraídas as circunstâncias históricas. E, assim, como "... se fossemos completos, haveríamos de compreender também as suas imediatas implicações normativas num *princípio normativo de igualdade* e num *princípio normativo de responsabilidade* – correlativos dos dois eus referidos." NEVES, A. C.. O direito como validade. Em: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Ano 143º, Janeiro-Fevereiro de 2014, N° 3984. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 162-163. Para a condição antropológico-existencial como uma das condições de emergência do Direito: NEVES, A. C.. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito. Em: NEVES, A. C.. **Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros – Digesta -**. Volume 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 09-41. Se é absolutamente concordável com as formulações exemplares do Mestre de Coimbra, em um exercício quase que de *provação*, derivado da própria força fática que a realidade impõe, pode-se dizer que quando os problemas dos (des)encontros humanos emergem, daqueles problemas de ordem prática que têm como origem a exteriorização de um comportamento típico de um dado povo por uma de suas pessoas, percebe-se que o próprio *reconhecimento e dever de respeito* da autonomia daquela pessoa que tem questionada a sua *participação e a realização*, exteriorizadas no comportamento típico que teve, pois que orientada comunitariamente por uma ordem de valores informadora diversa, acaba por exigir algo a mais das demais pessoas, dos membros da comunidade em que o comportamento tido como reprovável se deu. Tal exigência de um *algo a mais* decorre, justamente, do fato de que no caso de expressividades comportamentais típicas, comunitariamente forjadas, portanto, se está ante não só

um passo além não só dos *direitos humanos*, não vislumbrando nos mesmos apenas um potencial emancipatório¹⁴⁴ mas, antes, de procurar mostrar o que a assunção de uma perspectiva que entenda o Direito em sentido forte, assentado em valores historicamente construídos, tem a oferecer na busca de soluções jurídicas com o devido grau de justeza judicativo-decisória e, assim, metodológica, que tal concepção convoca. Isso não impede, contudo, que num futuro o reconhecimento e asseguramento jurídico da forma de ser dos povos não possa consagrá-la dentro do cabedal dos *direitos humanos*.

Se partirá, assim, de um olhar sobre a realidade, procurando-se sentir e descobrir o que significam, o que está por detrás, o que mantém vivas formas de vida específicas, o quão forte e inafastáveis tais modos de vida são para a maioria das pessoas que os portam; como vão passando de geração a geração; o que de singular, mesmo diante de tamanha diversidade, possuem; o que, enfim, é a *forma de ser dos povos*, desde sua *natureza comum*, e as implicações jurídicas que tal entendimento levam para o Direito de uma específica matriz civilizacional.

uma exigência de reconhecimento e, principalmente, um dever de respeito, derivados de um *eu social*, mas, antes, do próprio *eu pessoal*, pois que este também é co-constituído em termos comunitários, mas que, por tocar mais profundamente o sublime do próprio espírito humano, daquele cerne axiológico e *bio-psíquico e espiritual* constituinte da própria pessoa, deve ser respeitado, o que traduz aquela *unidade* que abarca os dois *eus* – o *pessoal* e o *social* -, de que fala Castanheira Neves. E, assim, se seria a conjugação de um *eu social* integrador com um *eu pessoal* diferenciador que estaria na base de todos os pluralismos, é também o reconhecimento e o dever de respeito da forma de ser dos povos um exercício, desde uma mesma base, de atenuação de alguns dos efeitos negativos que o pluralismo coloca, que poderia se converter, verdadeiramente, em uma *condição possibilitante do enriquecimento humano e da justiça*. Contudo, se o que poderia ser pensado, e assim o é muitas vezes, em termos absolutos – um *eu social* que se pretenderia se impor sem mais -, ao encontrar no Direito o ponto de equalização relativizador, tem-se na forma de ser dos povos uma noção que permite encontrar um tal ponto de equilíbrio, pois expressividades comportamentais típicas só devem ser admitidas e não implicarem um qualquer processo de responsabilização em não tendo havido um necessário *período mínimo de enculturação*. É assim que a *forma de ser dos povos*, entendida como a *expressão última da subjetividade humana*, não vai de encontro às formulações exemplares do Mestre; antes, as reforça. Daqui em diante se utilizará a formulação *expressão última da subjetividade humana* tendo em conta a respectiva reflexão. Para as últimas reflexões: Ibid. pp. 25-26.

¹⁴⁴ Sobre o potencial emancipatório da política dos direitos humanos: SANTOS, B. S.. Op. cit. p. 512.

2 PARTINDO DA REALIDADE: PELAS TERRAS SULAMERICANAS.

Talvez se pudesse dizer, valendo-se do que Lévi-Strauss em *Tristes trópicos* escreveu na sua já clássica obra: *Odeio as viagens e os exploradores*.¹⁴⁵ Talvez, ainda, pudesse ser invocada a advertência de Descartes segundo a qual viajar, tal como a leitura de livros antigos, fosse mesmo uma perda de tempo.¹⁴⁶ Por fim, poderia ser invocada a postura de Vico que, ao longo de toda sua obra, praticamente desconsiderou os resultados dos grandes descobrimentos para chegar às férteis reflexões a que chegou. Contudo, ao longo da investigação, e mesmo antes dela, uma pergunta jamais calou: como tratar de tema tão vasto, tão rico de peculiaridades, detalhes comportamentais singulares, formas de pensamentos tão diversificadas, cosmovisões diametralmente opostas, etc, e as possíveis implicações disso tudo a um Direito de uma específica matriz civilizacional, quando dos problemas decorrentes dos (des)encontros das diferenças, sem, ao menos, ter um mínimo de contato com toda essa realidade?

Mesmo que o pretendido não seja e, muito provavelmente, *não deva* se constituir em um *fazer ciência*, a força do pensamento de Feyerabend instigaria qualquer investigador que ousasse produzir um conhecimento que fosse, afastando-se da realidade, deixando de lado impressões das pessoas em geral, do senso comum, e, porque não dizer, *dos povos*.¹⁴⁷

Rejeitar o alerta de Feyerabend, sobretudo no âmbito do Direito, eminentemente uma *dimensão prática do homem*, implicaria um total desacerto. Afinal, o comunitariamente forjado só o é desde aquilo que também as práticas vão

¹⁴⁵ LÉVI-STRAUSS, C.. **Tristes trópicos**. 10ª reimpressão. Tradução de Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 15.

¹⁴⁶ DESCARTES, R.. **Discurso do método**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1999, p. 39, pp. 47-48 e pp. 58-59. (Coleção Os Pensadores)

¹⁴⁷ Sobre a relação íntima entre a posição realista (ligação a fatos) e a pesquisa científica, contrapondo-se ao positivismo, que "... meramente *descrevia* os resultados de maneira bastante complicada depois que haviam sido encontrados ..." FEYERABEND, P.. **Contra o método**. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: editora UNESP, 2007, p. 345. Para detalhes da posição de Feyerabend e do seu rompimento com o racionalismo crítico, mesmo tendo sido orientado e convidado à Assistente por Karl Popper: Ibid. pp. 319-357, bem como a *Introdução à edição chinesa* - Ibid. pp. 19-23 -, e o *Índice Analítico* - Ibid. pp. 25-29 -. E, ainda: FEYERABEND, P. K.. **Diálogo sobre o método**. Tradução de António Guerreiro. Lisboa: Editorial Presença, 1991, pp. 07-08.

lhe ditando e não só pelo que o Direito dita a elas.¹⁴⁸ Além disso, em se tratando de um estudo que necessitará, em algum sentido, apresentar um viés filosófico, não há como fugir de uma análise voltada à realidade, pois “... a filosofia não pensa a filosofia, quando é realmente filosofia e não sofística ou ideologia. Não pensa textos filosóficos, e se deve fazê-lo é só como propedêutica pedagógica para instrumentar-se com categorias interpretativas. A filosofia pensa o não-filosófico: a realidade.”¹⁴⁹

Mas, então, como pretender, para já não se falar *ousar*, dizer algo sobre a forma de ser dos inúmeros povos que compõem um dado território, uma vez não sendo o condutor das pesquisas um antropólogo de formação?¹⁵⁰ Por que se debruçar tão somente sobre o continente sulamericano, desperdiçando outras experiências que poderiam ser igualmente úteis?

Parece não ser possível falar sobre a *forma de ser dos povos*, o que significa, como se constitui - nasce, cresce, passa de geração a geração -, se modela, morrendo e renascendo, onde passado, presente e futuro se misturam em uma simbiose em que elementos das mais variadas ordens influenciam e são influenciados, transformando-se mesmo em algo *monolítico*,¹⁵¹ sem antes ter um contato mais próximo com as realidades, objetos de estudo. Afinal, o que antes não passavam de meras intuições ganhou corpo, sustentação suficiente, justamente em razão das aproximações com as realidades.¹⁵²

¹⁴⁸ O que não implica assumir, de modo algum, uma primazia das práticas sobre a força cogente que o Direito exerce sobre as mesmas, como se procurará mostrar na análise da temática da *natureza das coisas*.

¹⁴⁹ DUSSEL, E. D.. **Filosofia da libertação**. 2ª ed. Tradução de Luiz João Gaio. São Paulo/Piracicaba: Edições Loyola/Editora UNIMEP, 1977, p. 10. (Coleção Reflexão Latino-Americana – 3, I) Ou, ainda, conforme Feyerabend, comentando Aristóteles, “A tarefa do pensamento (...) é compreender e talvez aprimorar aquilo que fazemos quando envolvidos em nossos negócios comuns cotidianos; não é divagar em uma terra de ninguém de conceitos abstratos e empiricamente inacessíveis.” FEYERABEND, P.. **Adeus à razão**. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 88.

¹⁵⁰ No entanto, “... pode ser útil conceber todos os seres humanos, onde quer que estejam, como ‘pesquisadores de campo’ que controlam o choque cultural da experiência cotidiana mediante todo tipo de ‘regras’, tradições e fatos imaginados e construídos.” WAGNER, R.. **A invenção da cultura**. Tradução de Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales. São Paulo: Cosac Naify, 2010, p. 75.

¹⁵¹ WAGNER, R. Op. cit., p. 31. O caráter monolítico das culturas é que as tornariam difíceis de ser apoderadas e visualizadas. Id.

¹⁵² Pierre Bourdieu acaba traduzindo as angústias do observador, sobretudo quando se tem consciência de que os resultados das observações haverão que subsidiar a formação de juízos concludentes em termos teóricos a uma dada investigação: “A relação particular com que o etnólogo [e não só ele!] mantém com o seu objecto contém também a virtualidade de uma distorção teórica na

As experiências e opiniões locais são imprescindíveis para uma abordagem minimamente coerente sobre assuntos envolvendo *culturas diferentes*. É neste sentido que muitos profissionais conhecedores de problemas médicos, nutricionais, ambientais e mesmo problemas relacionados aos direitos humanos têm iniciado os processos interculturais “... *dando a devida atenção às opiniões locais*.”¹⁵³

Por inúmeras ocasiões me foi possível o contato com os mais diversos povos de vários países do continente sulamericano.¹⁵⁴ Quanto mais se estreitava a proximidade com tais povos, mais se robustecia a convicção de que algo de muito singular, absolutamente *igual*, unia todas aquelas diferenças. Ainda que a diversidade fosse a marca de contraste que saltava aos olhos, podia se perceber que algo em comum marcava aquelas pessoas, afora o fato de se tratarem de seres humanos. A singularidade residia na *naturalidade* com que externalizavam, transmitiam e recebiam o que sabiam de seus comportamentos, suas crenças, suas formas de pensamentos, suas cosmovisões, etc, e que todo aquele cabedal de informações era algo que fazia parte da raiz constitutiva da própria existencialidade daquelas pessoas.

Foi assim que se percebeu que em absolutamente nada difere a *forma* com que se erigem as manifestações típicas dos povos, como são movidos os comportamentos dos brasileiros em geral, seja das grandes cidades, seja das aldeias indígenas da Amazônia, daquelas formas que se valem os mapuches do Chile, ou os *gauchos* argentinos ou uruguaios, ou os aimarás bolivianos, ou os

medida em que a situação de decifrador e de intérprete inclina a uma representação hermenêutica das práticas sociais, levando a reduzir todas as relações sociais a relações de comunicação e todas as interações a trocas simbólicas.” BOURDIEU, P.. **Esboço de uma teoria da prática**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Oeiras: Celta Editora, 2002, pp. 138-139.

¹⁵³ FEYERABEND, P.. **A conquista da abundância. Uma história da abstração versus a riqueza do ser**. Tradução de Cecília Prada e Marcelo Rouanet. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 64, nota n° 25. (Coleção Filosofia e Ciência – 4)

¹⁵⁴ Enquanto servidor do Departamento de Polícia Rodoviária Federal – DPRF -, órgão de segurança pública, vinculado ao Ministério da Justiça do Brasil, tive a oportunidade de ser o representante da Instituição junto ao Conselho de Segurança Viária do Mercosul, que, além dos quatro países membros há época, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, ainda tinham assento, como países convidados, o Chile, a Bolívia, o Peru e a Venezuela. Entre 2003 e 2010, período em que exerci função de confiança no DPRF, pude ter inúmeros contatos com as diversas realidades, para além das viagens efetuadas ao longo do Curso de Doutorado, que completaram as visitas a todos os países sulamericanos, incluindo o território francês da Guiana. No entanto, não posso deixar de ressaltar que, em termos ideais, ainda que todo pesquisador almeje “... saber o máximo possível de seu objeto de estudo; na prática, porém, a resposta a essa questão depende do tempo e do dinheiro disponíveis e da abrangência e dos propósitos de empreendimento.” WAGNER, R.. Op. cit., p. 30.

surinameses, ou os guianeses, ou mesmo qualquer outra pessoa de qualquer parte da Terra. A *mecânica de funcionamento* é a mesma. A diferença está no *conteúdo* do que é externalizado e o valor que se é dado ao mesmo, o quanto podem significar certas práticas a cada um dos povos. É na maneira pela qual foram moldados, mantidos, alterados e repassados os *conteúdos* que reside a singularidade, pois foi algo recebido de forma *natural*, praticamente sem a imposição de resistência ou questionamentos.¹⁵⁵

Foi como se as explicações de Roy Wagner, feitas no *post scriptum* de *A invenção da cultura*, acerca das questões conceituais e as articulações entre os “... dois domínios universalmente reconhecidos da experiência: o reino do inato, ou ‘dado’ (...) e o reino dos assuntos sobre os quais os seres humanos podem exercer controle ou assumir responsabilidade.”,¹⁵⁶ se tornassem compreensíveis em um único instante.¹⁵⁷

Se a *forma* de ser dos povos trata-se, antes, da maneira pela qual as pessoas exteriorizam suas condutas, como e por que se comportam em suas rotinas de vida, é porque a própria expressão última da subjetividade humana também pode ser entendida como o modo pelo qual todas as expressividades comportamentais são geradas, mantidas e alteradas. A aproximação com os distintos povos sulamericanos evidenciou que tal é a naturalidade com que as *formas de ser* vão sendo exteriorizadas e repassadas de geração a geração, que seria impossível

¹⁵⁵ O pesquisador, quando tem o primeiro contato com outra cultura, sente que “... pela primeira vez compreende, na intimidade de seus próprios erros e êxitos, o que os antropólogos querem dizer quando usam a palavra ‘cultura’. Antes disso, poder-se-ia dizer, ele não tinha nenhuma cultura, já que **a cultura em que crescemos nunca é realmente ‘visível’ – é tomada como dada, de sorte que suas pressuposições são percebidas como autoevidentes.** É apenas mediante uma ‘invenção’ dessa ordem que o sentido abstrato de cultura (e de muitos outros conceitos) pode ser apreendido, e é apenas por meio do contraste experienciado que sua própria cultura se torna ‘visível’. No ato de inventar outra cultura, o antropólogo inventa a sua própria cultura e acaba por reinventar a própria noção de cultura.” WAGNER, R.. Op. cit., p. 31. (grifo nosso)

¹⁵⁶ Ibid. p. 239.

¹⁵⁷ Pufendorf já tinha destacado a relação entre a capacidade de discernimento humana sobre alguma atitude e a cultura que a pessoa pertencia. Tratando de explicar a *ação humana*, logo no início de sua obra, ele alerta para o fato de que para se compreender ou julgar alguma coisa haveria que, antes de mais nada e para além de uma idade adulta e uma mente sã, restando ao homem somente a *luz natural*, ter conhecimento da *cultura*, pois seria este conhecimento cultural que propiciaria ao homem meditar e compreender corretamente certa situação. PUFENDORF, S.. **De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros.** Traducción y notas de María Asunción Sánchez Manzano y Salvador Rus Rufino. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 18. (Clásicos Políticos)

querer atribuir qualquer tipo de responsabilidade a uma pessoa de um dado povo por expressar um comportamento típico de sua comunidade de origem quando a mesma se encontrasse em um local onde aquele comportamento fosse tido como reprovável.

O recorte espacial da investigação teve algumas razões, não tão sentimentais quanto o fato de o seu capitaneador ser originário de tal continente. A riqueza das *formas de ser* que tal território possui encontra poucos similares pelo globo. De povos autóctones a afro-descendentes; de colônias de imigrantes europeus e orientais, que, muitas vezes, têm pessoas que sequer conseguiram aprender a língua do país hospedeiro, a exemplo de muitos que vivem no Suriname, a países onde a mestiçagem propiciou uma riqueza incomum em termos de diversidade de formas de ser, em que Brasil e Colômbia são os melhores exemplos; enfim, onde as diferenças saltam aos olhos de qualquer observador.¹⁵⁸ Tal *laboratório vivo* não poderia ser mais propício à pesquisa.¹⁵⁹

Alcançou-se mesmo o objetivo da pesquisa com as limitações que os contatos propiciaram, pois se conseguiu perceber o fundamental na observação de campo aos propósitos da investigação. Constatou-se que a maneira pela qual as pessoas receberam a carga de informações e foram sendo *moldadas* pelas mesmas e que também a partir delas acabaram influenciando aqueles que transmitiram as informações a elas, foi algo assimilado *naturalmente*, constituindo-se, sobretudo, em parcela elementar do cerne constitutivo das mesmas.

A busca da objetividade na pesquisa de campo, ainda que relativa, teve em conta a necessária noção da *relatividade cultural*, ou seja, da equivalência das

¹⁵⁸ Basta lembrar Darwin. Ele conseguiu reunir material e conhecimento suficientes para desenvolver seus estudos sobre o mecanismo da *seleção natural*, enquanto mola propulsora da evolução, justamente em regiões do continente sulamericano. ROSE, M. R.. **O espectro de Darwin. Biologia evolucionista no mundo moderno**. Tradução de Isabel Mafrá. Lisboa: Dinalivro, 2000, pp. 32-33. (Coleção Saber Mais - 10)

¹⁵⁹ Agregue-se aos elementos de ordem humana a *natureza exuberante* que, desde as impressões de Hermann Keyserling, colhidas pelo mesmo durante os cinco meses pelos quais passou pela Argentina, Uruguai, Bolívia, Chile e Brasil, a partir de junho de 1929, mas que, ao menos em parte, ainda é possível observar: “A América do Sul é efetivamente ‘eflúvio da criação’, como nenhum continente hoje. Está ali fixada na natureza mais fantasia criadora que em nenhum outro lugar.” KEYSERLING, H.. **Meditações Sul-Americanas**. Tradução de Marcelo Paiva de Souza. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, p. 39. A exuberante natureza da região permite ter uma noção mais clara do que muitos dos indígenas sulamericanos entendem por *Pacha Mama* ou *Madre Tierra*, que compõe a cosmovisão dos mesmos, influenciando fortemente várias das suas *formas de ser*.

culturas, não afastando a análise dos textos coletados onde estão retratadas características de muitos dos povos sulamericanos.¹⁶⁰ Afinal, a combinação das duas implicações atinentes à ideia de cultura “... – o fato de que nós mesmos pertencemos a uma cultura (objetividade relativa), e o de que devemos supor que todas as culturas são equivalentes (relatividade cultural) – leva a uma proposição geral concernente ao estudo da cultura.”¹⁶¹ Isso, contudo, não se esquecendo de que o relativismo, ao mesmo tempo em que é uma forma de reação à própria ideia de *objetividade*, é também uma forma de justificar a *utilidade* de crenças, costumes e cosmologias, o que, por si só, já exige um maior cuidado.¹⁶²

A relação que o observador de certa cultura constrói entre a sua cultura e a observada, exsurge “... precisamente do ato de ‘invenção’, do uso que faz de significados por ele conhecidos ao construir uma representação compreensível de seu objeto de estudo.”¹⁶³ Isso tendo em conta que o ato de *invenção* efetuado pelo observador só terá sentido na medida em que puder ser assimilado, compreendido não só por outros observadores, sejam antropólogos, sejam pessoas em geral; daí a

¹⁶⁰ Pois, no dizer de Roy Wagner, “A objetividade relativa pode ser alcançada descobrindo quais são as tendências, as maneiras pelas quais nossa cultura nos permite compreender uma outra e as limitações que impõe a tal compreensão. (...) Em outras palavras, a ideia de cultura coloca o observador em pé de igualdade com seus objetos de estudo: cada qual ‘pertence a uma cultura’. (...) [A] objetividade relativa (...) é o conjunto de predisposições culturais que um forasteiro traz consigo que faz toda diferença na sua compreensão daquilo que está ‘lá’.”: Ibid. pp. 28-29 e p. 36. Quanto à *imparcialidade* necessária do observador, não foram outras as preocupações de Grace de Laguna, em 1960: LAGUNA, G. A.. *The Lebenswelt and the Cultural World*. Em: **The Journal of Philosophy**. New York: The Journal of Philosophy, Inc., vol. 57, nº 25 (Dec. 8, 1960), pp. 784-791. Igualmente Alfred Louis Kroeber, em 1952: KROEBER, A. L.. **A natureza da cultura**. Tradução de Teresa Louro Peres. Lisboa: Edições 70, 1993, p. 15. (Perspectivas do homem. As culturas. As sociedades. – 44)

¹⁶¹ WAGNER, R. Op. cit., p. 29. Só terá êxito a comunicação de uma dada compreensão cultural às pessoas que compartilham de uma cultura se o relato fizer algum sentido nos termos da própria cultura. Id. e Ibid. p. 76.

¹⁶² FEYERABEND, P.. Adeus... pp. 12-15, bem como o Capítulo 1: Ibid. pp. 27-110. O *relativismo* de que Feyerabend fala não é sobre conceitos, mas sim sobre *relações humanas*. “Ele trata dos problemas que surgem quando culturas diferentes, ou indivíduos com hábitos e gostos diferentes, colidem.” Ibid. p. 103. Para as ideias mais recentes de Feyerabend sobre o *realismo* e o *relativismo*: FEYERABEND, P.. *A conquista...* pp. 160-176. “... relativismo e realismo, embora talvez possam conduzir a relatos aproximados de cenários especiais de um desenvolvimento complexo, omitem aspectos importantes desses cenários e fracassam quando são aplicados ao próprio desenvolvimento.”: Ibid. p. 175. Para Feyerabend, boa parte da autoridade de um assunto decorre de desenvolvimentos históricos idiossincráticos. Ibid. p. 188 e pp. 179-197.

¹⁶³ WAGNER, R.. Op. cit., p. 36. “O resultado é uma analogia, ou um conjunto de analogias, que ‘traduz’ um grupo de significados básicos em um outro, e pode-se dizer que essas analogias participam ao mesmo tempo de ambos os sistemas de significados, da mesma maneira que seu criador. (...) À medida que o antropólogo usa a noção de cultura para controlar suas experiências em campo, essas experiências, por sua vez, passam a controlar sua noção de cultura. Ele inventa ‘uma cultura’ para as pessoas, e elas inventam ‘a cultura’ para ele.” Ibid. pp. 36-37 e p. 39.

consequente necessidade do *controle adicional* sobre a *invenção*.¹⁶⁴

A análise de algumas das culturas sulamericanas, mais que uma mera *descrição* objectual deve, antes, converter-se em um exercício mediativo *inventivo* no qual as simbologias do observador e do observado devam estar interligadas, objetivando sempre a representação do objeto de estudo.¹⁶⁵ A coleta e análise de obras, sobretudo de autores dos próprios países, buscou minimizar os riscos de "... uma abordagem que efetivamente [venha operar] (...) uma viviseção dos significados nativos na tentativa de entendê-los."¹⁶⁶

Em razão dos propósitos da investigação se voltarem a um estudo de cunho *jurídico*, muitas das características apresentadas pelos vários povos sulamericanos podem ser justamente as geradoras de conflitos de ordem prática não só entre tais povos, mas também do encontro de um ou alguns de seus membros com pessoas de outros povos. Dado o caráter de fundamentalidade que tais formas de ser representam na própria constituição da subjetividade humana, é somente pelo pressuposto do reconhecimento de um critério ou mesmo fundamento jurídico compatível e suficiente em termos conteudísticos que se torna possível a proteção jurídica de uma sublime esfera do ser humano. E é somente pela compreensão do grau de enraizamento que os inúmeros *fatores co-constitutivos* da forma de ser dos povos provocam no espírito humano que uma tal percepção se robustece.

A visita a alguns elementos, mesmo da história natural do homem, pode mostrar que a *forma de ser* dos humanos é algo que se protraí no tempo, que vem se formatando impulsionada seja por elementos de ordem interna, que agiram e ainda agem junto à própria constituição física de órgãos essenciais no processo evolutivo, onde o cérebro se destaca, seja por fatores externos, onde o meio é a mola propulsora dos inúmeros processos de adaptação que levaram os ancestrais à categoria de *seres humanos*. Talvez uma forma mais simples de dizer que, em termos de produção de conhecimento, quer-se antes optar por um caminho que fixe o eixo condutor da investigação na realidade e não fora dela. A *realidade* aqui é o

¹⁶⁴ Ibid. p. 61.

¹⁶⁵ "O que o pesquisador de campo inventa, portanto, é seu próprio entendimento: as analogias que ele cria são extensões das suas próprias noções e daquelas de sua cultura, transformadas por sua experiência da situação de campo." Ibid. p. 40.

¹⁶⁶ Ibid. p. 65.

ser humano, sua *forma de ser*, de se *constituir* e, portanto, de vir ao mundo.

O intuito não é produzir um conhecimento que venha moldar a *forma de ser*, manipulá-la a uma visão ocidentalizada do que *deveria ser* mas, sim, elaborar um ferramental argumentativo o mais robusto possível para servir de instrumental teórico-prático nos momentos de realização do Direito; ou seja, quando da apreciação de casos que envolvam pessoas que estejam sofrendo qualquer tipo de agressão em parcela significativa de suas próprias esferas constitutivas, quando se esteja em jogo a forma de ser de um dado povo.

Vale aqui o alerta de Feyerabend sobre o processo de imposição da cultura ocidental aos outros povos, que acabou por colocar a própria *ciência ocidental* sob suspeita. Muitos dos problemas pelos quais os países ditos do *Terceiro Mundo* passaram decorreram do próprio avanço da *Civilização Ocidental*. O processo alcançou não só o plano material – fome, doenças, etc -, mas também o espiritual. Montou-se um cenário no sentido de que o *conhecimento ocidental* haveria que ser buscado a qualquer custo. Isso provocou uma separação das *escolas da vida*. Todavia, culturas diferentes da ocidental, muito mais que *erros*, são formas de se viver, de se enxergar a vida e o mundo, fruto do processo de adaptação dos povos ao meio em que se encontravam. Isto não implica perder os *segredos de uma boa vida*.¹⁶⁷

Mas o que isso teria a ver com o Direito? Quase nada, afora o fato de uma concepção fundamentalmente ocidentalizada ter sido imposta enquanto o regulador da vida em sociedade a povos com tradições diametralmente opostas e que, em termos espacio-temporais, tais povos muito antes lá estavam e, mesmo assim, acabaram tendo que se ver submetidos a tal tipo de regulador social. Jamais houve e jamais haverá qualquer hipótese remota de *escolha*. Não se pode esquecer que as ideias de *humanidade*, *liberdade* e mesmo de *direitos*, num sentido ocidental, decorrem de circunstâncias históricas específicas, daí que a relevância das mesmas “... para pessoas com um passado diferente deve ser verificada pela vida, por contatos prolongados com sua cultura; não pode ser resolvida à distância.”¹⁶⁸ Ainda que o contato entre pessoas de culturas diferentes tenha aumentado cada vez mais,

¹⁶⁷ FEYERABEND, P.. Adeus... pp. 10-11.

¹⁶⁸ Ibid. p. 51.

tais contatos não “... criam, ou adotam, um ‘metadiscurso comum’ ou um vínculo cultural comum.”¹⁶⁹

Pretende-se, assim, apresentar uma visão mais holística o possível de como pode ser entendido o homem, desde a *forma de ser* das pessoas para que, somente então, se possa verificar as implicações disso para o Direito. Buscar-se-á delinear o rumo da argumentação na realidade, sempre partindo do princípio de que o Direito, em sua específica matriz civilizacional é, antes, uma dimensão prática do homem que, mesmo que imposta a muitos povos, vê-se, ao menos, na obrigação de apresentar respostas minimamente aceitáveis em termos de justiça judicativo-decisória, sem, contudo, ter que, necessariamente, se apresentar hermeticamente, chegando ao ponto, já em uma contradição, de ofender âmbitos de proteção originários que, verdadeiramente, antecedem a própria ideia ocidental de Direito. Um dos desafios, portanto, é de como respeitar uma esfera singular do ser humano, mesmo que tal respeito implique num momentâneo desrespeito a outra singular esfera de outros seres humanos.

Ainda que as limitações a que a investigação deve se cingir não permitam a apresentação pormenorizada de muitos exemplos de formas de vida que tanto as visitas aos países sulamericanos quanto o material coletado permitiram angariar, se relevará todo o referido material tanto para a elaboração das reflexões e conclusões daí extraíveis quanto dos diálogos que possam ser travados sobre o assunto. Igualmente, a menção superficial de apenas alguns dos fatores co-constitutivos da forma de ser dos povos no sentido de melhor robustecer a compreensão mais adequada do que isto vem a significar, não implica assumir nem que os inúmeros modos de vida sejam modelados somente por tais fatores, nem que tenham sido analisados somente os que na investigação forem apresentados. No entanto, o que precisa ser compreendido desde a análise de alguns dos referidos fatores co-constitutivos é que o ser humano é uma *unidade bio-psíquica e espiritual incindível* e que é no processo de auto-transcendência que o homem exerce sobre si que sua própria humanidade vem a lume. Elementos de ordem externa ao homem podem ser decisivos na formatação humana, seja ao nível bio-psíquico, seja mesmo ao

¹⁶⁹ Ibid. p. 326.

espiritual. Na caminhada humana sobre a Terra, fatores climáticos e geográficos, por exemplo, foram sendo decisivos no desenvolvimento de novos hábitos que acabaram influenciando não só no aspecto da sobrevivência, mas no desenvolvimento biológico que, por sua vez, acabou trazendo ganhos cognitivos aos ancestrais humanos que lhe permitiram evoluir em vários aspectos. A genética de populações já consegue mostrar, convincentemente, que os humanos tiveram uma origem comum, são todos filhos da *Mãe-África*. A ingestão de alimentos cozidos foi outro ponto decisivo na caminhada humana evolutiva e no respectivo desenvolvimento das consequentes *formas de ser*. Os alimentos *cozidos* é que teriam propiciado a saciação energética suficiente para o desenvolvimento de um cérebro inteligente, que alçou a ancestralidade humana à condição de *humanos*. A própria divisão social do trabalho foi influenciada pela possibilidade de cozimento de alimentos, atuando fortemente na formação dos primeiros agregados familiares, constituindo-se em processos decisivos na formatação dos humanos. O desenvolvimento do raciocínio analógico foi um dos principais fatores que possibilitou a compreensão de outras mentes entre o homem e seus pares. A linguagem foi imprescindível para a manutenção da base comunicacional da convenção cultural dos povos, sendo, portanto, também decisiva no processo de modelação das formas de ser. As expressividades corporais e mímicas sempre se configuraram em um fator também muito importante nesse processo. Os mecanismos de transmissão cultural permitiram que formas de ser específicas fossem sendo disseminadas entre povos diferentes e, assim, também agiram na modelação dos modos específicos de vida. Elementos de ordem psicológico-social permitem melhor perceber o enraizamento no espírito humano de expressividades corportamentais específicas, bem como a dificuldade de superá-las. A compreensão do mecanismo bio-psicológico que permite aos humanos terem a capacidade de crença, permite melhor entender quão forte é o fator religioso enquanto fator co-constitutivo da forma de ser dos povos. Até mesmo estudos sobre a filosofia da linguagem permitem melhor compreender o fenômeno da fala e, dessa forma, o quão decisivo o mesmo foi na manutenção de formas de ser específicas, seja na mutação delas, seja, ainda, no processo de aproximação de formas de ser distintas, desde o viés dialógico que a linguagem carrega consigo. Todos os referidos fatores

co-constitutivos são permeados por aquilo que pode ser entendido como o elemento sintetizador, qual seja o *tempo*.

A percepção amplamente diacrônica do processo evolutivo do homem permite melhor perceber as razões da sua *unidade bio-psíquica e espiritual* e o quão forte e enraizadas são as respectivas formas de vida e, assim, de *ser*, que foram sendo angariadas em tal processo. A tomada de consciência da profundidade de tal enraizamento no espírito humano de modos específicos de ser, que se perfazem desde um mecanismo singular e, portanto, único – *natureza comum* – permite perceber o que se está tocando quando se está ante uma *expressividade comportamental típica* de um povo. Todo o esforço para tentar elucidar alguns dos inúmeros fatores co-constitutivos das formas de ser do homem teve esse objetivo primordial.¹⁷⁰

3 DA NATUREZA COMUM DA FORMA DE SER DOS POVOS: UMA ANÁLISE JURÍDICA EM SENTIDO NEGATIVO.

Uma vez tendo-se procurado mostrar, ainda que brevemente, dado o grau de complexidade e a multiplicidade daqueles elementos que poderiam ser invocados enquanto *co-constitutivos* e modeladores da forma de ser dos povos, tendo-se buscado, com isso, aproximar-se do real significado do enraizamento de tais formas de ser no espírito humano, se procurará centrar os esforços, em termos especificamente jurídicos, para se tentar verificar em que termos, desde o referido enfoque, se poderá assumir a referida noção da *forma de ser dos povos*.

Desse modo, inspirado no estilo vichiano, se fará a análise das possibilidades jurídicas que a noção de *forma de ser dos povos* representa em *sentido negativo*, ou seja, procurando-se afastar entendimentos equivocados que a

¹⁷⁰ Procurou-se analisar, com o intuito perquiritório consolidador do grau de enraizamento que as expressividades comportamentais típicas apresentam no espírito humano, variados fatores co-constitutivos da forma de ser dos povos. Contudo, dadas as limitações de ordem espacial que o presente trabalho investigativo demanda e o fato do conhecimento mais aprofundado de alguns de tais fatores não ser imprescindível para o desenvolvimento da tese, a não ser ante eventual dúvida sobre o mesmo, a breve apresentação de alguns dos tais fatores, por si só, não impede nem compromete o avanço da pesquisa.

referida noção poderia, erroneamente, sugerir.¹⁷¹ No entanto, também se procurará delimitar, já em termos *positivos*, a caracterização do que está se propondo.

A análise da propositura teórica sobre a *forma de ser dos povos*, partindo da sistematização fundamentadora que lhe foi empregada, traz consigo algum risco de um entendimento equivocado sobre o que está se propondo. É para evitar isso que algumas reflexões críticas se fazem necessárias. De outro lado, a busca de uma adequada compreensão, em termos especificamente *jurídicos*, de como a realidade se relaciona com o Direito e vice-versa, pode ser útil para perceber como *realidades novas* hão que ser consideradas pelo Direito, o que, à temática dos conflitos decorrentes dos (des)encontros das diferenças é decisivo em termos de um adequado tratamento jurídico-metodológico que se queira dar à problemática.

No primeiro sentido da preocupação acima aludida, a busca de um esclarecimento, ainda que não exaustivo, sobre os elementos co-constitutivos da *forma de ser dos povos* pode, em uma análise mais perfunctória, levar à conclusão de que o que está se propondo se trataria antes de uma reabilitação da noção de *natureza das coisas*, como ideia fundamentante da respectiva propositura jurídica.¹⁷²

¹⁷¹ Tal viés analítico *em sentido negativo* inspirou-se no texto de Vico extraviado que teria sido a “*Scienza nuova in forma negativa*.” Em uma carta datada de 30 de outubro de 1723, de Anton Francesco Marmi a Muratori, dá-se conta de que Vico estaria realizando um trabalho sobre *Dubbi e desiderii intorno ai principii della teologia de’ gentili.*, o que, para Andrea Battistini, quase certamente se trataria da *Scienza nuova in forma negativa*. Ao final de 1724 teria sido finalizado o referido texto. A espera do financiamento da publicação do texto pelo Cardeal Corsini, que recebera a homenagem de Vico na dedicatória, acabou, já em julho de 1725, por ver-se frustrada. O manuscrito que havia emigrado primeiro à Veneza e, depois, de novo a Nápolis em 1730, acabou por se perder. VICO, G.. **Principi di scienza nuova**. Ristampa 7. Nuova edizione. Milano: Oscar Mondadori, 2011, pp. 36-37. (Classici – 223) Nesse texto perdido, segundo Benedetto Croce, Vico teria exposto a sua doutrina *per via negativa*, ou seja, com um método *prevalentemente polemico*. Tratava-se de um texto crítico. A posição de Vico se formava desde a refutação de outras posições, o que não se dera na redação seguinte da *Scienza nuova*. CROCE, B.. **La filosofia di Giambattista Vico**. Seconda edizione riveduta. Bari: Gius. Laterza & Figli, 1922, p. 332. Os ataques de Vico no referido texto perdido eram dirigidos aos “... pontos de vista de alguns dos mais admirados pensadores da época, como os juristas Grotius, Selden e Pufendorf, os filósofos, Hobbes, Spinoza e Bayle, e os acadêmicos Casaubon, Saumaise e Voss.” BERLIN, I.. **Vico e Herder**. Tradução de Juan Antonio Gili Sobrinho. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1982, p. 24. (Coleção Pensamento Político – 49)

¹⁷² Para um retrospecto histórico-evolutivo e classificatório entre as várias vertentes que se propuseram reabilitar o pensamento assente na noção de *natureza das coisas*: VASCONCELOS, P. P.. A natureza das coisas. Em: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 708-761. (Separata) Igualmente, mas destacando topicamente a essência do pensamento de cada um dos autores, é a abordagem efetuada por Hans Albrecht Schwarz-Liebermann: SCHWARZ-LIEBERMANN, H. A.. **Réflexions sur la Nature des Choses et la Logique Du Droit. Contribution à l’ontologie et à l’épistémologia juridiques**. Paris, Mouton, La Haye, 1973, pp. 09-37. Ilmar Tammelo também apresenta um resumo histórico: TAMMELO, I.. La natura dei fatti come <<tópos>> giuridico. Em: **Rivista Internazionale di Filosofia**

Buscando mostrar que com tal pensamento reabilitante da noção de *natureza das coisas* a proposta desenvolvida não se confunde; serão revisitados, desde um diálogo crítico-reflexivo, alguns dos modelos que se tentaram construir tendo como pano de fundo a referida noção, sobretudo no pós-Segunda Guerra, confluindo-se o estudo na busca da compreensão mais adequada, em termos *jurídicos*, que se deva dar à referida noção, aqui não se estando isento de serem convocados referenciais analíticos fundamentadores mais remotos.

Algumas dessas propostas reabilitadoras significaram pensamentos exteriorizados de autores em períodos específicos e, portanto, foram sendo modificados ao longo do tempo. Contudo, como o objetivo é procurar mostrar a não coincidência entre o que se defende e as referidas propostas, eventuais alternâncias mais drásticas de posições convocadas não constituem um impedimento para a análise crítico-reflexiva que se efetuará, o que, somando-se à segunda preocupação acima exposta, que se volta ao tratamento jurídico-metodológico de *realidades novas* pelo Direito, direciona-se para um sentido proveitoso.

O objetivo também será confrontar a forma como expressividades comportamentais típicas de pessoas de um povo podem ser relevadas por um Direito de uma específica matriz civilizacional, desde um particular entendimento sobre o *sentido* que se deva atribuir a esse Direito, quando da emergência de problemas de ordem prática que envolvam o confronto não só de formas de ser diferentes, mas também de expressões comportamentais orientadas por *arcabouços valorativos diferenciados*.

Como já alertado, a perspectiva sobre o Direito subjacente à tese e que servirá como fundamento às contra-argumentações críticas lançadas às propostas trazidas à análise, não significa, de forma alguma, fazer uso de uma compreensão já pré-estabelecida e, a partir dela, ir afastando concepções outras que a ela se contraponham. A compreensão do fenômeno jurídico, antes no sentido de saber o que pode ser considerado como sendo algo *de Direito* do que de servir como um

del Diritto. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, III Serie – XL -, 1963, pp. 659-661. Para um balanço sobre as discussões quanto a *natureza das coisas*, mormente após o Congresso de Saarbrücken, em 1958, tendo em conta, sobretudo, as posições de Maihofer e de Radbruch: BARATTA, A.. **Natura del fatto e giustizia materiale. Certezza e verità nel diritto.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, pp. 03-16. Para uma análise histórica sobre a noção, mas já com a utilização da expressão *natura del fatto*, fazendo uma distinção entre as visões tidas por filósofos e juristas: *Ibid.* pp. 17-34.

objeto de análise – perscrutação teórica -, servirá, sobretudo, para testar a compreensão do Direito que se assume. Adotar a postura de partir de algo pré-estabelecido para afastar o que a isso se contrapusesse, por si só, implicaria a própria desnecessidade das análises, pois já se teria uma posição fortemente firmada e se partiria do pressuposto de que mais nada poderia ser contraposto à mesma.

Também se perceberá, com a evolução analítica da *natureza das coisas*, que a busca de um entendimento mais adequado à mesma será de fundamental importância para a própria percepção da noção da *forma de ser dos povos*, de como isso nasce, evolui/cresce e morre ao longo do tempo; como vai se perfazendo em uma esfera constitutiva do ser humano, não deixando de ser, ao mesmo tempo, ínsita à *pessoa humana* e, assim, tocante à noção de *homem-pessoa*.

Não se atenderá a uma ordem cronológica das propostas sobre a *natureza das coisas* que, no pós-Segunda Guerra, teria sido desencadeada, sobretudo por Radbruch, mas, sim, à complexidade conteudística-estrutural das propostas. Tal viés corroborará para o aprofundamento analítico que também procure mostrar algumas propostas tendentes a direcionamentos que acabariam por entender pela quase que inutilidade da temática ao Direito. Afinal, é uma tal percepção do problema, distanciada do plano do estritamente *jurídico*, que efetivamente mais confusões poderia causar com o que se propõe. Também se procurará diferenciar, desde o pano de fundo comum que sustenta as propostas assentes no pensamento da *natureza das coisas*, aquelas que a entendem como uma *estrutura categorial-objetiva*, para as quais o *ser* seria entendido como *ser essencial*, como *presença eterna e imutável*, distanciada da realidade, como “... <<verdade eterna>>, enquanto estrutura ontológica, essencialmente *a priori*, dos entes históricos, e que, como tal, também *a priori* se poderia impor como norma aos desenvolvimentos de realização desses mesmos entes.”;¹⁷³ de outro lado, aquelas que entendem a *natureza das coisas* como uma *estrutura objetivo-histórica e existencial*, para a qual “... o ser material é <<essencialmente fáctico>>, manifestação ôntica no mundo da realidade

¹⁷³ NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 697. Diferenciação essa observada por Castanheira Neves, daí a divisão do seu trabalho entre a *natureza das coisas* como *estrutura categorial-objetiva* e como *estrutura objetivo-histórica e existencial*, ambas analisadas, respectivamente, nos §§ 23º e 24º da aludida tese de Doutorado.

humana e aí histórico-fenomenologicamente real – nunca, portanto, um *a priori* absoluto, mas sempre uma manifestação concreta de ser num certo tempo e numa certa situação.”¹⁷⁴

A análise será iniciada pelas propostas que compreenderam a *natureza das coisas* como uma *estrutura objetivo-histórica e existencial*, destacando-se aqui o pensamento de Werner Maihofer e o de Gustav Radbruch. Isto porque a própria direção que a presente investigação teve foi no sentido de se tentar mostrar o que vem a ser a exteriorização de expressividades comportamentais típicas dos povos, desde elementos co-constitutivos das mais variadas ordens, estando entre eles os fatores de ordem *histórica* e *axiológica*, pois tais expressividades constituem-se mesmo padrões comportamentais situados no *tempo* e no *espaço*, constantemente atualizadas pelas próprias práticas e também orientadas tensionalmente por um arcabouço axiológico específico, mas com certo grau de mutabilidade mais moderado se comparado àquele que orienta as alterações sociais. Daí as confusões que poderiam sugerir a proposta de um tratamento jurídico das referidas expressividades comportamentais por um Direito de uma certa matriz civilizacional e, assim, de índole e sentido específicos. Pode-se mesmo dizer que, a rigor, muitos dos problemas não seriam especificamente *jurídicos*, mas de outras ordens e que, por uma circunstância ou outra, acabaram sendo levados a uma apreciação jurídica.

Anteriormente ao referido estudo, se procurará apresentar breves notas sobre a crítica efetuada por Johann Georg Hamann sobre a proposta dualizadora de Kant entre os planos do *ser* e do *dever ser*, uma vez que o pano de fundo de todas as propostas que tentaram reabilitar o pensamento da *natureza das coisas* passa pelas dificuldades de se conciliar os referidos planos. Justamente por isso, não se pode deixar de apontar que a herança kantiana, ao evitar o monismo das concepções jusnaturalistas pré-modernas, acaba por preservar um núcleo de inteligibilidade da ordem dos valores.

Nesse sentido, em termos históricos, a confusão que se gerou deve-se ao fato de o contexto moderno ter inviabilizado a unidade, o referido monismo entre *ser* e *dever-ser*. No pré-moderno, a referência era a uma unidade

¹⁷⁴ Id.

ôntica/metafísica/referida à estrutura do *Ser*, à substância (acessível somente desde a *sophia*, desde um pensamento teórico, especulativo), e não à realidade empírica/física (acessível pela *episteme*); não há uma relação da unidade entre os planos com *atos* no pré-moderno. Aqui as exigências eram extraídas de valores, que eram considerados como *coisas/entidades*. A denúncia da falácia naturalista começou a se dirigir a essa realidade. A afirmação da cisão entre *ser* e *dever-ser*, a partir do período moderno, primeiramente, foi no sentido de superar a referida compreensão do *Ser*, que era sustentada pelo contexto pré-moderno. Em todo o pré-moderno havia um monismo entre *ser* e *dever-ser*, ou seja, partia-se de uma identidade entre *ser* e *valor/dever-ser*. Daí os modernos terem denunciado o suposto erro *lógico*, deslocando o último ciclo do direito natural para uma inteligibilidade racional.¹⁷⁵

No caso do Direito, este passou a ser entendido como um *direito que a razão conhecia*, o que já implicava a separação entre *ser* e *dever-ser*. Todo o discurso do direito natural medieval estava assente numa pressuposição de uma ordem de validade, mas uma ordem de criação divina. Assim, primeiro os modernos rejeitaram a **realidade metafísica**, mas quanto à **realidade física** também apregoaram que se poderiam extrair consequências dos fatos (fatos entendidos em termos particulares/indutivamente pensados). Os modernos, assim, alargaram a rejeição da falácia naturalista no sentido clássico à possibilidade de extrair de toda afirmação de ser quaisquer inferências que pudessem valer num plano normativo, sendo aqui que nasceu a referência a *fatos*.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Para as *três fases da época pré-positivista* que se inseriram no pré-moderno: BRONZE, F. J.. Lições... pp. 312 e ss. "... enquanto o homem pré-moderno lia a verdade na ordem pressuposta, para o homem moderno a verdade estava na própria estrutura racional do sujeito pensante ..." Ibid. p. 316.

¹⁷⁶ Tal contextualização histórica, que resultou na problemática da falácia naturalista, será destacada quando da análise da *natureza das coisas*, especialmente quando o problema das relações entre os planos do *ser* e do *dever-ser*. Destacando a compreensão de Hans Albert no sentido da necessidade dos enunciados não-normativos serem submetidos à crítica dos enunciados normativos: LINHARES, J. M. A.. Is Law's practical-cultural Project condemned to fail the Test of "contextual congruence"? A Dialogue with Hans Albert's social Engineering. Em: **Towards the Recognition of Minority Groups: Legal and Communication Strategies**. CERN, K. M.; WOJCIECHOWSKI, B.; ZIRK-SADOWSKI, M.. (Eds.) Farnham/England: Ashgate Publishing Limited, 2014, pp. 209-220. (Law, Language and Communication)

3.1 BREVES NOTAS RELACIONADAS À ANÁLISE CRÍTICA DE JOHANN GEORG HAMANN SOBRE O PURISMO DA RAZÃO DE KANT COMO CONTRIBUTO À SUPERAÇÃO DO DUALISMO *SER E DEVER SER*.

Pode-se dizer que Königsberg teve o privilégio de ter entre seus concidadãos dois dos mais notáveis pensadores que o mundo ocidental já criou. E fora justamente entre eles que se produziu talvez uma das maiores discussões filosóficas, que a amizade entre ambos não foi capaz de impedir. De um lado Immanuel Kant, de outro o *Mago do Norte*, codinome de Johann Georg Hamann.¹⁷⁷

Na *Metacritique on the Purism of Reason*, Hamann, que já havia efetuado uma leitura do manuscrito de Kant, ainda em provas, da *Crítica da Razão Pura*, em 1781, bem como produzido uma revisão de tal texto,¹⁷⁸ procura combater o *tríplice purismo* de Kant ao tentar libertar a razão, primeiro da tradição, dos costumes e crenças/fé.¹⁷⁹ Em uma segunda frente, e num plano mais transcendental, Kant teria pretendido considerar a razão independente da experiência cotidiana e da sua

¹⁷⁷ Para uma breve análise introdutória sobre a vida de Hamann e suas contribuições teóricas, ver a introdução aos *Escritos sobre Filosofia e Linguagem*, na versão inglesa, editada e traduzida por Kenneth Haynes: HAMANN, J. G.. **Writings on Philosophy and Language**. Translated and edited by Kenneth Haynes. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. vii-xxv. (Texts in the History of Philosophy) Nos *Scritti sul Linguaggio*, versão italiana de textos de Hamann sobre a linguagem, o texto *Metacritique on the Purism of Reason* não aparece, pois os textos ali compilados se produziram entre 1760 e 1773, sendo que a *Metacritica* foi redigida somente em 1784: HAMANN, J. G.. **Scritti sul Linguaggio. 1760-1773**. Traduzione di Angelo Pupi. Napoli: Bibliopolis, 1977. (Serie testi – I) José Lamego fala sobre as relações entre Hamann e seu amigo Kant, e sobre como Johann Gottfried Herder e Friedrich Heinrich Jacobi, possuindo cópias do manuscrito crítico de Hamann – *Metakritik ...* -, acabam valendo-se do mesmo para *glosar* nas suas concepções filosóficas as críticas ao *purismo da razão*. Explica, ainda, que o objetivo de Hamann teria sido contrapor-se às “... várias formas de ‘dualismo’ na filosofia de Kant – o dualismo entre ‘entendimento’ (*Verstand*) e ‘sensibilidade’ (*Sinnlichkeit*), entre conceitos do entendimento e ‘intuição’ (*Auschauung*), entre ‘númeno’ e ‘fenómeno’ -, pondo a nu as deficiências que os sistemas de Fichte, Schelling e Hegel procuraram rectificar, na sua busca de uma fundamentação unitária sistemática da filosofia do idealismo transcendental.” LAMEGO, J.. **O essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 17. Na explicação de Ignacio Izuzquiza, “El primero que llamó así [o *Mago do Norte*] a Hamann fue Karl von Moser, escritor y político de Frankfurt en 1764, para quien nuestro autor había visto, como los reyes magos, ‘las estrellas; y, especialmente, la estrella de Belén’. Este sobrenombre adoptaba formas diferentes (...) (‘Magus des Nordens’, ‘Magus im Norden’, ‘Magus aus Norden’.” IZUZQUIZA, I.. Joahnn Georg Hamann o la seducción de un “raro”: razón, analogia y paradoja. Em: **Conviviun. Revista de Filosofía**. N° 18. Barcelona: Departament de Filosofia Teorética i Práctica, Facultat de Filosofia, Universitat de Barcelona, 2005, p. 76.

¹⁷⁸ Para a informação, ver a cronologia sobre Hamann efetuada por Kenneth Haynes: HAMANN, J. G. *Writings...* pp. xxvi-xxviii.

¹⁷⁹ Para Hamann, “The first purification of reason consisted in the partly misunderstood, partly failed attempt to make reason independent of all tradition and custom and belief in them.” *Ibid.* p. 207.

indução.¹⁸⁰ Finalmente, em terceiro lugar, Kant teria almejado libertar a razão da própria linguagem.¹⁸¹ Combatendo todos os argumentos de Kant, Hamann acaba por combater o próprio dualismo entre os planos *fenomênico* e *noumênico* de Kant.¹⁸² Hamann aponta que a sensibilidade e o entendimento surgem como duas derivadas do conhecimento humano com uma raiz comum, de modo que desde os objetos anteriores são pensados os posteriores. Seria uma violência injustificada tentar divorciar aquilo que a natureza teria unido.¹⁸³ A razão, para Hamann, haveria que se sustentar em juízos analógicos e comparativos. Pensar, raciocinar e, sobretudo, viver de um modo coerente, seria construir espaços de analogia, vertendo-se, portanto, no cumprimento da própria lei da linguagem, que elabora imagens e símbolos.¹⁸⁴

Se por um lado Kant pode ser considerado, no dizer de Isaiah Berlin, quem proporcionou uma clara distinção entre *perguntas sobre fatos* e *perguntas sobre as estruturas em que esses se apresentariam ao homem*, estruturas/categorias ou formas da experiência essas que *não se modificariam*, por outro, Kant não se apercebeu, tal como alguns dos que pensavam sobre a história, a moral e a estética, de que o que se diferenciava não era tanto o conteúdo empírico daquilo que as sucessivas gerações haviam visto, ouvido ou pensado mas, antes, as estruturas básicas dentro das quais os haviam percebido, ou seja, os modelos em termos dos quais os concebiam, as *lentes/categorias* através das quais viam.¹⁸⁵

Partindo-se da crítica de Hamann sobre o dualismo kantiano, servindo tal consideração como pano de fundo para os desafios que se colocam de particular

¹⁸⁰ Id.

¹⁸¹ Ibid. p. 208.

¹⁸² Para Julien Brenda, na *Crítica da Razão Pura*, Kant propôs uma "... separação entre a experiência e a razão, entre a matéria e a forma, e tendo atribuído à razão e à forma o poder de conferir universalidade ao nosso processo de conhecimento, aplica esta distinção ao reino da ética e daí surge então sua célebre tese de que nossos conceitos morais se baseiam, não na experiência, nem no sentimento, mas na razão pura. A própria razão supre certos juízos fixos que nem são deduzidos de juízos anteriores nem induzidos da experiência, mas inerentes à natureza do 'ser racional'. Eis o caráter **formal** de sua ética." BRENDA, J.. Apresentação à seguinte obra: KANT, I.. **O pensamento vivo de Kant**. Tradução de Wilson Veloso. São Paulo: Livraria Martins Editôra, 1967, pp. 24-25. (Biblioteca do pensamento vivo)

¹⁸³ HAMANN, J. G.. Writings... p. 212.

¹⁸⁴ IZUZQUIZA, I.. Op. cit. pp. 105 e ss.

¹⁸⁵ BERLIN, I.. El objeto de la filosofía. Em: BERLIN, I.. **Conceptos y categorías. Ensayos filosóficos**. Traducción de Francisco González Aramburo. México: Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 36-38.

modo ao Direito entre a possibilidade de tratamento das relações entre as derivações oriundas dos planos do *ser* e do *dever-ser*, vez que a própria temática principal da tese assenta-se, justamente, sobre a externalização de comportamentos típicos, podendo-se com isto concluir, equivocadamente, tratar-se a proposta de uma possível tentativa de reavivar um pensamento que priorizou as relações entre os dois aludidos planos, se buscará traçar uma reconstrução crítico-reflexiva de algumas das propostas que tentaram reabilitar o pensamento da *natureza das coisas* como base fundamentante do próprio Direito. Seria aquela *base comum* dos seres humanos que sustentaria a fundamentação da necessidade inafastável de abarcamento pela noção da *personalidade* de formas de ser outras, que não aquelas derivadas de povos adotantes da cultura europeia-ocidental. Isso poderia levar ao equívoco de se vislumbrar na proposta uma fundamentação assente na ideia da *natureza das coisas*.

A consideração de que expressividades comportamentais típicas haveriam que ser respeitadas por um regulador da vida em comunidade de uma específica matriz, civilizacionalmente situado e orientado, portanto, poderia levar ao entendimento errado de que tal proposta carregaria consigo o sentido de que do próprio plano do *ser*, desde a externalização das aludidas expressividades comportamentais típicas, tão somente por serem condutas típicas de um dado povo, já se poderia extrair algum correlato direito – *dever-ser* -. Ficando somente em tal nível reflexivo, não se pode negar que a conclusão a que se chega deva mesmo resultar de uma tal inferência entre os referidos planos.

No entanto, aquela abertura ao *Ser* e ao *Valor* de que fala Castanheira Neves, enquanto forma possibilitadora da convivência ética, é que abrirá o caminho ao homem para a compreensão de si mesmo e do *seu ser assumido*, encaminhando-o *fundadamente para o direito*. É o *problema do ser*, assim, traduzido pela *realidade humana enquanto Existência*, enquanto “... um *ser* que é *aí* na compreensão deste ser como *seu*, compreensão que ele compreende num radical poder-ser (<<ele é em cada caso a sua possibilidade>>) a partir do *transcender-se*

no seu *ser-no-mundo*.”¹⁸⁶ ou seja, será o *Espírito* que traduzirá “... o modo de ser do ser humano como ser <<aberto-ao-mundo>> ...”¹⁸⁷ que permitirá ao homem “... elevar-se <<por cima de si mesmo>> e saber-se <<ser>>.”¹⁸⁸ É a unitariedade entre *Existência* e *Ser* e a transcendência daquela que permite à mesma adquirir “o sentido de <<mundo>>”. É, portanto, o modo-de-ser da *Existência* que a revela como a <<configuradora do mundo>>, configurando-se também tal mundo na medida em que a *Existência* carrega consigo uma *compreensão antecipante que lhe dá sentido*.¹⁸⁹ É, assim, que a *consonância entre ser e o sentido* torna-se a tradutora daquela *mediação do Espírito* na tarefa de transcender-se da *Existência*. É, assim, portanto, que exsurge aquela *função fundamentante do Espírito*, que decorre da consonância entre *ser* e *sentido*. É por isso que se pode dizer que é *no acto do espírito que dá sentido ao mundo*. Pensar ideias, dessa forma, para além de permitir ao homem perceber *uma ordem existencial e essencial independente* de si, trata-se de “... uma verdadeira *comparticipação na produção, na gestação* das ideias e dos valores (...) *partindo da origem mesma das coisas*>>.”¹⁹⁰

A partir da referida base ontológica pode-se dizer que a relação entre *ser* e *dever-ser* (valor) permite a referência do *valor* ao *ser*. Contudo, uma referência *compreendida através da transcendência que funda o próprio ser*, afastando, dessa forma, o tradicional dualismo antagônico entre *ser* e *dever-ser* que, assente numa intenção teórica, só permitia compreender o *ser pelo modus (próprio daquela intenção) do objeto*. Aqui o *ser* estaria *reduzido a um conteúdo objectivo transcendente perante um <<sujeito>>*; um *sujeito esvaziado de ser (o ser pertencia só ao objecto)*. Haveria, assim, uma cisão entre um *sujeito* e um *objeto*, sendo que somente o *objeto* (parte do todo) é que alcançaria a *dignidade de ser*. O *dever-ser* se reduziria a uma “... manifestação lógica do sujeito, tão ontologicamente insubsistente quanto ele (...); ou então, a querer impedir-se este resultado, teria de

¹⁸⁶ NEVES, A. C.. O papel do jurista no nosso tempo. Em: NEVES, A. C.. **Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros – Digesta** -. Volume 1^o. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 34.

¹⁸⁷ Id.

¹⁸⁸ Id.

¹⁸⁹ Ibid. p. 35. “... é este <<transcender para o mundo>>, que é a própria *liberdade*, o que faz com que emerja um mundo e reine um sentido no mundo.” Id.

¹⁹⁰ Id., com base em Max Scheler.

ser recuperado pelo ser, reduzindo-se a ele.”¹⁹¹ O dualismo radical entre *ser* e *dever-ser*, dessa forma, nada mais seria do que *corolário daquela intenção teórica que identifica o ser com o ser-objecto*. Se aqui não restaria lugar algum ao *dever-ser*, no outro extremo do dualismo seria o *ser* que sairia de cena, recebendo as luzes, então, o *dever-ser*.¹⁹² Nesse enfoque, o “mundo do ser objectivo é agora apenas o *não-eu*”, que se pressuporia dialeticamente desde a realização do *dever-ser*, ou seja, desde a ação do “eu”.¹⁹³

No entanto, aquele *todo englobante* – Jaspers - derivado da compreensão hodierna do *Ser* decorre, justamente, do reconhecimento no mesmo do *ser humano*. Tal unidade seria a *do ser-homem e o mundo*. Só aqui, *sujeito e objeto se revelam ambos no seio do ser*. Unidade originária que, radicando na experiência pré-reflexiva e tendo que ser recuperada ao final pela síntese reflexiva exigiria, “... para ser *compreendida* como tal, a mediação das intenções espirituais, interrogantes e fundamentantes do ser humano.”¹⁹⁴ E se é através do *ser-homem* que adquire “... dignidade ontológica o perguntar e o pôr problemas, também só nele e por ele se oferecem a intenção crítica do pensar e as intenções axiológicas das realizações de sentido ...”;¹⁹⁵ ou seja, formas que autenticamente manifestam o *modo-de-ser em acto que é o próprio ser do homem*. Daí Castanheira Neves dizer que “... é através do homem e no homem que o ser se faz a si mesmo e as *distinções* implicadas nas diversas intenções actantes do esforço dessa compreensão se mostram elas mesmas *modos de manifestação do Ser*.”¹⁹⁶ É por isso que a distinção entre *ser* e *dever-ser* é “... ontologicamente necessária, pois nela se traduz a específica intenção axiológica do ser-homem, [intenção essa] pela qual, unicamente, o ser

¹⁹¹ Ibid. p. 36.

¹⁹² Nesta segunda possibilidade se estaria na seara da metafísica fichteana. Ibid. p. 37.

¹⁹³ Id. Para Günter Ellscheid, “Por <<dualismo metódico>> designa-se, numa primeira abordagem, o ponto de vista segundo o qual não se poderia deduzir o *dever-ser* do *ser*; contrariamente, o monismo metódico pretende que o *ser* abrange o plano dos valores e do *dever-ser*. Decisivo para a compreensão destes temas é a questão de saber o que, em cada caso, é entendido por <<ser>>. O dualismo metódico – desenvolvido sobretudo pela filosofia neokantiana – entende o *ser* no sentido de facticidade, enquanto o monismo metódico – representado, porventura, por S. Tomás e Hegel – concebe o *ser* como realidade essencial.” ELLSCHEID, G.. O problema do direito natural. Uma orientação sistemática. Em: HASSEMER, W.; KAUFMANN, A.. (Orgs.) **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 266.

¹⁹⁴ NEVES, A. C.. O papel... p. 37.

¹⁹⁵ Id.

¹⁹⁶ Id.

pode ser recuperado com sentido (com validade ou valor), ou compreendido na validade do seu sentido.”¹⁹⁷ Afinal, a “... intenção axiológica e a posição de validade (e valor) mais não é do que a manifestação do superar-se o homem a si mesmo, ao transcender o existente mundano pelo projecto do seu próprio ser.”¹⁹⁸

É uma esfera do espírito humano que é tocada quando se está ante uma expressividade comportamental humana, o que se potencializa quando a mesma é uma atitude padrão de um dado povo – *típica* -; é porque na base de tal expressividade houve a ação de inúmeros fatores modeladores e, assim, co-constitutivos daquele modo de ser. O processo modelador das formas de ser dos povos, portanto, é elemento fundamental e inafastável na formatação das próprias intenções humanas que vão sendo geradas, aperfeiçoadas, mantidas e afastadas ao longo da caminhada humana sobre a Terra. O *superar-se do homem a si mesmo*, de que fala Castanheira Neves, carrega consigo a influência constante de fatores modeladores que atuam diretamente sobre o *espírito humano* e, por isso, vão dando formas diferentes e, assim, constituindo específicos modos de ser. Quanto mais enraizada esteja uma dada intenção axiológica, mais difícil será o processo de assimilação pelo homem de intenções contrárias à mesma e, conseqüentemente, mais difícil o desafio de um convívio humano harmonioso. São essas razões que permitem se poder afirmar que a externalização de expressividades comportamentais típicas é algo *sublime*, concernente à própria constitutividade existencial humana; talvez aquela expressão última da subjetividade humana e, assim, aquilo que toca mesmo a noção de *homem-pessoa* enquanto *aquisição axiológica*, para, novamente, se dizer com Castanheira Neves. *Aquisição axiológica* essa que, nesta quadra da história, em tempos de pluralidade e fragmentação, demanda um olhar alargado sobre a própria noção de pessoa humana, permitindo que uma tal dimensão do humano seja resguardada em termos jurídicos, ao menos quando ainda não se possibilitou um processo mínimo de assimilação de uma outra cultura, em que a internalização das regras de convívio será o requisito inafastável para qualquer exigência responsabilizante. Tal experiência ocidentalizada da

¹⁹⁷ Ibid. pp. 37-38.

¹⁹⁸ Ibid. p. 38. “O valor é o projecto de ser que o homem assume, porque ele mesmo é essa projecção de ser – possibilidade e fundamento.” Id.

personalidade só se justifica justamente por tocar o cerne constitutivo de um específico Direito; o cerne daquele *tertium comparationis* que fundamentará as decisões jurídicas ensejadoras de constrições a uma tal esfera *sublime* do ser humano. Afinal, se é a partir do *transcender espiritual* que o homem *totaliza na existência o ser e o valor*, assumindo-se nessa totalização, é porque esse homem nada mais é do que *pessoa*, ou seja, aquele *ser de essência e intenção éticas*, sendo, por isso, convocado não só ao poder, mas ao *dever* da sua realização axiológica.¹⁹⁹ Tal realização pressupõe um mundo em que o *ético* tenha sentido e o *axiológico seja momento constitutivo*,²⁰⁰ portanto, que se traduza naquela *comunidade de pessoas* que o jus-filósofo de Coimbra defende. Afinal, somente em tal comunidade é que se torna possível referir aos outros as exigências que se implicam na formação ética e na realização axiológica de cada um de seus membros.²⁰¹

E se é o *modo-de-ser em acto que é o próprio ser do homem*, ou seja, se é a ação humana que está na origem da questão, é porque será sempre um *ato humano* de vontade que estará por detrás do próprio *ser* do homem; será sempre um ato de pensamento que reportará a realidade aos *valores* e, em sendo *vontade*, procurará realizar os valores na realidade, transformando-a, para se invocar as lições de Alessandro Baratta.²⁰²

A análise da argumentação de Castanheira Neves permite melhor perceber que as críticas de Hamann a Kant parecem, cada vez mais, confirmarem-se, sobretudo com o desenvolvimento de estudos nos mais variados âmbitos do saber, desde fatores co-constitutivos da forma de ser que corroboram tal posicionamento crítico de Hamann. Afinal, mundo sensível e razão caminham de mãos dadas. E assim, pode-se concluir: o homem se traduz numa *unidade bio-psíquica e espiritual*, que possui uma *natureza comum* decorrente de um mecanismo único, de uma mesma *forma*, portanto, que o formata enquanto homem.

É justamente através da análise crítica da temática da *natureza das coisas*

¹⁹⁹ Id.

²⁰⁰ Id. "... dada a solidária analogia entre o acto e a objectivação, ou entre o acto e as possibilidades objectivas do seu sentido." Id.

²⁰¹ Id. Aquela "... comunidade que se vai constituindo pelos actos de participação naqueles valores comuns que se vão revelando no sentido dos actos da comunicação espiritual." Ibid. p. 39.

²⁰² Adiante desenvolvidas.

que melhor se perceberá as implicações disso para a defesa de um *direito* que venha proteger uma esfera específica da existencialidade humana ainda não devidamente resguardada em termos jurídicos, procurando mostrar com o que a referida proposta não se confunde. Em razão das discussões travadas no pós-Segunda Guerra sobre a temática da natureza das coisas terem se assentado, sobretudo sobre as propostas de Maihofer e Radbruch, e pelo fato de tais discussões já guardarem um significativo grau de exauriência crítico-reflexiva, o que, porém, não afasta totalmente uma análise sobre elas uma vez que se procurará contrapor referidas analíticas com o que tem se proposto como uma saída especificamente *jurídica* para a solução de problemas de ordem prática envolvendo (des)encontros das diferenças, remetem-se as referidas discussões para o Anexo I. Diante disso, se passará à análise da proposta de Alessandro Baratta, pois é a partir das suas formulações sobre a *natureza das coisas* que mais proveitosamente se conseguirá explorar o assunto, sobretudo dando-se ênfase para a interrelação com o cerne analítico da investigação.

3.1.1 A perspectiva de Alessandro Baratta sobre a *natureza do fato*, enquanto superação à noção de *natureza das coisas*: nas pegadas de Vico.

Poder-se-ia objetar à tese da compreensão da *forma de ser dos povos* como uma dimensão fundamental não só da prática humana, mas do próprio ser humano enquanto tal, a ser resguardada em termos jurídicos, que o esforço em querer mostrar que expressividades comportamentais típicas de um povo seriam uma esfera íntima de seus membros, externalizada em ações das pessoas que o compõem e que, por tocarem a própria constitutividade existencial, haveriam que ser protegidas pelo Direito, não passaria de um intento de se encobrir um suposto critério de uma *objetivação axiológico-normativa existencialmente fundada* e, assim, tratar-se de mais uma tentativa frustrada de se reabilitar o próprio pensamento da *natureza das coisas*.²⁰³ A problematização de algumas propostas lançadas sobre a

²⁰³ As reflexões expendidas neste ponto específico devem-se, sobretudo, às iluminações proporcionadas pela análise da tese de Doutorado de António Castanheira Neves: NEVES, A. C..

referida temática auxiliará não só na melhor compreensão do assunto, mas mostrará como o mesmo não se confunde com o que se está propondo.

Na esteira de Maihofer e Radbruch, numa tentativa de superação de ambas as posições e procurando um melhor enquadramento conceitual para a expressão alemã *Natur der Sache*, Alessandro Baratta vale-se da terminologia *natura del fatto*, o que se deriva tendo por inspiração um texto anterior de Piovani²⁰⁴ e, ao que tudo indica, em razão do próprio ajuste conteudístico-teórico que Baratta acabou propondo à referida noção.²⁰⁵

Tomando como limitação o princípio vichiano *verum ipsum factum*, Baratta procura mostrar os limites do saber científico e fenomênico. O limite do noumênico ressurgiria quando o sujeito, conhecendo-se enquanto princípio constitutivo do próprio mundo, conheceria a verdade dos próprios fatos; mas a consciência dos próprios fatos e de si mesmo como princípio não retornaria mais a essa auto-consciência. Dessa forma, o sujeito reencontraria sempre em si mesmo renascente, como um limite da auto-consciência, o noumênico, ou seja, aquele dado ineliminável que seria o *eu* como pura subjetividade.²⁰⁶

Seria desde a teoria da objetividade e da abstração da *filosofia da*

Questão-de-facto... pp. 699-870, especificamente no contido nos §§ 23 e 24, onde se analisa o pensamento da *natureza das coisas*.

²⁰⁴ BARATTA, A.. *Natura del fatto e Diritto Naturale*. Em: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, III Serie – XXXVI -, 1959, p. 177. O texto de Pietro Piovani é *Il significato del principio di effettività*, de 1952. Para Baratta, a temática da *natureza do fato* superaria o problema em que a mesma muitas vezes era apresentada, ou seja, enquanto alternativa à solução de lacunas. Sua perspectiva, assim, se amoldaria tanto ao subjetivismo idealístico italiano quanto à filosofia da experiência jurídica; aqui, particularmente, aquela de Widar Cesarini Sforza. *Ibid.* pp. 177-178.

²⁰⁵ Em março de 1967, fruto de um trabalho conjunto preparado para o Congresso Internacional de Filosofia de Direito, realizado em setembro daquele ano em Torino, Baratta acaba por converter as conclusões do referido trabalho em um texto publicado em 1968, onde observa a *polivalência* da expressão *natura del fatto*, que cumpriria uma vasta gama de possibilidades de considerar fatos como fundamentos de escolhas legislativas, onde os valores nos quais o fato se converteria seriam considerados *juízos de valor primários*. Ao contrário, se os valores sobre os quais se fundamentasse um juízo fossem regras já existentes, se estaria ante um *juízo de valor secundário*. BARATTA, A.. **Ricerche su “essere” e “dover essere” nell’esperienza normativa e nella scienza del Diritto**. Milano: Giuffrè Editore, 1968, pp. 44-45. Para o percurso acadêmico de Alessandro Baratta: BECCHI, P.. *Alessandro Baratta filosofo del diritto*. Em: **Heredia**. Costa Rica: Clacso, 2010. Disponível em: < http://biblioteca.clacso.edu.ar/subida/Costa_Rica/cab/20120724122613/Becchi.pdf > Acesso em 08 mai 2013.

²⁰⁶ BARATTA, A. *Natura del fatto e Diritto...* p. 181. Baratta adverte que “L’impossibilità dell’autocoscienza assoluta e l’astrattezza di una filosofia soggettivistica, che pretenda di eliminare il noumeno esaurendo tutta la realtà in un <<atto puro>> e cioè in assoluta autocoscienza, è stata rivelata dimostrando l’impossibilità di eliminare la molteplicità degli atti e cioè delle coscienze.” *Id.*

esperienza jurídica que se poderiam resolver algumas aporias fundamentais que se esconderiam por detrás da *ideia do direito natural* e da *ideia da natureza do fato*. O equívoco de tais teorias residiria em ter pretendido deduzir o *dever ser* do *ser*, ao invés de o deduzirem do *existente*, ou seja, do sujeito histórico – *Dasein* -, daí a *ahistoricidade* intrínseca a ambas.²⁰⁷ De outro lado, ao invés de buscarem no processo espiritual o constituir-se da objetividade da norma, o buscariam como algo precedente e fora do sujeito em si mesmo.²⁰⁸

Seria pela perspectiva humanístico-vichiana do idealismo italiano, segundo a qual a dialética do mundo humano se resolveria em uma circularidade contínua entre *ato* e *fato*, de subjetividade constituidora do fato como sua expressão e que, continuamente, o superaria na sua abstratividade de *fato* ou de *natureza*, contrapondo-se ao espírito e dando a esse uma continuidade vital, negando-se, a partir disso, o próprio problema jusnaturalístico,²⁰⁹ que Baratta procura tematizar a noção de *natureza do fato*.

Estabelecendo um diálogo crítico-reflexivo, Baratta aponta que Radbruch²¹⁰ não teria conseguido superar o *problema insolúvel teoricamente*, segundo o qual se

²⁰⁷ No acima citado texto, de 1967, se percebe que em relação aos significados que a expressão *dever ser* poderia conter em uma análise empírica da experiência normativa se desdobrava em dois sentidos. Um dos sentidos se referiria ao elemento semântico da proposição prescritiva e outro ao elemento interior da vontade. BARATTA, A.. Ricerche... p. 10 e ss. O *dever ser*, do ponto de vista pragmático e em relação ao usuário, seria o resultado espiritual da concordância prática com a qual o usuário transformaria uma *regra* em *norma*. O *dever ser*, em tal caso, exprimiria o *valor normativo* específico que uma regra assumiria para o usuário. Quanto ao autor do enunciado prescrito, o *dever ser*, em termos pragmáticos, desde a intenção de quem ordena, seria o conteúdo do ato de ordenar, de por a regra, e corresponderia ao *valor imperativo* que o enunciado adquiriria no uso específico que faria o autor do mesmo. Ibid. p. 22. Em termos conclusivos, Baratta, admitindo um modelo *restrito* de ciência jurídica, excluindo, portanto, tanto os discursos sobre efetividade e sobre controle social, observa o nexos que uniria na experiência do Direito *fato* e *valor*: "... il discorso filosofico, che sorge dall'interno stesso della scienza giuridica e dall'interno la ravviva, e nel quale "essere" e "dover essere" trovano la loro più profonda e vera dimensione semantica." Ibid. p. 95.

²⁰⁸ BARATTA, A.. *Natura del fatto e Diritto*... pp. 182-183.

²⁰⁹ Ibid. p. 183. Nas palavras de Baratta, "Giacchè la natura, l'oggettività, non può fornire al soggetto altra <<regola>> che quella che egli stesso costituisce, astraendola dal concreto processo dell'azione. E la natura non è che il momento astratto della concretezza spirituale, quello nel quale il risultato del processo espressivo del soggetto appare posto fuori di esso." Ibid. pp. 183-184. Baratta adverte que, para o subjetivismo, a tentativa de encontrar a regra de ação resultante da atividade abstrata do sujeito se tornaria uma duplicação lógica, desde a qual os termos do problema permaneceriam os mesmos: a separação entre o *ato* e o *fato*. Seria o espírito enquanto *atividade* e a *natureza* como resultado de tal *atividade*. De outro lado, a metafísica, quando desse o conhecimento do *ser*, não poderia fornecer a norma de *dever ser*, pois esta seria o *modo do ser* do próprio sujeito histórico, sendo que a norma não precede a decisão existencial, mas faz parte dela, ou seja, a decisão existencial pressuporia a regra. Ibid. p. 184.

²¹⁰ Como pode-se verificar na tematização da proposta de Radbruch junto ao Anexo I.

pressuporia a existência autônoma tanto do plano dos valores quanto da realidade. Para a filosofia dos valores da Escola de Heidelberg, a relação entre realidade e valores se resolveria através de uma ponte arbitrária, pois não seria necessária entre os referidos planos. O ato de pensamento, enquanto conhecimento, reportaria a realidade aos valores e, enquanto vontade, procuraria realizar os valores na realidade, transformando-a.²¹¹

Ocorre que na relação entre *realidade/fato*, *pensamento/ato* e *valores* não se poderia fundar uma ligação entre a ação humana na realidade e os valores que fosse imune ao relativismo. A escolha dos valores ou se exauriria na própria apreensão da realidade e, então, realidade e valores coincidiriam, ou cada relação que se instalasse entre realidade e valores apareceria sempre incompreensível. Daí que para a filosofia da experiência jurídica o *pensamento* não poderia fundar uma relação de concretude entre *realidade* e *valores*, a não ser que *dialeticamente*, colocando-se como um momento concreto da passagem entre o *ser*, do qual o sujeito assumiria consciência, e o *dever ser*. O *pensamento* se colocaria entre o *fato*, enquanto resultado da atividade do pensamento, e o *ato* dele decorrente e iria para além dele. Contudo, referida operação dialética só seria possível afastando-se os

²¹¹ BARATTA, A.. *Natura del fatto e Diritto...* p. 200. No texto *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, de 1937, publicado na França na *Revue internationale de la théorie du droit*, em 1938, em razão das proibições que o regime nacional-socialista impôs aos trabalhos de Radbruch na Alemanha, já podia se perceber que o mesmo tinha detectado que o tipo de raciocínio que na grande maioria das vezes se utiliza no Direito é o *analógico*, desde conceitos ordenadores, que teriam sua forma mais importante justamente nos conceitos de *tipos*. Nos aludidos conceitos ordenadores o que se buscava não seria uma definição fechada dentro de um conceito, como sugeririam os conceitos classificatórios, mas um *termo médio* entre dois ou mais fenômenos. Seria desde o *comparativo* que se estruturariam os referidos conceitos ordenadores. Radbruch observa que a tendência para se valer de conceitos de tipo, que aspirariam a conceitos classificatórios, remontaria ao Direito romano, onde se procurava deixar a cargo da interpretação a continuidade da formação classificatória. RADBRUCH, G.. *Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Em: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Número 11-r3, Chile, 2009. Disponível em: < <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-r3.pdf> > Acesso em 17 mai 2013, pp. r3: 1-r3: 3 e p. r3: 9. A diferenciação entre conceitos classificatórios, segundo a lógica tradicional, e conceitos ordenadores, teria sido colhida por Radbruch desde Paul Oppenheim e Carl G. Hempel, sobretudo desde as obras *Typusbegriff im Licht der neuen Logik*/Hempel e Oppenheim, *Von Klassenbegriffen zu Ordnungsbegriffen*/Oppenheim e *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften*/Oppenheim. Radbruch, contudo, contesta a posição de Oppenheim segundo a qual para a Ciência do Direito os conceitos ordenadores seriam manifestamente inadequados, justamente partindo do pressuposto de que “... el enjuiciamiento de un supuesto de hecho individual – sea por el legislador, sea por el juez – presupone precisamente que se imagina y **compara** numerosos casos más o menos emparentados con él, a fin de verificar el alcance para otros casos de la regla jurídica en que se basará la decisión proyectada.” Ibid. r3: 4. (grifo nosso) Para as obras de Oppenheim e Hempel: p. r3: 2. (nota nº 1)

valores de um plano distinto da realidade e do pensamento em ato; os valores se encontrariam eternos e imutáveis; ou seja, em razão disso é que se haveria de *historicizá-los*, o que, por sua vez, só seria factível quando se fizesse coincidir o *valor* com o *ato* em si mesmo. Dessa forma, considerando-se *fato*, *pensamento/ato* e *valores*, esses últimos nada mais seriam que algo *pleonástico*, constituindo-se mesmo na grande dificuldade sobre a qual se debateria toda a filosofia dos valores.²¹²

A historicidade, com isso, só seria compreensível com a eliminação dos valores considerados enquanto uma *existência autônoma* perante o pensamento. Somente assim se poderia entender a dialética que a vontade, enquanto voltada a um valor que não estaria fora dessa, mas que coincidiria com o seu mesmo ato, se instauraria com o fato. Não seria desde a abstração dos valores do ato de pensamento que se resolveria a distinção entre *ser/fato* e *dever ser/valor* mas, antes, quando o *dever ser/valor* fosse identificado com o *pensamento em ato*, a sua relação com o *ser* da objetividade ou do *fato* seria imediatamente posta na sua necessidade racional. Assim, o *ser* da objetividade ou do *fato* apareceria, quanto ao pensamento, como os termos de sua mesma atividade.²¹³ A história, com isso, se constituiria como *concretude espiritual*, como *ato* que colocaria o *fato* e o superaria e, enquanto tal a história seria a unidade concreta de dois momentos, que somente na abstração poderiam se superar: o *fato* e a sua *natureza* uma vez que a *natureza do fato* residiria no *ato*.²¹⁴

²¹² BARATTA, A.. *Natura del fatto e Diritto...* pp. 200-201.

²¹³ Ibid. p. 201. Daí Baratta afirmar que, considerando a relação entre *fato* e *ato*, a relação “... tra essere e dover-essere appare come un problema in certo senso superfluo. Giacchè, se si considera il fatto come risultato dell’atto del pensiero, la realtà del mondo umano acquista una omogeneità, che non permette di separare in essa, (...) due piani ontologicamente distinti, **ma solo due momenti**: quello della concretezza, che è il momento del dover-essere, e quello dell’astrattezza o dell’oggettività, che è il momento del fatto.” Ibid. pp. 201-202. (grifo nosso)

²¹⁴ Ibid. p. 202. Baratta, em seu escrito de 1968, chega mesmo a afirmar que as discussões sobre a *natureza do fato* se tornariam estéreis, sobre o plano da teoria do Direito, caso continuassem a ser circunscritas na inútil contraposição entre as teses da natureza do fato como fonte formal e a tese da natureza do fato como fonte material, bem como, agora sobre o plano filosófico e axiológico, se a discussão permanecesse circunscrita à também inútil contraposição entre as teses da *dedução* e a tese da *não dedução* do *dever ser* do *ser*. BARATTA, A.. *Natura del fatto e giustizia...* pp. 41-42. Em análise crítica à lógica silogística, Baratta observa, no que se refere à questão da possibilidade ou não da dedutibilidade de um juízo de *dever ser* do *ser*, tendo em conta estudos sobre lógica jurídica desenvolvidos por Klug e Dreier, quando ambos procuraram mostrar que existem premissas axiológicas que são implícitas nos discursos valorativos com as quais são fundadas as escolhas práticas, e que as mesmas se tratariam de entimemas lícitos, que tal linha de

Contra-pondo-se a Maihofer,²¹⁵ Baratta entende que a natureza *normativa* do fato se fundaria no interior do próprio fato, no momento concreto do seu *fazer-se*, ou seja, no *ato* que o poria e não em uma já constituída e abstrata objetividade.²¹⁶ Desde tais reflexões de Baratta, conjugando-as com a noção da *forma de ser dos povos*, pode-se dizer que é da *historicidade concreta dos atos humanos singularmente falando* – das expressividades comportamentais típicas de um povo – que seriam gerados os *atos* da *forma de ser dos povos*; ou seja, essa *forma de ser dos povos* seria o *produto*, tendo como sua origem constitutiva não um cabedal de valores externos condicionantes das práticas mas exteriores a elas; antes, um cabedal de valores condicionados pelas próprias práticas e delas condicionantes.²¹⁷ Em outros termos, para se perceber que não se pode considerar um fato sócio-cultural desde sua “... já constituída e assim abstracta objectividade (...) [, deixando]

raciocínio lógico silogístico não seria capaz de mostrar as razões e a validade dos axiomas práticos e das proposições valorativas neles operantes, que seriam próprias aos elementos e características das quais dependeria a validade e a comunicabilidade de um integral juízo prático. Dessa forma, a lógica silogística serviria somente para introduzir aquele que seria o problema central da argumentação prática, qual seja o de assegurar a vantagem dos axiomas práticos e das escolhas valorativas que os mesmos determinariam. Ainda que fosse reconhecível a utilidade técnica das análises lógicas sobre os juízos práticos, seria uma *ilusão formalística* atribuir ao esquema silogístico a função gnoseológica de se dar razão ao juízo prático e fundá-lo. Seria transportar para o conhecimento prático o estéril tautologismo da lógica silogística tão cara aos juristas. Tratar-se-ia meramente de um esquema demonstrativo que se revelaria meramente formal e abstrato, ou seja, absolutamente inadequado para fundamentar um juízo prático material ao qual se aplicaria, almejando garantir certo controle. Considerado em seu esquema abstrato, desde a lógica silogística, o juízo prático apareceria como uma perfeita dedução demonstrativa. Contudo, considerado o juízo prático nas premissas prático-axiomáticas e valorativas, que o fazem logicamente válido, o problema da validade e do controle do inteiro juízo move-se para uma dimensão diversa, na qual os resultados não podem ser *verdade* ou *falsidade*, mas somente *fundamentáveis/fundados* ou *não fundamentáveis/infundados*, no qual não seria possível alcançar o cumprimento intelectual que supostamente asseguraria o procedimento silogístico com a sua tautológica função de declarar aquilo que implicitamente já se sabia. Baratta propõe a necessidade de desenvolver um discurso consciente da impossibilidade de alcançar a certeza intelectual da dedução demonstrativa, mas, antes, resultados *plausíveis* e *comunicáveis*. Nas palavras de Baratta, “... un discorso, dunque, ispirato alla necessità, oggi imprescindibile, di non lasciare al dominio dell'irrazionale, delle scelte cieche ed emotive al fanatismo settario, al fatalismo rinunciatario, o al corto calcolo dell'egoismo, tutta la zona della conoscenza pratica non coperta dalla certezza dimostrativa.” Ibid. p. 48 e, ainda, Ibid. pp. 43-48.

²¹⁵ Cf. a proposta de Maihofer junto ao Anexo I.

²¹⁶ BARATTA, A.. *Natura del fatto e Diritto...* p. 216. Igualmente: BARATTA, A.. *Natura del fatto e giustizia...* p. 190.

²¹⁷ Pecerba-se, aqui, que somente um *fato*, uma dada *forma de ser típica de um povo* poderá ser reconhecida pelo Direito quando esta se constituir desde uma *consciência valoradora* que as próprias pessoas da comunidade de origem da referida forma de ser atribuíram a tal expressividade comportamental. *Consciência* essa, portanto, historicamente determinada.

de lado o <<momento concreto do seu fazer-se, i. é, do acto que o põe>> ...”²¹⁸

Assim, desde a historicidade concreta do *ato* se constituiriam os *atos* enquanto *produtos* e *fins*. Daí que, para o subjetivismo filosófico-jurídico italiano e para a filosofia da experiência jurídica ligada ao referido movimento, o *valor* e a *norma* não existiriam entre o *ato de vontade*, que poria e interpretaria normativamente o *fato*. Frente ao sujeito histórico existiriam *atos* que, enquanto produtos de sua atividade, teriam a mesma objetividade e, enquanto *atos* que pelos próprios sujeitos são feitos novamente como condições e regras de sua inexaurível atividade teriam a mesma validade normativa. A *força normativa do fato*, dessa forma, residiria sempre na atualidade subjetiva, que se exprimiria nos *atos*, num contínuo exercício de superação de sua própria expressão; portanto, recriar-se-ia continuamente.²¹⁹

A *natureza do fato*, assim, seria respeitada, seja pela doutrina seja pela jurisprudência, não porque o fato tivesse uma natureza normativa fora do ato que o produziria e o reinventaria nem porque esse tivesse uma qualidade legal, mas porque o “... *fatto* diventa *diritto* solo nella *qualificazione* giuridica che esso riceve, e diventa *diritto legale*, solo se esso riceve una *qualificazione* giuridica da organi sociali a ciò, a loro volta, qualificati e dotati di sufficiente forza.”²²⁰

O Direito, assim, não surgiria com o *fato*, mas com a *qualificação jurídica do fato*. Daí Baratta concluir pela impossibilidade de se fundar no fato uma normatividade objetiva independente da valoração e da vontade do sujeito, bem como de observar na *natureza do fato* um valor precedente ao *ato* e à qualificação jurídica atribuída pelo sujeito; a *natureza do fato*, assim, seria a atividade do sujeito que o poria e o qualificaria, criando-o e recriando-o no seu sentido.²²¹

²¹⁸ Castanheira Neves recorre à referida conclusão de Alessandro Baratta. NEVES, A. C.. Questão-de-facto... pp. 832-833.

²¹⁹ BARATTA, A.. Natura del fatto e Diritto... pp. 217-218. A *validade normativa* seria “... sempre una validità concreta, misurata dal risultato e dalla realtà storica dell’esperienza giuridica.” Ibid. p. 218.

²²⁰ Ibid. p. 220. O que se manteve em seu escrito de 1968: “... l’extrazione del dover essere dalla natura *assiologica* del fatto non poteva avvenire se non sul presupposto di una individuazione di questa natura *assiologica* del fatto entro la struttura stessa del processo del farsi del fatto, e quindi sulla base della concezione dialettica dell’unità di conoscere e fare, di cui lo storicismo vichiano era stato la luminosa anticipazione (*verum et factum convertuntur*). <<La natura del fatto è nell’atto>> ...” BARATTA, A.. Natura del fatto e giustizia... pp. 142-143.

²²¹ BARATTA, A.. Natura del fatto e Diritto... pp. 220-222.

3.1.2 A perspectiva de Arthur Kaufmann sobre a *natureza das coisas*.

Em 1965, a partir do texto *Natur der Sache, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Kaufmann, sendo impulsionado por um texto cedido por Alessandro Baratta, até então não publicado, intitulado *Analogie und 'Natur der Sache'*, de 1962, que fora utilizado por Baratta junto ao Instituto de Filosofia Jurídica e Social da Universidade de Saarbrücken, parte da conexão apontada pelo jus-filósofo italiano entre *analogia* e *natureza das coisas* para enfrentar a questão da relação entre *ser* e *dever ser*.²²²

O pensamento assente na ideia da *natureza das coisas*, de Kaufmann, para Paes de Vasconcelos, entenderia a referida noção como um "... modo relacional e analógico[, onde] (...) a realização do Direito é feita através da *assimilação* do ser e do dever ser, de realidade e valor, de facticidade e norma."²²³ Kaufmann, contudo, não entenderia a *natureza das coisas* nem como uma *Denkform* – Radbruch -, nem como *fonte extralegal* do Direito – Maihofer -. Sua proposta, ainda no entender de Pais de Vasconcelos, superaria em abrangência a de Radbruch, mas ficaria aquém dos limites postos por Maihofer,²²⁴ o que, como se procurará mostrar, apresenta relevantes argumentos para se apontar como equivocado.

Na proposta de Kaufmann se percebe uma especial atenção a algo que

²²² "El impulso definitivo para mi propia investigación lo he recibido de *Alessandro Baratta*, exactamente de su exposición (hasta ahora no publicada) acerca de la 'Analogía jurídica y la Naturaleza de la Cosa', sostenida en 1962 ante el Instituto de Filosofía Jurídica y Social de la Universidad de Saarbrücken." KAUFMANN, A.. **Analogía y "Naturaleza de la cosa". Hacia una teoría de la comprensión jurídica**. Traducción de Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 34. Versão italiana: KAUFMANN, A.. **Analogia e <<natura della cosa>>. Un contributo alla dottrina del tipo**. Traduzione de Gaetano Carlizzi. Napoli: Vivarium, 2004. (Storicità del Diritto – 10 – Serie Assiologia del Diritto – 1) Observa-se que a tradução espanhola vale-se da expressão *justicia objetiva*, onde a edição italiana, com mais acerto, valeu-se de *giustizia materiale*, o que se pode concluir pelo contexto em que as mesmas são empregadas e pelo próprio direcionamento que o pensamento de Kaufmann sugere. O texto originariamente datilografado em 1962 e utilizado por Baratta, naquele ano, em uma conferência organizada por Kaufmann e Maihofer, mas que só fora publicado em 1972, e que servira de base para Kaufmann, fora originariamente intitulado *Juristische Analogie und Natur der Sache*, publicado em 1972 em: HOLLERBACH, W.; MAIHOFFER, W.; WÜRTEMBERGER, T.. (Hrsg.) **Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag**. Frankfurt a.M.: Klostermann, 1972, pp. 138-161. O tema da *analogia jurídica* e sua conexão com a noção de *natureza do fato* já havia sido tratado por Baratta em um ensaio de 1962. BARATTA, A.. Note in tema di analogia giuridica. Em: AA.VV. **Studi in onore di Emilio Betti**. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1962, pp. 569-593.

²²³ VASCONCELOS, P. P.. Op. cit. p. 729.

²²⁴ Id.

nem sempre se discutiu mais a fundo nos debates sobre a *natureza das coisas*, qual seja a abertura à dimensão de historicidade do Direito, o que já vinha sendo trabalhado pelo mesmo, sobretudo desde *Naturrecht und Geschichtlichkeit. Recht und Sittlichkeit*, de 1957.²²⁵

Considerando os vários aspectos que a noção de *natureza das coisas* apresentaria, Kaufmann observa que o ético e filosófico-jurídico e o jurídico-metodológico e teórico acabavam se encontrando, havendo uma negligência quanto ao tratamento do aspecto jurídico-metodológico.²²⁶ Na esteira de Baratta, mas assumindo desse se distanciar,²²⁷ Kaufmann acolhe que *analogia* e *natureza das coisas* mostrariam a estrutura da *extensio*.²²⁸ A analogia guardaria uma relação funcional com a *natureza das coisas*, servindo, simultaneamente, de meio e critério da aplicação analógica, tendo em conta os princípios de Direito.²²⁹ Até aqui parece guardar similitude a propositura de Kaufmann com a de Baratta, pois seria desde o norte dado pelos princípios de Direito que se atribuiria o sentido jurídico, o valor, a qualificação jurídica ao fato para, a partir disso, em termos analógicos, se buscar a solução do problema.

Após procurar mostrar que qualquer atribuição de sentido implicaria se

²²⁵ Cf. observado por Baratta. BARATTA, A.. *Natura del fatto e giustizia...* pp. 89-90. Para o texto de Kaufmann, de 1957: KAUFMANN, A.. **Derecho, moral e historicidad**. Traducción de Emilio Eiranova Encinas. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000. Kaufmann procura mostrar que a historicidade para o Direito não pode ser entendida nem desde um ponto de vista relativista, nem absolutista. *Ibid.* p. 26.

²²⁶ KAUFMANN, A.. *Analogía y "Naturaleza..."* pp. 33-34.

²²⁷ O que parece ficar de todo evidenciado, ainda que Kaufmann não faça uma referência expressa à proposta originária de Baratta, quando se analisa o Posfácio à 2ª edição de *Natur der Sache, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, em 1980, onde Kaufmann aponta que "Ciò que voglio esprimere è che non è possibile individuare il contenuto concreto di una norma né il valore normativo di un fatto attraverso atti isolati, bensì soltanto nell'ambito di un processo alternato, che ho anche indicato come il <<condurre-in-corrispondenza>>." KAUFMANN, A.. Posfácio à seguinte obra: KAUFMANN, A.. *Analogia e <<natura...>>* p. 90. O que Kaufmann não deixa esclarecido é a relação de primazia que existe dos valores/princípios jurídicos/fundamentos e também dos critérios jurídicos sobre o fato em si. O estabelecimento do processo analógico, desde o *ato de qualificação jurídica*, de que fala Baratta, parte de um referencial jurídico, mesmo que em um nível pré-reflexivo, o que, já em sede judicativa, só aumenta a precisão jurídico-conteudística que se extrairá do fato. Baratta, ao que parece, jamais falou de *atos isolados*, mas de um jogo dialético, circularmente constituído, em que há um *processo alternado* – como pensa Kaufmann – entre o caso judicando e o sistema fundamento. O próprio *modo de compreender humano*, portanto, em momento algum é afastado.

²²⁸ KAUFMANN, A.. *Analogía y "Naturaleza..."* p. 34.

²²⁹ *Ibid.* p. 35. Kaufmann parte da obra *Pandekten*, de Puchta. Em sua *Rechtsphilosophie*, Kaufmann, em brevíssima alusão ao tema da *natureza das coisas*, esclarece que sua perspectiva se aproximaria muito da visão de Stratenwerth, no sentido de que a *natureza das coisas* seria concebida de modo relacional. KAUFMANN, A.. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pp. 52-54, especialmente a nota nº 56.

estar diante de um conceito *análogo* e não mais *unívoco*, resguardando-se esse último e único sentido somente para os conceitos de número, servindo a referida compreensão inclusive para o âmbito do direito penal,²³⁰ Kaufmann, não deixando de reconhecer que a *ideia de Direito* teria um caráter *suprapositivo*, juntamente com os *princípios gerais de Direito*, conclui que ambos só poderiam ser considerados *direito* desde um processo de concretização e determinação de seus conteúdos, ou seja, desde um *direito positivo concreto e histórico*, desde uma *positividade material*.²³¹

Kaufmann, quanto à relação entre *ser* e *dever ser*, posiciona-se no sentido de que seria impossível acessar o Direito sem pontos de vista valorativos, dados de antemão. O *valioso* não seria algo dado no sentido do empírico-fático ou passível de ser obtido de alguma realidade de fato. *Autênticas qualidades normativas* somente as teria ante uma situação de fato que já tivesse sido posta em relação com um valor, seja esse decorrente de *um poder moral*, de *um querer razoável* ou de *um interesse valioso*.²³²

Ainda que Kaufmann perceba a impossibilidade de se deduzir um juízo de

²³⁰ KAUFMANN, A.. Analogía y "Naturaleza... pp. 39-44.

²³¹ Ibid. p. 46. Percebe-se na referida concepção de Kaufmann uma tentativa de reconhecer o caráter histórico do Direito sem, contudo, deixar de dar relevância à importância da positividade, daí a fórmula conciliadora que propõe um *direito positivo, concreto e histórico*. Todavia, Kaufmann não esclarece, suficientemente, a afirmação de que os *princípios jurídicos* seriam *abstrato-gerais, supra-positivos* ou *supra-históricos*; que haveria uma sequência lógica na direção *ideia jurídica > norma jurídica > decisão jurídica*. Em termos ontológicos, a direção seria inversa, pois, segundo Kaufmann, o direito concreto seria mais próximo e mais pertencente ao *ser* que a *ideia de direito*. Duas teses, assim, sustentariam sua posição: a primeira delas seria no sentido de que não haveria norma jurídica sem a *ideia jurídica*/sem os *princípios jurídicos* e, a segunda apontaria para o fato de que nenhuma das etapas poderia ser simplesmente deduzida (logicamente) da imediatamente superior, da mais geral e abstrata, daí a consequência de que não haveria nenhuma norma jurídica só a partir da *ideia jurídica*/dos *princípios jurídicos* e nenhuma decisão jurídica só a partir da norma jurídica. Ibid. p. 49. Kaufmann, ainda que reconheça a importância do momento de concretização/realização jurídica, sobretudo desde o conjunto dos elementos que compõem o referido processo, bem como a historicidade constitutiva que o Direito possui, não esclarece que mesmo no nível dos princípios há uma constante atualização conteudística desde os próprios processos de realização do Direito e também desde as próprias práticas, que também desempenham um papel de *reinvenção*. Ainda que seja no momento judicativo-decisório que o processo de atualização conteudística dos princípios se concretize, não se pode esquecer que tais atualizações são despoletadas nas relações cotidianas entre pessoas e, portanto, iniciam e vão, assim, tendo um papel modelador dos princípios antes do referido momento prático decisório. É de se notar que mesmo em sua *Rechtsphilosophie*, Kaufmann continua mantendo uma posição, no geral, no mesmo sentido em relação ao que ele observara anteriormente quanto aos princípios, ou seja, os princípios não dariam mais que uma base para a decisão concreta a tomar, uma orientação, não mais do que isso, daí não substituírem a argumentação racional. KAUFMANN, A.. Filosofia do Direito... pp. 272-274 e p. 470.

²³² KAUFMANN, A.. Analogía y "Naturaleza... p. 50-51.

dever ser diretamente do plano do ser, parece não perceber que no *ato de qualificação jurídica*, de atribuição de *valor* a um dado *fato* – Baratta -, ao menos para o Direito de matriz europeia-ocidental, não se tratam de valores de uma índole *puramente moral* que orientaram o sentido valorativo; também não de um qualquer *querer razoável* ou mesmo um *interesse valioso*, que poderia ser de determinada parcela da comunidade mas, antes, de um cabedal axiológico fruto do próprio processo dinâmico de criação de sentido valorativo que as próprias práticas, sejam as sociais, sejam, sobretudo, as jurídicas, vão produzindo. A moralidade que o Direito abarca é uma específica *moral juridicizada* e não a moral como um todo da comunidade. O mesmo, contudo, já não se pode dizer para comunidades adotantes de outros modelos regulatórios do convívio, a exemplo daqueles dos povos indígenas dos países sulamericanos, pois ali o que se observou foi haver uma *diluição* dos valores nas próprias práticas. A primazia, na maioria das vezes, é das práticas e não de um arcabouço axiológico no processo de produção de sentido valorativo da regulação da vida em comunidade de tais povos.

Para Kaufmann, o processo de realização do Direito envolveria *operações mentais prévias*, o que já seria identificável desde o fato da assunção de que o método jurídico não seria em primeiro lugar *lógico*, mas, antes, *teleológico*, e, assim, somente seria possível desde a lógica transcendental, daí o envolvimento da estrutura da *analogia*. A *realidade completa* do Direito só adviria das *relações concretas da vida*, que já guardariam em si alguma medida e seu ordenamento,²³³ ainda quando medianamente desenvolvidos, uma vez que tanto a *ideia jurídica* quanto a *lei* seriam somente a *possibilidade do Direito*, não se podendo delas extrair tal *realidade completa do Direito*.²³⁴ Dessa forma, a *norma* como *dever ser* não poderia, em absoluto, produzir por si mesma um *direito real*, devendo incluir no referido processo um elemento próprio do *ser*, só pela correspondência entre *norma* e *situação concreta da vida* – *dever ser* e *ser* – se originaria *direito real*.²³⁵ Tal

²³³ O que parece ir ao encontro das explicações do nascedouro das atualizações contenciosas dos princípios jurídicos.

²³⁴ Ibid. pp. 55-56. Nas palavras de Kaufmann, “Como la ley sólo lo puede ser concretada considerando las posibles situaciones de la vida a ser regladas, así también el derecho sólo puede ser realizado considerando las situaciones reales de la vida a ser decididas.” Ibid. p. 56.

²³⁵ Id. “... *derecho es la correspondencia de ‘deber ser’ y ‘ser’.*” Id.

unidade relacional ou *correspondência* significaria *analogia*.²³⁶ Daí que *ser* e *dever ser* não seriam nem idênticos nem diferentes, mas, antes, *análogos/correspondentes*.²³⁷

O processo analógico, assim, seria propriamente um *abrir-se*, que aconteceria sem solução de continuidade, do fato à norma e da norma ao fato. Seria em tal *abrir-se* que se localizaria a *extensio* própria da analogia. Tal processo dialético do *abrir-se* é que proporcionaria a compreensão da própria historicidade do Direito em sua estrutura ontológica.²³⁸

O *tertium* ao qual corresponderiam tanto *norma* quanto *fato*, aquela figura que representaria de igual modo o particular e o geral, o *universale in re*, o *dever-ser no ser* seria o *sentido*. A similitude, portanto, seria do *sentido* da *ideia de Direito* ou da *norma legal* com a *situação da vida/fato*; só assim poderiam ser ambas colocadas em correspondência – identidade da relação de sentido -. Tal *sentido* também seria chamado, para Kaufmann, como *natureza das coisas*. Dessa forma, a *natureza das coisas* seria o *tópos* sobre o qual convergiriam *ser* e *dever ser*; seria o *lugar metódico* em que se produziria a conexão entre *realidade* e *valor*.²³⁹

²³⁶ Ibid. p. 57. “‘Ana-logos’ significa, ya literalmente, co-respondiente (*ent-sprechend*), de acuerdo con el ‘logos’. La analogia es entonces – siguiendo la formulación clásica de Tomás de Aquino – ‘concordancia adecuada a una relación’. La analogia no es identidad ni diferencia, sino ambas: ‘vinculación ideal de identidad y diferencia’ (*Heidegger*), ‘punto medio entre identidad y contradicción’ (*Lakebrink*), ‘unidad de la correspondencia entre diferentes esencias’ (*Söhngen*) o como lo há expresado *Hegel*: ‘identidad dialéctica’, ‘unidad de unidad y contradictoria’, ‘identidad de identidad y no-identidad’.” Ibid. pp. 57-58.

²³⁷ Ibid. p. 58. “Se dice también que si la misma realidad del derecho está analógicamente fundada, el conocimiento jurídico es, consecuentemente, también analógico. *El derecho es originariamente analógico*.” Id.

²³⁸ KAUFMANN, A.. Analogía y “Naturaleza... p. 85 e p. 88. “Lo que la doctrina tradicional denomina analogía se diferencia de la investigación jurídica ‘normal’, y particularmente de la llamada ‘interpretación teleológica’ sólo por el grado de la *extensio*, en ningún caso por la estructura lógica del procedimiento.” Ibid. pp. 85-86.

²³⁹ Ibid pp. 90-91. Kaufmann mantém a posição acerca da noção da *natureza das coisas* em sua *Rechtsphilosophie*. KAUFMANN, A.. Filosofia do Direito... pp. 187-188. No Posfácio à 2ª edição de *Natur der Sache, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*., em 1980, Kaufmann aponta alguns dos críticos de sua posição, procurando, inicialmente, esclarecer sobre a analogia no direito penal, visando seja fundar ou mesmo agravar a pena, que, segundo ele, teria sido o centro das discussões até então. Kaufmann explica que “A mio avviso, il problema delimitativo riguarda il come sia possibile fissare, *nella dimensione dell’analogia*, per mezzo di criteri adeguati, un confine in qualche misura attuabile nella prassi tra l’estensione della legge *contra reum* consentita e quella vietata; e sono convinto come prima che questa sia l’unica prospettazione corretta del problema.” KAUFMANN, A.. Posfácio à seguinte obra: KAUFMANN, A.. Analogia e <<natura... p. 81. Kaufmann cita os seguintes autores como exemplos de quem admitiria a analogia *in malam partem*: Stratenwerth, Jescheck, Bockelmann, Lackner, Schmidhäuser, Claus Roxin e Hassemer, ainda que desde formas diferenciadas. Apresentando um posicionamento não muito claro e concludente em

Percebe-se aqui uma aproximação entre a proposta de Kaufmann e a de Ilmar Tammelo, pois a *natureza das coisas* seria entendida como um *tópos giuridico* ou um *tertium quid* para Tammelo,²⁴⁰ afastando-se, contudo, da posição de Baratta, o que parece restar equivocado. Afinal, o que poderia ser o *sentido*, seja da *ideia de Direito*, seja de uma determinada *norma* ou *conjunto de normas* em um dado fato, senão aquela *qualificação jurídica*, aquela *atribuição de sentido jurídico* que, a partir de um certo *ato* humano, procederia a referida qualificação jurídica?

A equiparação que Kaufmann procura fazer, no sentido de que todos os pensadores diriam o mesmo acerca da *natureza das coisas*,²⁴¹ não parece de todo acertada. A fundamentação que os autores citados por Kaufmann usam para justificar a ideia da natureza das coisas é diferente, seja porque os resultados a que chegam também apresentam variações, seja, por último e, sobretudo, porque se valem de refinamentos analítico-conceituais distintos, devendo-se destacar aqui o empregado por Alessandro Baratta. Para o jusfilósofo italiano haveria que se falar de um específico *ato de qualificação jurídica*. Assim, se poderia propor, caso fosse necessário, que o mais ajustado terminologicamente seria a '*jurídica*' *natureza do fato* ou, ainda, um *sentido jurídico do fato*, pois só esse *sentido* ou essa *natureza* é que realmente teria a adequada qualificação *jurídica* e, assim, guardaria relevância ao Direito.

Dessa forma, para Kaufmann, um dado *suposto de fato legal/hipótese legal* corresponderia a uma *situação vital tipificada*.²⁴² A *natureza da coisa* remeteria, assim, ao *tipo*; consistiria em um *pensamento tipológico*, derivando o próprio problema da *natureza das coisas* do problema do *tipo*. O *tipo*, com isso, consistiria

relação à possibilidade da analogia *in malam partem*, cita: Hans Ludwig Schreiber, Karl Engisch, Haft e Hruschka. Cita, também, como aqueles que retirariam, na dúvida, a vigência de uma proibição da analogia incriminadora ou agravante os seguintes autores: Gössel, Naucke, Priester e Höpfel. Ibid. pp. 82-84. Kaufmann acaba por admitir que teria fixado de um modo por demais *lato* os confins da analogia permitida (interpretação), quando estendeu até a fronteira com a *livre invenção do Direito* (fim onde alcançaria o tipo de ilícito). Esta teria sido uma conclusão de todo incongruente a respeito da sua pessoal concepção. Ibid. p. 89.

²⁴⁰ TAMMELO, I.. Op. cit. pp. 655-683.

²⁴¹ Kaufmann afirma que "En lo fundamental dicen lo mismo, bien que con distintas palabras, todos los pensadores de la 'naturaleza de la cosa'." KAUFMANN, A.. Analogía y "Naturaleza... p. 91. Kaufmann vale-se dos seguintes autores em sua análise, citando de todos as respectivas passagens que mostrariam a preocupação dos mesmos com a relação entre os planos do dever ser e do ser: Radbruch, Maihofer, Stratenwerth, Fechner, Schambeck e Larenz. Ibid. pp. 91-92.

²⁴² Ibid. p. 93. Também: KAUFMANN, A.. Filosofia do Direito... pp. 184-191.

naquele ponto médio entre o particular e o geral.²⁴³ No Direito, o *tipo* haveria que ser entendido como o meio entre a *ideia de Direito* e a *situação vital*. Seria aquilo que estaria dado de antemão a toda legislação e formação de direito.²⁴⁴ A interpretação teleológica, dessa forma, consistiria em não trabalhar com conceitos legais abstratamente definidos mas com *tipos* que se encontrariam por detrás deles, argumentando, com isso, a partir da *natureza da coisa*,²⁴⁵ ou seja, do *sentido jurídico*.²⁴⁶

Kaufmann, ao recorrer à noção de *tipo*, sugere uma certa confusão entre as características que um *tipo legal* possuiria, ressaltando-se a sua plasticidade, sua capacidade conformativa e a relação em si que se estabelece entre o plano do *dever ser* e do *ser*, entre *valor* e *realidade*. A adequada compreensão do sentido em que ocorre a interpelação ao *sistema fundamento* permite perceber, desde logo, como a direção precisa ser sempre do *caso judicando ao sistema fundamento* e não o contrário. Isto porque é sempre o caso judicando, a situação fática apreciada em

²⁴³ KAUFMANN, A.. Analogía y “Naturaleza... p. 94. O *tipo* seria “... comparativamente un concreto, un *universale in re*. Así se diferencia, por un lado, del concepto general-abstracto, que es ‘definido’ (esto es, limitado) por un número reducido de características aisladas y que, con ello, se opone – según *Kant* – a la comprensión. El tipo, con su mayor objetividad, comprensibilidad y vecindad a la realidad, no es, a diferencia de aquél, definible, sino sólo ‘explicable’. Es cierto que tiene un núcleo fijo, pero carece de fronteras. Por eso, puede faltar uno que otro de sus ‘rasgos’ caracterizadores, sin que la tipicidad de una situación de hecho sea puesta en duda o necesite serlo. El concepto (aquí siempre entendido como concepto general-abstracto, ‘concepto de género’, ‘concepto de clase’) es cerrado y el tipo es abierto. El concepto conoce sólo el cortante ‘o lo uno o lo otro’. El concepto divide; el pensamiento conceptual es siempre ‘pensamiento divisorio’. El tipo (el ‘concepto de orden’, el ‘concepto funcional’, el ‘concepto de sentido’) se acomoda al ‘más o menos’ de la variada realidad. El tipo une, da a conocer conexiones de sentido y lo general es en él concebido comprensiva y ‘totalmente’. De ahí que bajo un tipo tampoco se pueda ‘subsumir’, como bajo un concepto. A él se puede, y sólo en mayor o menor grado, ‘coordinar’ un hecho concreto; este sólo puede ‘ser puesto en correspondencia’ con él. Así, tampoco tratándose del tipo estamos frente a un ‘exacto’ pensamiento lógico-formal. Pero, por otro lado, también se diferencia el tipo de lo individual. Lo único no puede ser típico.” Ibid. pp. 94-95.

²⁴⁴ Ibid. p. 96. Daí Kaufmann concluir que mesmo em relação ao princípio *nullum crimen sine lege* não se poder implicar uma proibição estrita da analogia, pois a admitir tal proibição, teria que se admitir como pressuposto que o delito pudesse ser, mediante conceitos unívocos, “... excluyentemente definido. Pero eso es imposible. El principio ‘*nullum crimen sine lege*’ dice, más bien, que el tipo de la acción castigable debe ser establecido por una ley penal formal, esto es, más o menos descrito. Por ello, la analogia encuentra su frontera en el derecho penal en el tipo de ilicitud que sirve de base al supuesto de hecho legal. (...) Quien tenga por dudosa la tesis de que la analogia está permitida en el derecho penal hasta el límite del tipo de ilicitud, puede hablar, en vez de analogía, de ‘interpretación teleológica’, pero, con eso, el asunto no cambia nada.” Ibid. pp. 101-102.

²⁴⁵ Ibid. p. 99.

²⁴⁶ No dizer de Ulderico Pomarici, o Direito, para Kaufmann, se apresentaria, portanto, “... come la ricerca del punto di intersezione, nella relazione fra gli enti, nell’approssimazione infinita, asintotica, fra tipo e fatto storico.” POMARICI, U.. Apresentação à seguinte obra: KAUFMANN, A.. Analogia e <<natura... p. XIII.

termos jurídicos, o fato qualificado juridicamente/valorativamente desde um *ato* humano respectivo que exigirá uma respectiva plasticidade da hipótese legal, do *tipo*. É a abundância de situações que a vida em comunidade coloca que exerce a pressão conformativa do sistema; daí a impossibilidade de se falar em um *sistema fechado* para o Direito.

Quando se observa uma dada situação fática, o jurista, de plano, traz à mente o seu *pré-saber jurídico* - Castanheira Neves - e, a partir desse ato, procura identificar o que é recortável juridicamente, num primeiro momento, naquela situação, para somente então interpelar o *sistema fundamento*, experimentá-lo em uma primeira tentativa. Dessa forma, vão se sucedendo os atos de conformação jurídica que vão sendo desencadeados até se chegar àquilo que guarda relevância jurídica no *fato* e, assim, deve ser colocado em correspondência com o que estabelece o sistema fundamento. Tais atos do pensamento se perfazem sempre por uma constante busca de elementos comuns entre os referidos planos, em um juízo analógico.²⁴⁷

Contrapondo-se a Baratta, Kaufmman aponta que ao jusfilósofo italiano o sentido não seria algo *dado*, mas *imposto*, desde um *ato de pensamento humano*, desde a *qualificação jurídica*, a *atribuição de um sentido valorativo*, no caso do Direito. Ocorre que as conclusões de Kaufmann parecem restar equivocadas. O mesmo conclui que a referida *herança nominalista*, segundo a qual se negaria a existência de um *geral*, pois que esse só existiria após a formação de um *conceito* pelo espírito pensante, como *ideia* ou mesmo *nome*, negaria qualquer tipo de *semelhança*, de *tipicidade* e, também, e aqui já se podendo dizer ter acertado, de

²⁴⁷ Não parece ter sido outro o sentido da crítica efetuada por Ulderico Pomarici: "... come può la norma, nella sua positività formale, essere il risultato della mediazione, incarnata dal tipo, fra principi pré-dati, dunque venati di giunaturalismo, e positività materiale della decisione giurisprudenziale? Come riescono a colmarsi i vuoti fra un livello e un altro? Già, perchè si ha la sensazione che alla separazione kelseniana fra essere e dover essere Kaufmann sostituisca un'altra separazione, sia pure non dichiarata come tale. È la sua riflessione sul tipo ad apparire infatti problematica per ogni approccio contemporaneo che abbia familiarità con i principi ermeneutici. Se si prende sul serio la tesi di Kaufmann che configura il tipo come <<predato ad ogni legislazione>> e affida perciò al legislatore il compito di <<descrivere tipi>>, riferendosi in cio a un elemento originario, dunque inafferrabile, il circolo ermeneutico sembra spezzarsi, poichè di esso non è letteralmente possibile venire a capo. Se il tipo *precede e dunque è emancipato* da ogni precomprensione, sarà possibile, di esso, forse, solo il *rinvenimento*, non certo la critica. Quali potranno essere, infatti, i *metodi* per individuare i principi giuridici fondamentali sui quali si basa una *determinata* comunità politica? In che modo articolare vicinanza e distanza di un criterio morale da un criterio giuridico?" Ibid. p. XIV.

natureza da coisa.²⁴⁸ O que parece restar equivocado na apreciação de Kaufmann é justamente ter incluído como sendo negado pelas proposta herdeiras do nominalismo, a exemplo de Baratta, qualquer tipo de semelhança e de tipicidade. Quando Baratta defende que o que existiria na noção de *natureza do fato*, e não *da coisa*, seria uma atribuição de um específico *sentido jurídico* a um fato da vida, a partir de um ato de pensamento humano qualificador, não quis com isso negar a existência seja da *semelhança* no Direito seja da noção de *tipicidade*, pois agrega à própria noção de *natureza do fato* o pensamento analógico, não se podendo pensar esse tipo de raciocínio, como o próprio Kaufmann procurou mostrar, o que também se corrobora pelo estudo de Radbruch,²⁴⁹ afastando-se das noções de semelhança e de tipo. A conexão entre a *analogia* e a *natureza do fato* foi desenvolvida por Baratta a partir da ideia de que o procedimento de qualificação jurídica de um fato, desde o *ato* que o efetua, constituindo a base do processo de construção jurídica que assimilaria o fato em sua roupagem jurídica, não se daria por um processo arbitrário, sem nenhuma referência a uma *estrutura pré-jurídica do fato*.²⁵⁰ A busca, dessa forma, é daquele *sentido jurídico comum* que é encontrável, já em um inicial crivo balizado por um respectivo *pré-saber jurídico*, seja na situação fática seja no sistema fundamento, o que só é possível através de um pensamento analógico.

Há que se concordar com Kaufmann quanto à conclusão de que a perspectiva de Baratta negaria a existência da noção de *natureza da coisa* no Direito. A análise da proposta de Baratta leva justamente à referida conclusão, seja pelo próprio ajuste terminológico que Baratta confere à noção de *natureza da coisa*, valendo-se da expressão *natura del fatto*, seja pelo próprio desenvolvimento que apresenta para a referida noção, de uma *natureza* que nada mais seria do que o próprio *sentido jurídico* atribuído pelo homem num *ato* de pensamento qualificador, o que, ressalte-se, aproxima-se daquilo que Kaufmann procurou observar no início de seu texto sobre a noção de *natureza das coisas*.²⁵¹

Kaufmann propõe uma saída intermediária entre aquilo que ele entendeu como uma herança nominalista e aquelas outras propostas que se acentuariam mais

²⁴⁸ KAUFMANN, A.. Analogía y "Naturaleza... pp. 104-105.

²⁴⁹ RADBRUCH, G.. Op. cit. pp. r3: 1-r3: 10.

²⁵⁰ BARATTA, A.. Note... p. 585 e nota n° 30.

²⁵¹ KAUFMANN, A.. Analogía y "Naturaleza... p. 35.

sobre um *realismo conceitual*, para o qual o *geral*, o *essencial*, seria substancial e realmente existente, uma vez que tal realismo contradiria a própria experiência: “... en nuestro mundo sólo existe lo individual, lo particular.”²⁵² Não poderia haver um conhecimento imediato, adequado ou unívoco do geral, do essencial, da coisa em si. Para seu *idealismo moderado* ou *realismo moderado* - ambas as nomenclaturas seriam admissíveis para Kaufmann - o geral não seria nem *post rem*/nominalismo, nem *ante rem*/realismo, senão *in re*. Seria aquela essência portada pelo real individual e realizada de modo análogo nos diferentes seres concretos, tal como *ser* e *dever ser* também estariam em uma relação analógica. Somente desde tal *analogicidade do ser* seria possível superar o mero *pensamento de gêneros*, o que não se mostraria possível para o nominalismo, pois aqui haveria uma remissão do geral ao particular, isolando-o e, assim, hipostasiando-o.²⁵³

A partir de tal *moderação*, a similitude não seria algo imposto pelo sujeito às coisas; seriam as próprias coisas que portariam em si mesmas as características de tal similitude. Todas as coisas existiriam numa *relação*. Isto seria um fato e não um processo mental. Kaufmann chega a admitir que a similitude não existiria enquanto tal, não possuiria uma realidade evidente, da mesma forma que não existiria uma *natureza da coisa* como tal e, assim, a *natureza da coisa* não se apresentaria na natureza, porém, não por isso seria irreal. Haveria uma característica relacional entre *ser* e *dever ser*.²⁵⁴

²⁵² Ibid. p. 105.

²⁵³ Ibid. pp. 105-106. Já em *Naturrecht und Geschichtlichkeit. Recht und Sittlichkeit*, de 1957, Kaufmann preocupou-se com a temática dos universais, mantendo-se fiel ao seu posicionamento. Em seu aludido texto, remete para o estudo *Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung* – 1961 -, onde também teria tratado a temática. Para o primeiro texto: KAUFMANN, A.. Derecho, moral..., pp. 76-80. Quanto ao aludido problema dos *universais*, Kaufmann, em 1962, desde *La struttura ontologica del diritto*, observa que o universal, enquanto tal, não existiria; esse, enquanto algo já presente na realidade – *ante rem* – seria somente pensamento criativo de Deus. Contudo, o universal não seria dado na forma do pensamento conceitual; antes, atuaria também nas coisas como substancialidade individualmente distinta. Desta forma, o conteúdo substancial de um ente seria presente de duas maneiras distintas: na razão o mesmo teria uma situação universal, nas coisas do mundo uma situação material individual. Com isso, o real conhecido na mente e o real existente *in natura* seriam idênticos na mesma essência, porém, seriam distintos quanto ao modo de ser da referida essência na situação. Entre essência e existência não poderia haver uma distinção real, no sentido e como se essa fosse concebível como elementos reais do ente. KAUFMANN, A.. La struttura ontologica del Diritto. Traduzione di Goffredo Quadri. Em: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, Anno XXXIX, Serie III, 1962, pp. 561-562.

²⁵⁴ KAUFMANN, A.. Analogía y “Naturaleza...” p. 106. No texto de 1957, Kaufmann concorda com a posição de Radbruch sobre a natureza das coisas em razão de a referida concepção

Negando à natureza das coisas uma função de mero meio de complementação legal, bem como o *status* de fonte de Direito, Kaufmann a entende como uma espécie de *catalizador* necessário a todo ato de legislação ou de investigação/realização jurídica para que se possa pôr em conexão/correspondência a ideia jurídica ou mesmo a norma legal com a situação fática. Daí reconhecer que haveria um *momento intuitivo*, criador, e não somente uma intuição quando se convocasse a noção de natureza da coisa no processo de conhecimento. As conclusões sobre a natureza das coisas seriam *analógicas*, jamais empregando uma certeza matemática, senão somente verossimilhança. Em termos conclusivos, Kaufmann observa que o pensamento a partir da natureza da coisa e, assim, a respectiva conclusão daí derivada, seria um *pré-juízo*, pois sem esses não haveria juízos lógicos.²⁵⁵

É justamente nas páginas finais do escrito de Kaufmann sobre a natureza das coisas e a sua analogia que se pode perceber seu equívoco de forma praticamente incontestável. Kaufmann pondera que todas as coisas possuiriam *em si mesmas* uma similitude. Ocorre que para se chegar a tal conclusão já haveria que se ter partido de um *prévio ato avaliativo*, que assim tivesse *valorado/qualificado* tanto a situação da vida, desde aquele *pré-saber jurídico*, quanto o sistema fundamento, numa primeira experimentação daquilo que teria sido primeiramente *recortado juridicamente* da situação fática. As coisas, assim, não possuiriam em si mesmas uma similitude; antes, um ato humano de pensamento, de cunho valorativo, orientando-se analogicamente, num exercício de conversação mental com o próprio pré-saber que o jurista possuiria, é que permitiria encontrar o que seria ou não

concordar com a sua concepção da filosofia dos valores. O equívoco a essa altura parecia residir no fato de Kaufmann compreender que “... un conocimiento extraído de la ‘naturaleza de la cosa’ siempre entraña un complejo proceso, un análisis de los hechos bajo un punto de vista principal de la moral.”, ou seja, o *sentido* a ser atribuído a uma dada situação fática seria extraído da Moral e não do Direito. No entanto, Kaufmann, no referido ponto, não deixou bem caracterizada a distinção dos planos: “No es más que una mera ilusión pensar que es posible descubrir las leyes del comportamiento mediante un simple análisis de la situación, **sin considerar el punto de vista de la moral, sin norma, ...**” Percebe-se, nitidamente, uma sugestão de confusão entre uma Moral geral e a moral especificamente jurídica que é ínsita ao Direito, ainda que Kaufmann tenha observado de forma expressa que o “... Derecho no guarda relación con el complejo global de los valores morales, ...” Apesar do referido reconhecimento da relação restringida que o Direito possui com a Moral, Kaufmann acaba por entender que haveria um único *valor moral* com o qual o Direito se relacionaria, que seria a *justiça*. KAUFMANN, A.. Derecho, moral..., pp. 80-81, p. 81 e p. 83.

²⁵⁵ KAUFMANN, A.. Analogía y “Naturaleza... p. 107-108. “Antes de todo pensamiento lógico está el pensamiento de esencias.” Ibid. p. 108.

relevante em termos jurídicos. Isto pode ser percebido quando Kaufmann, não podendo concluir de forma diferente, justamente para não se contradizer, assume que a similitude não existiria enquanto tal. Afinal, *similitude* se trata de uma *qualificação*, de uma *avaliação* humana e, portanto, que só pode existir desde um *ato humano de pensamento*; daí a afirmação de Baratta de que a *natureza do fato* só existiria no *ato*!²⁵⁶

Ademais, admitir que a similitude seria uma característica que as coisas possuiriam em si mesmas, sem observar que tal característica seria alcançável desde um respectivo e prévio ato humano de pensamento qualificador, pode dar margem para que não se perceba, como é de se esperar, a própria historicidade constitutiva do Direito, que sempre foi destacada por Kaufmann. Tais *características* que permitiriam se concluir por haver ou não uma *similitude* entre a situação fática e o sistema fundamento são permanentemente reinventadas pelas próprias práticas humanas em geral e, em especial, pelas práticas jurídicas, nos casos judicandos. É considerando aquela circularidade constitutiva que o próprio Direito vai sendo diuturnamente reinventado, atualizado e também exerce sua pressão sobre as práticas humanas, regrando-as. A assimilação de tais *atualizações* só é possível desde *atos humanos* de pensamento avaliativos/qualificadores, que trazem tanto às práticas quanto ao próprio Direito novos matizes, novas nuances, que o próprio ser humano vai agregando no seu viver em comunidade e que o pensamento jurídico, em especial, vai refundamentando em termos especificamente jurídicos o próprio sentido.

A proposta de Kaufmann sobre a noção de natureza das coisas, portanto, não pode ser considerada como superadora da proposta de Maihofer, como sugeriu Pedro Paes de Vasconcelos,²⁵⁷ seja porque é o próprio Kaufmann quem acaba por entender que vários autores teriam dito, de formas diferentes, praticamente o mesmo acerca da referida noção, estando entre eles Maihofer,²⁵⁸ o que também não parece guardar tanta precisão como se sugere, seja porque a proposta de Kaufmann mantém estreita similitude com a de Ilmar Tammelo, escrita em 1963, dois anos

²⁵⁶ BARATTA, A.. *Natura del fatto e Diritto...* p. 202.

²⁵⁷ VASCONCELOS, P. P.. *Op. cit.* p. 729.

²⁵⁸ KAUFMANN, A.. *Analogía y "Naturaleza..."* p. 91.

antes da publicação do texto de Kaufmann, não apresentando significativa inovação em relação à mesma.

A proposta que ora se formula não se concilia com o pensamento de Kaufmann sobre a *natureza das coisas*, seja porque não se trata a referida noção que fundamentaria o Direito de um simples *tertium comparationis*, uma *premissa latente*, que permitiria encontrar o “... critério de analogia, o sentido, a *ratio juris*.”,²⁵⁹ mas, antes, a compreensão de que as expressividades comportamentais típicas dos povos foram se erigindo ao longo da história da humanidade, tendo como referenciais valores orientativos das mesmas. Tais valores, continuamente, vão ganhando roupagens diferentes a partir das inovações que as próprias práticas lançam sobre os mesmos, fruto do processo de *conscientização comportamental* assumido pelas pessoas de dado povo e, também, da força modeladora que os valores possuem sobre as práticas. Há, portanto, um liame muito forte que só consegue ser rompido, lenta e gradativamente, a partir das próprias práticas do convívio humano. Não se trata, assim, de um *ser* orientando o *dever ser*, mas de um *dever ser* que só o é *sendo*, ou seja, daquela *revisão dialéctico-problemática*²⁶⁰ intrínseca às práticas humanas. É uma transcendência que só se realiza na sua imanência.

O que se propõe também não se confunde com a ideia de um *tipo*, enquanto um operador jurídico e como *universale in re* para a determinação da *natureza das coisas*, tal como Kaufmann sustentou,²⁶¹ ainda que, especificamente em tal ponto, possa se apresentar algum sinal aproximativo entre as proposituras teóricas, mas que, em verdade, não se confundem. Para Kaufmann, as posições e relações socialmente típicas, os tipos sociais e os tipos jurídicos seriam somente espécies de *catalizadores*, não sendo, assim, nem fato nem norma, mas os *critérios* a serem tidos em consideração na preparação do processo subsuntivo.

O ponto de divergência da referida perspectiva e da que ora se propõe reside justamente no fato da impossibilidade de se tomar em conta a ideia unitária,

²⁵⁹ VASCONCELOS, P. P.. Op. cit. p. 729. “... premissa latente (...) que intermedeia a ideia de Direito e a facticidade possível, no processo legislativo, e que intermedeia a norma e o facto, no processo de concretização, é o ligar metodológico da ligação entre realidade e valor (...), é o ponto angular do juízo analógico.” Id.

²⁶⁰ NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 833.

²⁶¹ VASCONCELOS, P. P.. Op. cit. p. 729.

ainda que construída em termos absolutamente relacionais entre *ser* e *dever ser*, enquanto mero *catalizador* interpretativo, o que parece ter sido a opção de Kaufmann justamente para tentar demarcar sua posição de que a ideia da *natureza das coisas* não poderia nem se tratar de *meros fatos* nem de *fonte do Direito*, enquanto criadora de juridicidade. Ocorre que a compreensão do objeto mentalizado - a *forma de ser dos povos* -, enquanto a síntese relacional entre *ser* e *dever ser*²⁶² consegue superar o receio que a proposta de Kaufmann evidencia, pois pensar a *forma de ser dos povos* diferentemente seria incorrer na própria fragmentação conteudística que a referida noção possui; seria desconsiderar que tais *formas de ser* só o são porque mantêm em si mesmas pessoas tão conscientes de referidas práticas que já as tomam como padrões comportamentais a serem observados. Em tal plano, ressalte-se, há uma diluição da orientação comportamental a ser seguida nas próprias práticas, o que, como já observado, escapa à concepção do Direito de matriz europeia-ocidental, mas que, não se pode negar, é ainda perceptível em muitos dos povos sulamericanos. O desafio, portanto, é encontrar uma solução jurídica plausível para problemas envolvendo questões de externalizações comportamentais típicas de pessoas oriundas de diversos sistemas regulatórios da vida em comum, o que potencializa a dificuldade, tendo em conta que a resposta que se busca é desde um único e específico Direito, entendido também de um modo específico.

O proposto também se afasta da construção de Kaufmann porque ainda que este entenda que a *natureza das coisas* seria o *critério* da própria *relação* entre *ser* e *dever ser* – entre *facto da vida* e *qualidade normativa*²⁶³ -, reconstituindo-se, assim, a ligação quebrada por Kant entre *ser* e *dever ser*, não se apercebe de que o grau de ligação entre referidos planos é inquebrantável, pois o que ocorre são somente renovações conteudísticas, fruto da própria realização prática circularmente constituível da noção unitária que referências a padrões comportamentais requerem. A exigibilidade de tal inquebrantabilidade, senão que pela própria realização prática da relação, e de forma muito lenta e gradual, tendo em conta, sobretudo, que apenas quando já devidamente *conscientizadas* pelas pessoas é que tais condutas

²⁶² Síntese relacional essa percebida e destacada por Kaufmann.

²⁶³ VASCONCELOS, P. P.. Op. cit. p. 729.

seriam admissíveis, é intrínseca à própria noção da *personalidade*, do homem enquanto *persona* e, assim, as expressividades comportamentais que dela derivam são cernes, portanto, da própria ideia como um todo. Não há comportamento humano que não seja orientado por um *desejo* e *desejos* são os reflexos de *necessidades humanas*, entendidas estas não como meros fins contingentes, mas somente como aquelas profundamente forjadas e sustentadas pelas pessoas, desde a *incorporação consciente* que as mesmas desenvolvem, constituindo-se, antes, em verdadeiros *valores* aspirados por uma dada comunidade. Possuir *desejos* e buscar constantemente a saciação dos mesmos é intrínseco à própria forma de ser humana. O importante a se perceber é que tais *desejos*, fruto de necessidades axiologicamente constituídas e orientadas, exigem a *partilha* do bem comum; afinal, os *recursos* são escassos. É exatamente aqui, neste momento do estabelecimento de regras para a referida *partilha*, pois essas não vieram inscritas no ser humano - debilidade existencial -, que se pode perceber o florescimento dos *juízos valorativos* a orientarem a existência em comum das pessoas. Seria através dos *valores* que os próprios *fins* seriam *priorizados* ou não. Haveria, portanto, uma dialética entre *fins* e *valores* e não uma imanência dos *fins*. Assim que, quanto ao objeto de investigação, a *forma de ser dos povos*, entendida enquanto expressividades comportamentais típicas de um povo, há que se entender que, em um olhar objetivante, as mesmas não passariam de meros fatos, frutos do agir humano, mas que, a partir do momento em que tais fatos são considerados como produto da própria *atividade* humana e, principalmente, quando passam a ser pelas próprias *pessoas* que os realizam assumidos enquanto partes integrantes de seu próprio agir, tornam-se *padrões comportamentais* e, assim, *regras de comportamento* a serem seguidas na própria *atividade* humana que tais pessoas realizam. As atitudes humanas, o *agir* humano – os *atos* que constituem tal agir -, não seriam orientados por um *tertium* localizado fora da prática, tal como Maihofer pretendeu²⁶⁴ quando procurou fundar a natureza normativa do fato fora dele, pois considerou o fato em sua já constituída abstrata objetividade enquanto gerador da própria normatividade concreta e não no momento

²⁶⁴ MAIHOFFER, W.. **Vom sinn menschlicher Ordnung**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1956, p. 14 e ss.

concreto do seu realizar-se, ou seja, no *ato humano* que o constituiu.²⁶⁵ O mesmo se diga em relação à proposta de Kaufmann, pois também ele admitiu que a noção de *natureza das coisas* haveria que ser entendida enquanto *tertium* ou *premissa latente*, que permitiria discenir o critério da analogia.²⁶⁶ O mesmo, também se diga, em relação às conclusões de Ilmar Tammelo, pois que a referida noção, no mesmo sentido, seria vista como um *tópos giuridico* ou um *tertium quid*.²⁶⁷

3.1.3 A perspectiva de Friedrich Müller sobre a *natureza das coisas*.

Contra as posições jusnaturalistas, que vislumbravam na natureza das coisas uma noção intrínseca ao direito natural como forma de contrapô-la a disposições do direito positivo e, entendendo que o alargamento compreensivo da noção extrapolaria a tarefa da ciência jurídica, Müller entende que seria impossível tentar se conectar a natureza das coisas, concebida pelo direito natural, seja à interpretação do Direito, seja a argumentos de direito positivo.²⁶⁸

Dessa forma, *credos* pautados em conclusões metodicamente precipitadas deveriam ser afastados em favor de elementos de argumentação que pudessem ser *concretamente/racionalmente* examinados e discutidos na ciência do direito, constituindo-se como elementos de relativa objetividade. Daí que a natureza das coisas, para Müller, só pudesse ser vista como um resultado de análises estruturais que pudessem ser delimitadas e que procedessem a uma distinção racional, fugindo, assim, de ser um enunciado global indistinto. Tal delimitação deveria se ater,

²⁶⁵ Cf. críticas de Baratta. BARATTA, A.. *Natura del fatto e Diritto...* p. 216. "... Maihofer cerca poi di ricavare dal fatto nella sua oggettività la normatività concreta, egli, anziché riportare il fatto alla stessa concreta attualità soggettiva, nella sua autentica storicità, il che avrebbe portato a tutt'altro che ad nuovo giusnaturalismo, ricorre ad un *tertium*, che sta fuori tanto del fatto, quanto dell'atto stesso del soggetto concreto, e cioè all'io noumenico, alla razionalità del soggetto <<in sè>>." Ibid. p. 217.

²⁶⁶ VASCONCELOS, P. P.. *Op. cit.* p. 729.

²⁶⁷ TAMMELO, I.. *Op. cit.* pp. 655-683.

²⁶⁸ O que já remontaria, segundo Müller, à Savigny. MÜLLER, F.. *Teoria Estruturante...* pp. 118-119. "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão mostra (...) o quão violento e metodicamente sem sentido sob o ponto de vista do direito material é um apelo ingenuamente direto a conteúdos extralegais, no sentido de premissas diretamente 'aplicáveis'. Fundamento de validade, extensão, teor e limites da 'lei oral universal' ou da 'lei moral da cultura ocidental cristã, válida universalmente' são notoriamente discutíveis entre os participantes do ordenamento jurídico, bem como no âmbito da ciência e também na prática das mais altas cortes de justiça." Ibid. p. 119.

sobretudo, à norma jurídica a ser concretizada e ao seu espaço normativo de atuação que, ao mesmo tempo, definiria o campo do questionamento empírico.²⁶⁹

Müller mantém-se fiel e coerente às suas formulações voltadas para a busca de um rigor jurídico-metodológico no processo de concretização do Direito e à própria primazia na *norma jurídica*, estruturalmente concretizada. Mesmo a suposta abertura do âmbito de aplicação que a noção de natureza das coisas sugere só seria aceitável se enquadrada em termos jurídico-metodológicos estritos, possibilitando, dessa forma, tanto uma clara exposição fundamentadora na formação da *norma de decisão* quanto, conseqüentemente, uma real possibilidade de controle decisório, fungindo, assim, do risco de eventuais ideologizações decisórias.²⁷⁰

Não seria ínsito à situação concreta uma decisão no sentido de um existencialismo jurídico sem que estivessem vinculados princípio e norma jurídicos na própria situação,²⁷¹ o que, em outras palavras, nada mais seria que o reconhecimento do respectivo *recorte jurídico*, a delimitação do âmbito de relevância jurídica que a situação de fato guardaria para que se revestisse de juridicidade; enfim, nada mais seria que o *ato* de qualificação jurídica que daria o *sentido jurídico* a um dado *fato*, para o dizer com Baratta.

Criticando a proposta de Arthur Kaufmann, desde *Analogie und 'Natur der Sache'*, Müller observa que a mesma se mostraria inútil para suas pretensões junto à Teoria Estruturante do Direito, pois mesmo o processo da *analética*, enquanto o ambicionado meio termo entre lógica e dialética, estaria relacionado à separação entre *ser* e *dever ser*, uma vez que trabalharia em prol do ordenamento jurídico positivo vigente e da estrutura especial de sua normatividade de um modo avesso à teoria da norma. Não bastaria se conceber o Direito como a correspondência de *ser* e *dever ser*, nem apoiar o ordenamento jurídico sobre a analogia do *ser* como meio-termo entre a identidade e contradição, entre semelhança e dessemelhança, ou, ainda, caracterizar o processo de equiparação do concreto estado real de coisas à norma, por meio de metáforas como *concomitante*, *dialético* e *ação recíproca*, concebendo, assim, a descoberta de soluções jurídicas em geral como "... um

²⁶⁹ Ibid. p. 120.

²⁷⁰ Ibid. p. 121.

²⁷¹ Id.

contínuo contato do âmbito do ser com o âmbito do dever ser e deste com aquele.”²⁷²

Müller, ainda que reconhecendo a importância de Kaufmann ter salientado o caráter originalmente analógico do Direito e da descoberta das soluções jurídicas, acaba por concluir que isto em nada contribuiria para uma metódica jurídica, tal como a sua proposta se fundaria, pois ainda que Kaufmann estabelecesse uma ligação entre *ser* e *dever ser* desde um processo analético, isto não passaria de uma relação de cunho filosófico, não sendo, contudo, determinada pela teoria da norma. Tratar-se-ia a proposta de Kaufmann, juntamente com outras, de uma *demasiadamente grande espiritualização da natureza das coisas*.²⁷³

Para Müller, caberia ao jurista questionar a *real estrutura material do âmbito normativo* investigada pelo campo normativo da ideia fundamental de uma disposição legal.²⁷⁴ Daí a *natureza* das coisas apreendida pela teoria da norma poder significar apenas a estrutura material básica das circunstâncias reais do mundo social normatizadas, apreendidas pela norma e co-fundadoras da normatividade concreta da disposição legal.²⁷⁵

Ocorre que Müller ressalta que haveria que se encontrar o *ponto de referência teórico da ideia fundamental da norma jurídica* na situação fática e que tal *ponto de referência* deveria ser encontrado no *âmbito normativo*.²⁷⁶ A pergunta que fica é como seria tal *ponto de referência* encontrado na situação fática senão que por um *processo analógico de raciocínio*, estruturalmente formulado em termos metodológicos?

Além disso, não se pode deixar de apontar que em tal concepção teórica estruturante da norma jurídica percebe-se certa restrição da compreensão do Direito

²⁷² Ibid. pp. 122-123.

²⁷³ Ibid. p. 123.

²⁷⁴ *Real estrutura material* que, ao nosso entender e dentro da delimitação conceitual criada por Müller, poderia ser considerada como sendo o *âmbito do caso*, ou seja, aquela *redução analítico-conceitual* do próprio *âmbito material* -, adotado para fins de economia de trabalho, que se comporia dos fatos que provavelmente seriam relevantes para a solução do caso decidendo em específico, constituindo-se, assim, um filtro ou mesmo um mecanismo seletivo em relação ao *âmbito material*. MÜLLER, F.. **Discours de la méthode...**, p. 195 e p. 199, ou MÜLLER, F.. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais. Especialmente com base na Teoria Estruturante do Direito. Tradução de Peter Naumann. Em: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, vol. 7, 2003, p. 320.

²⁷⁵ MÜLLER, F.. Teoria Estruturante... p. 249.

²⁷⁶ Ibid. p. 130.

como um todo, em seu específico sentido e para além de uma teoria da norma, ainda que Müller procure sempre destacar o aspecto material que guardaria sua proposta teórica da estrutura normativa. A recorrência ao *teor normativo da disposição* deixa isso evidenciado. Quando Müller volta sua preocupação para a estrutura da norma em si, tentando encontrar aí elementos estruturantes fundados sobre o aspecto *material*, mas distanciados da busca de um *sentido* do Direito, daquilo que permitiria qualificar algo como sendo ou não *de Direito*, ou seja, quando se afasta do problema da validade *de* Direito, acaba por estreitar o âmbito de sua proposta. O que, de modo algum, significa tirar o mérito de uma construção metodológica rigorosa para a busca de um mínimo grau de justeza judicativo-decisória que as decisões jurídicas devem possuir.

E é justamente quando a temática da *validade* é tocada por Müller que se percebe que o mesmo a compreende enquanto *um movimento dentro de um todo abrangedor e determinado tanto sob a perspectiva normativo-jurídica como faticamente normatizada*; porém, reduzindo tal *todo abrangente no sentido da norma jurídica*, ainda que aqui possam ser inseridos não somente critérios, mas também fundamentos jurídicos.²⁷⁷ Dessa forma, Müller reconhece que o problema da validade é algo que exige uma concepção mais alargada do fenômeno jurídico; no entanto, ao tentar se manter fiel à sua concepção estruturante *da norma*, acaba mostrando certa limitação que sua própria teoria carrega consigo. A conjugação de um processo jurídico-metodológico, rigorosamente elaborado em termos de delimitações conceituais dos elementos que o compõem, com uma visão do fenômeno jurídico e, assim, da própria juridicidade, para além da fronteira de disposições legais ou mesmo dos textos constitucionais, supera a aludida construção teórica, servindo mais plenamente como o melhor caminho para se reconhecer as experiências como sendo ou não *de Direito*, ou seja, *válidas*; daí a adequação em se propugnar por uma *validade de Direito* e não *do Direito*, como Castanheira Neves defende.²⁷⁸

²⁷⁷ Ibid. p. 137.

²⁷⁸ A referida proposta foi colhida junto à palestra proferida pelo Prof. Dr. António Castanheira Neves, em 24 de novembro de 2012, no auditório da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, Portugal, intitulada *Superação no universo jurídico do dualismo norma-valor*

Pode-se dizer, também com base em Castanheira Neves, que haveria de se superar a dicotomia *norma X valor* por uma tricotomia *valor, princípios e norma*,²⁷⁹ pois o que a proposta estruturante da norma jurídica de Müller apresenta, quais sejam os *fundamentos*, os *princípios*, enquanto partes do conjunto de elementos a serem convocados no processo de elaboração da *norma de decisão*, é uma elaboração metodológica que, se por um lado mostra-se rigorosa em termos de conteúdos de seus elementos, por outro, acaba por deixar de considerar, de forma mais pormenorizada, a relação de fundo entre os três aludidos elementos que superaria em importância metodológica os esmiuçamentos conceituais por ele desenvolvidos.

A norma haveria que ser entendida na sua especificidade, enquanto *esquema de critério regulativo, com prática solução abstrato e hipotética, determinada por uma particular teleologia e sustentada em sua autonomia por uma sistemática racionalidade*, levando uma normatividade implícita, que conferiria à mesma o sentido de seu regulativo, mas com um imediato regulativo da norma que não estaria em sua normatividade; antes, em seu esquema e critério teleológicos de solução prática. A expressão da normatividade em si mesma, na sua particular autonomia, manifestando explicitamente o seu dever ser, ofereceria compromissos de prático dever ser em sua universalidade. Os *princípios*, não tidos como regulativos de solução, seriam fundamentos normativos de capital convocação de sentido e orientação prática; daí o equívoco de chamá-los como *normas mais gerais* ou distingui-los das normas unicamente pelo grau da lógica intencionalidade e diferentes modos de realização. A distinção, ao contrário, estaria na *índole e sentido* das respectivas normatividades jurídicas. Seria material e normativa e não formal e metodológica essa diferença.²⁸⁰

Assim que o adequado seria falar, num sentido mais rigoroso e completo, em uma *quadricotomia*, com valores, princípios, normas e juízos, onde os *juízos* seriam chamados à solução e reconstituição problemática e concreta da normatividade jurídica que os outros três componentes manifestariam só

pela reconstituição crítica do Direito como validade. Qualquer inconsistência apresentada é de inteira e exclusiva responsabilidade do autor.

²⁷⁹ Id.

²⁸⁰ Id.

intencionalmente. Contudo, não se poderia em tal *quadricotomia* se manter, pois seria somente um *estádio* para uma outra convocante unidade em que ela se veria superada, ou seja, desde a respectiva compreensão do outro nível normativo que seria o da *validade normativa, de Direito*,²⁸¹ o que, na proposta de Müller, parece ser apenas tangenciado. O *real*, para Müller, não apareceria como uma realidade que englobaria as coisas indistintamente, mas surgiria apenas na esfera da exigência normativa por validade.²⁸²

Müller acaba por lançar sobre o *programa normativo* da disposição legal a conduta heurística no momento de concretização no caso particular, investigando o campo normativo como entidade referencial empírica com o maior grau de controlabilidade possível, desde seus traços essenciais e seu âmbito normativo. Tal postura implicaria o abandono do esforço para se alcançar a natureza das coisas em seu sentido usual, que traria consigo uma universalidade que não admitiria uma referência normativa estruturante com o fim da concretização jurídica prática.²⁸³

Ocorre que Müller, ainda que tenha analisado criticamente a proposta de Kaufmann, parece não se ter apercebido da menção que esse fez à construção teórica de Baratta, expressamente mencionada por ele no texto analisado por Müller. Se Müller tivesse perquirido a proposta de Baratta, ainda que Kaufmann não tenha a ela se cingido, teria compreendido que, justamente em termos metodológicos, tal como é a sua principal preocupação, a perspectiva de Baratta se revestiria de uma rigorosa construção. Tanto é assim que a análise da proposta de Baratta, entendendo a *natureza do fato* como o *ato de qualificação jurídica*, mas não com um

²⁸¹ Id. O Direito seria pensado enquanto uma ordem de validade para Castanheira Neves. Uma validade que o próprio Direito positivamente traduziria ou normativamente manifestaria. A validade seria uma categoria indefectível e definidora do universo do Direito em si mesmo. O Direito seria a própria validade axiológico-normativa como o Direito institui e manifesta. A validade *de Direito* exprimiria um *sentido*, não tão só uma transcendência, não também apenas uma intencional política ou um político procedimento sistemático, não um simples estatuto dogmático, não menos, ainda, uma renunciante factualidade, mas o sentido que o Direito, na sua normatividade especificamente constitutiva assumiria, rementendo, assim, à uma validade com sentido, manifestando o próprio sentido do Direito. Id.

²⁸² MÜLLER, F.. Teoria Estruturante... p. 233.

²⁸³ Ibid. pp. 124-125. Daí Müller concluir que as *coisas*, da expressão *natureza das coisas*, seriam "... substituídas pelo âmbito normativo, cuja 'natureza', entre outros aspectos das ideias normativas fundamentais, implica a estrutura básica seletivamente buscada." Ibid. p. 234. *Âmbito normativo* esse que em sua estrutura básica apontaria "... contextos materialmente fundamentados e ordenados de um modo determinável, contextos esses que ajudam a racionalizar e a diferenciar o mais amplamente possível o teor material de uma norma a ser concretizada pela jurisprudência ou pela doutrina jurídica." Ibid. pp. 237-238.

olhar mais restrito às potencialidades que seriam extraíveis em termos de adequação contudística separada por elementos distintos, tal como Müller propõe, não deixando de considerar o raciocínio analógico que o referido ato de qualificação guardaria consigo uma vez que se chegaria ao ponto de semelhança *jurídica* entre o caso julgando e o sistema fundamento numa analogia, parece em muito se aproximar da preocupação jurídico-metodológica colocada por Müller; porém, partindo de referenciais de ordem estritamente jurídica encontráveis em um âmbito mais alargável, e não restrito às potencialidades de um *teor normativo das disposições legais*.

O próprio reconhecimento efetuado por Müller de que a *concretização propriamente dita* precederia a introdução do termo *natureza das coisas*²⁸⁴ mostra que o direcionamento sobre o assunto, que vislumbra na natureza *do fato*, ou seja, naquilo que o fato teria de *especificamente jurídico*, enquanto um processo mental exteriorizado por um *ato de qualificação jurídica*, nada mais é do que o recorte jurídico, pautado por parâmetros jurídicos, portanto, que uma situação fática, que um caso decidendo haveria que receber. Trata-se, assim, de um processo orientado metodologicamente por critérios e fundamentos *jurídicos*, o que em nada difere da posição de Müller, afora o fato de que o mesmo pretende fundamentar um *esmiuçamento*, um *detalhamento* conceitual aos elementos por ele desenvolvidos e que fariam parte do respectivo processo de formação do juízo decisório, o que se justificaria, sobretudo, para fins de um futuro controle e de eventual questionamento da decisão, podendo-se dizer aqui residir o inovador e original na proposta de Müller.

A noção de *natureza do fato*, entendida nos termos propostos por Baratta, foge também da crítica de uma suposta impossibilidade de uma norma de direito positivo, de modo completo e legítimo, alterar a natureza das coisas em seu âmbito normativo. Quando Müller propõe tal, acaba por suscitar uma confusão em relação à relevância que tal *âmbito normativo*, que a *natureza das coisas* pudesse possuir. Isto porque ao se admitir que a referência à *natureza das coisas* seria em relação ao seu *âmbito normativo*, já se está sinalizando, para não se dizer assumindo, que a mesma

²⁸⁴ Ibid. p. 133.

só poderia ser admitida se entendida desde o recorte jurídico de uma situação fática.²⁸⁵ Ocorre que tal *recorte* é mediado em um nível já reflexivo pela orientação jurídica que parte do próprio sistema fundamento, de modo que seria impossível pensar em um recorte jurídico, na delimitação de um *âmbito normativo*, que fosse *destoante* daquilo que o sistema fundamento orientasse. Mesmo para os casos de inovação no ordenamento jurídico positivo, em se partindo do pressuposto que a análise, o *recorte jurídico*, a delimitação do *âmbito normativo* é efetuada em um nível já reflexivo e, portanto, por um jurista especializado, não se pode admitir que tal delimitação se efetue tendo em consideração uma certa orientação de caráter normativo *destoante* daquilo que o sistema fundamento pudesse oferecer. Tal equívoco só seria admissível em um nível *pré-reflexivo*.

É de se concordar, contudo, que a estruturação em elementos conteúdo-funcionalmente diferenciados dos elementos componentes do processo de estruturação da norma jurídica e, conseqüentemente, da *norma de decisão*, de Müller, sobretudo tendo em conta o elemento *âmbito normativo*, acaba por abandonar o campo da doutrina da natureza das coisas, pois o questionamento teórico-normativo passa a prevalecer sobre o universalmente filosófico-jurídico.²⁸⁶ O que não difere da própria posição assumida tanto por Baratta quanto por Castanheira Neves sobre o assunto, ainda que em termos diferenciados, pois assumem que o tema se cingiria ao *ato de qualificação jurídica* do fato.

O que não se pode concordar é com o receio que Müller aponta de uma possível extrapolação do ordenamento jurídico positivo quando da pergunta pelo *âmbito normativo*.²⁸⁷ Nota-se que a propositura teórica de Müller cinge-se ao *ordenamento jurídico positivo*, ainda que, como já apontado, se preocupe em

²⁸⁵ Ibid. p. 137. O *âmbito normativo*, com o auxílio do *programa normativo*, seria extraído desde o *âmbito material/de fato* que, por sua vez, adviria dos *dados reais do caso*. O *âmbito normativo* seria constituído, assim, desde a quantidade parcial dos fatos considerados normativamente. Seria da união do *programa normativo* e do *âmbito normativo* que seria constituída a *norma jurídica* que, uma vez individualizada, se perfazeria na *norma-decisão*. CHRISTENSEN, R.; MÜLLER, F.. Op. cit. p. 100. “O âmbito normativo não pode ser um estado real de coisas no sentido de circunstâncias reais existenciais. Seu sentido não constitui uma ‘circunstância’. De fato, as realidades ônticas, as estruturas fundamentais da coisa real, o direcionamento da questão configurado pela teoria jurídica da norma devem ser reconhecidos como fator da normatividade obrigatória e como elemento integral da estrutura normativa.” MÜLLER, F.. Teoria Estruturante... p. 140.

²⁸⁶ Ibid. p. 138.

²⁸⁷ Id.

desenvolver elementos do processo de estruturação da norma jurídica e da norma de decisão com conteúdos materialmente orientados.

Müller acaba depositando no direito constitucional a ancoragem mais segura para problemas relacionados com a legitimidade de posturas de julgadores, quando, por exemplo, invocam como fundamentos de suas decisões uma certa *visão de mundo*, tentando revestir a mesma com a noção de *natureza das coisas*.²⁸⁸ Mesmo o fato de Müller ter um significativo conhecimento de realidades periféricas, onde comumente os textos constitucionais padecem das mais *ilegítimas* manipulações, ainda que revestidas da capa grosseira da legitimidade dos parlamentos, não foi argumento suficiente para demovê-lo da sua crença constitucional. Em tais modelos estatais, espectros de estados de direito democráticos, verdadeiras *poliarquias* em sua forma *delegativa*,²⁸⁹ somente concepções que proponham a defesa de um sentido forte e alargado do Direito, onde a juridicidade não se esgote na constitucionalidade, o que não significa menosprezar a força normativa decorrente da índole jurídico-constitucional, é que conseguirão dar a necessária sustentação fundamentadora para afastar manobras políticas advindas de parlamentos frágeis e altamente corrompidos, que são orientados não pelos valores verdadeiramente informadores da vida em sociedade em referidos Estados mas, na grande maioria das vezes, por interesses econômicos localizados ou materializações de anseios político-governamentais específicos, entre outras funestas razões.

O mérito das propostas sobre a natureza das coisas, segundo Müller, teria sido de desenvolver um papel de contenção do extremo desenvolvimento desse pensamento no sentido apenas da axiologia ou apenas do empirismo, onde o aproveitamento das formulações, quando muito, serviriam à filosofia, mas não à metodologia jurídica em si.²⁹⁰

Especificamente à temática da *forma de ser dos povos*, a restrição

²⁸⁸ Ibid. p. 136.

²⁸⁹ Cf. procurei mostrar anteriormente a necessidade de conjugação das referidas tipologias para se buscar uma melhor delimitação conceitual das democracias periféricas. SANTOS, M. P.. **A democracia brasileira no contexto da periferia latino-americana: o problema da jurisdição e o contributo possível da reflexão metodológica. Diálogos com Friedrich Müller, Castanheira Neves, Niklas Luhmann e Miguel Reale.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pp. 58-69. (Coleção Nas Duas Margens – Vol. 01)

²⁹⁰ MÜLLER, F.. Teoria Estruturante... pp. 129-130.

intelectiva dada por Müller à noção de *natureza das coisas* se presta mais a corroborar a compreensão no sentido de que expressividades comportamentais típicas só seriam convocáveis em termos estritamente jurídicos se já previamente salvaguardadas em textos jurídicos, o que mais evidencia que um tal caminho também não se prestaria seja para a admissão de uma suposta relação entre *forma de ser dos povos* e a noção de *natureza das coisas*, seja para servir de critério ou mesmo fundamento jurídico a justificar condutas típicas externalizadas; afinal, referenciais oriundos de ordens informadoras diversas estariam sob a apreciação judicial.

3.1.4 Da superação da noção de *natureza das coisas*: entre Vico e Castanheira Neves.

Se o Direito pode ser considerado como produto de um ato espiritual humano que o traz ao mundo, fruto, portanto, da atividade espiritual, perfazendo-se tal ato originário na fonte primária da própria juridicidade das ações humanas, num específico processo de racionalização, que transcende a própria realidade objetiva, é porque tal percepção do Direito tem por base a compreensão do espírito humano enquanto *atividade*, tal como Giovanni Battista Vico a intuiu.²⁹¹ E se é desde tal noção do *espírito enquanto atividade* que se consegue melhor perceber o próprio *sentido* do Direito, considerado como “... uma daquelas ideias que irrompem da autonomia do espírito humano e por cuja assunção o homem fundamenta, dinamiza e constrói a história ...”,²⁹² é porque justamente desde a consciência humana é que se consegue compreender o “... transcender a realidade que possibilita a exigência

²⁹¹ Cf. observa Widar Cesarini Sforza: SFORZA, W. C.. **Filosofia del Diritto**. Seconda edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957, p. 20. Para a noção do *ato espiritual*, fruto da vontade humana, que cria o Direito: pp. 01-04, pp. 19-20, pp. 23-24 e pp. 33-48. Posição essa de Sforza inspirada nas formulações de Benedetto Croce e Giovanni Gentile, como o próprio assume, ainda que a eles se oponha. Ibid. p. 24 e, para o desenvolvimento das ideias, pp. 24-32. Para a dialética do *volere*, que se perfaz desde o *ato de pensamento humano/ato espiritual/atividade espiritual* e a relação performática desse *ato* com o seu resultado – *circularidade constitutiva do ‘fazer’* -, enquanto sua *expressão*, que nada mais seria que a própria *realidade objetiva*: Ibid. pp. 33-48. Conceito de circularidade constitutiva que serve “... per intendere la dialettica del volere, secondo la quale la realtà oggettiva del mondo pratico o dell’agire degli uomini si presenta come realtà giuridica.” Ibid. p. 34.

²⁹² NEVES, A. C.. Curso de Introdução... p. 32. (mimeo)

do sentido ...”²⁹³ do próprio Direito.²⁹⁴ Depois de Vico, assim, é praticamente impossível se pensar o Direito que não como o produto da eterna vocação jurídica do espírito humano, produto esse permanentemente renovado em infinitas formas históricas.²⁹⁵

Atentando-se a tal perspectiva, é a partir da verificação da noção de *natureza das coisas*, que tem em sua base a noção vichiana do *espírito enquanto atividade*, que se consegue superar os próprios entendimentos que a expressão angariou ao longo do tempo, sobretudo a partir das discussões travadas no pós-Segunda Guerra. Desde tal referencial vichiano é que se pode aferir as condições de possibilidade não só de manutenção da expressão *natureza das coisas* ou mesmo a sua refutação quanto à viabilidade ou não de se encontrar na referida noção um caminho jurídico-metodologicamente adequado à solução de problemas de ordem prática decorrentes dos (des)encontros das diferenças, justificando-se, assim, a própria atualidade que a temática ainda guarda consigo.²⁹⁶ Afinal, significativa parcela dos problemas atuais decorrentes das diferenças impõe ao jurista um deparar-se com realidades novas, traduzidas em expressividades comportamentais orientadas por ordens valorativas informadoras muitas vezes distoantes da sua, colocando-lhe a inarredável exigência da formação de um juízo decisório com um mínimo grau de justeza judicativa, convertendo-se, portanto, em um desafio à própria realização do Direito. Desafio esse que tem se potencializado nas atuais sociedades plurais e fragmentadas, pois que detentoras de cenários cada vez mais propícios a tais tipos de problemas práticos.

É com o intuito corroborativo a tal processo de formação de juízos judicativo-decisórios que se invocam as lições de Vico, a partir das de Castanheira

²⁹³ Id.

²⁹⁴ “Por outras palavras, é essa consciência a possibilidade ontológica do normativo, (...) só desse modo se poderá fundar ontologicamente o dever-ser.” Ibid. p. 33.

²⁹⁵ SFORZA, W. C.. Op. cit. p. 21.

²⁹⁶ Para um retrospecto histórico-evolutivo e classificatório da noção de *natureza das coisas*, partindo dos Sofistas até os presentes dias: VASCONCELOS, P. P.. Op. cit. pp. 708-761. Igualmente, mas destacando a essência do pensamento de cada um dos autores: SCHWARZ-LIEBERMANN, H. A.. Op. cit. pp. 09-37. E, ainda: TAMMELO, I. Op. cit. pp. 659-661. Para um balanço sobre as discussões sobre a *natureza das coisas*, sobretudo após o Congresso havido em Saarbrücken em 1958, tendo em conta, mormente, as posições de Maihofer e de Radbruch: BARATTA, A.. *Natura del fatto e giustizia...* pp. 03-16. Também para uma análise histórica da noção, mas já com o uso da expressão *natura del fatto*, distinguindo as visões tidas por filósofos e juristas: Ibid. pp. 17-34.

Neves, também destas se valendo, relacionadas à temática da *natureza das coisas*, pois poderia se pensar que estaria justamente em tal noção uma explicação justificatória à admissão de comportamentos típicos de um dado povo em territórios outros que não os de origem da pessoa que os tivera externalizado.²⁹⁷ Poderia se perguntar, assim, se não seria da *natureza da coisa*, daqueles comportamentos expressados, e mesmo da própria natureza das pessoas que os externalizariam, a razão de ser das referidas atitudes, extraindo-se daí e mesmo justificando-se aí um respectivo direito. Concepção essa da *natureza das coisas* que poderia ser classificada enquanto uma *estrutura objetivo-histórica e existencial*, para a qual “... o ser material é <<essencialmente fáctico>>, manifestação ôntica no mundo da realidade humana e aí histórico-fenomenologicamente real – nunca, portanto, um *a priori* absoluto, mas sempre uma manifestação concreta de ser num certo tempo e numa certa situação.”²⁹⁸

O risco de um equívoco, portanto, poderia derivar, justamente como tivera ocorrido com a maioria das concepções que tentaram reabilitar o pensamento da natureza das coisas no pós-Segunda Guerra, em que o que se pretendia era vislumbrar na referida noção algo que oferecesse uma interpelação de critérios e fundamentos, ou seja, uma *interpelação heterônoma/externa*, erigida com uma certa autarquia de estrutura e sentido, pretendendo, com isto, em termos históricos, projetar-se enquanto ponto de combate ao próprio legalismo. Contudo, o que as referidas visões heterônomas não perceberam é que carregavam consigo, intrinsecamente, uma *projeção*; projeção essa, porém, que se constituía antecipadamente ao próprio ato de *projetar-se*, algo que era erigido previamente pelo homem para depois ser *projetado* e, por fim, *recebido* novamente pelo mesmo com um específico sentido também por ele *pré-constituído*. Tal visão, assim, possuía um *sentido antecipador* que era lançado sobre a própria noção de natureza das coisas, enquanto uma projeção do próprio homem, para que, então, da própria

²⁹⁷ O que não exclui a possibilidade de que tais comportamentos destoantes à ordem valorativa informadora da vida em comum onde foram expressados estejam dentro dos limites territoriais de um mesmo país, mas sejam advindos de pessoas de povos distintos, como é o caso das comunidades indígenas sulamericanas e de outros povos que convivem com pessoas que se pautam pela ordem informadora de matriz europeia-ocidental.

²⁹⁸ NEVES, A. C.. *Questão-de-facto...* p. 697. O outro enquadramento da noção de *natureza das coisas* partiria de um entendimento da mesma como uma *estrutura categorial-objetiva*, conforme inicialmente explicitado no subitem “3”.

noção se pudesse extrair algum sentido fundamentante. Foi a percepção do referido *projetar-se* desde um *antecipante constituinte*, um *ato humano atribuidor de sentido*, portanto, que a perspicácia de Vico teria detectado.

É contra um tal equívoco que as visões heterônomas sobre a natureza das coisas cometeram que se quer afastar da compreensão da *forma de ser dos povos*, entendida esta como aquelas expressividades comportamentais típicas dos povos, possuidoras, portanto, de uma *natureza comum* quanto à *forma* como se erigiram, e daqui, portanto, também decorrendo o respectivo dever de respeito, uma vez se tratar de uma esfera das mais sublimes do ser humano, o que, conseqüentemente, deve isentar as respectivas pessoas que as expressam de qualquer tipo de responsabilização, desde que ainda não tenha havido ainda uma apropriação mínima das normas da cultura em que se encontram, que se pretende convocar as lições de Vico sobre a natureza das coisas.

Considerando a própria evolução no pensamento de Vico, e voltando-se a análise à obra de coroamento do seu trabalho, pode-se dizer que é a partir dos *Princípios de uma Ciência Nova*,²⁹⁹ especificamente a partir da *Segunda Seção*,

²⁹⁹ O texto *Principi di una Scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni*, publicado em Napoli seis meses depois da morte de Vico, em 1744 – Vico faleceu em 23 de janeiro de 1744 -, constitui-se apenas uma parte resumida e reescrita de um trabalho concluído no final do ano de 1724. Como já observado, a publicação do referido texto, aguardando o seu financiamento pelo Cardeal Corsini, da diocese de Frascati, frustrou-se em meados de 1725, impondo a Vico a responsabilidade pelo pagamento da publicação de uma parte do mesmo, inicialmente intitulado *Scienza nuova in forma negativa*, o que teria levado Vico a desfazer-se de um anel com diamante para arcar com as referidas despesas. VICO, G.. **Principi di scienza ...** pp. 37-43. E, ainda: CROCE, B.. *La filosofia...* pp. 332-334. Também pode se conferir o episódio da venda do anel de diamante de Vico para cobrir as despesas da impressão da *Scienza nuova*, desde o apêndice de C. A. Villarosa à *Autobiografia*: VICO, G.. *Vita di Giambattista Vico scritta da sè medesimo*. Versione italiana di Francesco Sav. Pomodoro. Illustrate da Giuseppe Ferrari. Em: **Opere di Giambattista Vico**. Vol. I. Napoli: Stamperia De' Fratelli Morano, 1858, p. 57. Também, em: FERRARI, G.. *Note di Giuseppe Ferrari*. Em: VICO, G.. *Principj di scienza nuova. D'intorno alla comune natura delle nazioni*. Secondo la terza impressione del MDCCXLIV con le varianti di quella del MDCCXXX e con note di Giuseppe Ferrari. Em: **Opere di Giambattista Vico**. Vol. V. Napoli: Stamperia De' Fratelli Morano, 1859, p. XIII. E, ainda, em: BERLIN, I.. *Vico...* p. 24. Dada a sistematização que se adota na referida edição aos cuidados de Giuseppe Ferrari, preferiu-se utilizar a consagrada edição que ficara aos cuidados de Fausto Nicolini, desde a sua tradução portuguesa, tendo-se, contudo, confrontado o referido texto com a *Seconda Scienza nuova*, que vem nas *Opere Complete*, que fora editada aos cuidados e com notas de Giuseppe Ferrari, contendo a obra de Vico em latim e em italiano em cada uma das respectivas páginas dos seus VII volumes – à exceção dos textos da *Prima* e da *Seconda Scienza Nuova*, contidos, respectivamente, nos volumes IV e V, bem como outros pequenos textos esparsos, a exemplo de cartas e poesias -, e que tem por base tanto as variantes da edição da *Scienza Nuova*, de 1730, quanto as da terceira impressão, de 1744, que corresponde à última edição da *Scienza nuova*. Também foi confrontado o texto português com o texto italiano organizado aos cuidados de Andrea Battistini em 2011. Para o referido texto contido nas *Obras completas* de Vico: VICO, G..

onde Vico trata do que chamou de os *Elementos* de sua ciência, que se pode perceber o reconhecimento pelo mesmo da *atividade* humana do pensamento, da *natureza ilimitada da mente humana*, que faz com que o homem, desde sua natureza sociável e seu livre arbítrio, erija-se a si próprio e que mesmo sobre aquilo que a esse homem é desconhecido, procure o mesmo compreender, em termos analógicos, a partir daquilo que já conhece.³⁰⁰ Assim, desde aquela *atividade* da mente humana, que se estrutura no processo do *fazer-se* dos fatos, é que, nas palavras de Antonio Tarantino, “... assume toda sua originale evidenza la dignità vichiana ...”,³⁰¹ convertendo-se, portanto, em um ponto de orientação para o estudo da natureza das coisas, sem esquecer, contudo, e fazendo coro à posição de Isaiah Berlin, segundo a qual o que estaria na base, nas origens da teoria do conhecimento de Vico, seriam suas preocupações com o Direito, sobretudo após os influxos que teria o mesmo sofrido do movimento do *mos gallicus* que, através dos rigores da *filologia*, entendida enquanto o estudo dos fatos históricos, teria auxiliado Vico no rumo de suas investigações e no direcionamento das suas formulações.^{302 303}

Principj di Scienza Nuova.... Para o texto organizado por Andrea Battistini: VICO, G.. Principi di scienza.... Para a tradução portuguesa: VICO, G.. **Ciência Nova**. Tradução de Jorge Vaz de Carvalho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. Guido Fassò faz uma advertência em relação às edições das obras de Vico e possíveis correções efetuadas pelos curadores. Ele questiona até que ponto seria admissível, tal como ocorrera na edição aos cuidados de Fausto Nicolini ou mesmo desse com Benedetto Croce, onde se procurou efetuar correções em pontos específicos do texto de Vico. Algumas das correções, se não efetuadas, poderiam levar a um entendimento completamente distorcido daquilo que Vico teria realmente pretendido dizer. Para a referida análise, publicada em 1973: FASSÒ, G.. Per l'edizione nazionale di Vico. Em: FARALLI, C.; PATTARO, E.; ZUCCHINI, G.. **Scritti di filosofia del diritto**. Vol. III. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982, pp. 1089-1095.

³⁰⁰ VICO, G.. Principj di scienza... pp. 55-57. Tratam-se as páginas referidas às *dignidades/degnità* nrs. I, II, VII e VIII, que têm o sentido de *verdades imediatamente evidentes*, que são assim denominadas por Vico, vez que pertencentes à terminologia filosófico-teológica do período. Para essa explicação de Andrea Battistini: VICO, G.. Principi di scienza... p. 654. Vico se refere aos axiomas/dignidades de sua *Scienza Nuova*, da seguintes forma: “*Assiomi, o Degnità, così Filosofiche, come Filologiche, alcune poche ragionevoli e discrete domande, con alquante schiarite diffinizioni, le quali, come per lo corpo animato il sangue, così deono per entro scorrervi, ed animarla in tutto ciò che questa Scienza ragiona della Comune Natura delle Nazioni.*” Ibid. p. 55.

³⁰¹ TARANTINO, A.. **La problematica odierna della nature delle cose**. Seconda Edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008, p. 66. (Studi di Diritto pubblico e di Filosofia del Diritto e della Política – 18) Não se podendo, contudo, deixar de ressaltar que a *originalidade* de Vico quanto ao princípio *verum et factum convertuntur*, como aponta Tarantino – em “Id.” -, resta, nos termos em que a coloca, desacertada, como se mostrará.

³⁰² BERLIN, I.. Vico... pp. 118 e ss. O que, para Berlin, seria *inteiramente* de Vico “... é a noção da história como a contínua autotransformação do homem e das instituições humanas, no decorrer da luta do homem para superar os obstáculos humanos e naturais, o qual, por constituir a atividade dos homens e a consequência das estruturas humanas, pode ser compreendido por eles, de uma forma em que não podem compreender a natureza. (...) A aplicação do princípio

Desta forma, não se pode dizer que Vico não tenha sentido os influxos iluministas em razão do fato de ter se contraposto a Descartes.³⁰⁴ A posição contrária que Vico assumiu em relação aos inovadores iluministas o fez abandonar os estudos científico-filosóficos e a se dedicar ao estudo dos clássicos. Tais estudos é que teriam induzido Vico a se contrapor a Descartes, o que pode ser visto desde *De nostri temporis studiorum ratione* – 1708 -, bem como em *De antiquissima Italorum sapientia ex linguae latinae originibus eruenda libri tres* – 1710 -,³⁰⁵ ainda

verum/factum à história é inalienavelmente sua.” Ibid. p. 126 e p. 129. Vico entendia a *filologia* como o estudo dos fatos históricos. Assim, em *Diritto universale*, “... nè i filosofi poi curarono mai ricercare i principii costitutivi dell’autorità, nè i filologi altrimenti esaminarono le teorie de’ filosofi, che come tanti fatti storici. (...) e perciò mercè i sussidii della Filologia attesero più a ripulire l’Istoria del diritto Romano dalla barbárie, in cui si giaceva, e ridornale l’antico splendore di verità, anzichè investigare i principii della Filosofia.” VICO, G.. Dell’unico principio ed unico fine del diritto universale. Libro uno. Versiõe italiana di Francesco Sav. Pomodoro. Illustrate da Giuseppe Ferrari. Em: **Opere di Giambattista Vico**. Vol. II. Napoli: Stamperia De’ Fratelli Morano, 1858, p. 09 e p. 10. Para Vico, a vida do gênero humano é que constituía a história. Ibid. p. 131. Para a observação de Berlin a respeito: BERLIN, I.. Vico... pp. 121-124.

³⁰³ Afora as explicações apresentadas por Berlin sobre o movimento do *mos gallicus*, foram-me particularmente importantes para a compreensão do fenômeno do Humanismo e do referido movimento francês as lições coligidas junto à disciplina *Pensamento Jurídico*, ministrada pelo Prof. Dr. Mário Alberto Pedrosa dos Reis Marques, no ano letivo de 2004-2005, no Curso de Ciências Jurídico-Filosóficas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Para o texto do Prof. Dr. Reis Marques consultado, onde o mesmo trata da temática: MARQUES, M. R.. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, em especial às pp. 79 e ss. Também me foi de crucial importância o texto de John Greville Agard Pocock sobre a *Ancient Constitution* e o direito feudal, sobretudo em seu Capítulo I, onde Pocock trata da temática do fenômeno do Humanismo na França. POCOCK, J. G. A.. **La Ancient Constitution y el derecho feudal**. Traducción de Santiago Díaz Sepúlveda Pilar Tascón Aznar. Madrid: Editorial Tecnos, 2011, especialmente às pp. 05-35. (Colección Clásicos del Pensamiento) E, ainda: WIEACKER, F.. **História do direito privado moderno**. 3ª ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. pp. 88 e ss. Também: BARREIRO, A. F.. **Presupuestos de una concepcion jurisprudencial del derecho romano**. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1976, pp. 82 e ss.

³⁰⁴ Max Harold Fisch e Thomas Goddard Bergin observam que Vico, ao menos em suas seis primeiras lições inaugurais – 1699-1706 -, foi largamente cartesiano: “In the third he seems even to share the contempt of Descartes and Malebranche for history.” BERGIN, T. G.; FISCH, M. H.. Introdução à seguinte obra: VICO, G.. **The Autobiography of Giambattista Vico**. First printing, Cornell Paperbacks. Translated from the italian by Max Harold Fisch and Thomas Goddard Bergin. Ithaca and London: Cornell University Press, 1975, p. 37.

³⁰⁵ O primeiro texto constituiu-se em um escrito dedicado ao futuro Carlos VI e lido à presença do Vice-Rei Vincenzo Grimani, em outubro de 1708. O segundo texto corresponde ao *Liber metaphysicus*, que seria o primeiro de três livros que Vico intencionava reunir sob o título *De antiquissima Italorum sapientia ex linguae latinae originibus eruenda libri tres*. Para essas informações de Andrea Battistini: VICO, G.. Principi di scienza... p. 32. Para os textos: VICO, G.. Del modo di studiare ai nostri dí. Orazione alla gioventú studiosa delle lettere. Versiõe italiana di Francesco Sav. Pomodoro. Illustrate da Giuseppe Ferrari. Em: **Opere di Giambattista Vico**. Vol. I. Napoli: Stamperia De’ Fratelli Morano, 1858, pp. 195-259, e, VICO, G.. Della antichissima sapienza degl’italiani. Tratta dalle origini della lingua latina. Libri Tre. Versiõe italiana di Francesco Sav. Pomodoro. Illustrate da Giuseppe Ferrari. Em: **Opere di Giambattista Vico**. Vol. I. Napoli: Stamperia De’ Fratelli Morano, 1858, pp. 63-135. Para Fisch e Bergin, seria a partir de *Del modo di studiare ai nostri dí*, de 1708, que

que Vico tenha assumido em sua *Autobiografia* – 1725/1728 - que o anti-cartesianismo tenha sido o motivo originário do seu pensamento.³⁰⁶ É assim que em *De nostri temporis ...* Vico faz uma reflexão sobre os métodos de estudo, propondo uma compreensão integrada entre o método dos antigos, desde a Tópica, e o método dos *Criticos*, ou seja, dos modernos.³⁰⁷ E é também no mesmo texto que já se pode ver a antecipação daquilo que na *Scienza nuova* se converteria no princípio diretor do *verum ipsum factum/verum et factum convertuntur*.³⁰⁸

É logo no título do primeiro capítulo de *Della antichissima ...*, denominado *Del vero e del fatto*, que já se pode perceber a acentuação de Vico quanto à equivalência que os latinos davam às palavras *verum* e *factum*.³⁰⁹ Assim como o *ler*

Vico teria, desde o caminho de uma teoria do conhecimento, se aproximado de sua *nova ciência*. BERGIN, T. G.; FISCH, M. H.. Introdução... Op. cit. p. 38.

³⁰⁶ Para tanto, desde o texto que constitui a *Autobiografia* de Vico: VICO, G.. Vita di ... p. 02, p. 07, pp. 10-11, especialmente pp. 11-12, também p. 16. É o que também fora advertido por Sofia Vanni Rovighi. ROVIGHI, S. V.. **Filosofia della conoscenza**. Bologna: Edizione Studio Domenicano, 2007, p. 195.

³⁰⁷ É o que se depreende da análise da seção 3 de *De nostri temporis studiorum ratione*. VICO, G.. Del modo di... pp. 205-210, especialmente a p. 209, onde Vico adverte que tanto um dos dois métodos puramente empregado seria inadequado quanto o outro, mas que a conjugação de ambos, em um *giudizio integro*, seria o adequado, desde, portanto, um pensar integral. E, também, desde as seções 6 e 7: Ibid. pp. 217-221 e, ainda, em Ibid. p. 225 e, na seção 18, na p. 255.

³⁰⁸ Nas palavras de Vico: "... le cose geometriche le dimostriamo, perchè le facciamo ..." VICO, G.. Del modo di..., p. 211. Na *Scienza nuova* Vico leva o referido princípio à História e, por consequência, ao próprio Direito. É o que se pode ver, de forma incontestável, no § 349 da *Scienza nuova*: "... perchè ove avvenga che chi fa le cose, esso stesso le narra, ivi non può essere più certa l'istoria." VICO, G.. Principj di scienza... p. 86.

³⁰⁹ VICO, G.. *Della antichissima...* p. 71. "*Verum*, para Vico, é uma verdade *a priori*, a verdade tal como pode ser conhecida, por exemplo, através do raciocínio matemático, no qual, partindo de axiomas, cada passo é demonstrável e incontestavelmente demonstrado; mas isso, no caso do pensamento humano, somente pode ser conseguido pagando-se o preço de ser deixado com construções falsas, segmentos lógicos não necessariamente relacionados com o mundo exterior. Pelo critério do *verum ipsum factum*, de 1710, **nós podemos apenas garantir logicamente o que nós mesmos fazemos; somente isso é verum, unicamente em virtude disso pode, no sentido estrito, existir uma ciência**. Mas, se a estrutura desse *verum* é determinada por nós mesmos, como pode ele reivindicar que represente ou descreve 'cientificamente', isto é, de forma irrefutável e demonstrativa, que esteja situado fora dele mesmo – o caráter do mundo exterior? Vico aceitou essa conclusão desconcertante: **'A verdade é o que é feito'**; a matemática é uma ciência porque *Mathesis est scientia operatrix*. Nós não criamos coisas no espaço; logo, para nós, a física não é *verum*. Ela o é, ele disse (seguindo a doutrina de Agostinho), somente para Deus, *quia Deus primus Factor*. A noção de que pode existir algo como criar do nada é, evidentemente, uma ideia judeu-cristã, não grega." BERLIN, I.. Vico... p. 98. (grifos nossos) Berlin observa que tal doutrina decorreria "... do dogma agostiniano de que Deus, por conhecer, cria; de que, para Ele, conhecer e criar seriam a mesma coisa; doutrina essa que remonta ao conceito do Logos Divino; de que somente Deus conhece tudo por criar tudo." Ibid. p. 111. Guido Fassò, por sua vez, observa que o referido princípio enunciado por Vico, como critério gnosiológico, para contrapor-se ao princípio cartesiano da evidência racional, teria sido fruto de um processo de "... svolgimento del proprio pensiero che avvenne tra il 1710 e il 1719, [quando] Vico superò questo suo iniziale agnosticismo, scoprendo che l'uomo è autore non soltanto della matematica ma anche della storia. Così la storia pote diventare per lui oggetto di

seria a *coleta* das palavras escritas, o *falar* expressaria os sinais das *ideias*, o *entender* seria o *coletar* todos os elementos de alguma coisa, que formariam alguma *ideia*, os antigos sábios da Itália teriam convencionado o seguinte juízo: o verdadeiro é o fato.³¹⁰ O *saber humano* seria o fruto do processo de *colocação em conjunto* de todos os elementos de uma dada coisa/ideia – o *entender completo* caberia a Deus - .³¹¹ O homem, conhecendo o *vero*, o comporia e o formaria. Daí que a atividade científica/ciência seria a cognição da geração ou do modo como uma coisa seria produzida, desde a atividade mental humana.³¹² Seria no *ato* humano que se produziriam os *fatos*, sendo esses considerados/convertidos como o verdadeiro.³¹³ Noção essa que carrega consigo a ideia de um *ato* como constituidor do *fato* que seria reconvocada por Vico na *Scienza nuova*, anos depois.³¹⁴ Forma de

indagine filosófica, e nacque la *Scienza nuova*, che è appunto scienza del mondo fatto dagli uomini.” FASSÒ, G.. Il problema del diritto e l'origine storica della <<Scienza nuova>> di G. Vico. Em: FARALLI, C.; PATTARO, E.; ZUCCHINI, G.. **Scritti di filosofia del diritto**. Vol. III. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982, p. 1117. As referidas ideias de Fassò já haviam sido trabalhadas pelo mesmo em 1948 e publicadas na *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, às pp. 319-396. O texto retro citado data de 1977 e foi publicado postumamente, sendo vertido, inclusive, ao inglês. Guido Fassò faleceu em 1974. Para o texto de 1948: FASSÒ, G.. Genesi storica e genesi logica della filosofia della <<Scienza nuova>>. Em: FARALLI, C.; PATTARO, E.; ZUCCHINI, G.. **Scritti di filosofia del diritto**. Vol. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982, pp. 75-95. Ainda que Isaiah Berlin tenha apontado o princípio *verum ipsum factum* como sendo originado a partir *Della antichissima ...*, como se procurará mostrar, parece assistir mais razão à Fassò sobre a causa da *Scienza nuova*, pois o referido princípio teria sido a causa lógica, mas não a causa histórica, como também se procurará mostrar.

³¹⁰ VICO, G.. *Della antichissima...* pp. 71-72.

³¹¹ Noção essa da limitação do poder de criação humana que levaria o homem ao conhecimento completo apenas daquilo que ele criaria. BERLIN, I. *Vico...* p. 111.

³¹² VICO, G.. *Della antichissima...* p. 72.

³¹³ “... che il vero creato sia convertibile col fatto.” *Ibid.* p. 73. Para Benedetto Croce, o referido princípio lógico e gnosiológico vicchiano – *verum et factum convertuntur* – seria a “... conversione del vero col fatto, per la quale l'uomo può intendere e conoscere la storia perchè egli l'há fatta.” CROCE, B.. *La conversione del vero col fatto. Quel che Vico ci dice e quel che non ci dice*. Em: **Quaderni della “Critica”**. Marzo, 1950, n. 16, p. 06. Vico, na observação de Fassò, ao construir sua ciência, “... si accorse che essa era scienza di ciò che è fatto dall'uomo (ossia della storia), e che per edificarla era necessario – e *a fortiori* possibile – trovarne i principi nello spirito umano; che ciò infine era in armonia con la sua vecchia dottrina circa il rapporto tra *verum* e *factum*; e che la sintesi di <<vero>> e di <<certo>>, cioè di universale e individuale, la quale era a fondamento della nuova scienza da lui scoperta era giustificata teoreticamente dall'identità del certo col fatto, e quindi col vero.” FASSÒ, G.. *Il problema...* pp. 1121-1122.

³¹⁴ Ideias que já encontradas na *Scienza nuova seconda*, de 1730. VICO, G.. *Principj di Scienza...* p. 80 e p. 86. Para a advertência de Guido Fassò quanto à reconvocação por Vico de suas ideias, acrescentando que caberia ao homem não só o *fazer matemática* mas também o *fazer história*: FASSÒ, G.. *Il problema...* p. 1118. Fassò adverte que nem na *Autobiografia* – escrita entre 1725 e 1728 -, nem no *Diritto universale* – escrito entre 1720 e 1721 -, nem mesmo na *Scienza nuova prima* – escrita em 1725 -, é possível encontrar algum sinal expresso do princípio *verum ipsum factum* e das suas possíveis aplicações, ainda que se possa perceber a aplicação de tal princípio tanto em *Diritto universale*, quanto em *Scienza nuova prima*. Em *Diritto universale* – 1720/1721 -, Vico já observava que o *certo* tanto seria uma parte do *vero* quanto procederia da autoridade, ao passo que

o *vero* decorreria da razão. A autoridade, portanto, seria parte da razão e a razão civil seria parte da razão natural. VICO, G.. Dell'unico principio... pp. 66-67. Para Guido Fassò, portanto, a doutrina da identidade entre *verum* e *factum* teria sido a causa lógica da *Scienza nuova*, mas não a causa histórica, ainda que ambas guardem uma coerência íntima. Ibid. p. 1119. “Vico era perfettamente consapevole della funzione che in essa [na sua Scienza] ha il rapporto tra <<vero>> e <<certo>>, ossia tra universale e individuale, tra ragione e fatto (le lingue, insieme con le <<cose>>, costituiscono per Vico appunto il <<certo>>, ciò la cui conoscenza egli chiama <<filologia>>) (...) È il principio dell'identità tra vero e certo, e non tra vero e fatto, che genera storicamente la scienza nuova. Se mi si dice che, nella loro profondità sostanza, i due principi coincidono, perché entrambi significano la sintesi, la mediazione dell'universale e dell'individuale, io sono perfettamente d'accordo, ed anzi riconosco che la priorità *logica* spetta al principio *verum ipsum factum*; ma l'esame dei testi di Vico dimostra che, dei due principi, quello che effettivamente, concretamente opero nel generare la *Scienza nuova* fu, indipendentemente dall'altro, quello dell'identità del vero col certo.” Ibid. p. 1122, p. 1123 e pp. 1123-1124. O referido problema, assim, que teria levado Vico à concepção de sua filosofia definitiva teria sido o do Direito e não o da História, pois o problema filosófico que o Direito havia lhe colocado era o da relação entre *vero* e *certo*, entre o *diritto natural e racional*, com uma validade universal, e os dados jurídicos históricos, positivos, aparentemente válidos apenas como postos desde a vontade humana da *auctoritas*, ou seja, um *diritto como fato*, como *expressão histórica determinada* – relação, portanto, de um *vero* e um *certo*. Ibid. pp. 1124-1125. Para a análise da referida tese de Fassò, segundo a qual teria sido o problema do Direito que levou Vico ao problema da História: Ibid. pp. 1124-1130. Em termos conclusivos, e ainda com o auxílio de Fassò, “... nell'individuale, nel fatto storico, o, come egli dice, nel <<certo>>, è presente e si concreta l'universale, il <<vero>>, che fuori del <<certo>>, del fatto, non ha realtà.” FASSÒ, G.. Voci di enciclopedia. Vico Giambattista. Em: FARALLI, C.; PATTARO, E.; ZUCCHINI, G.. **Scritti di filosofia del diritto**. Vol. III. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982, p. 1364. Ou, ainda, com Berlin: haveria coisas que o homem não poderia ter *scientia*, mas apenas *conscientia*, “... isto é, daquilo sobre o qual não podemos atingir mais do que o *certum*, que são as verdades *de factum*, ou seja, a espécie de conhecimento sobre o qual se apóia a ação ordinariamente racional. O motivo é claro. Quando exigimos que o nosso pensamento corresponda a algo situado fora dele mesmo e independente dele – a realidade – já não podemos mais garantir o *verum*, que deve estar necessária e completamente sob o nosso controle; nós podemos, quando muito, falar da certeza, da auto-evidência, do que posteriormente veio a ser chamado sentido da realidade, que Vico considera corretamente como algo diferente das verdades logicamente demonstradas.” BERLIN, I.. Vico... p. 98. É assim que Vico, em *Diritto universale*, trata da distinção entre *certo* e *vero*, procurando mostrar que o *vero* se relacionaria com o conhecimento absoluto e, assim, possível somente a Deus. VICO, G.. Dell'unico principio... pp. 13-15, pp. 20-21, pp. 23-24 e p. 24/XXV. Na passagem seguinte, pode-se perceber, em certa medida, já algum tipo de antecipação do *verum ipsum factum*: “Dall'altra parte quanto un'idea chiaramente ci faccia conoscere di un oggetto, tanto fa d'uopo che in esso vi si ritrovi ...” Ibid. p. 18. Também não se pode negar, como em certa medida Fassò também não o nega, que Vico, já em *De nostri temporis studiorum ratione*, de 1709, tinha presente a relação entre *conhecer e fazer*, ainda que tal percepção fosse voltada à geometria, como acima procurou se mostrar. Pode-se depreender da explicação que Vico confere à razão humana, também em *Diritto universale*, que se a força do *vero* é a razão, de onde emergiria a virtude que venceria o erro, e que tal virtude seria em relação, portanto, ao conhecer – virtude do conhecer -, fundando-se essa virtude sobre a demonstração, sendo aplicável à matemática mas também às humanidades, constituindo-se, assim, na *Scienza*, uma vez tendo Vico atribuído à referida virtude o caráter de *dianoética*, ou seja, uma virtude relativa ao *pensamento discursivo*, constituindo-se em uma virtude ética ou de ação – moral -, é porque o *agir*, o *fazer* humano, desde o exercício da referida virtude ética, através do pensamento discursivo, teria como verdadeiro somente aquilo que faria. Para os textos de onde se pode depreender isto: Ibid. pp. 26-28, tópicos XXXIII - XXXVII. Não se pode esquecer, ainda, que na distinção que Vico faz entre uma *Giustizia retrice* e uma *Giustizia equatrice*, também em *Diritto universale*, compreende o mesmo esse último tipo de justiça como aquela que concederia a faculdade de *fazer* do homem no âmbito das relações privadas, não negando que a referida distinção entre os dois tipos de justiça se desse somente em um plano *científico*, pois na prática se intercambiariam – o mesmo valendo para as noções de justiça particular e justiça universal -, perfazendo-se em um *Diritto equânime*, em que os homens seguiriam o “equo buono”, porque este imporria devidamente o *vero*. Ibid. p. 46, p. 49, pp. 56-

57, p. 70, p. 151 e p. 162. Outro ponto em *Diritto universale* em que também se pode perceber algum tipo de antecipação do princípio do *verum ipsum factum*, desde as relações entre *vero* e *certo*: Ibid. pp. 97-99, p. 105 (afastamento de um direito primário, mais ligado à violência/exercício da força rumando a um *direito natural*, o que implica uma aproximação do *vero*), pp. 119-121 (Vico menciona o *vero de' fatti*, que seriam sempre incertos, diferentemente daquela certeza mais próxima à ordem natural), pp. 153-157 (Vico vale-se da distinção entre *vero* e *certo* para explicar as três ordens: a natural, fundada sobre o *vero* e procedente de Deus, a civil, fundada sobre o *certo* e, por fim, a mista, encontrada em qualquer estado), pp. 189-190, pp. 209-210, pp. 211-212, p. 220 (redução, pelos romanos, da Jurisprudência a uma *scienza certa*), p. 234, pp. 241-242 (Vico já menciona, desde a relação entre *vero* e *certo*, uma *verdade do fato*), p. 247 (*verdade do fato*), p. 252 (*verdade do fato*), p. 257 (o Direito romano, na República livre, era *certo*), p. 266 e pp. 279-281 (o *vero pratico*; da *vera cognizione di Dio* à *vera Giurisprudenza nuova*; Vico sugere um percurso para se sair do *vero* da Providência e se chegar ao *vero* dos homens, ou seja, ao *certo*, desde o *fazer humano*). No Livro II de *Diritto universale*, intitulado por Vico *Della costanza del giurisperdente*, que é dividido em duas partes, sendo a primeira *Della costanza della filosofia* e a segunda *Della costanza della filologia*, também se pode perceber certa antecipação do *verum ipsum factum*. Assim, na primeira parte – *Della costanza della filosofia* – Vico reacentua a bipartição interna do homem em *mente/intelletto* e *animo/volontà*, observando que da clara cognição do *vero* resultaria a vontade do *giusto* e, conseqüentemente, da mente *vera* se constituiria o *animo retto*, o que permite concluir que Vico esforçava-se para mostrar a relação direta entre Deus e o homem, enquanto sua imagem e semelhança e, assim, possuidor de um *funcionamento* semelhante, mas imperfeito. VICO, G.. *Della costanza del giurisperdente*. Libro secondo. Versione italiana di Francesco Sav. Pomodoro. Illustrate da Giuseppe Ferrari. Em: **Opere di Giambattista Vico**. Vol. III. Napoli: Stamperia De' Fratelli Morano, 1861, pp. 03-08 e p. 15. Também se percebe uma antecipação do princípio do *verum ipsum factum*, sobretudo desde as relações entre *vero* e *certo*, nas seguintes passagens do referido texto: Ibid. p. 09, p. 14, pp. 19-20, pp. 23-24 (o *viver segundo o 'vero' e a razão* parece ressaltar a observação de Vico da ligação que deve haver entre o divino e o humano, restando ao homem em tal busca o encontro de um apenas *certo*), p. 284 (pronunciamento pelo pretor do *direito certo*), p. 326. Podem ser considerados, ainda, sinais evidentes da relação entre *verum* e *factum* algumas passagens em *Della antichissima ... – 1710 -*. Para além da explicação entre a equivalência que os latinos davam às palavras *vero* e *fatto*, que, como já dito, vem abrindo o capítulo I, Vico observa que o homem seria também partícipe da razão, a constituiria/faria. VICO, G.. *Della antichissima...* pp. 71-74, p. 78 (na *ciência divina* o *vero* se inverte com o *fatto*, e, ainda, o critério e a regra do *vero* seria precisamente o *fatto*, ou, mesmo, que haveria uma imitação pela forma de pensar da mente humana da mente divina, de modo que o *vero* se converteria no *fatto* quando trouxesse o seu ser da mente que o conhece; Deus, no ato que conhece o *vero*, o geraria), p. 79, p. 81 (conhecer é compreender o modo ou a forma com os quais uma coisa recebe existência), pp. 83-84 (o *fatto* é o critério do *vero*, sendo esse *vero* Deus, a que toda verdade humana haveria que se reportar. E, ainda, entre as cognições humanas, verdadeiras seriam aquelas cujos elementos seriam coordenados pelo próprio homem e no homem mesmo contidos, sendo a colocação em conjunto de tais elementos a implicação que o homem seria o *fabricantel/feitor* de tais verdades que, ao compô-las, as conheceria), p. 85, p. 86 (a verdade relacionada com os elementos criados na geometria), p. 88 (relaciona *vero* e *certo*), p. 89 (relaciona o significado de *certo*, como sendo tanto aquilo que é *claro/indubitável* quanto aquilo que é *peculiar*, contrapondo-se àquilo que seria *comum*; *vero* e *equo* valia a mesma coisa, ou seja, o *equo* se relacionaria às últimas circunstâncias dos fatos, enquanto que o justo repousaria sobre uma ideia geral; o *vero*, assim, se encontraria nas últimas espécies ou diferenças das coisas), p. 91 (se é *vero* aquilo que é *fatto*, *provar por causas* valerá o mesmo que efetuar, pois o *efeito* procede da causa. *Causa* e *negozio* seriam o mesmo, ou seja, *operamento*, valendo o mesmo *vero* e *fatto*, vale dizer, *l'effeto*. A mente humana contém os *umani elementi di vero*. Assim como a demonstração é a mesma coisa que uma operação, o *vero* não é outro que o *fatto*) p. 92, com o desenvolvimento em todo o *Capo IV*, às pp. 92-111 (Vico retoma a ideia lançada em *Del modo di studiare ai nostri di*, segundo a qual as coisas geométricas seriam demonstráveis porque feitas pelo homem e que as coisas físicas, se fossem demonstráveis, é porque teriam sido feitas pelo homem), pp. 119-120 (Vico fala da expedita e espontânea perspicácia do *fazer* entendida enquanto *faculdade/facilitas*, desde a qual se operaria a virtude ou potência que se transmutaria em *ato*. A aritmética, a geometria e a mecânica estariam na faculdade do homem, porque nessa se demonstraria o *verdadeiro/vero*, uma vez que o homem é que o faria. Deus,

compreensão, portanto, que traduz a própria ideia do princípio mais amplo, segundo o qual, "... o conhecimento completo somente pode sê-lo (...) *per causas*."³¹⁵

Entretanto, a viragem que se operou em Vico decorre de seus estudos sobre o Direito, pois somente aí é que houve a promoção da história, sendo aplicado à mesma o princípio *verum ipsum factum*, ou seja, a ideia de que o *conhecer* está no *fazer*.³¹⁶ Em *Diritto universale – 1720/1721* -,³¹⁷ Vico prenuncia o novo posto que daria à história. A *giurisprudenza universale* seria composta extraindo seus

entendendo, geraria o *vero divino* e implementaria o *vero umano*), p. 123 (o engenho humano é que produziria; o homem seria o Deus das coisas artificiais; a ciência humana estaria no fazer com que os objetos respondessem entre eles em bela proporção), p. 130 (as demonstrações se fazem compondo-as, ou seja, a verdade seria fruto do *formar* e não do encontrar), p. 131 (Vico reinvoça, desde a geometria e da aritmética, o *vero* que se formaria pelo homem), p. 132-133 (*detto* e *certo* para os latinos eram a mesma coisa; *certo* era o *determinado*; o *fatto* e o *vero* eram idênticos à voz *verbo* – no texto em latim lê-se *et factum et verum, cum verbo convertuntur* – p. 133 -) e p. 135 (no homem se deduziria um *vero* hipotético). Para os assuntos tratados na *Della antichissima ...*, desde cartas críticas publicadas em relação ao texto e as respostas de Vico: Ibid. pp. 137-186, especialmente pp. 141-143, p. 166, p. 170 e p. 173.

³¹⁵ BERLIN, I.. Vico... pp. 40-41 e, para a *viragem* no pensamento de Vico, p. 29; e, ainda, p. 70. "De acordo com este princípio, unicamente podemos dizer conhecermos completamente uma coisa, se, e apenas se, sabemos por que ela é como é, ou como veio a ser ou foi feito que fosse, ou seja, o que ela é, e não só que é o que é e tem as propriedades que tem. O ponto de vista de que o conhecimento *per causas* é superior a qualquer outro, é uma velha ideia freqüentemente baseada na filosofia escolástica. Segundo ele, Deus conhece o mundo por tê-lo feito de forma e por motivos que somente Ele conhece, e nós não podemos conhecê-lo em seu sentido mais completo porque não o fizemos – o encontramos já feito e nos é dado como um 'fato natural'." Id. "Perceber os motivos e intenções, compreender, mesmo que imperfeitamente, por que os homens agem e vivem como o fazem, é ter um conhecimento *per causas* que, conseqüentemente, apesar de ser incompleto, é superior, isto é, 'mais divino' que o mero 'saber o quê'; é a consciência 'a partir de fora', que proporcionam os dados das ciências naturais, ou do conhecimento normal do mundo externo, e também é superior ao 'saber como', isto é, à aquisição ou posse de uma capacidade ou método." Ibid. p. 100. Berlin explica que podem ser identificados quatro tipos de conhecimento em Vico. O da **scienza**, que seria proporcionado pelo *verum*, ou seja, pela verdade *a priori*, que seria adquirível somente desde as próprias realizações ou ficções lógicas matemáticas, poéticas ou artísticas; daí somente Deus conhecer o mundo que Ele teria criado; o da **conscienza**, que seria o conhecimento *exterior* dos fatos ou realidades comuns a todos os homens, ou seja, o *certum* que qualquer um teria do comportamento externo de quaisquer que fossem as entidades que comporiam o mundo aparente dos acontecimentos, homens e coisas; o **dos modelos, princípios e verdades eternas**, que advindo da revelação, tal como os judeus e, posteriormente, os cristãos admitiam e, por fim, o conhecimento **mais íntimo** ou **histórico**, que seria a *consciência intencional* adquirida pelos homens enquanto *atores* e não meros expectadores/observadores externos de suas próprias atividades. Ibid. p. 102. Desta forma, quando Vico fala de um conhecimento *através de causas*, ele o entende como "... a criação ou invenção ativa e deliberada de alguma coisa por alguém (individual ou coletivamente; a vida das instituições é, para Vico, uma atividade coletiva)." Ibid. p. 103. Berlin observa que Vico, ao contrário de Aristóteles, não distingue *fazer* e *criar*. Ibid. p. 202, nota n° 200.

³¹⁶ É o que tanto Isaiah Berlin expressamente o afirma quanto o que se pode depreender do texto de Sofia Vanni Rovighi. Ibid. p. 32 e ROVIGHI, S. V.. Op. cit. p. 198. É o que se pode extrair do § 349 da *Scienza nuova*, como se mostrará.

³¹⁷ VICO, G.. Dell'unico principio...

princípios da filosofia, da história e das mesmas normas.³¹⁸ Ele inicia seu estudo relevando o trabalho da busca dos significados *históricos* das palavras que os juriconsultos romanos faziam.³¹⁹ Acentua que a história não teria encontrado seus princípios, o que teria decorrido da própria separação entre Filosofia e Filologia.³²⁰ É na *Seconda Scienza Nuova* que Vico não deixa mais nenhuma dúvida sobre o princípio de que a verdade estaria em seu *fazer*. Partindo do pressuposto da evolução da mente humana, observa que o *mundo civil* seria conhecível pelo homem justamente porque este o teria *feito*.³²¹ É desde tal compreensão que Vico teria

³¹⁸ Ibid. pp. 02-03.

³¹⁹ Ibid. p. 06.

³²⁰ Ibid. p. 82. Vico observa que o referido problema seria tratado no *II Livro*, que se intitularia *Della Costanza della Filologia*, e que se converteria na *Prima Scienza Nuova*, de 1725. É do próprio título, afora o fato da própria estruturação do texto, que se percebe tal conversão. O *Capo I* do aludido texto intitula-se *Saggio di una Scienza nuova*. VICO, G.. *Della costanza...* p. 35. *Della Costanza della Filologia* corresponde à segunda parte do livro *Della constanza del giurisprudente*, sendo a primeira parte *Della costanza della filosofia*. Ambas as partes comporiam o *Diritto universale*. Juntamente com o *Dell'unico principio ed unico fine del diritto universale. Libro uno. Libro uno*. Para essas últimas informações: Ibid. p. 03. No início da *Seconda Scienza Nuova* Vico observa que aos *doutos* faltariam princípios à história universal. VICO, G.. *Principj di una scienza...* p. 35. Todas as passagens da *Seconda Scienza Nuova* citadas, ainda que oriundas da referida versão que foi elaborada aos cuidados de Giuseppe Ferrari, foram confrontadas em seus conteúdos com a edição que foi elaborada por Fausto Nicolini, desde a edição portuguesa da mesma, pois no texto organizado por Nicolini encontram-se informações importantes em notas de rodapé que dão conta de alguns equívocos de Vico ao longo do texto, bem como de correções de conteúdo, conforme adiante se perceberá da análise de Guido Fassò. É de se ressaltar que a edição aos cuidados de Giuseppe Ferrari, por sua vez, apresenta notas que foram elaboradas por Vico para a segunda edição da *Scienza Nuova* – notas em pé de página assinaladas em letras alfabéticas, que constavam na segunda edição, mas foram excluídas na terceira edição, bem como as inserções efetuadas para a edição de 1744 e, ainda, em notas também de pé de página, assinaladas agora em números arábicos, aquelas expendidas pelo próprio Giuseppe Ferrari -, já não constando tais diferenciações no texto organizado por Nicolini. Para a explicação do contido nas notas, desde o texto da *Scienza Nuova* organizado por Giuseppe Ferrari: FERRARI, G.. *Op. cit.* p. XVI. Vico reconhece ainda não ter encontrado também o princípio fundamental da Jurisprudência, ainda que tenha tocado a temática, em *De Ratione Studiorum nostri temporis cum Antiquorum collata/De nostri temporis studiorum ratione* – 1709 –, continuando a reforçar a ideia da relevância da Filologia para descobrir as origens e concluindo que os princípios da Jurisprudência já seriam deduzíveis da antiga sabedoria das *gentes maiores*, segundo a qual *gli animi solo essere immortali*, mas, também, não deixando de assinalar que o *vero* – objeto da mente - seria o princípio de todo o direito natural, e acessível somente a Deus. O *buono* seria objeto *dell'animo* – *animo* se relacionaria àquilo que se sente, sendo que *anima* seria o que daria vida, conforme o capítulo V da *Della antichissima ...* -, sendo que o *suum* pertenceria à mente e ao ânimo. VICO, G.. *Dell'unico principio...* p. 184, p. 192, p. 280, p. 41 e p. 42. É de se notar que Vico cita somente a ideia de *vero* e não, ainda, de um *verum ipsum factum*. Esse é o sentido que se pode extrair de outras passagens. Ibid. p. 36, p. 39, p. 40. Vico já ressalta que as coisas teriam sido feitas pelo homem e não o contrário. Assim, em: Ibid. p. 43. Para o citado texto *De Ratione ...*: VICO, G.. *Del modo...*pp. 195-259.

³²¹ É o que se pode extrair do parágrafo 331, o segundo a iniciar a Seção terceira da *Seconda Scienza Nuova*, que trata dos *Princípios*. VICO, G.. *Principj di scienza...* p. 80. O que vem corroborado com a argumentação lançada no parágrafo 349, da Seção quarta, que trata *Do Método*. Ibid. p. 86. Observa-se que na referida edição organizada por Giuseppe Ferrari os parágrafos não

*historicizado a natureza humana.*³²²

E é justamente pelo referido princípio retor que se pode melhor compreender a noção da *natureza das coisas* em Vico. Pode-se dizer que já em *Della antichissima ...*, de 1710, Vico toca no problema. Isto se dá ao discorrer sobre os métodos para aferir a verdade das ciências, onde observa que o homem não poderia de nenhum modo investigar a *natureza das coisas*, pois que ele não conteria em si os elementos com os quais a natureza das coisas seria composta, reconhecendo as limitações da própria mente humana e, portanto, da própria *verdade* que conheceria.³²³ Assim, poderia se depreender que não teria sido por outras razões que, para Vico, a *natureza das coisas* “... não é mais do que o seu nascimento em certos tempos e com certos modos de ser.”³²⁴ A *natureza das coisas*, assim, nada mais poderia ser que o resultado daquilo que o homem, dentro de suas limitações, seria capaz de fazer, de criar, e daí a *ciência humana* ser derivada de um *defeito da nossa mente*.³²⁵

Todavia, conforme observou Berlin, baseando-se nos antecedentes de Nicolau de Cusa, “... o que chamamos a natureza das coisas é a sua história ...”³²⁶ E, ainda, partindo da referida herança de Nicolau de Cusa, que, segundo Berlin, seria a quem haveria que se atribuir o prestígio do *conhecer em razão do fazer*, com a ressalva de que a atribuição do referido critério ao conhecimento histórico ou a

estão numerados, tal como a edição organizada por Fausto Nicolini apresenta, como sugere a tradução portuguesa.

³²² Conforme a observação de Karl Löwith, tendo por base E. Auerbach. LÖWITH, K.. <<Verum et factum convertuntur>>: le premesse teologiche del principio di Vico e le loro consequenze secolari. Traduzione dal manoscritto tedesco di Anna Lucia Künkler Giavotto. Em: V.V.A.A.. **Omaggio a Vico**. Napoli: Morano Editore, 1968, p. 76. (Collana di Filosofia – X) Löwith apresenta, no tópico III de seu artigo, antecedentes em Bacon e Hobbes da noção do princípio do *verum ipsum factum*, seja desde a importância da utilização prática do saber científico – Bacon (Ibid. pp. 91 e ss) -, seja desde os desenvolvimentos posteriores às ideias de Bacon dados por Hobbes no que se refere à necessidade de uma ciência operativa – (Ibid. pp. 94 e ss.) -, concluindo que “... la nostra civiltà moderna si fonda su questa intima connessione di lavoro e conoscenza, del vero e del fatto.” Ibid. p. 109.

³²³ VICO, G.. *Della antichissima...* pp. 76-77.

³²⁴ VICO, G.. *Principj di scienza...* p. 58. Dignidade/degnità n° XIV. Nas notas explicativas, Andrea Battistini observa que a palavra *guise*, traduzida aqui como *modos de ser*, teria sido utilizada por Vico em uma insistência do mesmo sobre os modos do nascer e não sobre a essência das coisas. Vico teria querido acentuar a determinação histórica, daí o mesmo ter dirigido todo o seu interesse sobre o momento das origens. Para tal observação de Battistini: VICO, G.. *Principi di scienza...* p. 658. A tradução portuguesa optou traduzir a palavra *guise* por *circunstâncias*. VICO, G.. *Ciência Nova...* p. 113.

³²⁵ VICO, G.. *Della antichissima...* p. 77.

³²⁶ BERLIN, I.. *Vico...* p. 130.

quaisquer outros estudos humanos deva-se a Vico, para se dizer com este que “... a natureza das coisas não deve a nada mais do que ao fato de ter nascido em épocas e sob aspectos determinados; dependendo de como eles se apresentam, surgem coisas que são e não podem ser diferentes.”³²⁷

Tendo em conta a aludida formulação anterior de Nicolau de Cusa, mas não deixando de se reconhecer o mérito de Vico ao levá-la para o campo das humanidades e, conseqüentemente, ao Direito, pode-se dizer que também em *Diritto*

³²⁷ Id. Tal citação de Berlin deduz-se ser de Vico, desde uma passagem em *Della antichissima ...*, como se pode depreender das notas de rodapé nrs. 251 e, subseqüentemente, 30, 31, 32 e 33, das seguintes páginas: Ibid. p. 207 e p. 191. Para a atribuição do critério do *conhecer em razão do fazer* ao conhecimento histórico ou a quaisquer outros estudos humanos: Ibid. pp. 38-39. Berlin se refere ao texto de Nicolau de Cusa *De Coniecturis*, I, Cap. XIII. A análise da citada passagem de Nicolau de Cusa, em seu Capítulo XIII, desde a sua Parte I, de *De Coniecturis*, somente permite extrair uma tal conclusão do princípio do *verum ipsum factum* desde a explicação que Nicolau de Cusa fez ali de raciocínios matemáticos, enquanto produtos da mente humana; o homem os conhece/os tem por *verdadeiros* porque é quem os faz. Contudo, na Parte II, Cap. XIII pode-se observar a relação que Nicolau de Cusa faz com Deus e o conhecimento da verdade absoluta. CUSANO, N.. **La dotta ignoranza. Le congetture**. A cura di Giovanni Santinello. Milano: Rusconi, 1988, p. 292 e pp. 331-332. (I classici del pensiero – Sezione II – Medioevo e Rinascimento) As conjecturas baseadas na razão humana seriam verossímeis, seriam criações da mente humana *criadora*. É como de forma clara aponta Nicolau de Cusa logo nas primeiras explicações de sua obra, nos primeiros 6 §§/Parte I: Ibid. pp. 245-249. Assim, também, nos §§ 76, 80 e 81, ambos da Parte II, onde Nicolau de Cusa procura mostrar que a única causa das descobertas racionais é a própria razão, ou seja, o homem conhece aquilo que é capaz de fazer/pensar. Ibid. p. 292, p. 295 e p. 296. Procurou-se confrontar três traduções da obra *De Coniecturis*, desde o latim, sendo uma vertida ao alemão, outra ao francês e, por fim, outra ao italiano, apresentando os três textos o original em latim. Para a análise do referido Capítulo XIII, da Parte I do referido texto de Nicolau de Cusa, ver, respectivamente: CUSA, N.. **De coniecturis. Mutmaßungen**. Übersetzt und MIT Einführung und Anmerkungen herausgegeben von Josef Koch und Winfried Happ. Zweite, verbesserte Auflage. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1988, pp. 72-79. (Philosophische Bibliothek – Band 268); CUES, N.. **Les conjectures. De coniecturis**. Texte traduit avec introduction et notes par Jean-Michel Counet. Paris: Les Belles Lettres, 2011, pp. 56-63; CUSANO, N.. Op.cit. pp. 284-288. É assim que Tatiana Ragno explica que para Nicolau de Cusa “Se le cose matematiche, che procedono dalla nostra ragione e troviamo in noi stessi che ne siamo il principio (...) vengono da noi conosciute come nostre, ossia come ente di ragione, in modo preciso (*praecise*), cioè con quella precisione típica della ragione dalla quale scaturiscono (*praecisio rationalis*), dal quale vengono all'essere. Perché le conoscenze che si realizzano nell'ambito della matematica possono dirsi precise? Ciò che conosciamo con *praecisio* (...) è ciò che noi stessi abbiamo prodotto: una cosa può essere conosciuta esattamente solo dal suo artefice. (...) Non si può fare a meno di osservare che la nuova prospettiva aperta qui dal Cusano sarà grávida di successivi sviluppi: si tradurrà in Hobbes nello *scire per causas* e, piú tardi, in Vico nel *verum ipsum factum*.”, o que derivaria, segundo Tatiana Ragno, do paradigma teológico segundo o qual o homem seria imagem de Deus, o que é convocado recorrentemente na obra de Vico. RAGNO, T.. **In coniecturis ambulantes. Verità e conoscenza nel pensiero di Niccolò Cusano**. Roma: Aracne, 2013, pp. 238-239. (Renascentia – 1) Tatiana Ragno também ressalta o mérito de Vico de ter estendido o referido princípio do *verum ipsum factum* do plano da matemática para o mundo da história na *Scienza Nuova*. Contudo, aponta, equivocadamente, que tal posição de Vico teria sido por ele desenvolvida em *De antiquissima* – texto de 1710 -, sendo que Vico já tinha lançado a referida ideia em 1709, desde *Del modo di studiare ...* Ibid. p. 239. (nota n° 92) Nas palavras de Vico, desde *Del modo di studiare ...*: “... le cose geometriche le dimostriamo, perchè le facciamo ...” VICO, G.. *Del modo...* p. 211. Para o texto *De antiquissima ...*: VICO, G.. *Della antichissima...* pp. 63-135.

universale – 1720/1721 –³²⁸ já se percebe alguma antecipação sobre a questão da *natureza das coisas*. Ao discorrer sobre o fato de os primeiros poetas terem sido uma espécie de teólogos e da forma com a qual os mesmos atribuíam significado às coisas, Vico observa que teria sido a partir das etimologias próprias das vozes que os mesmos teriam determinado e definido a *natureza das coisas*.³²⁹ Essa, em tal contexto, seria o *resultado da atribuição de sentido* que o homem conferia às coisas desde as palavras e seus significados. E seria através da linguagem poética que se conseguiria distinguir a verdadeira natureza das coisas e não desde a linguagem vulgar, que discorreria através de gêneros, impedindo o falar segundo a propriedade das coisas.³³⁰

Outro ponto, ainda na fase do *Diritto universale*, Vico mostra de forma mais clara o entendimento da natureza das coisas como resultado de um artifício humano,

³²⁸ VICO, G.. Dell'unico principio... p. XX. É no III Livro de *Diritto universale*, ou seja, em *Della costanza della filologia*, que também pode se perceber, antecipadamente, o esforço de Vico em expandir às Humanidades o princípio do *verum ipsum factum*. Ao discorrer sobre a história sacra, considerando essa como a mais antiga de todas as histórias profanas, sendo, portanto, a única que poderia fornecer primórdios *certos* e certa sucessão a toda a história profana, Vico conclui que os fatos sobre os quais tal história se arrimaria seriam demonstráveis com argumentos, que em relação à coisa que comportassem, se avizinhariam do *vero geometrico*. VICO, G.. *Della costanza...*p. 73.

³²⁹ VICO, G.. Dell'unico principio... p. 219.

³³⁰ VICO, G.. *Della costanza...* pp. 47-48. “Poética’ é o termo que Vico usa para designar a imaginária social, ‘primitiva’ e formalizada, que nos diz como os homens viam a si mesmos, e suas relações sociais no tempo em que ela foi criada; a lei ‘poética’ é a linguagem ‘natural’ para aquele momento específico da evolução e está cheia de animismo e fetichismo. Isso é assim porque ‘a mente se erige a si mesma na regra de tudo quanto ela não conhece’ e ‘quando os homens ignoram as causas naturais que produzem as **coisas**, sem mesmo poder explicá-las por analogia com coisas similares, **atribuem a elas sua própria natureza**. Assim, por exemplo, o homem vulgar diz que o imã ama o ferro.” BERLIN, I.. *Vico...* p. 56. (grifos nossos) Berlin está citando a *Scienza nuova*. VICO, G.. *Principj di scienza...* p. 62. No mesmo sentido, ao falar sobre a origem da língua heróica, ou seja, da *poesia*, Vico pondera que seria da *natureza das coisas*, entendida aqui como uma espécie de atributos humanos influenciados também pela própria natureza – inclusive desde condições climáticas e geográficas -, que decorreriam as sete regras que auxiliariam o desvendamento das origens da poesia. Vico relaciona a engenhosidade humana também a *fatores naturais*. VICO, G.. *Della costanza...* pp. 95-98. Para a história da poesia: *Ibid.* pp. 140-146, onde Vico também observa que os primeiros caracteres heróicos seriam formados, antes, pela natureza das coisas, no sentido de que tais caracteres iam assumindo significados diferentes ao longo do tempo, fruto, portanto, de um *fazer humano*. *Ibid.* p. 146. Vico observa que na divisão que teria se operado entre a Filosofia e a Filologia, o que se poderia ter dado em razão do fato de que a língua vulgar/comum não significava a natureza e a propriedade das coisas, teria restado aos filósofos a investigação da natureza das coisas e aos filólogos as origens das palavras. *Ibid.* pp. 149-150. Vico também convoca a ideia de uma *natureza das coisas* no sentido de como as coisas seriam em um dado momento ao procurar mostrar desde a história sacra os *tempos obscuros* da história profana, particularmente quando alude à passagem de Pitágoras pela Itália, onde procura mostrar ter sido o mesmo um *cultor da Escola Itálica* e não um *fundador*. *Ibid.* pp. 155-163. Vico também observa que a Divina Providência, segundo a *natureza mesma das coisas*, ditaria os ensinamentos, ou seja, tanto a arte da paz quanto da guerra. *Ibid.* p. 342.

de um *fazer*; pode ser percebido quando o mesmo menciona as origens das cidades e a improbabilidade de que as mesmas tenham sido fundadas em razão das artes e da virtude bélica, ressaltando que aos primeiros homens a *natureza das coisas* é que lhes teria ensinado com os *atos* mesmos.³³¹

Pode-se falar que a passagem do *Diritto universale* para a *Scienza nuova*, para se dizer com Giuseppe Ferrari, constituiu-se em um passar de uma época a outra da história. É desde tal texto que Vico começa a se valer de uma linguagem própria e a própria língua empregada na *Scienza Nuova* é modificada; deixa-se o latim e emprega-se a língua vulgar, ou seja, a língua natural dos inovadores.³³² À temática da *natureza das coisas* é importante destacar que Vico, logo no Capítulo Primeiro do Livro Terceiro da *Prima Scienza Nuova*, onde tratou dos princípios de sua ciência da parte das línguas, ao mencionar as virtudes da fala poética, ressalta que mesmo o homem primitivo, que ainda não conseguia se expressar por uma fala mais desenvolvida, já era capaz de se explicar por coisas e atos que possuíam uma relação natural com as ideias que desejava significar.³³³ Era assim, por um *ato humano de atribuição de sentido* às coisas e ideias, que o homem, mesmo em seu estágio primitivo, conseguia expressar-se e compreender as coisas/o mundo.³³⁴

³³¹ Ibid. p. 343. Igualmente: Ibid. p. 368.

³³² FERRARI, G.. Op. cit. pp. II-III. Nas palavras de Ferrari, "... il punto di partenza del *Diritto Universale* è la giurisprudenza di Grozio e di Gravina; il punto di partenza della *Scienza Nuova* è il concepimento di un'analisi della perfettibilità: il *Diritto Universale* è sempre occupato nell'analisi di fatti positivi; la *Scienza Nuova* è continuamente mantenuta in un'altissima astrazione: il fatto della storia romana che formava il tema predominante del *Diritto Universale*, qui diventa un lavoro accessorio, un semplice saggio di applicazione; nel *Diritto Universale* le idee nuove sono nascote sotto le forme dell'antico linguaggio scientifico; Vico si studia di trovare i suoi concepimento nelle frasi de'giureconsulti romani, e con un mosaico di citazioni forza il *Digesto* a ripetere le sue teorie storiche, come prima aveva forzate le origini della lingua latina a ripetere le sue idee filosofiche: nella *Scienza Nuova* invece egli parla un linguaggio suo proprio, ad ogni passo proclama egli stesso le sue scoperte, la sua originalità, il suo dissenso colle opinioni stabilite ..." Id. É o próprio Vico quem explica na sua dedicatória ao Cardeal Lorenzo Corsini, de 8 de maio de 1725, que escreveria na *volgar favella*". Ibid. s/n. (*Dedicataria dell'autore al Cardinale Lorenzo Corsini*)

³³³ VICO, G.. Principj di una scienza... pp. 93-94.

³³⁴ *Atribuição de sentido* que foi especialmente destacada por Vico na poesia. Ibid. p. 95. A análise das *Institutiones oratoriae* - texto provavelmente utilizado por Vico nas lições que proferia junto à disciplina de Retórica, na Universidade de Nápoles, tendo sido elaborado a partir do ingresso do mesmo na Instituição, em 1699, sendo tal texto, ao que tudo indica, reelaborado até os idos de 1737, e que no ano de 1711 foi intitulado *Institutionum oratoriarum liber unus* -, mostrou que a temática da *natureza das coisas* não foi diretamente tratada por Vico. Contudo, pode-se perceber, a exemplo do que ocorre quando Vico discorre sobre os *tropos* – pp. 101 e ss. das *Institutiones oratoriae* -, que o ato humano de atribuição de sentido às coisas, *desde as palavras*, conferia um particular significado às mesmas tendo em conta a natureza das mesmas, as características intrínsecas que as coisas possuíam, o que, não deixa de ser algo muito próximo das ideias

Contudo, isso não implica a assunção de um nominalismo por Vico. Admitir isso seria ignorar a função ordenadora e o valor cognoscitivo da elaboração dos tipos no campo das ciências morais/empíricas. Afinal, a espiritualidade humana obedece uma lei própria de autonomia e coerência, onde os processos de auto-criação pelo qual a espiritualidade se desenvolve sobre si mesma vão se enriquecendo de todos os seus desenvolvimentos anteriores.³³⁵

É também na *Prima Scienza Nuova* que Vico expõe, em fase de conclusão, que na *idade dos homens*, que seria o último estágio do desenvolvimento humano, as pessoas se comunicariam através da linguagem vulgar, conforme as exigências de ordem prática iam lhes sendo conveniente, a partir das reuniões populares que resultavam em leis no período da república popular e, nas monarquias, desde a vontade dos reis de que suas leis fossem recepcionadas conforme o comum sentido das multidões. Daí Vico observar que a causa das línguas vulgares seria a razão pela qual as monarquias seriam espécies de governos conforme a natureza das ideias humanas explicadas, que seria a verdadeira natureza dos homens.³³⁶

Pode-se dizer que é na *Seconda Scienza Nuova*, desde as edições de 1730 e de 1744, que Vico se defronta com o problema da possibilidade de aplicar suas formulações, as suas leis pré-concebidas, a todos os problemas da história; de

desenvolvidas por Vico na *Scienza Nuova* em sua última edição, a exemplo do que se verifica na forma de pensar e falar do povos primitivos, como está contido no § 412 da *Seconda Scienza Nuova*. VICO, G.. Principj di scienza... p. 111. Todo o referido Capítulo IV, que vem logo em seguida e que trata dos *Corolários acerca das origens das línguas e das letras ...*, apresenta o esforço de Vico em mostrar a importância da linguagem na constituição de sentidos, desde o particular veículo para tanto, qual seja a mente humana. Para o referido Capítulo IV: Ibid. pp. 115-129. Para as informações de Battistini sobre o texto das *Institutiones oratoriae*: VICO, G.. Principi di scienza... p. 30, p. 32 e p. 41. Ou, ainda: CROCE, B.. La filosofia... pp. 292-293. Para as *Institutiones oratoriae*: VICO, G.. *Institutiones oratoriae e Scritti inediti*. Em: **Opere di Giambattista Vico**. Vol. VII. Napoli: Stamperia De' Fratelli Morano, 1865, pp. 01-132. Não há menção na referida obra de quem teria sido o tradutor do latim ao italiano do referido texto, podendo-se deduzir que tenha sido o mesmo vertido ao italiano diretamente por Giuseppe Ferrari, pois nos três primeiros volumes há menção expressa de que os textos foram vertidos do latim ao italiano por Francesco Sav. Pomodoro. Ibid. p. 135.

³³⁵ Para a advertência de Emilio Betti: BETTI, E.. I principi di Scienza Nuova di G. B. Vico e la teoria della interpretazione storica. Em: BETTI, E.. **Diritto. Metodo. Ermeneutica**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. 478. (Civiltà del Diritto) "La dottrina dei corsi e ricorsi è legata da uno stretto nesso all'idea di svolgimento in tipici gradi successivi; ..." Id. Para a crítica de Benedetto Croce à acusação de um suposto nominalismo em Vico, desde Vincenzo Cuoco, bem como a refutação de Croce: CROCE, B.. La filosofia... p. 135. A aludida contra-argumentação de Betti a um suposto nominalismo em Vico remete-se ao citado texto de Croce. É assim que Berlin explica que, para Vico, "... as palavras, como as idéias, são diretamente determinadas pelas coisas – isto é, as circunstâncias concretas das vidas dos homens – e constituem, portanto, a evidência mais confiável para eles." BERLIN, I.. Vico... p. 54.

³³⁶ VICO, G.. Principj di una scienza... p. 170.

levar as suas explicações a todas as incógnitas, de empregar a força de seus princípios através do círculo estrito da sua erudição; enfim, é desde então que Vico vê-se impelido a se superar.³³⁷

O primeiro ponto na *Seconda Scienza Nuova* que lança alguma luz à temática da *natureza das coisas* parece poder ser extraído da passagem em que Vico, ao explicar a pintura que abre o referido texto, especificamente quando fala das origens das línguas nativas e observa que as mesmas nada mais seriam que histórias de coisas significadas por respectivas palavras segundo uma ordem natural das ideias,³³⁸ ou seja, a natureza das coisas sempre foi sendo atribuída desde um *ato humano de constituição de sentidos*, que sempre foi se alterando ao longo do tempo. As próprias línguas nativas, portanto, sempre foram o fruto de histórias das coisas, de sentidos que iam sendo atribuídos às coisas no tempo, conforme a ordem natural das ideias.

É pela compreensão da concepção de Vico da natureza humana, entendida como um *nascimento*, um *processo* e, portanto, algo mutável, impulsionada pela alteração das próprias necessidades humanas e movida pela própria atividade criativa do homem,³³⁹ que se pode melhor entender a *natureza das coisas*, tal como pensada por Vico. Seria através da seguinte pergunta, na observação de Isaiah Berlin, que se poderia descobrir tanto a natureza dos homens quanto das coisas: “O que foi que chegou a ser, em que época, e de que maneira?”³⁴⁰ o que vem a traduzir a própria dignidade XIV da *Seconda Scienza Nuova*.³⁴¹

³³⁷ Para Ferrari, Vico, a partir da *Scienza Nuova*, especificamente desde suas 2ª e 3ª edições, “... dopo di essere stato inventore diventò artificioso; dopo di essere stato vasto innovatore assoggettò i fatti ad un’insoffribile tirannia.” FERRARI, G.. Op. cit. p. I.

³³⁸ VICO, G.. Principj di scienza... p. 18.

³³⁹ É oportuno ressaltar os comentários a respeito, tais como desenvolvidos por Berlin. BERLIN, I.. Vico... pp. 47-49, p. 58, pp. 63-64, p. 69 e p. 75.

³⁴⁰ Ibid. p. 64.

³⁴¹ “**XIV.** *Natura di cose* altro non è che *nascimento* di esse in *certi tempi* e con *certe guise*; le quali *sempre* che sono *tali*, indi *tali* e *non altre nascon le cose*.” VICO, G.. Principj di scienza... p. 58. *Dignidade XIV* essa que parece ser decorrência da *dignidade XIII* – Ibid. pp. 57-58 -, na qual Vico observa haver um motivo comum de verdade naquelas *ideias uniformes* que teriam nascido no seio dos povos, ainda que desconhecidos entre si, o que se trataria, antes, de um *grande princípio* que estabeleceria que o *senso comum* seria o critério ensinado às nações pela Providência divina para definir o certo sobre o *direito natural das gentes*. Uma vez se compreendendo que Vico tenha se referido ao *direito natural das gentes* como sendo aquele conjunto de regras básicas do convívio humano, derivadas dos costumes – é o que se pode depreender tanto do contido no § 369 – Ibid. p.

É assim que Vico, ao compreender a natureza das coisas como o seu *nascimento - dignidade XIV* -, se vê impelido a reconhecer que tal *nascimento* pode se dar em qualquer tempo e em qualquer lugar, podendo apresentar, assim, variadas formas de ser, a depender dos referidos fatores condicionadores, despertando-se com isso a atenção, portanto, para uma melhor compreensão da forma de ser dos povos³⁴² enquanto aquele conjunto de expressividades comportamentais típicas de um dado povo em um dado tempo e um dado lugar.³⁴³

76 -, quanto do comentário de Fausto Nicolini à respectiva *dignidade CIV*, conforme se observa na tradução portuguesa da *Scienza Nuova* à p. 163, na nota nº 276, seria o estabelecimento de tais regras, em decorrência do senso comum das pessoas de um dado povo, o grande princípio regulador da vida em comunidade, o que se corrobora com o fato de Vico ter observado que as *nações* se assegurariam justamente pelo *entendimento da unidade substancial* de tal *direito*. Para a edição portuguesa da *Scienza Nuova*: VICO, G.. *Ciência Nova...* p. 163. É de se observar que Vico finaliza o aludido § 369 ressaltando que seria o assunto próprio de sua *Ciência* a natureza comum que as *nações* possuiriam em decorrência justamente de terem um conjunto de regras de convívio próprias que as preservariam. *Ibid.* p. 164. A capacidade humana de estabelecer regras de convívio decorreria da própria natureza sociável do homem. *Id.*

³⁴² Para Donald Phillip Verene, a palavra *nazione/nação* era compreendida por Vico em "... both in its root sense of birth (*natio*) and in its sense of a people, a *gens*." VERENE, D. P.. Freud's consulting room archaeology and Vico's principles of humanity: a communication. Em: **British Journal of Psychotherapy**. Volume 13, Issue 4, June, 1997, p. 500. Disponível em: < <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1752-0118.1997.tb00335.x/abstract> > Acesso em 18 dez 2013. É assim, também, que Fisch e Bergin explicam que, para Vico, *ius gentium* era entendido em um duplo sentido: "(a) law of the peoples, as being the work not of the 'recondite wisdom' of mythical founding sages, but of the 'vulgar wisdom' of the peoples themselves, and (b) universal law, as having beneath superficial differences of form a substance which at a given stage of a society's development was identical with that of any other at the corresponding stage of its development. In this pregnant sense of the phrase, the problem inherited by Vico was reformulated as that of 'the natural law of the peoples.'" BERGIN, T. G.; FISCH, M. H.. *Introdução...* Op. cit. p. 48.

³⁴³ Na *dignidade XV* Vico observa que as propriedades inseparáveis das pessoas devem ser produzidas da modificação ou formas/modos em que as coisas nasceram, daí podendo se afirmar ser aquela e não outra a natureza ou o nascimento de tais coisas. VICO, G.. *Principj di scienza...* p.58. E é assim que Vico afirma que tais tradições tiveram seus *fundamentos públicos de verdade*, pois nasceram e foram preservadas por povos inteiros por largos períodos de tempo – ainda na *dignidade XVI* – *Id.* -. Daí o *fundamento do verdadeiro* – aqui ainda no sentido do *certo*, tal como Vico explica no § 163 da *dignidade XXII* (*Ibid.* p. 60) - poder ser encontrado, justamente, na forma pela qual as coisas nasceram, ou seja, como foram feitas e mantidas no tempo, não sendo outra, muito provavelmente, a conclusão de Vico de que o verdadeiro estaria naquilo que fosse *feito* pelo próprio homem, tal como se observa nos §§ 331 e 349, onde Vico invoca de forma explícita o princípio do *verum ipsum factum*, levando para além da matemática, ou seja, para a própria história. *Ibid.* p. 80 e p. 86. Não sendo outra a razão, também, de Vico falar da necessidade da existência de uma *língua mental comum* na natureza das coisas humanas – *dignidade XXII c/c* § 445 (*Ibid.* p. 60 e pp. 124-125) -, pois seria, ao que tudo indica, justamente desde a linguagem que a capacidade humana de compreensão e de externalização do compreendido se viabilizaria, fazendo com que o homem fosse capaz de externalizar seus sentimentos, de valorar, de atribuir sentido, enfim, de *fazer* as coisas e torná-las, portanto, *verdadeiras* para si mesmo, o que se pode concluir quando Vico explica que o homem seria a união de *mente, corpo e fala* e que, uma vez *inventadas as falas*, ou seja, uma vez tendo sido desenvolvida a linguagem, seriam acessíveis as *coisas certas* para, finalmente, tendo-se desenvolvido a razão humana, se chegaria no *verdadeiro das ideias acerca do justo*, o que seria sempre determinado pelas circunstâncias fáticas. *Ibid.* p. 318. Em nota, Ferrari observa que a história

Afinal, o que poderia estar na base dos problemas de ordem prática derivados dos (des)encontros humanos senão uma forma de ser específica, orientada por específicos valores que, ao se exteriorizar, acaba por afrontar outra ordem de valores, orientada por fatores co-constitutivos que a modelaram diferentemente?

Mas se a *natureza das coisas*, portanto, uma vez que se traduz num *fazer humano*, nada mais é do que a própria natureza de um dado *fato* originado humanamente desde um respectivo *ato* de vontade que a constituiu enquanto tal, não podendo esquecer que tal natureza deriva, assim, da própria correspondência que existiria entre a ordem das ideias e a ordem das coisas – *dignidade LXIV*³⁴⁴ -, haveria que se perguntar: serviria tal noção como critério a ser invocado na solução de problemas jurídicos de ordem prática decorrentes dos (des)encontros das diferenças?

Ainda que seja evidente que a compreensão da natureza das coisas decorra de um ato humano que atribui sentido a uma dada situação, a um fato, daí ser mais acertado se falar, para se dizer com Alessandro Baratta e Castanheria Neves que, em termos especificamente jurídicos, se trataria não de um qualquer *ato de atribuição de sentido* mas, antes, um *ato de qualificação jurídica*;³⁴⁵ há que se concluir que aos problemas decorrentes dos (des)encontros humanos, emergidos pela exteriorização de expressividades comportamentais típicas, ainda que conformes às respectivas ordens valorativas informadoras a que respeitem, não fornece a noção da natureza das coisas, mesmo que entendida como a natureza do fato como um respectivo ato humano de atribuição de um específico sentido jurídico, um critério para solução. Isto porque a conduta levada à arena jurídica tivera sido

da jurisprudência romana em *Diritto universale* foi explicada com a teoria do direito progressivo, ou seja, "... dal certo al vero, dall'atto materiale all'idea astratta; e lo stesso *Diritto Universale* si appoggiava alla grande divisione del certo e del vero, del senso e della ragione (Cap. LXXXII a LXXXV). Su questa base ora si ricostruisce compendiosamente la storia del Diritto Romano, piegandola più precisamente al modello della storia ideale. (...) e così, come l'uomo consta di corpo, favella e mente, il diritto cominciò certo cogli atti materiali ne'tempi del mutismo, poi passò al certo delle stipulazioni col linguaggio articolato, quindi al vero della mente ne'tempi dell'umanità spiegata." FERRARI, G.. Op. cit. pp. 312-313. (nota n° 1) A referida concepção do homem, enquanto a soma de *corpo, fala e mente* acaba deixando de lado a noção de *espírito*, que vem reafirmada por toda a *Scienza nuova*, o que, ao que tudo indica, parece ter sido mais um lapso que uma negação da parte de Vico.

³⁴⁴ "LXIV. L'ordine dell'idee dee procedure secondo l'ordine dlle cose." Ibid. p. 67.

³⁴⁵ BARATTA, A.. *Natura del fatto e Diritto...* pp. 222 e BARATTA, A.. *Natura del fatto e giustizia...* pp. 142-143. NEVES, A. C.. *Questão-de-facto...* pp. 832-833.

informada, justamente, por uma ordem de valores diferente daquela que orienta os critérios e fundamentos que lhe serão tomados em consideração como parâmetros judicativo-decisórios. Dessa forma, se a noção da *natureza do fato* é suficiente para se fazer perceber o que está por detrás das exteriorizações comportamentais típicas de um povo em um tempo e lugar específicos, não é em tal noção, mesmo desde tal específica compreensão, que será possível encontrar um critério de solução para os problemas de ordem prática decorrentes dos (des)encontros das diferenças que sejam levados à arena judicial.

É assim que, para se concluir, se foi o problema do Direito, das suas relações entre um direito universal e um direito particular vivenciado faticamente pelos homens que Vico sempre teria carregado em suas preocupações mais que quaisquer outros dos campos de investigação aos quais tenha se debruçado; se foram as descobertas do Novo Mundo, apesar das poucas vezes pelas quais Vico deu atenção às mesmas, de onde poderia ele extrair as novas evidências da diversidade dos costumes e a relatividade dos valores;³⁴⁶ é verdade que o que realmente prendeu o pensamento de Vico foi a Roma antiga e, depois dessa, a Grécia, também não se podendo negar que o *clássico terreno de caça dos teóricos do direito natural* levou Vico a extrair uma moral oposta a deles, qual seja a de que a natureza humana deve ser concebida *em termos sociais e não individuais, em termos de movimento e mudança, e não de imobilidade e repouso*, também devendo ser procurada na *história* e não na *eterna metafísica*;³⁴⁷ se foi, ainda, a própria possibilidade pensada por Vico de existir uma ciência objetiva do desenvolvimento cultural dos homens, baseada em uma uniformidade das vozes mentais alicerçada naqueles símbolos e noções básicas comuns a todas as nações e que incorporariam as grandes realidades institucionais humanas *naturais* e não arbitrárias, ciência essa também assente nas próprias respostas análogas dos grupos humanos, ainda que afastados no tempo e no espaço, enquanto *modos de vida completos*, cada qual com seus *próprios valores e perspectivas mutuamente decorrentes*, ou seja, em uma *cultura como o estilo central dos modos de viver*, sendo que tais respostas seriam

³⁴⁶ Para a *mutabilidade* do Direito no tempo e no espaço: VICO, G.. Dell'unico principio... p. 119 e pp. 121-122.

³⁴⁷ BERLIN, I.. Vico... pp. 117-118 e pp. 128-129.

originadas de respectivas necessidades semelhantes que tais pessoas de tais povos possuiriam,³⁴⁸ é porque, ao menos quanto ao Direito, se possa afirmar que Vico também teria intuído, em certa medida, o problema necessário da convivência humana e a tão só possibilidade de o Direito se apresentar como uma resposta possível para tal problema, tal como bem ensina Castanheira Neves.³⁴⁹

3.1.4.1 Da superação da noção da *natureza das coisas* a partir da análise estrutural-processual do *ato da constituição social das realidades normativo-culturais* ou do ato humano que põe o Direito ao mundo.

Concluindo a análise crítica que procurou esclarecer sobre a não identificação da presente tese do *direito da forma de ser dos povos* com uma qualquer tentativa de reabilitação do pensamento da natureza das coisas, impõe-se ainda mostrar que a superação dos problemas que uma tal noção equivocada sugere se dá por uma adequada compreensão do *ato da constituição social das realidades normativo-culturais*, daquele ato humano que põe o Direito ao mundo e de como referido processo alcançou um tal estágio de desenvolvimento, sobretudo para o cenário europeu e, em graus diferenciados, para países herdeiros da referida tradição civilizacional.³⁵⁰

³⁴⁸ Ibid. p. 112.

³⁴⁹ Isto se depreende tanto porque o *direito natural das gentes* tratava-se, antes, das regras consuetudinárias que regulavam a vida em comunidade dos antigos povos – *dignidade CV* da *Seconda Scienza Nuova* -, quanto da *alteração lenta e constante* dos costumes – *dignidade LXXI* -, bem como pela *variabilidade infinita* dos mesmos - § 344, da edição portuguesa, ou p. 85, da edição italiana adiante citada) -. Sobre o significado que Vico atribuía à expressão *direito natural das gentes*, é esclarecedora a explicação fornecida por Nicolini no texto da *Seconda Scienza Nuova* por ele organizado. VICO, G.. *Ciência Nova...* pp. 165-166, notas de rodapé nrs. 285 e 288. Para as *dignidades CV, LXXI* e § 344: VICO, G.. *Principj di scienza...* p. 77, p. 68 e p. 85. Para a variabilidade e perduração no tempo dos costumes/evolução dos mesmos, também: Ibid. p. 564, p. 578, p. 614, p. 648 e p. 717/*orientações sociais de um certo tempo* e p. 750 (edição portuguesa retro citada), ou Ibid. p. 238, p. 243, p. 257, p. 268 e pp. 290/291 e p. 303 (edição italiana retro citada). Não foi por outras razões, portanto, que Berlin observou que “Onde os teóricos do direito natural são abstratos, Vico é concreto; onde eles criavam fantasias, o homem natural ou o estado de natureza, ele permanecia inflexivelmente adepto ao que chamava história, uma história que pode não ter sido exata, mas que estava estritamente ligada ao tempo.” BERLIN, I.. *Vico...* p. 86.

³⁵⁰ Castanheira Neves procurou valer-se da expressão *acto da constituição social das realidades normativo-culturais*, sobretudo, para mostrar, quanto ao Direito, a relação deste com a realidade e o inarredável processo constitutivo do jurídico, que é essencialmente *acto*, daqui decorrendo a própria historicidade do mesmo, o que não afasta outros tipos de realidades normativo-

Contudo, os (des)encontros das diferenças constituem-se em uma contraposição, um conflito de, ao menos, dois horizontes normativo-culturais, de experiências institucionalizadas diferentes. Quando há tais (des)encontros, há uma pluralidade no âmbito da tercialidade, ou seja, há mais de um sistema-fundamento em jogo no momento da resolução da controvérsia, com a peculiaridade de que o julgador se valerá somente de um dos referidos horizontes normativo-culturais – um sistema-fundamento - para decidir o caso. O *ato da constituição social das realidades normativo-culturais*, portanto, está em um momento prévio aos (des)encontros; trata-se do modo de constituição do Direito.³⁵¹ A adequada compreensão de tal modo de constituição é fundamental para se perceber que expressividades comportamentais típicas se convertem em parâmetros de conduta porque passam por um processo que se perfaz desde *atos* humanos de constituição das referidas *realidades normativo-culturais*, convertendo-se tais expressividades em parcelas significativamente constitutivas da própria noção de *pessoa*, tal como foi se erigindo historicamente, sobretudo no cenário europeu-ocidental. E isso é assim justamente porque a “... Cultura é *mais* do que simples realidade específica, muito

culturais, a exemplo da Moral. Afinal, o “... direito é o *transcendens* de uma validade.”, que no processo impulsionado pelos *atos humanos* de constituição da realidade normativo-cultural transcende a realidade para indagar pelo seu fundamento, “... transcendendo a objetivação para discutir dela o seu sentido, ...”, revelando-se, portanto, “... na tensão e distanciação de uma validade interrogada e fundamentante que só pode, como tal, assumir-se *em acto*.” Processo de transcensão esse que se estrutura em um *acto* que, “... transcendendo o objecto é ele quem objectiva, sem ser ele próprio objecto – é decerto susceptível de objectivar-se nas realidades que juridicamente se tenham constituído, mas essa sua objectivação é justamente o resultado de um acto em que ele a constituiu.” NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 907.

³⁵¹ A própria concepção do Direito que se tenha determinará uma teoria das fontes, uma vez que “... terá nesta a sua mais evidente expressão prática ou como que a sua plástica realização normativa [, sendo que] o entendimento e a solução que haja de dar-se ao problema das fontes, por sua vez, condiciona, verdadeiramente impõe, uma correlativa concepção do direito, posto que também o direito terá de compreender-se em função do modo como se constitua e manifeste a normatividade – uma (concepção do direito) remete à outra (a teoria das fonte) e mutuamente se implicam. Ponto este (...) que não poderá ser assim entendido em termos de se pensar deduzir de uma postulada concepção do direito a solução do problema das fontes – o que tem sido erradamente feito -, e sim no sentido de exigir que se conduza o problema àquele estádio em que, sem excluir decerto pressupostos fundamentais de compreensibilidade do jurídico (...), se mantenha, no entanto, o problemático aberto: aberto a uma investigação crítica e aos resultados que nesta se revelem material ou verdadeiramente fundados, e não iludido sob soluções que se antecipam, e se dogmatizam, na própria forma de pôr o problema. – Ibid. pp. 117-119 – (...) [Problema esse das fontes, portanto, de saber] *como advém* essa vigente e positiva juridicidade ao direito – e assim, verdadeiramente, o que constitui o direito *como direito*. – Ibid. p. 130 -.” NEVES, A. C.. As fontes do direito... Volume LI., nas páginas citadas.

mais que mero objecto, já que é justamente Espírito.”³⁵²

No entanto, a adequada compreensão do referido ato é imprescindível não só para a percepção das tensões que se vão gerando entre a realidade e os critérios e fundamentos jurídicos mas também como tais referentes se constituíram. A relevância normativa e metodológica que os (des)encontros das diferenças possuem, portanto, não se traduz em um *ato da constituição social de uma realidade normativo-cultural*, ainda que não se possa negar que, em certos casos, pode uma única decisão jurídica se tornar referência para que outras decisões venham em um mesmo sentido.³⁵³ Só então é que se poderá dizer que tal critério da experiência judicial, a partir de um projetar-se na realidade histórica do realizar-se do Direito, ou seja, desde uma projeção na prática judicativo-decisória é que, pela via judicial, se constituirá em uma experiência *de Direito*. Só assim se poderá dizer que o critério de atenção à especificidade jurídica que os (des)encontros das diferenças possuem se tornou *critério vigente*, ou seja, um *direito vigente*. A *constituição* do Direito, dessa forma, guarda relação com a *vigência*.

O outro viés do problema, anterior a esse da *vigência*, refere-se à *validade*, ou seja, à fundamentação, às razões pelas quais devem ser relevados juridicamente os (des)encontros das diferenças. Contudo, tal problema da validade não pode ser pensado em termos abstratos e pré-determinados, mas em jogo com o momento material. E é no momento material que se tem uma realidade que cria situações de (des)encontros. Situações às quais o momento de validade, desde suas intenções, não pode ignorá-las, pois se gerariam respostas que poriam em causa as próprias exigências de validade. Em outras palavras, ignorar os (des)encontros levaria a situações que se converteriam em frustrações da própria validade. As resistências que a realidade coloca também são conformadoras da validade. Tais *resistências*, porém, só são assimiláveis pelo Direito hodiernamente porque a atual realidade não só permite, mas exige que sejam assumidas. Em outros momentos históricos seria

³⁵² NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 907. “Por isso os seus problemas [os problemas *culturais*] só podem encontrar solução, só podem mesmo compreender-se, se não esquecermos que é ela a realização constituída do Espírito constitutivo.” Id.

³⁵³ Seria o caso de uma decisão que tivesse valorado positivamente em termos jurídicos um (des)encontro entre diferenças e reconhecido na decisão o *direito da forma de ser dos povos*, servindo este como o principal fundamento para a não responsabilização de uma pessoa por ter externalizado um comportamento típico de seu povo de origem em um período que ainda não tivera passado por um processo mínimo de enculturação.

praticamente impossível se pensar atribuir à forma de ser dos povos um tal tratamento jurídico, fundando-o na noção de *homem-pessoa*. É neste sentido que a experiência jurisdicional, ao confrontar-se com problemas de (des)encontros humanos e ao relevá-los positivamente em termos jurídicos, acabará por ir constituindo um critério da experiência judicial. Será desde a conformidade com as intenções especificamente jurídicas, através da atividade judicativo-decisória, que se alcançará a estabilização necessária para que se permita dizer que a relevância jurídica à forma de ser dos povos se trata de uma resposta *de Direito* e, portanto, válida juridicamente. Não se pode negar, também, que a consolidação prático-decisória de um tal critério judicial venha a se converter em uma opção político-jurídica, seja ao nível legal, seja mesmo ao nível constitucional. Contudo, só o futuro trará essas respostas. No entanto, desde já pode-se dizer que as expressividades comportamentais típicas são a base fundamentadora de um direito que se reveste de um viés *jurídico-constitucional*.³⁵⁴

Nesse sentido, e em relação ao *ato da constituição social das realidades normativo-culturais*, mais uma observação de cunho histórico-evolutiva merece ser efetuada. Não se pode deixar de considerar aquele processo de esvaziamento do sujeito que a Modernidade trouxe consigo e que as propostas erigidas sobre a noção de natureza das coisas não conseguiram superar. Afinal, tais propostas assentaram-se numa determinação da realidade que se daria em um *sentido cognitivo*, pois reconheciam que na própria realidade estariam presentes estruturas determinantes do jurídico, e daí a própria convocação de uma dada *natureza*, esquecendo-se de que a dimensão de validade é pensada em termos de uma subjetividade intencional, ou seja, trata-se de uma noção de que o próprio sujeito faz parte do *objeto*; é o *criador* e a *criatura* de um projeto e que é, portanto, desde um *ato humano*, que o Direito vem ao mundo. No pré-moderno, ao contrário, a ordem de validade não seria uma criação especificamente humana; princípios e valores eram integrantes da própria ordem do Ser. Nesse período, ainda que já se pudesse falar de uma práxis autonomizada, os sentidos últimos não eram propriamente *humanos*. A partir do advento da Modernidade, ao se reconhecer que a ordem de validade era uma

³⁵⁴ Cf. adiante se mostrará.

criação humana, acabou por se conduzir a um esvaziamento do conteúdo da validade, que passou a ser privilegiadamente formal, destacando-se o papel potencializador exercido pelo positivismo no referido processo. A partir dessa viragem - *validade* enquanto *criação humana* -, tem-se condições de dizer que ela não tem que ser universal no conteúdo de suas exigências, apresentando-se, portanto, com uma dinâmica de transformação que as outras culturas, que não a europeia-ocidental, muito provavelmente, não alcançaram. A plena consciência de que os valores são uma aquisição humana, contudo, deu-se somente no século XX, a partir de quando se permitiu pensar os *valores* como *criações culturais* do homem, como compromissos prático-comunitários, viabilizando-se pensar, também, a própria auto-transcendentalidade dos mesmos; ou seja, o fato de terem sido criados pelo homem e alçados a um plano superior, que permitiria perceber que tais valores se constituiriam em exigências de sentido que orientariam e limitariam o agir humano. Ocorre que a consciência do processo de criação envolvendo a subjetividade intencional não é a mesma em todos os povos e tempos. A maior ou menor consciência depende sempre dos contextos histórico-culturais. É justamente aqui que reside uma das principais diferenças no *ato de constituição social das realidades normativo-culturais* para povos herdeiros da tradição europeia-ocidental em relação a outros povos, possuidores de outras tradições. O grau de consciência do processo de criação de uma ordem de validade que, para além de se alimentar das práticas e delas se autonomizar, também as orientaria e limitaria, somente alcançaria um tal nível de desenvolvimento em povos herdeiros da tradição europeia-ocidental. Agregue-se a isso o fato de que a autonomização dos mundos práticos, sendo o jurídico um deles, só alcançou um patamar de desenvolvimento mais elevado naqueles países herdeiros da referida tradição.

Dessa forma, se os valores, objetivados nos princípios jurídicos, só o são se manifestados como tais na intimidade da consciência axiológica das pessoas - intimidade essa que assume e reconhece tais valores e princípios, pois que aberta à transcendência axiológica, com o que se traduz no próprio *modo-de-ser* da subjetividade humana, que deve ser relevada em termos jurídicos³⁵⁵ -, implica isto

³⁵⁵ NEVES, A. C.. Curso de Introdução... pp. 35-36.

dizer que o *ato de qualificação jurídica* terá sempre em conta uma determinada e específica ordem valorativa informadora objetivada em específicos conteúdos jurídico-principiológicos, daí redundando a dificuldade de se valorar/qualificar juridicamente situações levadas à arena jurídica quando as expressividades comportamentais em apreço tiverem sido orientadas por ordens valorativas distintas daquela do jurista que aprecia a situação jurídica concretamente conflituosa. Afinal, nada mais natural, e mesmo esperável, do que a invocação daquelas validades axiológicas que afloram na própria experiência comunitária, pois se a consciência humana está aberta à transcendência axiológica, se manifestando a si mesma no próprio transcender normativo, não haveria razões para se furtar em assumir tais validades axiológico-comunitariamente criadas e desenvolvidas.³⁵⁶ Daí a necessidade de um referencial especificamente jurídico para que se possa realizar concretamente a dialética *sistema X problema*; decorre, portanto, a necessidade de se enquadrar a problemática dos (des)encontros das diferenças à lógica dos *direitos e deveres*.

É assim que, partindo-se da consideração tanto da consciência axiológica das pessoas e do fato de que é a partir de uma tal consciência que as respectivas escalas de valores afloradas no seio das próprias comunidades das pessoas e, assim, que um tal referencial é que será convocado quando dos *atos de constituição social das realidades normativo-culturais*, é de se ter em conta que o Direito só subsistirá “... por quem se reconhecer e for reconhecido como titular de uma consciência ética, i. é, por quem consubstanciar, para si e para os outros, uma autonomia ética.”³⁵⁷ Tal reconhecimento do Direito, portanto, se refere tanto aos *aspectos reivindicativos* que lhe cabe tutelar – *aos poderes ou direitos que conceda* -, quanto e, sobretudo, aos *aspectos coativos*.³⁵⁸ E se no plano individual a autonomia pessoal dos sujeitos do Direito deve ser assim respeitada, também é porque no plano social “... a comunidade [é a] condição ontológica da afirmação da

³⁵⁶ Ibid. p. 36. “Pois se nós convivemos numa determinada comunidade ao participarmos numa totalidade de valores comuns, esses valores comuns não são outros, por sua vez, do que aqueles que se vão constituindo e revelando nos actos e relações da nossa comunicação espiritual uns com os outros num certo espaço e num certo tempo.” Id. Também em relação à necessidade de afirmação no Direito de uma intenção que transcende: Ibid. p. 46 e p. 48.

³⁵⁷ Ibid. p. 39.

³⁵⁸ Id.

nossa própria autonomia ...”³⁵⁹ Tudo, enfim, para se compreender que “... na raiz mesma do direito, como seu pressuposto essencial, está necessariamente um humanismo ético, o reconhecimento e afirmação do homem como autonomia ética, como pessoa.”³⁶⁰

Eis aqui o sinal luminoso que brota pelas fendas do Direito para iluminar os juristas quando da realização desse mesmo Direito em controvérsias práticas envolvendo (des)encontros das diferenças. Afinal, o respeito à esfera relativa à *forma de ser dos povos* demanda que o mesmo não se restrinja à forma de ser que é ínsita aos povos que assumiram a formatação de matriz europeia-ocidental; antes, exige o alargamento de tal *dever* a todas as pessoas, o que, contudo, não significa abdicar de uma ordem de valores em favor de outra, pois a resposta que se propõe procura justamente preservar as mais diversas *formas de ser* que os mais variados povos sobre a Terra foram construindo, justificada por uma *natureza comum* que tais formas de ser possuem e se fundamentando na noção *jurídica* alargada do homem enquanto *pessoa*. A *intimidade da consciência axiológica* das pessoas, vertendo-se em específicos *modos-de-ser* da própria subjetividade humana, como acentua Castanheira Neves, ainda que orientada por conteúdos valorativos distintos, se perfaz de uma mesma *forma*, independentemente do povo ao qual pertençam, pois que possuidoras tais *formas de ser* de uma *natureza comum*. Tal processo é inerente ao ser humano em geral. É também por essa razão que a consideração que se faz de tal arcabouço axiológico não pode ser distinta tão somente porque envolve pessoas de povos outros que não os herdeiros da matriz civilizacional europeia-ocidental. O que se deve distinguir é tanto o nível de conscientização de que uma certa ordem de valores decorre de uma criação humana quanto o grau de autonomização que as distintas esferas, que os diferentes mundos práticos foram adquirindo, como ocorre no Direito desde sua específica matriz civilizacional, mas não em outros modelos de regulação da vida em comum.

É assim que se pode perceber a relevância que o *ato de constituição social*

³⁵⁹ Ibid. p. 40.

³⁶⁰ Id. *Humanismo ético* esse consistente em um dos tipos e sentidos de humanismos possíveis desenvolvidos por Johannes Messner. MESSNER, J.. **Ética social, política y económica a la luz del derecho natural**. Rial: 1967, p. 16 e ss. (Manuales de la Biblioteca del pensamiento actual – 14)

das realidades normativo-culturais possui, enquanto mecanismo de superação de compreensões equivocadas da noção de *natureza das coisas*. E são por essas razões que Castanheira Neves observa que há que se ter em conta “... a estrutura e o processo próprios desse acto da constituição social das realidades normativo-culturais – do acto que **ao cumprir-se implicitamente, ou de modo anônimo e comum**, nos oferece o **núcleo metodológico da intenção normativa da <<experiência da vida>>** e que, ao ser considerado explícita e tematicamente, logo se revela como uma específica <<experiência jurídica>>.”³⁶¹

³⁶¹ NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 833. Não sendo diferente a opinião de Ilmar Tammelo a respeito, ainda que com uma conclusão diversa, para quem “... l’attribuzione di valori a fatti sociali è un’operazione che consiste in innumeri atti, impliciti o espliciti, compiuti da parte di innumerevoli membri di una data comunità: (...) [Tammelo conclui que dos referidos atos de atribuição de valor se criaria a *opinião pública*, o que não parece ser acertado, sobretudo pelos sentidos equivocados que a referida expressão pode causar. Tammelo complementa seu raciocínio observando que] un singolo atto di attribuzione di valore compiuto da un singolo soggetto valutato è sufficiente per mettere in opera la natura dei fatti come forma giuridica di pensiero ...” TAMMELO, I.. Op. cit. p. 676. (nota n° 76) Para Tammelo, a noção de *natureza das coisas* ainda seria proveitosa como um *ponto de ancoragem ao raciocínio jurídico*, seja no âmbito do processo legislativo, quando questões fossem suscitadas, seja no âmbito da aplicação do Direito, quando se demonstrassem possíveis interpretações de uma disposição jurídica, quando a escolha da interpretação definitiva seria justificada recorrendo-se à ideia de natureza das coisas, seja, por fim, quando um problema de justiça se apresentasse nas decisões jurídicas, como no caso de uma conexão derivada de uma reforma legislativa ou com o exercício de um poder discricionário atribuído pelo Direito, quando, também, a noção de natureza das coisas serviria para fornecer uma base para a discussão do caso. A recorrência à aludida noção seria legítima e significativa porque os fatos teriam a *mesma natureza, características e propriedades permanentes*, circunstâncias *físicas, psicológicas e sociais* permanentes que os sustentariam, mas que somente seriam *adentráveis* ao discurso jurídico através da intervenção de *juízos de valor*. A prática do raciocínio jurídico, a título de *economia de pensamento*, comumente acabaria por suprimir as premissas auto-evidentes ou que pudessem ser facilmente reconstruíveis, ou seja, seria uma forma de raciocínio chamada de *entimema*. Os juízos de valor implicados nas operações envolvendo a noção de natureza das coisas seriam muitas vezes aceitos e adotados como algo *óbvio*, sendo supérfluo enunciá-los explicitamente. A referida característica poderia levar a crer que a noção de natureza das coisas possuiria, por si mesma, uma *força normativa* de onde poderiam derivar *normas*. Esta seria *uma ilusão* que poderia ter seduzido os juristas, induzindo-os ao erro. Assim que, quando a noção de natureza das coisas fosse utilizada no raciocínio jurídico, a mesma deveria ser considerada como premissa de uma inferência dialética no sentido aristotélico, pois seria uma forma de raciocínio conduzido com proposições que poderiam ser defendidas sobre o fundamento de uma *opinião reputada*, fundamento que seria considerado epistemologicamente muito débil da *verdade certa*, própria das premissas de inferência apodítica, mas muito forte em relação à *mera aparência de verdade*, típica da inferência erística. Daí Tammelo concluir que as enunciações sobre a natureza das coisas terem que ser tratadas como verdadeiros *topoi* – sentido aristotélico – ou *loci* – sentido ciceroniano -, indicando, desta forma, o *lugar* provável onde a coisa estaria oculta. Daí, também, Tammelo entender a natureza das coisas como um *tópos* jurídico. Ibid. pp. 679-683. Todavia, percebe-se que mesmo a referida proposta de solução não consegue afastar de sua base constitutiva a radical separação entre os planos do *ser* e do *dever ser*. As próprias explicações apresentadas por Tammelo sobre os *fatos* que sustentariam a noção de natureza das coisas, no sentido de que nos mesmos radicaria a *mesma natureza, características e propriedades permanentes*, circunstâncias *físicas, psicológicas e sociais* permanentes que os sustentariam, deixa isso de todo evidente. Quer-se extrair do *ser* um correlato *dever ser*. Ademais,

É justamente a partir da análise do *ato da constituição social das realidades normativo-culturais*, que se sustenta estruturalmente a própria consciência que as pessoas possuem sobre um dado comportamento que vão externalizar, ao ponto de se poder dizer que *agem naturalmente*, mas que, por outro lado, se traduz tal comportamento em uma **unidade** entre *realidade* e a *avaliação que sobre ela se faz*, o que, na verdade, tem sua especificidade constitutiva assente justamente no fato de tal **unidade** ser o resultado da mediação do *ato* que a constitui com o próprio “... esforço de realização (e, portanto, síntese concreta) de uma validade, de uma exigência normativa, numa realidade dada, e sujeito continuamente (o resultado conseguido desse esforço) a uma revisão dialéctico-problemática.”,³⁶² que se pode perceber, adequadamente, o inarredável esforço humano de atribuição de sentido às situações da vida. Esforço humano esse sujeito tanto às especificidades que o grau de desenvolvimento que o processo de conscientização da criação humana da respectiva ordem de valores foi alcançando quanto à autonomização que a referida ordem de valores angariou nos povos herdeiros da tradição europeia-ocidental, mas que também não deixa de se apresentar, com características próprias, em outros povos.

A partir de reflexões em torno da noção do *ato da constituição social das realidades normativo-culturais*, portanto, pode-se perceber o grau de consistência

não se pode dizer que os referidos *atos* só seriam *adentráveis* ao discurso jurídico através da intervenção de *juízos de valor*, pois outros tipos de valorações podem ser efetuados dentro de um processo de realização do Direito, de construção jurídico-metodológica de uma decisão jurídica que não envolvem, diretamente, a formação propriamente de um juízo de valor. Pode-se, por exemplo, recorrer a análises de cunho econômico, social, psicológico sobre os fatos jurídicos, o que não é o mesmo que dizer ter havido um *juízo de valor* sobre os fatos. O que Tammelo parece não perceber, ainda que parta de um raciocínio tópico-dialéctico-dialógico, que pode ser aceitável ao processo de realização jurídica, desde que conjugado com um rigoroso tratamento metodológico, é que o passo inicial que se dá no referido processo é a busca do *recorte jurídico dos fatos* que servirão, inicialmente, de referência ao passo seguinte da interpelação do sistema-fundamento, em experimentações que vão se sucedendo. O *ato da constituição social das realidades normativo-culturais* - Castanheira Neves -, é anterior ao referido processo; deu-se pelas próprias pessoas que tiveram envolvidas em um dado fato que, por possuir um âmbito jurídico, acabou por ser passível de uma *apreciação jurídica*, agora sim, desde um raciocínio tópico-dialéctico-dialógico, metodologicamente justificado, orientado, quase sempre, analogicamente, é que se erigirá o juízo decisório. Há, portanto, um ato prévio de *atribuição* de algum sentido *jurídico* às ações desencadeadas pelas pessoas envolvidas em um dado fato, desde *atos da constituição social das realidades normativo-culturais* que, posteriormente, em tendo alcançado o grau de completude do sentido jurídico necessário é que, num segundo momento, serão tais atos apreciados juridicamente desde o *fato jurídico* que acabaram por constituir.

³⁶² NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 833.

teórico-prática que a defesa de uma *natureza comum da forma de ser dos povos* possui, mesmo que num nível pré-reflexivo, pois que decorrente ainda de assimilações da juridicidade das pessoas em geral, mas que, como se verá, não deixa de ser a forma constituinte originária da própria juridicidade que, sob o crivo de um pensamento jurídico “... refundamentante dos conteúdos jurídicos socialmente oferecidos ...”,³⁶³ conseguirá revestir-se plenamente, passando a se constituir em uma própria validade *de Direito*. Afinal, nos casos em que haja um processo de pressão conformativa, a partir de realidades plurais, orientadas, portanto, por escalas de valores diferenciadas, em direção aos valores/princípios informadores, desde que não em termos extremos, pode-se melhor compreender a primordial função que o *ato da constituição social das realidades normativo-culturais* vai estabelecendo em seu exercício de *mediação* entre a *realidade* e a *ordem de valores/princípios*. Contudo, para casos em que estiverem em confronto situações-limite, tal processo de mediação, tendo em vista os atuais critérios e fundamentos jurídicos existentes, pouco pode ajudar para a construção de uma decisão com um mínimo grau de justeza judicativo-decisória, pois estarão em conflito ordens informadoras distintas, não havendo ainda um critério ou fundamento jurídico convocável que justifique e fundamente a não responsabilização de uma pessoa pela externalização de uma expressividade comportamental típica de seu povo de origem. Restará, portanto, prejudicada a dialética *sistema X problema* sem a apresentação de um referencial especificamente jurídico apto à formação do referido juízo.

Todavia, tal compreensão do *ato da constituição social das realidades normativo-culturais* carrega consigo dimensões de sentido das mais diversas ordens, sendo uma delas, para os povos herdeiros da matriz cultural ocidental-europeia, a especificamente *jurídica*. Isso, contudo, como se tem procurado mostrar, pode não ser igual para povos de outras culturas, onde o comum pode ser justamente um sincretismo derivado do cruzamento das diversas ordens, a exemplo da religiosa, moral, política, entre outras. Diante disso, pode-se perceber a impossibilidade de formação de um juízo decisório sobre um determinado comportamento tido *a priori*

³⁶³ Ibid. p. 835.

como contrário à ordem jurídica informadora do julgador sem que se consiga reconhecer e respeitar a fonte valorativa informadora da conduta em avaliação. O pressuposto, portanto, dos *atos de constituição social das realidades normativo-culturais*, qual seja o *processo de avaliação* que se faz sobre a realidade, ainda que não venha a se perfazer pela consideração da específica e autônoma esfera do jurídico que o modelo europeu-ocidental alcançou, não deixa de possuir uma mesma *forma* de constituição para os demais povos, orientados por outras ordens valorativas. O que muda, portanto, como já acentuado, é o fato de outros povos considerarem a dimensão do *especificamente jurídico* diluída em outras dimensões - o que poria em causa, portanto, a própria autonomia do Direito -, e o grau de conscientização de que a ordem de validade é uma construção humana e que, apesar disso, se autonomiza do referido plano da realidade, constituindo-se em orientadora e mesmo limitadora do agir humano, sem, contudo, deixar de ser constantemente atualizada através da própria prática, especialmente no caso do Direito, desde a prática judicativo-decisória.

Olhando-se para o modelo de base do aludido *ato*, erigido da matriz civilizacional europeia-ocidental, pois que se trata não só do modelo de referência, mas se constitui também na possibilidade da própria superação de entendimentos equivocados sobre a noção de natureza das coisas, é de se perceber que o referido ato humano que constitui socialmente as realidades normativo-culturais possui **quatro** momentos específicos.

Não se pode esquecer, contudo, que o referido *ato* deve ser compreendido tendo em conta a própria "... constituição do vínculo normativamente próprio do direito vigente – o problema de saber (...) por que actos e de que modo o direito se constitui como *direito normativamente vigente* ...",³⁶⁴ qual seja o próprio problema das *fontes do Direito*. Problema esse que não se resolve nem por um mero ato de poder, nem pela simples descrição dos fatores "... materialmente influentes no conteúdo do direito ou determinantes até de toda a realidade jurídica."³⁶⁵ Daí que os atos e modos constitutivos do Direito somente possam ser "... aqueles a que a experiência jurídica confira a virtualidade de constituírem a normatividade jurídico-

³⁶⁴ NEVES, A. C.. As fontes do direito... Volume LI, p. 142.

³⁶⁵ Id.

socialmente vinculante, em último termo os actos constitutivos que a função normativa do direito admita e solicite, no momento histórico-social que se considere, para lograr a sua vigente juridicidade.”³⁶⁶ É assim que se poderá dizer, enfim, que o problema de se encontrar os modos de constituição do vínculo normativamente próprio do direito vigente, ou seja, de saber como o direito surge normativamente “... *como direito* ...”³⁶⁷ requer uma perspectiva metódica de abordagem do tipo “... *fenomenológico-normativo*, posto que será a fenomenologia de uma intenção normativa – a fenomenologia do acto constitutivo de uma específica intencionalidade normativa.”³⁶⁸

O ato da constituição social das realidades normativo-culturais, portanto, transpassaria aqueles quatro momentos que seriam demandados pela aludida fenomenologia normativa do jurídico.³⁶⁹ Afinal, o momento concreto do fazer-se³⁷⁰ do jurídico, do acto que o põe, desde sua estrutura e processo próprios,³⁷¹ partiria de um momento material da experiência jurídica constituinte, enquanto um pressuposto

³⁶⁶ Id. “Numa palavra, serão aqueles que nesse sentido a específica intenção da juridicidade exija – todos esses, mas só esses. E apenas pensando deste modo o problema, o estaremos a considerar mediante uma perspectiva jurídica – nem ideológico-política, nem sociológica.” Id.

³⁶⁷ Ibid. p. 143.

³⁶⁸ Id.

³⁶⁹ Os quatro momentos da fenomenologia normativa do jurídico seriam o momento material, o momento de validade, o momento constitutivo e o momento de objectivação. Ibid. pp. 144-145. O momento material seria “... aquele momento que se nos impõe inclusivamente ao ponderarmos hoje o princípio da justiça, e que se traduz no factor tanto de condicionamento como de referência histórica (pela e à realidade histórico-social) que se fez já essencial à nossa actual compreensão do direito;” Ibid. p. 144. Os momentos material e formal - momento de objectivação - se colocariam no lugar das tradicionais fontes materiais e fontes formais, integrando com “... os momentos de validade e constitutivo, de um global processo normativo da constituição e manifestação do direito. (...) [Daí Castanheira Neves falar dos] ... polos ou mediações constitutivas da normatividade jurídica ... [em relação às fontes]” NEVES, A. C.. As fontes do direito... p. 125 e p. 132. No texto-síntese sobre as fontes, publicado em 1995, Castanheira Neves fala do momento constituinte, que seria o antigo momento constitutivo. NEVES, A. C.. Fontes do direito. Contributo... p. 48. O momento material, portanto, traduziria aquele pressuposto material que a realidade histórico-social representaria para a experiência jurídica. Seria aquele momento histórico-socialmente material no processo da constituição do Direito. Seria aquele momento que “... pelos factores que lhe são próprios (factores naturais e sociais, culturais e espirituais, e cada um desses tipos de factores com a sua estrutura e as suas intenções influentes), será, simultaneamente, condição de possibilidade e de emergência, condição de adequação e de justeza, condição de relevância e de codeterminação, e afinal, por tudo isso, condição de possibilidade e de vigência do direito.” Ibid. pp. 57-58. Para um detalhamento analítico do momento de validade: Ibid. pp. 58-67. Para uma análise do momento constituinte: Ibid. pp. 67-90. Por fim, para o momento de objectivação: Ibid. pp. 91-93. Ideias essas já lançadas em Questão-de-facto – Questão-de-Direito. NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 906 e ss.

³⁷⁰ Ibid. p. 833.

³⁷¹ Id.

material da constituição do Direito, passando por um *momento de validade*, enquanto exigência intencional de uma validade que se apresentaria como *resposta normativa à problemática emergente da realidade histórico-social*, determinando-se por uma sua mediação no *momento constituinte* enquanto uma positivação, objetivando-se a tarefa de integração da normatividade jurídica no *corpus iuris*.³⁷² Ato esse ou *processo* que, em uma exclusiva tarefa, faria com que o *sentido*, a *validade normativa*, se insinuasse e se incorporasse na realidade social, informando-a, pois seria de tal validade, de tal *específica normatividade assim afirmada*, e não diretamente da *contextura simplesmente natural-objectiva das realidades em causa*,³⁷³ que se poderia estruturar o Direito. Daí que quando se afirmasse a inferência de um critério normativo da natureza das coisas, ou seja, o *fundamento* de tal inferência, só se encontraria em "... algo que à coisa v[iesse] como resultado da tarefa constitutiva de uma intenção de validade."³⁷⁴ Afinal, como já observado, ao pensamento jurídico não caberia, sem mais, confiar na *espontaneidade normativa* que o referido *ato constitutivo*, em um nível ainda *pré-reflexivo*, sinalizasse.³⁷⁵ O *ato de constituição social das realidades normativo-culturais*, portanto, partiria de um nível pré-jurídico para encontrar seu ponto de chegada constitutiva no nível reflexivo.

Dessa forma, a intenção problemática e constitutiva do pensamento jurídico só se realizaria por um seu esforço de *juridicidade concreta*.³⁷⁶ O Direito só se revelaria, portanto, desde um específico pensamento – *acto ou processo metodológico* -, que concretamente o constituiria através das soluções dos históricos

³⁷² Para a análise dos quatro momentos da experiência jurídica constituinte: NEVES, A. C.. Fontes do direito. Contributo... pp. 56-93.

³⁷³ NEVES, A. C.. As fontes do direito... Volume LI. p. 183.

³⁷⁴ Ibid. p. 184. "Trata-se também aqui daquele diálogo entre o homem e o seu mundo pelo qual se realiza a mediação humana que está presente, como momento constitutivo, em todos os sentidos da realidade histórico-social em que o homem existe, e sem o qual não pode hoje pensar-se qualquer problema do direito (...) O que justamente nos explica a possibilidade de alteração, revisão e mutação desses sentidos sociais e institucionais." Id.

³⁷⁵ Ibid. pp. 184-185. Daí a tarefa do pensamento jurídico de "Não só (...) trazer ao nível reflexivo o que começou por ser pré-reflexivo, mas sobretudo porque só desse modo, fazendo tematicamente problemática a constituição da juridicidade, poderá orientar criticamente a vida jurídica e considerar a autêntica validade do direito que concretamente se realiza." Ibid. p. 185. Daí a conclusão de Castanheira Neves no sentido de que "... o direito é uma específica intencionalidade normativa que cumpre uma intenção de validade perante uma realidade pressuposta, cumprimento ou realização que implica a mediação de um acto e processo particulares e em que terá, por sua vez, de participar um momento de específica objectivação ..." Ibid. p. 204.

³⁷⁶ NEVES, A. C.. As fontes do direito... p. 117. "... uma juridicidade que é problemática e que se terá de constituir na sua contínua posição e resolução dos problemas jurídicos concretos." Id.

problemas jurídicos. *Pensamento específico* que seria a função constitutiva do próprio Direito e não uma qualquer técnica construtiva.³⁷⁷ Em síntese, o processo da concreta realização axiológica do Direito teria um *momento intencional de valor – ideal* ou de *dever-ser* -, que se assimilaria e se integraria numa *unidade específica com a realidade*, formando o *substratum material dessa realização valiosa*; daí o *valor* só poder ser apreendido na *intuição fenomenológica-intencional dessa unidade*.³⁷⁸ O que estaria na base do processo de realização do Direito, portanto, seria um *ato humano de valoração constitutivo-objetivante* e, assim, desde um exercício metodológico que se polarizaria em duas dimensões: a *noemática* - o que/sobre o que se pensa – e a *noética* – como se pensa -, esta última traduzida, preponderantemente, em ponderações *analógicas*.³⁷⁹ O Direito só o é, portanto, se estiver tanto em *consonância com uma realidade histórico-social* quanto se, *como direito* e na sua determinação normativa, contiver uma *espiritual mediação humana significativamente constituinte*.³⁸⁰ Espiritual mediação humana essa que se orientaria por aquela *autônoma última intenção normativa determinante*, fundindo-se numa

³⁷⁷ Id. Daí Castanheira Neves concluir que seria através da “... tomada de posição (valoradora, regulativa e crítica), fundada e guiada por um princípio de validade normativo, perante a situação histórico-social, que o direito se constitui. Ou dito de outro modo e com um pouco mais de rigor, é no pressuposto de uma particular realidade histórico-social-humana, ou no pressuposto de certos dados, fatores histórico-sociais e humano-culturais (...) e com fundamento numa específica intenção de validade que, através de certos actos ou instâncias socialmente legitimadas, se realiza a dialéctica problemático-normativamente constituinte do jurídico e que culmina na sua objectivação como direito. (...) o direito é uma função prática – que só praticamente, i. é, mediante um modo prático-normativo se pode constituir e cumprir. Não é só a prática do direito ou a sua função concretamente regulativa, que tem uma natureza prático-normativa, prático-normativos são também a sua matriz constituinte e a essência do pensamento jurídico ...” Ibid. pp. 118-119.

³⁷⁸ Ibid. p. 137. “Trata-se daquela unidade específica em que a objectivação constituída se compreende como correlato intencional do acto e intenção constituinte, e na qual o acto e a intenção não se compreendem menos, também, como correlatos intencionantes da objectivação intencionada e constituída – do mesmo modo que o nomeático é correlato objectivo do noético e o noético correlato activo do noemático.” Id.

³⁷⁹ Cf. lições de Fernando José do Couto Pinto Bronze, extraídas em uma das aulas do Curso de Mestrado em Direito, junto à disciplina de Metodologia do Direito, ministradas no ano letivo 2010-2011, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Desta forma, qualquer inconsistência no esboçado é de inteira e exclusiva responsabilidade do autor desta tese. Daí que o Direito, “... normativo-juridicamente é uma intenção normativa que toma uma posição regulativa e de validade perante uma determinada realidade social – uma intenção de validade normativamente constituinte da realidade social. (...) [Desta forma,] a manifestação do jurídico não se verifica sem uma específica mediação normativamente constitutiva (...) [, ao que poderá se concluir que o Direito será] o objectivado resultado de um juízo.” NEVES, A. C.. As fontes do direito... p. 140, p. 144 e p. 145.

³⁸⁰ Ibid. p. 151. Ainda que em relação ao plano moral, seria aquela *mediação humana* que, nas palavras de Giuseppe Marchello, “... per cui propriamente l’agire *si fa morale*, quella mediazione che trasvaluta la condotta da una posizione di fatto ad un problema di valore ...” MARCHELLO, G.. Op. cit. p. 12.

totalidade constituinte e significativa entre o *pressuposto condicionante-codeterminante/pressuposto material* e a *decisiva intencionalidade determinante*, relação essa pensável desde uma correlação e assimilação dialética implicante entre os referidos âmbitos. Este *fazer-se* poderia ser entendido como uma *unidade*, uma *global intencionalidade constitutiva de um processo*.³⁸¹

Contudo, em relação ao específico problema que a externalização de expressividades comportamentais típicas coloca ao Direito, desde os (des)encontros daí emergentes, haveria que se perguntar: faria algum sentido ter em conta um específico e singular *ato de constituição social das realidades normativo-culturais* quando o que estariam em jogo, na verdade, seriam, antes, ordens valorativas informadoras do agir humano diferenciadas? Se a resposta, a partir do que já se disse, parece mesmo sinalizar para um sentido negativo, esta, porém, demanda um detalhamento analítico dos *quatro momentos* do referido *ato*. Afinal, a adequada compreensão de cada um dos aludidos momentos pode fornecer elementos analíticos mais robustos para a própria conclusão que se pretenda oferecer. E, ainda, ante o inarredável dever de apreciação que se impõe aos julgadores, não se pode esquecer que cada vez mais situações de (des)encontros das diferenças têm exurgido na realidade, colocando-se como casos jurídicos que lançam desafios novos aos juristas para enfrentá-los com um mínimo grau de justeza judicativo-decisória. Justeza essa que só será alcançada com a adequada compreensão da dimensão da forma de ser dos povos entendida enquanto um *direito*, pois só assim será possível eximir de responsabilidade uma pessoa que tenha externalizado alguma expressividade comportamental típica de seu povo de origem e ofendido alguma esfera de direito de outrem. Tudo porque na base de uma tal fundamentação estaria o inarredável dever de respeito à pessoa humana, à noção jurídica de *homem-pessoa*, entendida em um sentido alargado que somente numa tal quadra da história já esteja sendo possível assim pensá-la.

³⁸¹ NEVES, A. C.. As fontes do direito... pp. 179-180. Daí Castanheira Neves concluir que "... o direito não decorre necessariamente desse seu pressuposto material, nem é este para aquele apenas o factor de eficácia ou tão-só de condicionalidade que já prudente, já politicamente se deva ter em conta, antes é dimensão e momento do próprio processo da sua constituição histórica. O pressuposto material está para a normatividade jurídica como factores reais estão para a idealidade dos factores espirituais na constituição comum da cultura: participa necessariamente dela sem a impor necessariamente." Ibid. p. 182.

3.1.4.1.1 O primeiro momento do *ato de constituição social das realidades normativo-culturais*.

O **primeiro** dos momentos se assentaria na própria *distinção*, também geradora de uma específica *tensão* (segundo momento), entre as exigências decorrentes dos princípios assumidos ou projetados nas práticas sociais e a própria realidade objeto da ação dos referidos princípios.³⁸² As referidas exigências seriam critérios de valor/princípios,³⁸³ parâmetros a serem observados nas práticas humanas. Levando esta consideração à questão da *forma de ser dos povos*, percebe-se que a atualização conteudística das próprias *formas de ser*, desde o processo de mediação com os critérios de valor/princípios já assumidos pelas mesmas, geraria uma natural *tensão*. Isto porque, na maioria das vezes, as alterações das próprias práticas se perfazem lenta e gradativamente, pois os fatores

³⁸² *Tensão*, portanto, que seria visualizável na resistência que a matéria – o *contexto ou o mundo material humano* – colocaria à *ideia* do Direito, convocante, assim, de uma “adaptação ou conformação nos modos da concreta manifestação (...) da intencionalidade regulativa (...) à estrutura e índole da matéria considerada.” Ibid. p. 192. Isto não excluiria, contudo, o “... sentido positivo da vinculação intencional entre a matéria e o regulativo normativo-jurídico sempre que este haja de assumir-se com uma <<validade material>> ou em termos de uma adequação material que tem no ser ou realidade pressuposta o seu critério.” Ibid. pp. 192-193. Aqui estaria a problemática da *correlatividade ontológica e a justeza material do direito* – Ibid. p. 192 -. Correlatividade essa que, como se verá adiante quando da análise da *defesa cultural* como uma proposta de solução advinda do direito criminal, uma vez não respeitada, acarretaria uma *contradição intencional* entre o pressuposto e a solução normativa que, mesmo que não atingisse “... a validade normativa em si da valoração, afe[taria] decerto a adequação ou justeza material da mesma valoração e em último termo a eficácia normativa desta.” Ibid. p. 193. É assim que a *justeza material* requer que “... o próprio pressuposto-objecto de valoração particip[e] no processo global da constituição da valoração normativo-jurídica.” Ibid. p. 194. Daí porque o Direito, “... assumindo-se numa intenção normativo-valoradora que toma posição perante (...) [as forças socialmente relevantes e intenções de determinações autônomas,] se constitui.” Ibid. p. 195. Daí porque as referidas forças e intenções, enquanto *elementos* do próprio Direito, acabarão por condicionar a “... própria ponderação e valoração normativas que o direito constitutivamente lhes dirige, posto que nessas ponderação e valoração veremos ir implicada uma sua material assimilação (positiva ou negativa, integrante ou delimitativa) pelo normativo jurídico.” Ibid. p. 196. E, por isso, “... entre o direito e a realidade humano-social (...) [há que] verificar-se uma consonância de validade regulativa ou uma coerência materialmente normativa.” Ibid. p. 197. A realidade, portanto, “... é a condição de existência (do aparecimento) e de uma certa existência (do modo concreto de determinação) da normatividade jurídica, já que é no pressuposto de uma realidade histórico-social, transcendendo *de* essa realidade (em intenção normativo-regulativa), mas *para* ela (em cumprimento normativo-institucional) que o direito se constitui. <<Ser>> numa certa realidade histórico-social, ter existência histórico-social é, pois, da essência do direito.” Ibid. p. 200.

³⁸³ Opta-se aqui pela expressão *critérios de valor*, uma vez que a explicação que se está procurando dar é de como se perfaz o processo e a própria estrutura dos *atos* humanos que acabam por constituir socialmente as realidades normativo-culturais em geral. Obviamente que, se voltando ao Direito de matriz europeia-ocidental, poderia se valer diretamente da noção de *princípios*.

culturais são pouco flexíveis a inovações.³⁸⁴ Este processo de mutação das práticas humanas, quando assimilado pelo Direito em territórios e povos que o adotaram, acaba por ser o mesmo que ocorre também em outros contextos culturais, possuidores de outras formas de regulação da vida coletiva. A distinção reside no fato de que para o Direito, em sua específica matriz civilizacional europeia-ocidental, mormente no continente europeu, já se alcançou um estágio em que a esfera do *especificamente jurídico* conseguiu se autonomizar de outras dimensões – moral, religiosa, política, etc -. Em outros contextos civilizacionais em que o Direito não é adotado, tal como ocorre com os povos indígenas, o que se percebe é uma diluição das dimensões e, assim, uma diluição do especificamente jurídico em outras esferas. O que não muda em ambos os cenários é o fato de haver um processo de perfazimento dos atos *de constituição social das realidades normativo-culturais* em que haverá uma distinção entre as exigências – valores/princípios – e a própria realidade. O que se altera, portanto, é no sentido de que a *tensão* decorrente do referido confronto acaba gerando uma influência diluidora das especificidades das esferas em um grau menos acentuado para o caso específico do modelo europeu-ocidental mais localizadamente considerado, sobretudo naqueles países não só do território europeu mas também nos outros países que já alcançaram um tal estágio, tal como Estados Unidos, Canadá e muitos dos países latino-americanos.

Outro ponto merecedor de destaque decorre da análise de outros padrões culturais advindos de povos não orientados pelos padrões culturais europeu-ocidentais, pois assim se poderia submeter a um juízo crítico-reflexivo aferidor da consistência teórica da propositura, seja para se verificar se trata-se de apenas uma reflexão refinada voltada exclusivamente à compreensão do modo de florescimento do especificamente jurídico, em suas específicas e diferentes matrizes culturais, seja para ir se percebendo que a forma pela qual tal florescimento se perfaz apresenta pontos de similitude para outros povos de uma matriz histórico-cultural

³⁸⁴ É interessante notar os resultados de uma pesquisa sobre as mais de 700 versões locais que o conto infantil das *duas irmãs* ganhou em 31 populações européias graças às diferenças étnico-linguísticas e, portanto, culturais. Grupamentos culturais estabelecem limites muito mais rígidos a si mesmos, podendo, assim, absorverem um arcabouço genético de imigrantes sem que, necessariamente, absorvam uma dada cultura ou traço cultural. ATKINSON, Q. D.; GREENHILL; ROSS, M. R.. Population structure and cultural geography of a folktale in Europe. Em: **Proceedings of The Royal Society.** Disponível em: < <http://rspb.royalsocietypublishing.org/content/280/1756/20123065> > Acesso em 09 fev 2013.

completamente diferente da europeia-ocidental, seja, ainda, para se formar um juízo crítico-analítico que tenha em conta que a atual realidade social é cada vez mais propiciadora de (des)encontros das diferenças que, muitas vezes, podem acabar sendo submetidos a uma apreciação jurídica através de um regulador da vida em sociedade, erigido e aperfeiçoado ao longo da história sobre pressupostos específicos, a partir de uma específica constitutividade que o autonomiza, mas que acaba tendo de ser empregado para a resolução de conflitos de ordem prática onde há um evidente conflito entre tradições, culturas, cosmovisões, ordens valorativas informadoras, enfim, entre as próprias concepções do direito que são tomadas em conta.

É aqui que a *distinção* entre os critérios de valor/princípios e suas exigências e a própria realidade sobre a qual os mesmos se projetam e se constituem enquanto critérios de valor se mostra especialmente relevante. Afinal, não se pode esquecer que tais critérios/princípios são forjados pela própria prática; tratam-se mesmo de espécies de *caixas de ressonância* das inovações informadoras da vida em comum que a realidade vai formatando e, assim, em se tratando de problemas de ordem prática em que está em causa a apreciação de condutas orientadas por ordens informadoras/critérios de valor distintos, pode-se dizer que se está ante mesmo uma *prova de fogo* para a própria juridicidade e para o Direito como um todo; uma *prova de fogo*, assim, à própria autonomia do Direito, podendo a reflexão, portanto, trazer à tona a consciência das limitações que o especificamente jurídico pode encontrar diante de muitos problemas. Porém, uma vez entendida a forma de ser dos povos enquanto uma específica e singular esfera do ser humano, devendo essa ser resguardada em termos jurídicos, coloca-se a mesma enquanto um referente especificamente jurídico seguro para a solução de casos judicandos envolvendo (des)encontros humanos.

Tal reflexão permite perceber quão forte podem ser concepções de mundo diferentes e o que isto pode implicar para a própria concepção jurídica europeia-ocidental que foi imposta aos povos originários do continente sulamericano e que tem sido, preponderantemente, o regulador social tomado em consideração para a resolução dos conflitos de ordem prática envolvendo pessoas de culturas diferentes na referida região. Afinal, um dos problemas que a distinção entre valores/princípios

e suas exigências e a realidade à qual eles se dirigem gera, enquanto um *primeiro momento do ato de constituição social das realidades normativo-culturais*, toca justamente o problema da *potencializada pressão* que realidades mais plurais exercem. A solução que a *forma de ser dos povos*, entendida enquanto um *direito*, pode trazer acaba por equacionar a demasiada potencialização da *tensão* que é gerada entre *as realidades* e os valores/princípios que as norteiam. A especial e adequada relevância normativa que se atribui aos (des)encontros das diferenças converte-se em um critério jurídico seguro para a solução dos casos judicandos. E é pela convocação de uma situação de ordem prática que se pode melhor perceber a adequação jurídica da solução proposta.

O continente sulamericano, em alguns de seus vários povos indígenas, especificamente das etnias descendentes dos Aymaras e dos Quechuas, tem no princípio fundante da *Pachamama, Madre Tierra* em castelhano, um caso exemplar, seja das dificuldades que cosmovisões diferentes podem trazer ao Direito que lá se impôs, seja das potencialidades que esse mesmo Direito pode oferecer para a solução dos problemas que lhe são colocados. É justamente na ideia de atribuição de *direitos à natureza*, sobretudo conforme estampada pela Constituição equatoriana, que se pode perceber tais desdobramentos analíticos.

Fruto de pressões sócio-políticas de comunidades indígenas e outros grupamentos sociais, a atual Constituição do Equador acabou por inserir um capítulo específico em seu texto intitulado *Derechos de la naturaleza*.³⁸⁵ Não entendendo que a juridicidade se esgotaria na constitucionalidade, mas, também, não se podendo desprezar a força normativa que os textos constitucionais possuem e a própria primazia que, na maioria das vezes, acabam ganhando nos processos de realização prático-decisória do Direito, vê-se em tal texto que a *natureza* ou *Pacha Mama* foi recepcionada pela nova ordem constitucional equatoriana como *sujeito de*

³⁸⁵ O intuito dos equatorianos teria sido adotar uma visão na qual "... la naturaleza deja de ser subordinada a los seres humanos, se la trata más bien, como un ente que disfruta de los mismos derechos que las personas, considerándola así, como un igual. Creemos que de esta manera se recupera en el derecho ortodoxo, los valores ancestrales de las comunidades indígenas." Aportes sobre los derechos de la naturaleza. Em: VÁRIOS AUTORES. **Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora**. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 112. Ao final do referido livro há uma lista de todos os artigos da Constituição do Equador que passaram a reconhecer a natureza como *sujeito de direitos*. Ibid. pp. 117-122.

direitos.³⁸⁶ Quanto à atribuição do *status de sujeito de direitos* para a natureza, é de se observar que se trata antes de uma questão de responsabilidade das pessoas em relação à natureza e não propriamente *direitos da natureza*. Afinal, *direitos* são *conquistas humanas*, direcionadas ao convívio humano, sendo o *homem* a própria razão de ser da juridicidade e, assim, do Direito.³⁸⁷ Pode-se perceber, assim, que a *tensão* entre *critérios de valor/princípios* assumidos ou projetados sobre a realidade e a realidade mesma, objeto da ação, – **segundo momento do ato de constituição social das realidades normativo-culturais** -, quando se parte do pressuposto de que a própria natureza é assumida como um critério de valor praticamente de igual peso àquele que possuem as pessoas, sendo tal concepção considerada como uma orientação de nível superior para as demais práticas, pode fornecer significativo indicativo do que vem a significar a referida *tensão* e o papel que a própria forma constitutiva da juridicidade pode exercer sobre o referido processo.

Poderia ver-se aqui, para além de um caso-limite da aludida *tensão*, que o *ato da constituição social da realidade normativo-cultural* respectiva angariaria em seu perfazimento, um caso exemplar de limitação que o Direito acabaria sofrendo, pois se colocaria em xeque a própria ideia fundante desse Direito, qual seja a do *homem-pessoa*, enquanto centro microscópico constituinte e fundamentante do próprio Direito, enquanto *aquisição axiológica* - Castanheira Neves -.

É aqui que se pode começar a perceber que a própria noção da *forma de*

³⁸⁶ “Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.” CONSTITUIÇÃO do Equador. Disponível em: < <http://www.asambleanacional.gov.ec/> > Acesso em 13 fev 2013.

³⁸⁷ Para a questão dos supostos *direitos da natureza*, desde a perspectiva da *responsabilidade humana* e, portanto, do dever das pessoas hoje para com a natureza e as futuras gerações, e, sobretudo, porque “... *pensar em referência em homem* é a própria condição essencial de possibilidade – é o pressuposto constitutivamente irreduzível da juridicidade, já que sem a subjectivação e a imputação no homem, na sua liberdade-autonomia e na sua responsabilidade, não estaremos no universo jurídico e não poderemos falar de direito.”: NEVES, A. C.. O direito interrogado... p. 75. Para a *questão ecológica*: Ibid. pp. 74-81.

ser dos povos, entendida enquanto uma esfera singular³⁸⁸ de todos os povos e que deve ser respeitada e, assim, devendo mesmo ser considerada como um *direito*, pois que fundada no próprio dever de respeito à *pessoa humana*, pode ser decisiva para a preservação não só da perspectiva do Direito que aqui se defende, mas, principalmente, enquanto noção unitária-concretamente constituída entre *ser/realidade* e *dever ser/avaliação* e, assim, enquanto fruto de um *processo de mediação* entre *realidade/ser* e *avaliação/dever-ser* sobre a mesma, que é efetuado pelo próprio *ato mediador*; esse, sim, constituinte sintético-concretamente de uma exigência normativa, passível, constantemente, ao processo interativo modelador que a própria experimentação prática propicia dialeticamente desde os casos decididos.³⁸⁹ Em outras palavras, compreender a *forma de ser dos povos* enquanto uma dimensão constitutiva da própria noção de *homem-pessoa* permite perceber que se é tal *critério* tido em consideração para a própria concepção de Direito que se defende, entendido aqui como o *critério de um especificamente jurídico*, que se assenta em um específico processo de mediação entre *realidade* e *valores/princípios*, criação que se traduz pelo próprio *ato humano de constituição social das realidades normativo-culturais*, com a ressalva do estágio de autonomização que a esfera do jurídico alcançou em certos territórios e não tanto em outros e da consciência diferenciada da validade da ordem de valores criada pelo homem, bem como das exigências de sentido que não só orientam mas também limitam o agir humano, não poderá ser outro o *critério* a ser tomado em conta para a avaliação de externalizações comportamentais típicas, derivadas de pessoas assentes em matrizes civilizacionais distintas da europeia-ocidental; em síntese: o *critério* haverá que ser o *critério*. Não se poderá, portanto, valorar juridicamente a *forma de ser dos povos* herdeiros da matriz civilizacional europeia-ocidental de uma maneira e considerar as formas de ser dos demais povos em outra *medida*.

Afinal, como poderia o Direito tratar a compreensão do jogo dialético-unitário e concreto da constituição social das realidades normativo-culturais

³⁸⁸ Não só porque fruto de cada um dos respectivos povos, mas, sobretudo, porque se trata de uma esfera específica, que não se confunde com outras esferas constitutivas do ser humano em sua integralidade existencial, constituinte, portanto, da própria noção de *homem-pessoa*.

³⁸⁹ NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 833.

diferentemente apenas pelo simples fato de serem diferentes quanto aos seus conteúdos, justamente por decorrerem de povos diferentes, uma vez que se trataria de uma dimensão da própria *pessoa humana* que estaria em jogo, ainda que orientada por valores diferentes? Afinal, a noção de *homem-pessoa* não pode excluir de seu âmbito de proteção *homens-pessoas* outros que se orientam por ordens valorativas outras. Assim, como poderia o pensamento jurídico, em um nível já não mais *pré-reflexivo*, mas, sim, *reflexivo* e, portanto, privilegiado conteudisticamente e, dessa forma, refundamentante da própria juridicidade, colocar-se como um impeditivo da aceitação de uma ordem de valor das mais sublimes do homem, tal como a *forma de ser dos povos* o é, porque tocante mesmo àquilo que lhe é fundamental em termos constitutivos?

Nesse sentido, e invocando as lições de Martin Kriele, haveria que se perguntar se não seria uma das funções do exercício reflexivo, traduzido aqui no fato de que a presente proposta se apresenta enquanto um contributo reflexivo, justamente fornecer argumentos que pudessem ser úteis à própria atividade prática dos operadores jurídicos e, assim, constituir-se no esforço de superação inicial que possibilitaria aquela reconstrução da base dialogal entre teoria e práxis, o que só se perfazeria desde a tomada de consciência da própria função de *vigilância crítica* da teoria?³⁹⁰ Até onde seria admissível ao pensamento jurídico, mesmo que à custa da manutenção de uma concepção específica do Direito, servir de bloqueio ao reconhecimento de um *novo direito*?³⁹¹ Admitir a *natureza comum da forma de ser dos povos*, com o conseqüente dever de respeito a todas as formas de ser, não implica, de forma alguma, negar a forma de ser própria dos povos que admitem serem orientados por uma ordem valorativa derivada da matriz europeia-ocidental, mas, antes, reafirmar que o Direito que decorre de referida matriz civilizacional só será fortalecido em sua especificidade constitutiva autonomamente pensada uma

³⁹⁰ KRIELE, M.. **Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation**. Berlin: Duncker & Humblot, 1967, p. 39. (Schriften zu Öffentlichen Recht – Band 41)

³⁹¹ O que não significa, como já dito, que a relevância normativa e metodológica que os (des)encontros das diferenças possuem se traduzam em um *ato da constituição social de uma realidade normativo-cultural*. O que os casos julgados que estampam tais (des)encontros evidenciam é que a *tensão* entre uma realidade *nova* e os critérios e fundamentos jurídicos já existentes pode mostrar evidentes sinais de que algo precisa ser repensado, pois que em jogo a própria noção de *homem-pessoa*, hoje convocante de uma compreensão mais abrangente.

vez que tutele tal singular, específica e sublime esfera existencial do homem, independentemente de sua origem, ou seja, uma vez que a própria noção de *homem-pessoa*, entendida enquanto aquela *aquisição axiológica* - Castanheira Neves -, seja verdadeiramente levada a sério e respeitada.

A aparente simplicidade que a solução proposta representa não quer implicar, contudo, o esquecimento dos inúmeros problemas de ordem judicativo-decisória que a assunção de um conseqüente *direito da forma de ser dos povos* possa vir a representar quando do tratamento de casos jurídicos que tenham como pano de fundo situações de (des)encontros das diferenças. Ainda que se tenha consciência de que é somente a partir da solução dos problemas normativos *concretos* que se poderá enfrentar as dificuldades de cunho jurídico-metodológico, alguns delineamentos elementares em tal seara serão tratados. Afinal, questões de ordem jurídico-metodológica devem preceder a interpretação; respeitar a metodologia é respeitar também a imparcialidade e objetividade *científicas* – aqui entendidas como decorrentes do atuar judicial, sobretudo -.³⁹² Isso não implica, contudo, a assunção de uma inarredável e imediata positivação legal ou mesmo constitucional de um tal *direito da forma de ser dos povos*, pois deve haver sempre a possibilidade aos juízes de efetuarem um controle para além dos limites que os próprios direitos fundamentais impõem no âmbito dos textos constitucionais,³⁹³ o que, acrescente-se, parece justamente derivar de uma concepção que compreende a juridicidade e, assim, o próprio Direito, para além da constitucionalidade. E, assim, novamente aqui a concepção do Direito que está subjacente à proposta se faz imprescindível, pois é ela que sinaliza para o respectivo método jurídico a ser empregado no processo de realização prático-decisória,³⁹⁴ sendo a partir da atividade judicativo-decisória que se colocaria a forma mais adequada para o reconhecimento de tal direito, não se descartando, com o reiterar de decisões que reconheçam esse direito, uma futura positivação em termos legais ou mesmo constitucionais. E, ainda, não deixando de reconhecer, desde o âmbito judicativo-decisório, que a índole desse direito é constitucional.

³⁹² Ibid. p. 35.

³⁹³ Ibid. p. 34.

³⁹⁴ Como pode se depreender também de Kriele. Ibid. p. 38.

Tal consciência da importância dos casos concretos acaba também por sinalizar para o **segundo** momento do *ato de mediação* entre a realidade e os critérios de valor/princípios, qual seja aquele que traduz a própria dialética entre a autonomia que os referidos critérios de valor/princípios vão produzindo para si mesmos e a resistência que a realidade vai lhes impondo.³⁹⁵ Aqui surge o problema da específica *moralidade* que o Direito possui, pois que a tal *resistência* que os critérios de valor/princípios de Direito impõem às mutações/ inovações que a realidade vai desenvolvendo, decorre justamente de uma *reação moral* sobre a realidade.³⁹⁶ Reação moral essa que se perfaz privilegiadamente já em um âmbito reflexivo especificamente jurídico, desde o próprio pensamento jurídico.

Aqui já se poderia pensar nas próprias razões históricas, nos *constrangimentos históricos* que levaram ao não reconhecimento de *formas de ser* diferentes daquela que preponderou historicamente no continente sulamericano, qual seja a dos colonizadores. Também se poderia pensar que a tarefa de *resgate histórico* não caberia ao Direito especificamente, mas, antes, à Política. Contudo, bem se sabe que muitos dos processos de tratamentos não reconhecedores de *formas de ser* de outros povos só conseguiram superar tais constrangimentos amparando-se, justamente, no plano do *jurídico*, ainda que em um nível de simples propositura legal ou mesmo de entendimentos jurisprudenciais ou doutriniais. Pode-se recordar, respectivamente, a abolição da escravatura no Brasil, e o reconhecimento de iguais direitos aos negros nos Estados Unidos; aqui, somente tendo havido tal reconhecimento com os direcionamentos que as decisões em casos práticos foram trazendo, mesmo tendo por base um mesmo texto constitucional, ainda que na realidade de ambas as situações perdurassem, por muito tempo, discriminações.

O referido ponto permite perceber a maximização da *tensão* quando se está perante *ordens de valores* distintas, mas que apresentam externalizações comportamentais típicas que se fundam na própria noção de *homem-pessoa*, que representa o cerne da questão ora investigada. Permite perceber, ainda, que tomar em conta a moralidade social como um todo, numa mistura sem mais dos planos

³⁹⁵ NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 833.

³⁹⁶ Para o *segundo momento* do ato de mediação entre realidade e critérios de valor: Id.

jurídico e moral, é um equívoco que pode trazer consequências das mais gravosas. Quando se pensa tal questão a partir dos problemas decorrentes dos (des)encontros das diferenças se percebe que, fosse tal sobreposição irrestrita dos planos o caminho mais acertado, se estaria, em muitos casos, sobre situações de uma tensão de tal grandeza entre as ordens de valores em confronto que acabaria, em situações-limite, por não se encontrar uma saída jurídica minimamente acertada em termos de justiça decisória, para não se dizer do impeditivo às inovações valorativas importantes que a realidade social iria forjando e refletindo sobre a ordem de valores já instaurada. Para tais problemas, abrangidas aqui somente aquelas externalizações comportamentais típicas e respeitado algum período de tempo mínimo dentro do qual ainda não seria de se esperar já se ter incorporado, minimamente, as regras informadoras da vida na comunidade onde se dera a conduta objeto de apreciação judicial, a ampliação do espectro moral e as consequentes tentativas de juridicização se colocariam também como afrontas à própria moralidade especificamente já sedimentada e, em certos casos, à própria moralidade social em geral da comunidade que se encarregaria da apreciação judicial, o que se constituiria também em um ato de desrespeito a mesma.

Quando se percebe que a *moralidade do Direito* se restringe apenas à uma parcela da *moralidade total* de uma comunidade, ou seja, àqueles valores morais que foram sendo assimilados pelo Direito e passaram a ser exigíveis dentro da dialética bi-polarizada entre *deveres* e *direitos*, consegue-se enfrentar a problemática desde um ajustamento das dimensões do *moral especificamente juridicizado*, que mais bem permite acomodar as situações de tensão, ainda que, aos problemas tratados se tenha consciência de que, muito raramente, tais referenciais valorativos conseguiriam ser minimamente aptos a solucionarem os casos julgados, uma vez que esses têm como objeto condutas orientadas por ordens de valores distintas. A solução deve partir do fato de que a relevância jurídica que os (des)encontros das diferenças merece se deve ao fato de ter em sua base constitutiva o *ser humano*, ainda que orientado por ordens valorativas distintas. A percepção do núcleo do problema jurídico que se coloca, qual seja a de um *homem-pessoa* orientado por uma específica ordem valorativa informadora, é imprescindível para o adequado tratamento jurídico.

É assim que talvez possa ser útil para uma melhor compreensão daquela tensão entre o moralmente juridicizado e a realidade - que o segundo momento do *ato de constituição social das realidades normativo-culturais* apresenta -, aquele sentido que Lon L. Fuller entendeu possuir a moralidade especificamente jurídica, ainda que com as reservas que à referida noção deva se impor. Ademais, basta se pensar que um dos fatores de pressão que as atuais realidades plurais e fragmentadas atualmente têm gerado é justamente aquele decorrente do fato de tais realidades apresentarem-se cada vez mais multifacetadas em termos de parâmetros balizadores da vida em comum que as orienta. Afinal, é justamente essa uma das consequências que o fenômeno da diversidade gera, não ficando o Direito imune às referidas pressões – geradoras da *tensão*, conforme o segundo momento do *ato de constituição social das realidades normativo-culturais* apresenta -, o que se erige, justamente, a partir da referida *distinção* entre as exigências decorrentes dos princípios assumidos ou projetados nas práticas sociais e a própria realidade objeto da ação dos referidos princípios, tal como o primeiro momento do aludido ato traduz.

3.1.4.1.2 O contributo de Lon L. Fuller para a compreensão do segundo momento do *ato de constituição social das realidades normativo-culturais* e a importância da reflexão para uma melhor compreensão da *tensão* potencializada derivada da relação entre a realidade e os critérios/princípios que as sociedades plurais e fragmentadas apresentam.

A proposta de Fuller parte de uma concepção que acaba por se apresentar em uma hipertrofia daquela dimensão da Modernidade traduzível na noção de regras pensadas desde a ideia de *Estado de Direito*. Daí a necessária ressalva de que sua concepção não cai em um procedimentalismo em sentido amplo, ou seja, em um *puro procedimentalismo de regras*, pois que as exigências da justiça estariam presentes nas próprias regras procedimentais.³⁹⁷

Fuller distingue uma *moral de aspiração*, relacionável com a noção grega

³⁹⁷ A proposta de Fuller também se insere na discussão desde a problemática da forma de ser dos povos sobretudo quanto ao fato de o mesmo não associar o Direito a um contexto específico, antes, tratá-lo como uma *condição universal*.

de vida exemplar, de excelência, de uma realização completa das faculdades humanas,³⁹⁸ de uma *moral de dever*, que, ao contrário da moral de aspiração, partiria da base, prescrevendo as normas sem as quais seria impossível conseguir uma sociedade ordenada,³⁹⁹ constituindo-se em uma *parente próxima do Direito*,⁴⁰⁰ que se expressaria por si mesma dentro do próprio Direito, visando a manutenção da integridade do seu domínio e protegendo este de possíveis desgastes.⁴⁰¹ Contudo, a *moral interna do Direito* não só abarcaria mas estaria condenada a permanecer como uma *moral de aspiração*,⁴⁰² pois seu “... atractivo principal debe ser en cierto sentido como una comisión de confianza y para el orgullo de quien fue su artífice.”⁴⁰³ Desiderato esse, porém, que, em termos prático-judicativos, deveria antes se converter na observância daquelas condições mínimas desde as quais seria possível assegurar uma orientação moral de base – *moral de dever* -, que seria intrínseca também ao jurídico.⁴⁰⁴

Para Fuller, na perspectiva da *moral interna do Direito*, seria desejável a estabilidade temporal das leis; porém, as mudanças na realidade e na mente das pessoas – *moral externa do Direito* - poderiam vir a exigir mudanças nos *objetivos substanciais do Direito*, provocando uma **tensão** que imporia ao jurista a busca de um ponto médio em termos decisoriais que nem sempre se traduziria na saída jurídica mais adequada, perfazendo-se, antes, naquela que lhe seria possível.⁴⁰⁵

³⁹⁸ FULLER, L. L.. **La moral del derecho**. Traducción de Francisco Navarro. México, D.F.: Editorial F. Trillas, S.A., 1967, p. 13. Tal tradução foi confrontada com o texto original, em inglês, desde a edição revisada de 1969: FULLER, L. L.. **The morality of Law**. Revised edition. New Haven and London: Yale University Press, 1969. A referida edição revisada por Fuller manteve praticamente intocados os quatro primeiros capítulos originais, apresentando uma mudança substancial com a inserção do quinto e último capítulo, que foi a réplica do mesmo aos críticos do texto originário. Ibid. p. v.

³⁹⁹ FULLER, L. L.. La moral... p.13.

⁴⁰⁰ Ibid. p. 17.

⁴⁰¹ Ibid. p. 39. Para Fuller, a própria *moral de aspiração* adquiriria sua qualidade característica por dizer respeito à criação e execução dos *deveres legais*. Ibid. p. 188.

⁴⁰² Ibid. pp. 52-53. O que vem reafirmado em: Ibid. p. 118, p. 135 e p. 188.

⁴⁰³ Ibid. p. 53.

⁴⁰⁴ Observações essas últimas que nos parecem ser depreendíveis das conclusões de Fuller. Ibid. p. 54 (parte final do tópico *A aspiração à legalidade perfeita*.) Seria mais preciso o emprego do termo *juridicidade* no lugar de *legalidade*, pois a palavra *legality* empregada por Fuller está para além de uma mera legalidade/*legalidad* que as palavras portuguesa e espanhola representam.

⁴⁰⁵ Ibid. p. 55. Para Fuller, seriam menos prováveis antinomias dentro da *moral interna do Direito*, ainda que os *desiderata* que formariam a referida moral pudessem vir a oporem-se uns aos

Imperfeição essa da moral jurídica que também seria aferível desde a própria necessidade da existência de um sistema jurídico harmônico e coerente que auxiliasse na compreensão das leis quando de suas aplicações.⁴⁰⁶ Preocupações todas essas, de Fuller, que visariam mostrar a constante e inarredável necessidade da busca de um equilíbrio que o atuar jurídico exigiria.⁴⁰⁷ O que não deixa de guardar íntima relação com aquilo que Castanheira Neves observou como fazendo parte daquela dialética que surge como a *reação moral* perante a realidade,⁴⁰⁸ e que, para o específico problema dessa investigação, vem auxiliar a compreensão da *tensão* potencializada que se gera na relação entre a realidade e os critérios/princípios - segundo momento do *ato de constituição social das realidades normativo-culturais* -, que as atuais sociedades plurais e fragmentadas apresentam.

É assim que Fuller, na busca da delimitação da moralidade especificamente jurídica, lista oito *preceitos* ou *desiderata*, que se configurariam em requisitos da *moral interna* do Direito,⁴⁰⁹ constituindo-se, mesmo, em *princípios* da

outros, daí o esperável anseio por um equilíbrio entre a estabilidade das leis com a necessária possibilidade de abertura às pressões sociais e de mentalidade. Id.

⁴⁰⁶ Ibid. p. 56.

⁴⁰⁷ Id.

⁴⁰⁸ NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 833. *Reação moral* essa que, uma vez partindo do *ato da constituição social das realidades normativo-culturais*, daquele ato que se cumpre seja implicitamente, seja de forma anônima e comum, vem a fornecer o *núcleo metodológico da intenção normativa da experiência da vida*, o que, quando considerado *explícita e tematicamente*, acaba por se revelar como uma específica *experiência jurídica*. Id.

⁴⁰⁹ FULLER, L. L.. La moral... p. 56. Os oito *preceitos* ou *desiderata* desenvolvidos por Fuller e que se configurariam em exigências constitutivas da *moralidade interna do Direito*, como expressado pelo mesmo – Id. -, seriam os seguintes: a **generalidade do Direito**, traduzida na imposição fundamental da necessidade de haver regras – Id. – para que condutas humanas possam ser submetidas ao governo das mesmas, o que decorreria da própria natureza egoísta e litigiosa do homem – Ibid. p. 66 -, constituindo-se, assim, em um *minimum*, que se externalizaria desde os atos de comunicação de tais regras – Ibid. p. 58 -; a **promulgação/publicidade**, sujeita ao princípio de utilidade marginal – Ibid. p. 60 -, já tendo uma eficácia ofuscada quanto à geração de um conhecimento por parte das pessoas em geral, sobretudo em razão das novas modalidades de leis que se têm produzido, mormente no interesse dos governantes ou de grupos de particulares muito específicos, mas que, dificilmente, importariam ao cidadão em geral – Ibid. p. 62 -; a **irretroatividade das leis** – Ibid. 62 -, que exigiria leis voltadas a ações futuras – Ibid. p. 64 -, mas que, quando do cumprimento dos complexos requisitos da moral interna do Direito, também se permitissem eventuais e justificadas leis com efeitos pretéritos, sobretudo quando se estivesse em causa, por exemplo, o não conhecimento de uma dada lei pelas pessoas sujeitas a ela ou casos em que se buscasse sanar algum vício formal – Ibid. pp. 64-65 -, ou, ainda, aqueles casos de revisão de decisões judiciais com efeitos retroativos – Ibid. p. 68 -, não se olvidando das peculiaridades e exigências que o direito criminal e o direito tributário impõem quanto ao assunto – Ibid. pp. 69-73 -; a **clareza das leis**, entendida enquanto um *ingrediente essencial da legalidade* – Ibid. p. 74 -, que demandaria pela inteligibilidade das leis, impondo àqueles que estariam no topo da cadeia de ordens – os legisladores – que não se eximissem da responsabilidade às demandas decorrentes da moral interna do Direito,

juridicidade.⁴¹⁰ Assim, Fuller estabelece os requisitos da *moral legal/moral interna do Direito*, concluindo, com arrimo na ética aristotélica, que somente a prática é que mostraria as reais dificuldades da colocação em ação dos referidos requisitos/princípios.⁴¹¹ Isso, ao problema da forma de ser dos povos, entendida enquanto um *direito*, se traduz não só nas dificuldades de ordem jurídico-metodológicas que podem advir nos momentos de formação de juízos decisórios que demandem por um critério jurídico consistente para a fundamentação da decisão mas também que a ausência de um tal critério pode redundar em decisões injustas, sobretudo quando o caso judicando trazer à tona situações-limite em que podem ter se externalizado expressividades comportamentais absolutamente contrárias à ordem de valores informadora do regulador a ser tomado em consideração na apreciação judicial.

A referida *moral interna do Direito*, tal como especificada por Fuller,

mas, ao contrário, aumenta-se a eles a responsabilidade – Ibid. pp. 75-76 -; a ***não contradição entre as leis***, que se voltaria ao cuidado dos legisladores para não prejudicarem a legalidade, não havendo uma única regra para se desfazer possíveis danos – Ibid. p. 81 -; a ***não existência de leis que requerem o impossível*** – Ibid. p. 82 -, o que teria sido destacado por Fuller justamente dentro do seu intuito geral de estabelecer “... princípios que orientem al esfuerzo humano intencionado.” – Ibid. pp. 82-83 (nota nº 29) -, pois o que a moral interna do Direito exige de uma lei de estrita responsabilidade não é que esta deixe de ordenar o impossível, mas que defina o mais claramente o possível a classe de atividade que leva consigo uma sobrecarga especial de responsabilidade legal – Ibid. p. 88 -, com o que se minimizaria a distância entre uma *dificuldade extrema de cumprimento* e a *impossibilidade de cumprimento*, pois haveria um campo indeterminado em que coincidiriam as morais interna e externa do Direito, uma vez que mudanças históricas, por exemplo, poderiam ditar um novo rumo a ser seguido – Ibid. p. 92 -; a ***estabilidade do Direito através do tempo***, que afastaria a possibilidade de danos causados por uma legislação que fosse constantemente alterada, constituindo-se em um potencial de risco de igual magnitude à própria retroatividade das leis – Ibid. pp. 92-93 - e, finalmente, a ***congruência entre a ação oficial e a lei declarada e o Direito***, que se consistiria no mais complicado de todos os objetivos que integrariam a moral interna do Direito – Ibid. p. 94 -, abarcando as regras que estariam envolvidas no devido processo legal, o direito ao *habeas corpus*, o direito ao duplo grau de jurisdição, regras de competência, o que, porém, acabaria sendo crivado pelos juízes, especialistas aptos, que teriam condições de relevar a própria integridade do Direito – Id. -, radizando a questão, sobretudo, no problema da interpretação – Ibid. p. 95 -, que ocuparia um lugar central preciso na moral interna do Direito, qual seja o de revelar a natureza cooperativa da tarefa de manter a legalidade, pois nenhuma “... concentración individual de inteligencia, percepción y buena voluntad, por estratégicamente ubicada que esté, puede garantizar el éxito al tratar de sujetar el comportamiento humano al gobierno de las leyes.” Ibid. p. 104.

⁴¹⁰ Id. *Princípios* de juridicidade que continuariam a ser assim caracterizados na réplica de Fuller aos seus críticos, de 1969. FULLER, L. L.. The morality... p. 197. Tais princípios teriam sido admitidos mesmo pelos críticos de Fuller, como Hart, Dworkin, Cohen e Summers - Ibid. pp. 197-198 -, mas teriam sido entendidos por eles tão somente como *direcionamentos gerenciais*, conforme a visão de Fuller esboçada ao longo do quinto capítulo, de 1969.

⁴¹¹ FULLER, L. L.. La moral... p. 107. A tensão entre a teoria e a prudência cotidiana estaria, para Fuller, em concentrar na estrutura formal (do Direito), esquecendo-se a atividade intencional que presumivelmente haveria de organizar a referida estrutura. Ibid. p. 127.

sinaliza, uma vez analisados em conjunto os oito requisitos da mesma, para algo semelhante à própria noção de *Estado de Direito/rule of Law*.⁴¹² O que está por detrás da maioria dos problemas de ordem prática levantados por Fuller não deixa de ser aquela *tensão* entre o Direito e a realidade,⁴¹³ que se perfaz em um dos

⁴¹² Nigel E. Simmonds, resgatando a herança de Fuller, observa que haveria uma visão do Direito *mundanal* – *general concept of law* - e uma visão *aspiracional* – *ideal or value that we call 'rule of law'* -, que seriam compatíveis entre si, desde um caminho que revelaria ser o Direito essencialmente *mundano*, apresentado-se, seja como uma *particular ferramenta* com utilidade para certos objetivos políticos valorizados, seja, agora sob o disfarce de uma *aspiração moral*, para servir de significativo foco para debates filosóficos e reflexões morais. O outro caminho possível para se dissolver o aparente conflito entre as visões mundanal e aspiracional do Direito poderia advir da distinção da própria natureza do Direito, a partir da natureza de um dos ideais-guia do mesmo, tal como a noção de *rule of law* se apresentaria. Para tal abordagem a natureza do Direito haveria que ser entendida como um conjunto de condições para as quais os sistemas legais deveriam se esforçar para se conformar, mas desde as quais todos eles seriam, provavelmente, insuficientes, apesar dos diferentes graus. SIMMONDS, N. E.. **Law as a Moral Idea**. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 44-46. Para Simmonds, seria desde o almejar um *ideal arquetípico* que haveria que se entender o *conceito de Direito* – Ibid. p. 52 -. O *conceito de Direito*, assim, haveria que ser entendido como um *archetypal concept*, enquanto um *ideal intrinsecamente moral* – Ibid. p. 54 -, e não como um *class concept* – Ibid. p. 53 -. Daí as visões *mundanal* e *aspiracional* do Direito serem reconciliáveis, pois ambas refletiriam diferentes aspectos da estrutura conceitual do Direito – Id. -, ainda que um irreduzível núcleo de tais visões não permitisse tal conciliação, quando haveria então que prevalecer a visão aspiracional. Isto porque a aspiração guia do *rule of law* seria fundamentada na *essência do Direito* – Ibid. pp. 53-54 -. Enfim, nas palavras de Simmonds, “I take Fuller’s eight *desiderata* for the rule of law as constituting an adequate (albeit provisional) account of the archetype of law.” – Ibid. p. 54, nota nº 26 -. Curiosamente, ainda que Robert. S. Summers, tenha sido um dos cinco críticos aos quais Fuller tenha elaborado o Capítulo V de seu livro *The Moralit of Law*, a análise da noção de *rule of law* de Summers deixa clara a assunção da herança de Fuller. É o próprio Fuller que sinaliza que seus críticos, entre eles Summers, teriam assumido os oito *desiderata* por ele desenvolvidos como sendo *princípios de juridicidade*. No dizer de Manuel Atienza, em sua apresentação à obra *La naturaleza formal del derecho*, de Robert S. Summers, “... la concepción de Summers al respecto es muy semejante a la de Fuller ...” A análise dos dezoito princípios que comporiam o princípio do *Estado de Direito/rule of law* de Summers, no Capítulo III de sua obra, intitulado *Los principios del Estado de Derecho*, deixa evidenciado tanto a natureza *formal* de tais princípios – p. 81 -, tal como Fuller também observara, quanto o fato de que alguns deles identificam-se com todos aqueles oito princípios que Fuller desenvolvera para caracterizar a *moralidade interna do Direito* e que, em seu conjunto, equivaleriam à noção do *rule of law*. Para o Capítulo V de *The Moralit of Law*, onde pode se verificar Robert S. Summers como um dos críticos de Fuller, bem como a observação do mesmo da assunção pelos seus críticos dos seus oito *desiderata* enquanto *princípios de juridicidade*: FULLER, L. L.. *The morality...* pp. 190-191 e pp. 197-198. Para a citação da apresentação de Atienza: ATIENZA, M.. Apresentação à obra: SUMMERS, R. S.. **La naturaleza formal del derecho**. Traducción de Pablo Larrañaga. México: Distribuciones Fontamara, 2001, p. 12. (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política – 82) Para as menções à obra de Summers, ver o Capítulo III da mesma: SUMMERS, R. S.. **La naturaleza formal del derecho**. Traducción de Pablo Larrañaga. México: Distribuciones Fontamara, 2001, pp. 79-103. (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política – 82) Guarda certa similitude a proposta de Summers com a de Simmonds na medida em que Summers também entende que a conformidade com os princípios do Estado de Direito é uma questão de grau e que alguns sistemas se conformam mais do que outros, o que, em certa medida, se aproxima da ideia de *grau* de conformidade que os sistemas jurídicos haveriam que buscar para que se respeitasse a própria noção de *rule of law*, no entender de Simmonds. Para a posição de Summers: Ibid. p. 86.

⁴¹³ NEVES, A. C.. *Questão-de-facto...* p. 833.

quatro momentos específicos do ato humano que constituiria socialmente as realidades normativo-culturais, onde a pressão social, seja pela incerteza, pelo inconformismo, por uma mudança de mentalidade, por não estar ciente de uma nova diretriz legal ou seja mesmo pela instabilidade que as alterações constantes nas regras de conduta ocasionariam, acabaria gerando no plano do estritamente jurídico aquela “... *reacção moral* perante (...) [a] realidade.”⁴¹⁴

Contudo, a análise do terceiro capítulo de *The Morality of Law* parece sinalizar para uma certa incongruência no pensamento de Fuller. Se a *moral interna do Direito*, aquela moral especificamente jurídica, assente nos preceitos listados por Fuller, que, para além de serem entendidos como *requisitos*⁴¹⁵ da referida moral, se constituiriam em *princípios da juridicidade*;⁴¹⁶ se o Direito possuiria *objetivos substanciais*, ainda que relacionados à sua *moral externa*;⁴¹⁷ se a realização prático-decisória do Direito carrega consigo a relevância da atividade interpretativa do operador jurídico, que deve se ater à uma certa *intenção* que as leis trazem com elas,⁴¹⁸ o que obviamente também pode significar uma intenção traduzida em *fins materiais* do próprio Direito; se, por fim, o Direito haveria que ser visto como o produto de uma ação recíproca de *orientações intencionais* entre os cidadãos e o governo,⁴¹⁹ haveria que se perguntar: como poderia Fuller ter relacionado seus oito

⁴¹⁴ Id.

⁴¹⁵ FULLER, L. L.. La moral... p. 56.

⁴¹⁶ Ibid. p. 106. O que vem expressado categoricamente adiante, nos seguintes termos: “... los **principios** que he expuesto en mi segundo capítulo (...) [f]orman estos **principios** ...” Ibid. p. 111. (grifo nosso) Fuller também reitera sua posição acerca da importância dos referidos *principios* tanto para a produção de um sistema quanto para a atuação prática dos operadores jurídicos, na sua réplica aos críticos de 1969. FULLER, L. L.. The morality... p. 206. Fuller chega mesmo a admitir a existência de outros princípios análogos aos oito por ele definidos como fazendo parte da moral interna do Direito. Ibid. p. 208.

⁴¹⁷ FULLER, L. L.. La moral... p. 55, pp. 57-58 e p. 110. *Objetivos substanciais* que referenda a observação de John Finnis no sentido de que Fuller teria oferecido uma “... teoria do direito natural meramente procedimental, embora não tenha negado que uma teoria substantiva do direito natural é possível e apropriada.” FINNIS, J.. **Direito natural em Tomás de Aquino. Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico**. Tradução de Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 94.

⁴¹⁸ É o que pode se depreender da análise do requisito/princípio que exigiria uma congruência entre a ação oficial e a lei - FULLER, L. L.. La moral... pp. 96-104 -, bem como quando Fuller fala da tensão entre a teoria e a prudência cotidiana, que decorreria de uma concentração da teoria na estrutura formal do Direito, esquecendo-se da atividade intencional que haveria de organizar a referida estrutura - Ibid. p. 127 -. Noção de *intenção* essa que estaria na base do próprio pensamento de Fuller, segundo a visão de Hart, conforme se observa na própria citação efetuada por Fuller em sua réplica aos críticos. FULLER, L. L.. The morality... pp. 189-190.

⁴¹⁹ Ibid. p. 204.

requisitos/princípios caracterizadores da moral interna do Direito a um *direito processual*, naquela *versão processual do direito natural*, em contraposição a um *direito natural substantivo*?⁴²⁰ A referida percepção de uma aparente incongruência é corroborada quando se percebe que Fuller expressamente assevera que o termo *processual* seria apropriado, de forma geral, para indicar que os objetivos substantivos das normas legais não lhe importariam, mas, antes, as formas desde as quais haveria que ser criado e administrado um sistema de leis para governar a conduta humana, ressaltando-se a eficácia das mesmas e a perdurabilidade no tempo.⁴²¹ Basta se tomar como exemplo um dos seus preceitos, como o que sinalizaria para a proibição de leis retroativas ou mesmo de leis contraditórias, para se verificar que o que pode ser invocado como fundamento último para invalidar tais regras é a violação do próprio princípio da justiça, norte maior do Direito.⁴²² A tentativa de Fuller de dar relevância a regras de natureza processual em detrimento de regras substantivas parece frustrar-se,⁴²³ radicando o equívoco, ao que parece, não na separação entre regras de natureza processual/procedimental que constituiriam a moral interna do Direito e as regras substanciais, relacionadas à moral externa do Direito, mas na forma como ele vislumbra essas últimas, como que as afastando da especificidade constitutiva intrínseca ao Direito e, assim, de algo

⁴²⁰ FULLER, L. L.. La moral... p. 110. Fuller observa que à palavra *processual* haveria que se dar um sentido especial e amplo que pudesse compreender, por exemplo, um *acordo substantivo* entre a ação oficial e a lei promulgada. Id. É no capítulo quarto de seu texto, intitulado *Los objetivos substanciales del derecho*, onde Fuller reafirma a referida posição de que na moral interna do Direito seriam indiferentes os objetivos substanciais do Direito. Ibid. p. 170.

⁴²¹ Ibid. pp. 110-111. Apesar de não considerar como sendo uma ordem *de Direito* o que se tinha na Alemanha nazi. Ibid. p. 122 e p. 138. O que também se corrobora quando Fuller observa, explicitamente, que o que o Direito deveria fazer – coercitividade – para lograr seus fins não se confundiria com o Direito mesmo. Ibid. p. 123.

⁴²² Não seria por outra razão que Fuller observa que as afinidades entre a legalidade e a justiça radicariam em uma qualidade compartilhada por ambas, qual seja a de atuarem por uma lei conhecida. "... así como el derecho es una condición previa del buen derecho, el obrar por medio de una ley conocida es una condición previa para cualquier avalúo significativo de la justicia del derecho." Ibid. p. 174.

⁴²³ Detrimento esse das regras de natureza substancial que pode ser visto, por exemplo, em: Ibid. p. 114, p. 115, p. 116 (distinção entre um *direito natural de fins substantivos* e um *direito natural interessado em procedimentos e instituições*), p. 119 (digressão desnecessária a uma justiça substantiva), p. 129 (sujeição do próprio Parlamento às regras do Direito), p. 175 (onde Fuller não consegue vislumbrar um *princípio oculto* que melhor fundamentasse uma atuação através de uma lei não conhecida, a não ser o próprio fato, de índole procedimental, de a referida lei ser desconhecida – violação ao requisito/princípio da moral interna do Direito da necessidade de publicidade das leis -) e p. 179 (onde Fuller reitera sua posição no sentido de que a moral interna do Direito seria neutra com relação a um amplo campo de problemas éticos).

que poderia também ser chamado como pertencente a uma *moral interna do Direito*, enquanto regras de caráter substancial. A divisão entre as morais interna e externa de Fuller, se por um lado facilita a visualização das regras/princípios de cunho procedimental e a importância dos mesmos para a compreensão de uma moral intrinsecamente jurídica, acaba por afastar o que, em muitos casos, poderia justamente caracterizar o especificamente jurídico, mas que se assentaria em fins orientados por valores, ou seja, fundamentos e mesmo critérios de cunho material/substancial. A própria noção do Direito concebida por Fuller enquanto uma *atividade intencional*, tendente, portanto, a um *fim*,⁴²⁴ sugere que tal *fim* tenha que ser orientado por algum valor.⁴²⁵ Esse posicionamento leva à conclusão de que a moral especificamente jurídica não se restringe a regras processuais ou procedimentais, pois muitas delas visam, em última instância, a um fim último que é orientado por algum valor, mormente o da justiça.⁴²⁶ Em muitas situações, o que possibilitará uma distinção prática entre algo que possa vir a ser tomado como um comportamento sujeito aos ditames do jurídico (suposta ofensa à moralidade especificamente jurídica) ou não (suposta ofensa a uma regra moral, mas não juridicizada) será, justamente, um critério ou fundamento de ordem *material*; poderia

⁴²⁴ FULLER, L. L.. La moral... p. 120, p. 132, p. 136, p. 144, p. 145, p. 161, p. 166 e p. 167. É de notar que Fuller *define* o Direito como aquela *empresa de sujeitar a conduta humana ao governo de normas*. Ibid. p. 56 (ainda não totalmente enquanto uma definição), p. 120, p. 137, p. 139, p. 145, p. 146, p. 161, p. 162, p. 165, p. 166, p. 167 e p. 174 (empresa complexa capaz de vários graus de êxito). Noção essa de *graus* que teria sido objeto de críticas por parte de Dworkin, para quem o descumprimento da juridicidade esfacelaria o Direito de uma única vez, não sendo possível falar em *graus* de êxito na experiência jurídica. Fuller rebate a referida crítica apontando que a visão de Dworkin, provavelmente, seria em decorrência da assunção do uso da linguagem ordinária, pois *law*, na linguagem ordinária, dificilmente permitiria uma compreensão parcial, ou seria ou não seria algo, ao contrário da palavra *justice*, que admitiria, na linguagem ordinária, graus de compreensão, a exemplo de uma conduta ser tida como *um pouco injusta*. FULLER, L. L.. The morality... pp. 198-200. Fuller menciona que, no geral, as críticas às suas posições poderiam ter decorrido de duas influências intelectuais: "... the common-language philosophy associated with the name of J. L. Austin; the other is utilitarianism." Ibid. p. 195.

⁴²⁵ Não seria por outra razão que o próprio Fuller reconheceu a *penetrante interação* que haveria entre meios e fins no âmbito de um sistema legal. Ibid. p. 197.

⁴²⁶ O que é destacado por Fuller. FULLER, L. L.. La moral... p. 13. Poderia se objetar, ainda, que as formulações de Fuller de princípios processuais, que seriam entendidos como requisitos da moral interna do Direito, possuiriam uma índole constitucional – ainda que uma constituição não escrita –, o que evidencia a compreensão da juridicidade esgotada na própria constitucionalidade, não deixando de ser, portanto, um contrasenso, pois tal compreensão limitaria o *status* privilegiado das referidas oito normas a uma índole constitucional, o que, em determinadas situações limite, como momentos revolucionários costumam mostrar, dificultaria a convocação dos referidos princípios para afastar condutas contrárias ao Direito como um todo. É explícita a relação que Fuller faz dos princípios caracterizadores da moral interna do Direito a uma índole constitucional, por exemplo, em: Ibid. pp. 143-144.

ocorrer que a fundamentação da convocação de tais regras demandaria um argumento de índole substancial, um valor convertido em princípio jurídico, por exemplo.

Tal análise permite também perceber que, no caso da forma de ser dos povos, é justamente a admissão da mesma enquanto um *direito* erigido em termos eminentemente materiais e constitutivos, assim, da própria *moralidade interna do Direito*, que permite a solução de problemas de ordem prática envolvendo uma moralidade especificamente jurídica do Direito tomado como o regulador a ser considerado no julgamento de um dado caso prático em confronto com outra ordem valorativa orientadora de uma moral nem sempre especificamente juridicizada e que, muitas vezes, como o continente sulamericano apresenta, vem diluída em outras dimensões, como a cosmológica no caso de algumas etnias indígenas. Referenciais de índole *material*, portanto, são inarredáveis na caracterização de uma *moral especificamente jurídica*, ao contrário do que Fuller propõe.

Também se pode perceber algum sinal de desacerto na proposta de Fuller quando o mesmo, insistentemente,⁴²⁷ procura enfatizar que o Direito requereria uma *natureza cooperativa da tarefa de manutenção da juridicidade*, que o Direito seria um processo interacional, não podendo ser visto somente como um unidirecional exercício de autoridade. O que Fuller quer mostrar é justamente a pressão conformativa que as práticas humanas também exercem sobre o Direito, aquela *tensão* entre o Direito e a realidade,⁴²⁸ onde, desde o prisma da realidade, possa se dizer que o que mais orienta as condutas são valores substanciais e não princípios procedimentais especificamente jurídicos e que, portanto, uma vez tendo a explicação do fenômeno jurídico que abarcar tal fenômeno, acaba se tornando em um argumento a contrário às pretensões de Fuller.⁴²⁹

É a própria assunção, por Fuller, da impossível tarefa de identificar o exato divisor de águas entre os planos moral e jurídico que também mostra o desacerto de se pretender vincular os princípios da moral interna do Direito, tais como

⁴²⁷ Para tanto, ver, por exemplo, algumas passagens, no já citado Capítulo V: FULLER, L. L.. *The morality...* p. 219, p. 221, p. 223, p. 225, p. 227 e p. 233.

⁴²⁸ NEVES, A. C.. *Questão-de-facto...* p. 833.

⁴²⁹ É o próprio Fuller quem reconhece que quando uma obrigação/compromisso possui um cunho *moral por natureza* haverá um fatal comprometimento na distinção entre Direito e moralidade. FULLER, L. L.. *The morality...* pp. 233-234.

desenvolvidos pelo mesmo, a regras meramente procedimentais, *sem nenhum cunho substantivo*.⁴³⁰ Fuller mesmo admite que quanto mais se tende a uma *responsabilização explícita*, mais se estaria no campo do Direito; que o problema da generalização dificilmente seria posto em uma questão moral, pois seria algo que aqui estaria pressuposto,⁴³¹ ou seja, para além de ficar explícita a dificuldade de uma definição exata do ponto divisor entre Direito e Moral, à saída buscada por Fuller há que se agregar o fato de que a solução do referido problema, quando estabelece princípios caracterizadores da moral especificamente jurídica, a *moral interna do Direito*, acaba por se converter em uma auto-contradição, pois lança os referidos princípios ao campo do especificamente procedimental.

É mais frutífera, porque mais abrangente e coerente com a própria noção do Direito, a ideia da dialética bi-polarizada entre *deveres* e *direitos* ou, para se dizer com os termos de Castanheira Neves, entre *responsabilidade* e *autonomia/liberdade*,⁴³² onde deveres e direitos derivariam de fins orientados por valores, o que já mostra, suficientemente, a diferença entre os planos moral e o especificamente jurídico, não só podendo aí serem incluídos os princípios/preceitos delimitados por Fuller, quanto regras de cunho substancial que podem ser decisivas para se saber, com mais precisão, estar ou não no campo do especificamente jurídico. As próprias noções do *exigível* e do *esperável* auxiliariam na tarefa de delimitação dos campos jurídico e moral. Não é por outras razões que o próprio Fuller acaba por admitir que em alguns casos há uma atuação recíproca das duas morais do Direito – a externa (ligada a objetivos substanciais) e a interna (ligada a normas procedimentais) -, havendo mesmo uma sobreposição entre as mesmas,⁴³³

⁴³⁰ Conforme Fuller reafirma: “Repetidas veces he manifestado que se puede decir que la moral interna es neutral con respecto a un amplio campo de problemas éticos.” FULLER, L. L.. *La moral...* p. 179, ou, ainda, p. 202 (onde Fuller trata a moral interna do Direito como uma espécie de *direito natural de procedimento ou institucional*).

⁴³¹ *Ibid.* pp. 179-185.

⁴³² NEVES, A. C.. *O direito interrogado...* p. 71; NEVES, A. C.. *Curso de Introdução...* p. 115. (mimeo); no mesmo sentido: LINHARES, J. M. A.. *O dito do Direito e o dizer da Justiça. Diálogos com Levinas e Derrida.* Em: **Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL.** Ano VIII, nº 14, Lisboa, 2007, p. 48. É de se notar que o próprio Fuller não deixa de dar atenção à importância da noção do *homem como um centro de ação responsável*, bem como das noções de culpa e intenção para o Direito. FULLER, L. L.. *La moral...* pp. 184-185.

⁴³³ *Ibid.* p. 147. Fuller chega a admitir que a adoção de um qualquer *fim substancial* poderia, sim, comprometer a própria juridicidade do Direito, ou seja, a sua moral interna. *Ibid.* p. 170.

o que não deixa de ser um argumento contra sua própria compreensão.⁴³⁴ Mesmo na análise da precária e tendenciosa forma com que os nazistas alemães davam publicidade às leis, quanto das leis rúnicas da África do Sul, Fuller insiste em dar maior relevo a um *desvio brutal* nos requisitos/princípios da moral interna do Direito, quando o que tiveram sido violados foram, antes, princípios jurídicos de índole completamente substancial, como a dignidade da pessoa humana e a não discriminação, que a análise do caso sul-africano facilmente permite perceber.⁴³⁵

É assim que Fuller chega mesmo a admitir que, em certas situações, a aplicação da moral jurídica – dos requisitos/princípios caracterizadores da moral interna do Direito – poderia ser inadequada e prejudicial, pois em certos casos a intromissão dessa moral poderia trazer mais prejuízos que resultados positivos, como poderia ocorrer em ações governamentais impositivas de certas regras de

⁴³⁴ Fuller, contudo, parece sinalizar para a admissão de que os princípios/requisitos da moral interna do Direito haveriam que se coadunar com os objetivos substanciais do Direito, ainda que, porém, não deixe de enfatizar que ao seu tempo o que a sociedade mais precisaria seria das regras do Direito e não especificamente de um *bom Direito*. Ibid. pp. 171-172 e p. 173. Que o estar fortemente comprometido com os princípios de juridicidade – princípios da moral interna do Direito – possibilitaria uma mais fácil responsabilização daqueles que deles se afastassem, ao contrário da invocação de argumentos de ordem substancial, conforme pode se depreender da análise de Fuller sobre as *raízes mais profundas* das afinidades entre a juridicidade e a justiça. Ibid. p. 176. A dificuldade de Fuller em conciliar sua insistente ênfase nos princípios caracterizadores da moral interna do Direito, de natureza *processual*, fica patente quando o mesmo admite que “Toda desviación de los principios de la moral interna del derecho es una afrenta a la dignidad del hombre como factor responsable.” - Ibid. p. 180 -, que nada mais é do que a assunção de um argumento de índole puramente *substancial*, de um *valor* convertido em um *princípio jurídico* como critério fundamentador de um suposto desvio dos princípios da moral interna do Direito. Daí Fuller chegar mesmo a admitir que a aceitação da sua concepção da moral interna do Direito, ainda que fosse necessária, não seria suficiente para que a justiça se cumprisse – Ibid. p. 185 -. Ao que finaliza seu texto admitindo, expressamente, que teria se esforçado, sobretudo em seu terceiro capítulo, por demonstrar que a moral interna do Direito, enquanto uma espécie de *direito natural de procedimento ou institucional*, afetaria e limitaria os fins substantivos que poderiam ser logrados através do Direito. Fuller conclui que o que poderia ser entendido como um princípio básico indiscutível do que pudesse ser chamado como *direito natural substantivo* seria traduzível no seguinte mandato: “Descubre, mantén, y preserva la integridad de los conductos mediante los cuales los hombres se comunican entre sí lo que perciben, sienten y desean.” Ibid. p. 202 e p. 204. Fuller, em *Means and Ends*, texto que abre a coletânea de artigos organizada por Kenneth I. Winston, fala de um *technological natural law*. FULLER, L. L.. Means and Ends. Em: WINSTON, K. I.. (Ed.) **The principles of social order. Selected essays of Lon L. Fuller**. Second printing. Durham, N.C.: Duke University Press, 1982, p. 49. O referido artigo, pelas explicações de Winston, teria sido elaborado por Fuller entre o final dos anos 1950 e início dos anos 1960, portanto, anterior a *The Morality of Law*, que é de 1964. Para a explicação de Winston: Ibid. p. 47.

⁴³⁵ FULLER, L. L.. La moral... p. 175 e pp. 177-178. A análise de Fuller no subitem *La opinión del hombre implícita en la moral legal* também visa mostrar que “... la observancia de los requisitos de moral legal [jurídica] puede ser útil a los fines más amplios de la vida humana en general.” Ibid. p. 179.

comportamentos absurdas, valendo-se do Direito.⁴³⁶ Contudo, Fuller não deixa de vislumbrar que seria a capacidade de idealizar instituições e procedimentos adequados aos problemas humanos que seria o instrumento principal pelo qual a civilização poderia esperar sobreviver em um mundo cada vez mais mutável,⁴³⁷ o que não deixa de expressar uma confiança maior em aspectos processuais do que substanciais.

É justamente quando Fuller passa a discorrer sobre quem poderia estar compreendido em uma dada *comunidade moral*, onde as pessoas teriam obrigações recíprocas e poderiam intencionar um compartilhamento de suas aspirações, possibilitando-se, assim, que os mesmos fossem considerados pertencentes a um dado grupamento humano,⁴³⁸ que a temática da forma de ser dos povos se encontra, mais intimamente, com a sua análise. Se em comunidades humanas unidas por um interesse mútuo a tarefa pudesse ser mais fácil,⁴³⁹ é bem sabido que as atuais sociedades plurais e fragmentadas muito pouco auxiliam na empreitada, convertendo-se mesmo em cenários mais propícios para os (des)encontros das diferenças. Seria na *moral de aspiração*, sustentada pela própria ideia cristã de amor ao próximo, entendida desde a parábola do bom samaritano e, assim, no sentido de se buscar sempre a maior inclusão possível de mais pessoas em uma dada comunidade, que Fuller propõe a saída.⁴⁴⁰ Contudo, ciente da aparente inexistência da imperatividade em tal tipo de moral, propõe uma *base mais firme* para decidir a questão. Seria através de um princípio moral que ditasse, em forma imperativa, a condenação de qualquer tipo de imposição de uma linha divisória entre as pessoas de várias raças/povos que compusessem uma dada comunidade, negando a um certo grupo o acesso às coisas essenciais a uma vida digna, que Fuller observa que a própria moral de aspiração, em tais casos limite, falaria em termos tão completamente imperativos quanto aqueles da moral de dever, perdendo-se aqui a própria distinção entre ambas. E isto justamente porque a moral de aspiração seria uma *moral de aspiração humana*, não podendo, portanto, recusar a *qualidade*

⁴³⁶ Ibid. pp. 185-187. O que ocorreria, também, quando houvesse uma extrapolação pela moral interna do Direito de seu domínio. Ibid. pp. 187-195.

⁴³⁷ Ibid. p. 199.

⁴³⁸ Ibid. pp. 199-200.

⁴³⁹ Ibid. p. 200.

⁴⁴⁰ Ibid. pp. 200-201.

humana aos seres humanos sem negar-se a si mesma.⁴⁴¹

Eis aqui mais um argumento para robustecer o entendimento assumido na tese no sentido de que a forma de ser dos povos constitui-se em uma esfera das mais sublimes da pessoa humana, merecedora, portanto, do devido resguardo jurídico. Todavia, bem se sabe que foi somente a duras penas, quase sempre em decorrência de uma verdadeira luta por *direitos*, que os desmandos de alguns humanos conseguiram ser afastados e as respectivas esferas afetadas salvaguardadas. É de se concordar com Fuller que a fundamentação para o reconhecimento das diferenças tenha em sua percepção da moral de aspiração *humana* um significativo argumento; porém, problemas de ordem prática só serão solucionados em um rumo jurídico-metodologicamente adequado quando se passar da esfera da *tolerância* para a esfera da *obrigatoriedade do respeito*, onde a maldade humana, externalizável pelo repúdio e até mesmo pelo ódio, possa ser verdadeiramente contida. Isso não implica que soluções outras, que não toquem problemas de responsabilizações mais gravosas, sobretudo aquelas com repercussões criminais, não possam ser desenvolvidas e colocadas em prática.⁴⁴² Contudo, como alguns dos exemplos que as realidades sulamericanas até os presentes dias ainda mostram,⁴⁴³ percebe-se que a ausência de um critério especificamente *jurídico*, desde a respectiva conversão em um *direito*, como a proposta defende, parece sinalizar para soluções jurídicas que podem tender a

⁴⁴¹ Ibid. p. 201.

⁴⁴² Uma solução que poderia ser invocada aqui poderia decorrer da dialética entre o *reconhecimento das autonomias* – traduzidas nos direitos – e os *compromissos comunitários* implicados na *integração* – traduzidos na responsabilidade, – que sinalizaria que só seria efetivamente factível, colocável em prática, quando se estivessem em causa pessoas em um dado conflito humano que já tivessem passado por um processo mínimo de enculturação. Isto não exclui, diga-se desde já, que uma proposta que parta de um tal fundamento não seja admitida para a solução de problemas de ordem prática decorrentes dos (des)encontros humanos. Afinal, tal como indagado logo no início da investigação, como seria de se admitir, para fins de responsabilização *jurídica*, que fosse exigível um respeito a uma determinada ordem valorativa informadora e mesmo ao conjunto de regras válidas em uma comunidade, traduzindo-se tal respeito à expressão da própria *responsabilidade* que a dialética do convívio humano impõe, sendo que a pessoa a ser responsabilizada não teria orientado sua conduta por tais critérios/fundamentos? Formulações inspiradas em Castanheira Neves: NEVES, A. C.. O direito como validade... p. 163.

⁴⁴³ Recorde-se da manutenção da tradição do infanticídio das crianças com deficiências físicas ou mentais, como ainda ocorre com o povo indígena Suruwahá no Brasil, ou mesmo do caso da mutilação genital feminina, realizada pelas mães da comunidade indígena Emberá-Chamí, que vive no *Resguardo Indígena Unificado Emberá-Chamí del Rio San Juan de Pueblo Rico*, em Risalda, Colômbia, inicialmente abordados.

injustiças. Para além disso, a dialética *sistema X problema* só se perfaz com a existência de critérios ou fundamentos especificamente *jurídicos*.

A referida análise crítica ao posicionamento de Fuller, dessa forma, não implica o desmerecimento da proposta como um todo, pois a sensibilidade do mesmo para o que caracterizaria a *moral interna do Direito*, elevando os respectivos requisitos a princípios jurídicos, ainda que a maioria deles já o fossem assim entendidos, auxiliaria em muito a resolução de problemas de ordem prática que viessem exigir dos juristas uma delimitação mais apurada dos limites entre o estritamente jurídico, entre aquela moral que pode ser qualificada como jurídica e, assim, exigível, daquilo que, ainda que possuidor de um viés moral, não se cingisse aquela moral genuinamente jurídica, sendo, portanto, somente *esperável*, o que leva a um segundo contributo analítico que pode melhor esclarecer não só a distinção entre a realidade e os critérios/princípios - primeiro momento do *ato de constituição social das realidades normativo-culturais* -, quanto a *tensão* que é gerada na mediação entre a referida realidade e o arcabouço orientativo (critérios/princípios – segundo momento do referido *ato* -). Tal contributo é o de Leon Petrazycki.

3.1.4.1.3 O contributo de Leon Petrazycki para a compreensão do segundo momento do *ato de constituição social das realidades normativo-culturais* e a importância da reflexão para uma melhor compreensão da *tensão* potencializada derivada da relação entre a realidade e os critérios/princípios que as sociedades plurais e fragmentadas apresentam.

Para Leon Petrazycki,⁴⁴⁴ a moralidade seria vista como uma *força motivadora da própria evolução da humanidade*, tal como o Direito;⁴⁴⁵ a moralidade

⁴⁴⁴ Foram-me elucidativos para uma primeira aproximação aos textos de Leon Petrazycki os seguintes escritos: GORECKI, J.. Leon Petrazycki. Em: GORECKI, J.. (Ed.) **Sociology and jurisprudence of Leon Petrazycki**. Urbana/Chicago/London: University of Illinois Press, 1975, pp. 01-15. TREVIÑO, A. J.. On Leon Petrazycki, Law and Morality. Em: TREVIÑO, A. J.. (Ed.) **Classic writings in law and society**. Second edition, revised and expanded. New Brunswick and London: Transaction Publishers, 2011, pp. 151-170.

⁴⁴⁵ GORECKI, J.. Prefácio à seguinte obra: GORECKI, J.. (Ed.) **Sociology and jurisprudence of Leon Petrazycki**. Urbana/Chicago/London: University of Illinois Press, 1975, p. ix.

seria compreendida pelas normas que estabeleceriam *obrigações livres/gratuitas* em relação às outras pessoas; ou seja, tais normas prescreveriam autoritariamente certas condutas, contudo, não propiciariam aos outros nenhum tipo de pretensão ou direito de exigirem o cumprimento das mesmas.⁴⁴⁶ Daí a moralidade guardar a característica da *imperatividade*⁴⁴⁷ – *esperável* –, mas não da *imperatividade*

Jan Gorecki observa que, para Petrazycki, tanto o fenômeno legal quanto o moral estariam na mente das pessoas e não nas normas. Id.

⁴⁴⁶ PETRAZYCKI, L.. **Law and morality**. Translated by Hugh W. Babb, with an introduction by Nicholas S. Timasheff and with a new introduction by A. Javier Treviño. New Brunswick (U.S.A.) and London: Transaction Publishers, 2011, p. 46. (Law & Societies Series) Também: Ibid. p. 76, p. 92, p. 116 (aqui Petrazycki também menciona a tendência da moralidade em ser *flexível* e *elástica*) e p. 117 (dependência da moralidade das visões individuais e conseqüente indefinição integral da mesma). Petrazycki explica que, em termos gerais, a noção de moralidade muitas vezes acaba sendo confundida com aquilo que ele chamava de *intuitive law*, conforme se explicitará. Ibid. p. 89. Sempre que houvesse algum tipo de invasão sobre algo atribuído a outrem, se estaria ante um fenômeno legal e não moral. Ibid. p. 60. Juízos sobre experiências estéticas não poderiam se enquadrar nem como morais nem como legais. Id. Todos os referidos fenômenos, morais, jurídicos e estéticos, teriam suas raízes assentes na esfera de seus conteúdos impulsivos e não intelectuais. Ibid. p. 61. Para a característica da unilateralidade da moral: Ibid. p. 192. Na *ciência da moralidade* não haveria nenhuma doutrina correspondente àquela do Direito concernente aos objetos, conforme os vários tipos de direitos. Ibid. pp. 192-193. Para Petrazycki, a então corrente identificação da moralidade com altruísmo ilustraria e enfatizaria o fato de que a natureza da moralidade seria essencialmente desconhecida e que as visões práticas e o raciocínio de indivíduos particulares haveriam que ser substituídos por um estudo psicológico-objetivo do fenômeno. Diante disso, Petrazycki propôs uma nova classificação das obrigações, compreendendo obrigações sem um endereçamento (obrigações objetivas ou neutras) e obrigações que possuiriam um endereçamento, subdividindo-se estas em *obrigações abomináveis/odíáveis* e *obrigações caritativas*. Tal classificação, voltada ao *endereçamento*, valeria para as obrigações legais e experiências em geral. Ibid. pp. 201-206, também em Ibid. p. 214, onde Petrazycki atenua a equiparação, observando a natureza puramente imperativa da moral. Ocorre que Petrazycki, ao assumir a referida classificação, igualando os tipos de obrigações *morais* e *legais*, e colocando debaixo do referido espectro de abrangência não só tais obrigações mas também *direitos* enquanto *sujeitos de direitos*, espíritos de pessoas falecidas, divindades e mesmo animais, acaba por confundir, novamente, o plano do especificamente *jurídico* com o *moral* e por não perceber que “... *pensar em referência em homem* é a própria condição essencial de possibilidade – é o pressuposto constitutivamente irredutível da juridicidade, já que sem a subjectivação e a imputação no homem, na sua liberdade-autonomia e na sua responsabilidade, não estaremos no universo jurídico e não poderemos falar de direito. (...) O que é o direito sem o ‘sujeito de direito’, na sua auto-disponível autonomia, que vai necessariamente implicado no reconhecimento e na atribuição de direitos e na imputação da responsabilidade? O que é o direito sem a simetria da correlatividade que se anula com a só atribuição de ‘direitos’ a uns e a exclusiva responsabilidade a outros – assim, com a atribuição de direitos aos animais e às coisas, já que, ao faltar-lhes a autonomia ética e não podendo evidentemente ser responsáveis, a responsabilidade caberia exclusivamente aos homens? Seria isso o inadmissível esquecimento de que o direito é, no plano do sentido e no plano histórico-cultural constitutivo e diferenciador, a emergência de um específico sentido civilizacional no mundo humano e muito particular aquisição humano-cultural chamada a resolver o problema da convivência dos homens nas suas comunidades humano-histórico-sociais ...” NEVES, A. C.. O direito interrogado... pp. 75-76.

⁴⁴⁷ PETRAZYCKI, L.. Op. cit. p.118. Maria Ossowska resume as noções de normas morais e normas jurídicas de Petrazycki: “... moral norms are norms wick command without authorizing anybody to claim the deed commanded, while legal norms are not just unilaterally binding, but give to others a right to claim the fulfillment of the norm.” OSSOWSKA, M.. Moral and legal norms. Em:

atributiva/bilateralidade, intrínseca ao Direito, pois que *exigível*.⁴⁴⁸ A validade de uma pretensão só se justificaria, conforme Ossowska, se fosse largamente experienciada pelo grupamento humano de que a pessoa que pretenderia se valer dela fizesse parte. Seria aquela pressão conformadora das condutas que os próprios semelhantes exerceriam uns aos outros. Isto daria uma certa estabilidade à definição *psicológica* de Petrazycki.⁴⁴⁹

Outro ponto decorrente das formulações de Petrazycki e que vem ao encontro do estudo da forma de ser dos povos, enquanto proposta jurídica para a solução de problemas práticos decorrentes dos (des)encontros das diferenças, e à própria consideração da *tensão* entre o âmbito especificamente jurídico/*experiência jurídica – nível reflexivo* - e aquele nível *pré-reflexivo*, onde repousariam aqueles *atos da constituição social das realidades normativo-culturais*, implicitamente cumpridos e, assim, oferecendo o *núcleo metodológico da intenção normativa da <<experiência da vida>>* -; afinal, a forma constituinte originária da própria juridicidade daqui é que partiria -,⁴⁵⁰ é a noção de *intuitive law*, pois, no dizer de A. Javier Treviño, “What is the nature of intuitive law in a multicultural society?”⁴⁵¹

Para Petrazycki, o *intuitive law* ou as *intuitive legal experiences* concerneriam àquelas experiências as quais não conteriam referências a uma autoridade externa, sendo independentes dela;⁴⁵² consistiriam naquelas experiências imperativo-atributivas que não envolveriam uma referência à autoridade

GORECKI, J.. (Ed.) **Sociology and jurisprudence of Leon Petrazycki**. Urbana/Chicago/London: University of Illinois Press, 1975, p. 107.

⁴⁴⁸ PETRAZYCKI, L.. Op. cit. p. 47. Sobre o caráter da *atributividade* do Direito: Ibid. pp. 47-49.

⁴⁴⁹ OSSOWSKA, M.. Op. cit. pp. 110-111. “Petrazycki himself often interpreted his distinction in that way, for example, when he was stressing the pressure of social claims upon the mind of individuals or when he described the social evolution of norms.” Ibid. p. 111. Pretensões desarrazoadas, contudo, seriam afastadas – Ibid. p. 112 -. A referida concepção de Petrazycki, separando o Direito da Moral, teria como antecedente as distinções elaboradas por escritores do século XVIII, quando distinguiram *caridade* de *justiça*. Ossowska cita a distinção de John Stuart Mill entre *deveres de obrigações perfeitas*, que seriam *exigíveis*, e *deveres de obrigações imperfeitas*, que seriam aquelas obrigações morais, que não gerariam qualquer direito. Ibid. pp. 113-114.

⁴⁵⁰ Para os níveis pré e reflexivo: NEVES, A. C.. Questão-de-facto... pp. 833-835.

⁴⁵¹ TREVIÑO, A. J.. Introduction in: PETRAZYCKI, L.. **Law and morality**. Translated by Hugh W. Babb, with an introduction by Nicholas S. Timasheff and with a new introduction by A. Javier Treviño. New Brunswick (U.S.A.) and London: Transaction Publishers, 2011, p. xxv. (Law & Societes Series)

⁴⁵² PETRAZYCKI, L.. Op. cit. p. 57. “In everyday life, we ascribe to ourselves and to others various rights at every step and act in conformity therewith – not at all because it is so stated in the Code or the like, but simply because our independent conviction is that it should be so.” Id.

alheia;⁴⁵³ onde não haveria nem comandos emanados da autoridade, nem fatos normativos de qualquer tipo;⁴⁵⁴ possuindo tais normas e experiências, muitas vezes, um caráter categórico;⁴⁵⁵ demandando pretensões com correlatas obrigações;⁴⁵⁶ podendo até apresentarem um conteúdo *extremamente irracional e bárbaro*;⁴⁵⁷ podendo variar em cada indivíduo, desde uma definição conteudística moldada a partir de cada condição pessoal e das circunstâncias de vida, podendo o *intuitive law*, portanto, se referir a uma família, grupo de pessoas ou mesmo a uma comunidade como um todo, sendo possível, com isso, resultar em um *intuitive law* mais ou menos congruente.⁴⁵⁸ Daí Petrazycki falar de um caráter, ao mesmo tempo, *diverso e individual*,⁴⁵⁹ conformando-se livremente com específicas e individuais circunstâncias de uma dada situação da vida, não sendo constrangido nem por um prévio padrão de preceitos correspondentes, nem por costumes estabelecidos, tal como ocorreria com o direito positivo;⁴⁶⁰ possuindo, assim, a característica da variabilidade e da adaptabilidade,⁴⁶¹ o que, contudo, poderia atribuir ao *intuitive law* uma pior qualidade que o direito positivo, o que poderia decorrer do fato de se realizar por uma mútua comunicação psíquica em diferentes círculos de pessoas, podendo, dessa forma, contrapor-se a interesses opostos mais estabilizados, ainda que mais prejudiciais.⁴⁶² Mesmo no campo da moralidade Petrazycki admitiria elementos de natureza tanto intuitiva quanto positiva;⁴⁶³ o *intuitive law* seria atinente

⁴⁵³ Ibid. p. 155. Não referência a uma autoridade, contudo, que acaba por ficar um tanto quanto duvidosa desde as formulações de Petrazycki, pois quando o mesmo distingue *Official* e *Unofficial Law*, acaba reconhecendo que muitas vezes o *intuitive law* é recepcionado pelos tribunais, passando a fazer parte do próprio *Official Law*. Também suscita certa confusão entre os planos a afirmação de que quando uma autoridade decidisse imparcialmente e sem preconceitos/pré-juízos estaria decidindo de acordo com o *intuitive law*. A própria submissão do ato de atribuição de culpa e consequente imposição da sanção à *consciência dos juizes*, sendo entendidos como atos de *intuitive law* vai no mesmo sentido de olvidar-se das especificidades do jurídico e da inafastável convocação de seus elementos quando do processo de formação de juízos decisórios. Em todos os casos o que exsurge das explicações pode levar a maiores confusões que esclarecimentos. Para as posições de Petrazycki: Ibid. pp. 292-294.

⁴⁵⁴ Ibid. p. 155.

⁴⁵⁵ Ibid. p. 159.

⁴⁵⁶ Ibid. p. 219.

⁴⁵⁷ Ibid. p. 224.

⁴⁵⁸ Ibid. p. 225.

⁴⁵⁹ Ibid. p. 226.

⁴⁶⁰ Id.

⁴⁶¹ Id. e Ibid. p. 267 (para a flexibilidade e mutabilidade do *intuitive law*).

⁴⁶² Ibid. p. 227.

⁴⁶³ Id.

a indefinidos escopos, possibilitando uma ilimitada aplicabilidade;⁴⁶⁴ normas intuitivas apareceriam verdadeiras e válidas por si mesmas, daí possuírem, para a *mentalidade legal*, o mais alto posto ou classificação, servindo de critérios, inclusive, para a desaprovação de normas positivas.⁴⁶⁵

Contudo, uma vez Petrazycki admitindo o *intuitive law*, nos moldes acima apontados, como uma *espécie ou subclasse* do fenômeno jurídico,⁴⁶⁶ não se estaria confundindo o âmbito pré-reflexivo do Direito, de onde a juridicidade brota, com aquilo que verdadeiramente constituiria o especificamente jurídico? Ou, ainda, não seria somente por aquela consideração, *explícita e tematicamente*,⁴⁶⁷ que se poderia falar de uma propriamente dita *experiência jurídica*, ao menos para o Direito desde sua específica matriz civilizacional europeia-ocidental?⁴⁶⁸ O que se pode concluir é que a *formação espontânea da juridicidade*,⁴⁶⁹ o *intuitive law* de Petrazycki, não passaria de um ato constitutivo produzido ainda em um nível pré-reflexivo e, portanto, não devendo “... o pensamento jurídico abdicar, pois é essa a sua função, da análise e da crítica refundamentante dos conteúdos jurídicos socialmente oferecidos, quanto à sua estrutura e validade próprias.”⁴⁷⁰ Isto porque somente assim, desde tal processo de tematização/problematização do jurídico, é que se pode “... orientar criticamente a vida jurídica e considerar a autêntica validade do direito que concretamente se realiza.”⁴⁷¹ Talvez seja justamente por ter percebido a inafastável necessidade crítico-refundamentante do processo de problematização reflexiva que o jurídico requer que Petrazycki tenha observado que, com respeito à moralidade, enquanto parte da *estrutura intelectual da experiência moral*,⁴⁷² só parecerá *completa e exaustiva* se havendo conformidade com a natureza *imperativo-*

⁴⁶⁴ Ibid. p. 228.

⁴⁶⁵ Id.

⁴⁶⁶ Ibid. p. 221.

⁴⁶⁷ NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 833.

⁴⁶⁸ Id.

⁴⁶⁹ Ibid. p. 834.

⁴⁷⁰ Ibid. pp. 834-835.

⁴⁷¹ NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 835. “Demitir-se-ia o pensamento jurídico da sua verdadeira vocação se renunciasse a ser em todos os planos a autónoma consciência crítica da juridicidade e se se abandonasse às formas de irracionalismo e misticismos jurídicos que se cobrem com as designações de <<direito da vida>>, direito emergente da <<natureza das coisas>>, etc.” Id.

⁴⁷² PETRAZYCKI, L.. Op. cit. p. 56.

*atributiva das impulsões legais.*⁴⁷³

Dessa forma, se por um lado é de se admitir a delimitação do campo especificamente moral, tal como construído por Petrazycki, por outro, parece ter o mesmo fracassado tanto ao tentar incluir o *intuitive law* como fazendo parte da *base do conceito de Direito*⁴⁷⁴ quanto pelo próprio fato de admitir como sendo experiências *de Direito* as situações representativas de interesses de grupos localizados, mesmo que pautadas por valores contrários à ordem jurídica.⁴⁷⁵ Eis mais uma ocasião para se perceber que a tentativa de se criar uma *definição* do Direito e, assim, uma tal empreitada teórica, não é o caminho adequado para se perceber o fenômeno jurídico, o que reforça a tese de que o que importa para se perceber tal fenômeno é, antes, o esforço em se conseguir distinguir aquelas experiências que poderiam ser entendidas como sendo *de Direito* ou não. Eis, ainda, mais uma oportunidade para se perceber como os problemas derivados dos (des)encontros das diferenças são proveitosos à reflexão jurídica, pois lançam o desafio da busca de referenciais especificamente jurídicos que os possa resolver.

Para além disso, tentando esboçar algum tipo de resposta ao questionamento de Javier Treviño acerca do que poderia ser considerado um *intuitive law* dentro das atuais sociedades plurais e fragmentadas – multiculturais⁴⁷⁶ -, ainda que se consiga perceber a intenção de Petrazycki para mostrar a força disciplinadora que as situações da vida apresentariam, dificilmente tal pluralidade orientadora poderia ser um parâmetro *jurídico* minimamente seguro para ser tomado em consideração quando da solução de problemas judicandos; sobretudo quando tais problemas de ordem prática derivassem de (des)encontros das diferenças, mormente porque tais normas decorrentes do *intuitive law*, em razão do alto posto que ocupariam na *mentalidade legal* das pessoas, poderiam, como o próprio Petrazycki reconhece, equivaler tanto a *sublimes entusiasmos* quanto a *fanatismos*,⁴⁷⁷ o que está longe de ser o minimamente desejável para a solução de

⁴⁷³ Ibid. p. 57.

⁴⁷⁴ Ibid. p. 221 e p. 229 (*intuitive law* enquanto base da ordem legal).

⁴⁷⁵ Ibid. p. 227. Aqui colocando-se a ressalva de que Petrazycki pode estar se valendo da referência à *experiência de direito* a quaisquer formas de regulação da vida em sociedade, como as características do *intuitive law* sugerem.

⁴⁷⁶ TREVIÑO, A. J.. Introduction... p. xxv.

⁴⁷⁷ PETRAZYCKI, L.. Op. cit. p. 228.

questões envolvendo (des)encontros humanos.

Também se pode recorrer a uma das distinções que Petrazycki apresenta entre o *intuitive law* e o *positive law*, onde aponta que quanto maior a diversidade da estrutura da população em educação, nacionalidade, religião, interesses de classes, etc, o que, conseqüentemente se traduziria em uma ampliação das fronteiras do *intuitive law*, mais abundantes e maiores seriam os desacordos e as colisões entre o *positive law* e o *intuitive law* dos diferentes elementos sociais,⁴⁷⁸ para se concluir que não seria em uma tal base fundante dos direitos – *intuitive law* – que se haveria de cogitar poder extrair um qualquer fundamento jurídico para a solução de problemas práticos derivados de (des)encontros das diferenças.

As formulações de Castanheira Neves, portanto, no que se refere ao *ato de constituição social das realidades normativo-culturais*, sugerem uma *mediação* entre realidade e avaliação daquele *pré-saber jurídico* que as pessoas em geral e os juristas em particular e de forma privilegiada possuem. Não se trata de um ato pautado por quaisquer valores, oriundos, por exemplo, da moralidade em geral, que poderão subsistir quando da tarefa já reflexiva que o pensamento jurídico exercerá em um segundo estágio. A percepção de Petrazycki, ao contrário, considera, sem mais, elementos de quaisquer ordens como sendo passíveis de formar a base de sustentação do eminentemente jurídico, do próprio Direito, sem tematizar suficientemente a distinção de capital importância que Castanheira Neves faz.

Assim, é também neste ponto que o reconhecimento da *forma de ser dos povos*, tal como formulada e justificada, se mostra superadora. O que Petrazycki não percebeu foi que a justificativa, o fundamento mesmo, para que expresividades comportamentais típicas dos povos e não *meros interesses grupais localizados* sejam respeitados, eximindo as pessoas que externalizaram tais comportamentos de qualquer tipo de responsabilização *jurídica*, é o que estaria por detrás, o que fundaria e justificaria o *dever de respeito* a tais condutas, sem que com isso implicasse a assunção ou concordância tanto com os valores orientadores de tais condutas quanto das condutas em si. A *forma de ser dos povos*, portanto, entendida e reconhecida enquanto um *direito*, permite perceber/delimitar mais claramente que

⁴⁷⁸ Ibid. p. 233.

esfera do ser humano se tocaria quando se estivesse tratando de tais comportamentos, o que, justamente, vem a ser a proposta fundamental do reconhecimento e da respectiva *exigência* de respeito da mesma. Afinal, a proposta também não se resume a um simples focar a *natureza* humana, seja individualizada em cada uma das pessoas, seja vista sob uma ótica alargada, enquanto fruto dos próprios *modos-de-ser* típicos das pessoas de um dado povo. Trata-se, antes, de uma adequada compreensão da constitutividade conteudística da *forma de ser dos povos* enquanto e, sobretudo, fruto de um complexo conjunto de fatores co-constitutivos, vertendo-se mesmo em uma orientação axiológica já devidamente incorporada/conscientizada pelas pessoas de dado povo que, ao mesmo tempo em que orienta e fundamenta as expressividades comportamentais, também, a partir dessas próprias práticas, vai fornecendo, em uma circularidade constitutiva incindível, uma orientação ao referido arcabouço axiológico pluralmente edificado, constituindo-se, portanto, em uma esfera da própria *pessoa humana* e, assim, merecedora do devido resguardo jurídico.

Por fim, há que se recordar que as expressividades comportamentais passíveis de serem levadas às barras do Judiciário, em conflitos decorrentes de (des)encontros das diferenças, são orientadas por ordens informadoras distintas daquela de que se valerá o julgador, muitas vezes constituindo-se em comportamentos assentes em práticas, tradições, costumes, rituais sagrados, etc, que não guardam nenhuma relação parametrizadora com os critérios e fundamentos jurídicos informadores da ordem jurídica a ser tomada em consideração no momento da apreciação judicial. Isso, portanto, demanda uma consideração de tais formas de ser em termos restritivos quanto ao período de apropriação, pois do contrário se estaria afetando outra base valorativa informadora, que seria a do julgador, vertendo-se, assim, em uma incongruência. Ademais, violar-se-ia a lógica da *autonomia* e da *responsabilidade*.

Se ante a emergente *dialética* que exsurge como *reação moral* decorrente da autonomia dos princípios e a resistência imposta pela realidade pode-se perceber, e mesmo testar, o contributo que a noção de forma de ser dos povos traz ao Direito e mesmo à aspiração de uma sociedade mais justa e igualitária, é desde o

terceiro momento do *ato da constituição social das realidades normativo-culturais*⁴⁷⁹ que se pode perceber aquela imposição de uma direção definida àquela *reação moral* “... mediante os problemas normativos concretos em que se precipitam as exigências ou os princípios de validade em face dos dados concretos da realidade social.”⁴⁸⁰

3.1.4.1.4 O terceiro momento do *ato de constituição das realidades normativo-culturais* e a relevância para a compreensão da forma de ser dos povos.

A noção da *forma de ser dos povos*, reconhecida enquanto um *direito*, acaba por ser um referencial jurídico analítico privilegiado para se perceber não só uma *aparente* limitação a tal compreensão do Direito aqui assumida, mas, de forma oposta e principal, que a depender do entendimento que se tenha da referida noção pode se encontrar aí mais um robusto elemento jurídico-argumentativo não só de uma compreensão do Direito em sentido forte mas também que a assunção de tal compreensão não implica, de forma alguma, um isolamento irrefletido avesso e mesmo impotente às pressões conformativas que a realidade, cada vez mais, vem impondo a esse Direito.

Se são justamente os problemas normativos concretos que têm essa tarefa diretriz à *reação moral* emergente da realidade, para aqueles casos decorrentes dos (des)encontros das diferenças, muito dificilmente se encontraria um argumento jurídico consistente, que servisse de parâmetro aos julgadores sem que, ao ser convocado, não resultasse em um possível afastamento do referencial maior do Direito, qual seja a *justiça*. A noção da *forma de ser dos povos*, tal como é desenvolvida, mostra-se superadora, uma vez que seja assumida como um parâmetro, um *critério*, especificamente *jurídico*, enquanto um elemento co-constituivo da juridicidade, possibilitadora, desde sua formulação, de uma constante atualização prática real e judicativa.

A *direção* da *reação moral* que o terceiro momento do *ato de constituição*

⁴⁷⁹ NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 833.

⁴⁸⁰ Id.

social das realidades normativo-culturais demanda, portanto, uma vez sendo admitida a forma de ser dos povos enquanto um *direito*, se constituirá em um referencial seguro em termos judicativo-decisórios, auxiliando, de forma clara, o *direcionamento da reação moral* já conteudisticamente juridicizada, ou seja, não uma qualquer reação orientada por uma qualquer moral, mas sim uma reação desde a moral especificamente jurídica.

3.1.4.1.5 O quarto momento do *ato de constituição das realidades normativo-culturais* e a relevância para a compreensão da forma de ser dos povos.

É justamente a partir do **quarto** momento do *ato da constituição social das realidades normativo-culturais*, qual seja daquele que, ao evoluir, possibilita a “... contínua revisão problemática, perante o revelar-se de aspectos antes inconsiderados ou de novos dados dessa realidade, e mediante a qual os problemas vão adquirindo uma maior determinação, um sentido mais concreto e cada vez mais diferenciado, (...)”,⁴⁸¹ que se pode perceber, ainda, os ganhos que a noção da *forma de ser dos povos* carrega consigo.

A referida noção, uma vez juridicizada, se converterá em importante elemento jurídico impulsionador do processo revisional que a prática judicativa exerce no âmbito problemático que, muito provavelmente, toca uma das áreas onde o foco de conflituosidade tende a ser cada vez mais alargado, dadas as circunstâncias fáticas que as atuais sociedades plurais e fragmentadas têm imposto. Isso porque tanto os critérios quanto os fundamentos da ordem jurídica tomada em consideração pelo julgador mostram-se insuficientes ante a apreciação de uma conduta decorrente da externalização de um comportamento típico de um dado povo que, aos olhos da comunidade do julgador, é tida como censurável juridicamente. Em razão disso, o *direito da forma de ser dos povos* exsurge como a afirmação de um critério jurídico superador pois que nos seus próprios termos, enquanto fórmula possuidora de um viés universalista – refere-se à *natureza comum da forma de ser de todos os povos*, daquele mecanismo universal de constituição dos mais variados

⁴⁸¹ Ibid. pp. 833-834.

modos de ser –, sem que com isso deixe de carregar consigo aquilo que talvez possa ser chamado como a *tábua de salvação* para o respeito às diversidades, qual seja o respeito às particularidades. A noção expressa pela referida fórmula, assim, consegue equacionar o aparentemente insolucionável problema da relação entre o universal e o particular que os problemas dos (des)encontros humanos carregam.⁴⁸²

É nesse sentido da busca de um critério especificamente jurídico para a solução de problemas envolvendo (des)encontros entre diferenças que se pode concluir, também com Castanheira Neves, que “... do acto que ao cumprir-se implicitamente, ou de modo anónimo e comum, nos oferece o núcleo metodológico da intenção normativa da <<experiência da vida>> e que, ao ser considerado explícita e tematicamente, logo se revela como uma específica <<experiência jurídica>>.”⁴⁸³

3.1.4.2 Da exigência de um parâmetro analítico especificamente *jurídico* para o adequado perfazimento do *ato de constituição social das realidades normativo-culturais*.

Em termos sintéticos e conclusivos, haveria que se retomar a pergunta originariamente lançada: faria algum sentido ter em conta um específico e singular *ato de constituição social das realidades normativo-culturais* – o ato constitutivo que põe a realidade normativa - quando o que estaria em jogo, na verdade, seria antes ordens valorativas informadoras do agir humano diferenciadas?

Se a “... determinação normativa decisiva vem ao direito com fundamento em princípios e critérios normativo-jurídicos próprios, e em último termo com

⁴⁸² A análise da monografia de Augusto Silva Dias sobre os *crimes culturalmente motivados* mostrou ser mais acertado o emprego do termo *enculturação* ao invés de *aculturação* por se entender que esta exige uma assimilação dos valores e regras da outra cultura, fruto do contato entre a cultura e o sincretismo e mestiçagem culturais que frequentemente daí resultam, ao passo que a *enculturação* exprime um aspecto central do processo de socialização, ou seja, a inscrição no indivíduo da cultura que lhe é transmitida. DIAS, A. S.. **Crimes culturalmente motivados. O direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas.** Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016, p. 92, nota nº 239.

⁴⁸³ NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 833.

fundamento na sua intenção normativa autónoma, enquanto o seu específico princípio de determinação, ...”⁴⁸⁴ haveria que se perguntar: como poderia uma expressividade comportamental típica de um povo ser respeitada se o arcabouço axiológico que a orientara pode ter sido distinto de tudo o que fundamenta o Direito considerado na apreciação judicial de um caso jurídico? A resposta não só exige mas, antes, justifica, a consideração de uma tal dimensão do *ser humano*, de uma tal esfera singular e sublime da própria subjetividade humana, enquanto um *direito*, pois que é tocante à própria noção de *homem-pessoa*. Só assim é que se poderá resolver tais casos, desde a performatividade de realização constitutiva que o Direito exige.

Poder-se-ia, então, ainda, se perguntar: por qual razão a forma de ser do povo herdeiro da matriz civilizacional europeia ocidental ainda não teria erigido uma tal esfera à categoria de um *direito*? A resposta não poderia ser outra que não pelo simples fato de que as expressividades comportamentais típicas dos povos herdeiros da referida matriz civilizacional já estão incorporadas enquanto referentes constitutivos do *humanamente considerável*, do *humano* conforme a ótica dos próprios membros dos povos herdeiros da aludida matriz. As expressividades comportamentais típicas, aqui, são o comportamento padrão, desejado e esperado, tão enraizadas no espírito humano das pessoas, quanto o são e estão aquelas expressividades de outros povos para aqueles povos. O que a investigação tem procurado mostrar, portanto, é a insuficiência que os atuais critérios e fundamentos jurídicos têm para a solução de problemas de ordem prática envolvendo (des)encontros das diferenças. E a resposta a essa última indagação ainda se complementaria com a justificativa de que a admissão de um tal reconhecimento e respeito seria impensável em outros momentos da história.

3.2 APENAS UMA QUESTÃO DE DIREITO CRIMINAL?

Seriam os problemas dos (des)encontros das diferenças suficientemente tratados - guardando, portanto, o devido grau de justeza judicativo-decisória - a partir

⁴⁸⁴ NEVES, A. C.. As fontes do direito... p. 236.

das construções dogmáticas, jurisprudenciais e legislativas assentes no Direito Criminal? A partir dessa indagação logo se percebe que um primeiro problema é o do enquadramento da questão na seara criminal, partindo de dois pontos de vista que apontarão dois caminhos diferentes às possibilidades de resposta. A consideração da *forma de ser dos povos* como um *direito* ou não levar em consideração propostas de solução distintas.

Uma delas desconsideraria o fato de estar na base de tais problemas uma dimensão da própria subjetividade humana, tocante à própria existência constitutiva da *pessoa* ou, mesmo que relevando a situação diferenciada do acusado, a tematizaria unicamente em função da sua *cultura*, ajustando-se nas hipóteses da *defesa cultural* ou do *erro cultural*, para além de outros enquadramentos e nomenclaturas que têm sido usados. Tais tipos de solução mantêm o viés jurídico-criminal incriminatório, mas com saídas distintas. Nesse sentido, o objetivo principal não será um esmiuçamento analítico de vieses dogmáticos jurídico-criminais, seja em decorrência da própria formação do investigador, seja por se tratar de uma tese que se fundamenta jurídico-filosoficamente, seja porque adentrar em tais confrontos analíticos traria consigo o risco de opções desacertadas; enfim, seja porque o principal objetivo é contrapor as saídas jurídico-criminais em relação àquilo que a tese propõe.

Ainda que as saídas jurídico-criminais consigam, em termos práticos, apresentar soluções que visem um adequado ajuizamento judicativo-decisório, os que as pesquisas mostraram é que mesmo naqueles casos extremos, em que restou comprovado não ter havido um mínimo de enculturação, as soluções acabam por redundar em responsabilizações atenuadas às pessoas. O que ora se propõe está para além de tais visões. Ao focar na exploração alargada da noção de *pessoa humana*, toca-se o problema de fundo da questão, tendo como consequência não só a abrangência da responsabilidade em seu viés criminal, mas também em todos seus demais vieses. Além disso, há a decorrência prático-jurídica de se tratar de um *direito*, pois exigências prestacionais só são exigíveis quando determinada esfera é assim considerada. Isso não significa que o âmbito jurídico-criminal não possa deixar seu contributo.

A resposta à problemática passa, necessariamente, tanto pela percepção

de que casos que envolvem povos originários, tais como os exemplos do território sulamericano mostraram, distinguem-se de casos de deslocamento de parcelas de comunidades que têm imigrado, tal como se observa nas movimentações atuais na Europa. Mesmo os casos que envolvem povos originários apresentam diferenciações quanto à gravidade das expressividades comportamentais típicas externalizadas, observando-se os balizamentos jurídicos oferecidos pelo Direito. Talvez resida justamente em tal distinção o nível de constrição à sensibilidade dos juristas criminalistas europeus em relação aos sulamericanos e mesmo africanos. A realidade em tais periferias é infinitamente mais pujante e tocante à sensibilidade humana em relação a essa específica questão. Seria impensável, por exemplo, vislumbrar casos extremos como o do infanticídio, enquanto prática de um dado povo, na realidade europeia. A manutenção das saídas jurídico-criminais, muito provavelmente, também decorre da tensão atenuada entre a realidade comumente vivenciada e eventuais práticas destoantes que venham a se contrapor a ela. O tempo em que o Direito, enquanto dimensão da prática humana, tem operado na Europa é incomparavelmente maior que o havido no território sulamericano e mesmo africano. Nessas periferias, ao contrário, as possibilidades de se deparar com situações que sensibilizem são muito maiores e comuns. A manutenção dos entendimentos desde a índole jurídico-criminal no território europeu para os casos de (des)encontros das diferenças, portanto, é perfeitamente compreensível.

De todo modo, resta a inafastável análise dos tipos de soluções jurídico-criminais que têm sido propostas para os casos de (des)encontros das diferenças. Afinal, o estudo de tais soluções, para além de mostrar que se constituem na grande maioria dos tipos de enfrentamentos de controvérsias práticas de referida índole, contrapondo-se, assim, ao que ora se propõe, também serve para verificar o que se ganha ou se perde com a consideração do *direito da forma de ser dos povos*. Considerar tal *direito*, metodologicamente materializado, constitui-se, portanto, no seu reconhecimento e autonomização e, assim, em uma solução de cunho *dogmático*, não deixando de aproveitar construções de índole jurídico-criminal, que são inafastáveis ao adequado tratamento jurídico de casos práticos envolvendo (des)encontros humanos.

Adotar-se-á a metodologia da separação dos tipos de soluções jurídico-

criminais que os autores têm proposto, dividindo-se as análises desde a ótica jurídico-criminal anglo-americana, a europeia-continental, a sulamericana e um exemplo específico africano. Decorrência da inafastabilidade da apresentação, ainda que sucinta, dos tipos de soluções e das especificidades que as distinguem, mantendo-se fiel à análise em *sentido negativo* adotada, será a recorrência aos fundamentos de sustentação da tese em contraposição a cada uma das saídas apresentadas. Afinal, dificilmente se conseguiria manter o viés analítico assumido sem o estabelecimento de algum diálogo crítico-reflexivo construtivo em relação a cada uma das soluções analisadas.

Poucos serão, assim, os dispositivos legais de natureza criminal de um país ou outro que serão estudados, pois a preocupação se restringirá a um olhar mais alargado sobre as implicações em sede de Direito Criminal que os problemas dos (des)encontros podem causar e as soluções que têm sido propostas pela doutrina jurídico-criminal. Além disso, o viés universalista da proposta exige, nesse primeiro momento - que é de fundamentação e sustentação da tese - uma abordagem em sentido abrangente. Isso, porém, não impede que análises pormenorizadas sejam efetuadas quando do enfrentamento de casos práticos em específico que sirvam ao processo crítico-reflexivo que se lança, tampouco que tais avaliações deixem de ser feitas quando da formação de juízos judicativo-decisórios em sede de apreciação de casos concretos.

As abordagens encontradas na doutrina sobre a temática, fiéis à índole jurídico-criminal, se constituem praticamente na totalidade dos casos de (des)encontros das diferenças encontrados. Nesse sentido, elas acabam por não tocar na questão do grau de enraizamento no espírito humano que é movido a partir da ação dos variados fatores co-constitutivos das formas de ser dos povos, não vislumbrando nessa dimensão *jurídica da personalidade humana* uma esfera a ser protegida e resguardada em termos jurídicos de forma autônoma.

Há também que se ressaltar, desde já, que a maioria dos casos apresentados nos estudos analisados diz respeito a situações em que já havia algum princípio de assimilação das regras de convívio das pessoas às quais se pretendia imputar uma responsabilização criminal, de sorte que as saídas apresentadas cingem-se a discussões circunscritas à dogmática jurídico-criminal, o

que extrapola o âmbito investigativo proposto no presente trabalho – *período mínimo de enculturação*. Contudo, tal peculiaridade não afasta posicionamentos distoantes que poderiam ser adotados, se pensados os casos expostos à luz da consideração do *direito da forma de ser dos povos*, residindo também aqui a recorrência aos fundamentos da proposta em contraponto a cada um dos tipos de soluções encontrados. Procurar-se-á, portanto, realçar os contributos da tese para a dogmática jurídico-criminal, afastando-se, com isso, uma qualquer forma de descaracterização ou contaminação das categorias do crime e do Direito Criminal e, assim, um retrocesso civilizacional.⁴⁸⁵ Divergências, portanto, não significam a repulsa dos enfrentamentos de índole jurídico-criminal, mas, antes, podem servir até mesmo para reforçar algumas das teses trabalhadas pelos criminalistas.

Em razão das peculiaridades que o tratamento jurídico-criminal apresenta no mundo anglo-americano e no europeu-ocidental continental, bem como nos países herdeiros de tais matrizes, se distribuirá a abordagem desde os dois referidos eixos, não fugindo de análises voltadas para ambas as tradições.

O *risco* que os problemas derivados de tais (des)encontros traz assenta-se na própria consequência que a admissão de sociedades plurais e fragmentadas carrega consigo, qual seja o de conviver com o perigo de que esferas já devidamente protegidas juridicamente possam se ver afetadas em certas situações sem que se possa responsabilizar os causadores das ofensas. A abertura ao *diferente* que as referidas sociedades têm permitido, carrega consigo um tal ônus, ao menos quando ainda não se tenha oportunizado às pessoas um período ao compartilhamento de um espaço novo de convívio. A forma de ser dos povos, por outro lado, afasta o problema da vinculação da conduta passível de incriminação sobre um território, pois foca a mesma como um *direito* e a um período específico.

O que as análises de casos envolvendo (des)encontros, desde a ótica criminal, deixou evidenciado é que, apesar dos esforços doutrinários em construções juridicamente ajustadas, verifica-se um déficit de justiça judicativo-decisória, podendo-se, inclusive, chegar a casos de flagrantes injustiças em algumas decisões judiciais. Outrossim, a aplicação da pena de prisão, mesmo que surta algum efeito

⁴⁸⁵ Cf. alerta: DIAS, A. S.. Crimes... p. 381.

de prevenção geral integradora, não apresentará um adequado efeito ressocializador,⁴⁸⁶ para além de eventuais outros efeitos que dela possam decorrer. Talvez radique aqui parcela das razões que levaram Silva Dias a afirmar que o Direito Penal "... não é o instrumento mais adequado e eficaz para travar esse combate."⁴⁸⁷ A não coincidência dos quadros axiológicos das comunidades de origem e da acolhedora sinalizam,⁴⁸⁸ de forma potencializada, que se trata, antes, de um assunto que não compete, num primeiro plano, ao Direito Criminal. Contudo, após um período de convívio, as soluções devem se ajustar à lógica da *autonomia* e da *responsabilidade*, a partir das construções jurídicas que são empregadas a todas as pessoas da sociedade acolhedora, devendo-se aproveitar as construções jurídico-criminais que têm se mostrado sensíveis às diferenças a partir de então.

Tudo isso sugere que políticas públicas sejam desenvolvidas e colocadas em prática no sentido de integrar os indivíduos, fugindo-se, assim, do âmbito restrito do Direito Criminal, sem deixar de, ao mesmo tempo, fazer valer o *direito da forma de ser dos povos*. O Direito Criminal, portanto, "... deve (...) ceder o passo a outras medidas de política social, que, através do incremento do diálogo com as comunidades (...), desenvolvam a consciência do desvalor (...) [de certas expressividades comportamentais típicas perante outros quadros jurídico-axiológicos.]",⁴⁸⁹ ressaltando-se situações que demandem o emprego de medidas acauteladoras.

Para além do preço a ser pago pela abertura ao convívio a diferentes, se a esfera da pessoa humana, em cenários multiculturais e no atual estágio do desenvolvimento ético-jurídico que o Direito angariou, pretende ser verdadeiramente respeitada, precisa alargar seu âmbito a vieses comportamentais outros, que não os originários, mesmo que em termos limitados. Afinal, dar o Direito a devida importância à subjetividade só evitará que o mesmo se torne "... uma linguagem

⁴⁸⁶ DIAS, A. S.. Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. Em: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 16, Nº 2, abril-junho. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 231-232.

⁴⁸⁷ Ibid. p. 231.

⁴⁸⁸ DIAS, A. S.. Crimes... pp. 449-450.

⁴⁸⁹ DIAS, A. S.. Faz sentido... p. 238.

antinatural e um sistema fechado à restante compreensão do humano.”⁴⁹⁰ Ademais, a “... constituição cultural diversa do espírito humano [, pois que] nascemos e crescemos inseridos em redes ou plexos de sentido não uniformes, que influenciam amplamente o nosso modo de pensar e agir.”,⁴⁹¹ só será verdadeiramente respeitada pelos povos partidários da matriz civilizacional europeia-ocidental quando o Direito, dimensão prática das pessoas que a tal matriz se cingem, reconhecer a *forma de ser dos povos* enquanto um *direito*.

Talvez também se justifique um tal alargamento da noção jurídica da *pessoa humana* justamente para que se possa cumprir aquela *irrecusável exigência de humanidade no nosso tempo*,⁴⁹² que permitirá ao homem se reconhecer enquanto tal; para que se perceba que o *valor jurídico* que deve ser dado hoje à *pessoa humana* demanda uma concepção da *liberdade* entendida como aquela “... abertura convocada e responsabilizada por referências *trascendens* que nos realizem na nossa humanidade.”,⁴⁹³ onde no outro pólo estará justamente o *sentido* enquanto aquela “... referência transcendentemente convocante que possibilita a realização da liberdade.”;⁴⁹⁴ *sentido* esse que, em termos plurais, nada mais seria que “... aquelas referências espiritualmente culturais que convocam ao transcender da realização humana como fundamentos, orientações e compromissos da liberdade.”⁴⁹⁵ Voltando-se ao Direito se terá, então, que compreendê-lo como “... *sentido*, um sentido civilizacional culturalmente muito específico e nesse seu sentido como uma irredutível dimensão da nossa prática humana.”;⁴⁹⁶ um *sentido* do Direito, portanto, que será o *sentido prático* da própria *liberdade*,⁴⁹⁷ não podendo abdicar daquilo que de mais importante o constitui: a justiça. Afinal, a dialética entre *autonomia* e *responsabilidade* é a “... matriz estrutural do direito e uma outra

⁴⁹⁰ PALMA, F.. **O princípio da desculpa em Direito Penal**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2005, p. 11.

⁴⁹¹ DIAS, A. S.. O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências. Em: BELEZA, T. P.; CAEIRO, P.; PINTO, F. L. C.. (Orgs.) **Multiculturalismo e Direito Penal**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2014, p. 17.

⁴⁹² NEVES, A. C.. Pensar o direito em tempos de perplexidade. Em: ALVES, J. L.; DIAS, A. S.; D'ALMEIDA, L. D.; MENDES, P. S.; RAPOSO, J. A. (Orgs.) **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º Aniversário**. Coimbra: Edições Almedina SA, 2009, pp. 09-10.

⁴⁹³ Ibid. p. 10.

⁴⁹⁴ Id.

⁴⁹⁵ Id.

⁴⁹⁶ Id.

⁴⁹⁷ Ibid. p. 11.

expressão da *justiça*, sendo que esta não é mais do que a exigência, normativamente integrante, do reconhecimento de cada um pelos outros e da responsabilidade de cada um perante os outros na coexistência em um mesmo todo comunitário constituído por todos – e nesses termos a justiça coincide com o direito, verdadeiramente mais não é do que o próprio direito.”⁴⁹⁸

3.2.1 O problema desde a ótica jurídico-criminal anglo-americana.

Uma das soluções até então vislumbradas no âmbito tanto da dogmática quanto da jurisprudência anglo-americanas, em sede de Direito Criminal, tem sido o enfrentamento do problema de ilícitos cometidos por pessoas em razão de suas *culturas* como passíveis de serem justificados desde a chamada *defesa cultural*.⁴⁹⁹ Aqui o problema não estaria no âmbito da ilicitude, mas no da culpabilidade, isentando-se o acusado da pena ou atenuando-a. O uso da defesa cultural se daria a partir da invocação de elementos de ordem cultural perante a acusação.⁵⁰⁰ Em um sentido, a defesa cultural seria admissível caso se opusesse o argumento cultural como uma *exculpante* e não como uma *justificativa*, pois aqui seria “... enviar a mensagem moral de que (...) [o acusado] fez uma coisa *adequada*, ou mesmo *apropriada* ...”⁵⁰¹

Não se pode esquecer, no entanto, que a conduta da pessoa acusada deve ser entendida à luz dos parâmetros que a informaram - isto é, a pessoa, a partir de

⁴⁹⁸ Ibid. pp. 14-15.

⁴⁹⁹ Elaine M. Chiu explica que há uma diferença entre um *cultural evidence case* e uma *cultural defense*. Se estaria ante um *cultural evidence case* quando “... defendants are asking judges or prosecutors to consider evidence about their minority culture in support of their claimed defenses.”, ao passo que uma *cultural defense* seria encontrada quando “... the defendant wants to put forth a defense based on the norms of their minority culture but cannot do so due to the limitations of existing criminal doctrine.” CHIU, E. M.. Culture as justification, not excuse. Em: **American Criminal Law Review**. Vol. 43, March, 2006, pp. 1317 e ss.

⁵⁰⁰ Para casos mais extremos, envolvendo a morte de pessoas, em decorrência de hábitos culturais: GOLDING, M. P.. **Filosofia e teoria do Direito**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, pp. 195-211.

⁵⁰¹ Ibid. p. 203 e p. 204. “.. embora *evidências culturais* possam ter um papel a desempenhar em conjunção com as exculpantes já admitidas e com ponderações do caso concreto, uma *defesa cultural* sustentável por si só não deve ser admitida.” Ibid. p. 209. Países que operassem com base em *precedentes* correriam o risco de que tribunais superiores instríssem decisões de juízes de primeiro grau desde *evidências culturais* que foram excluídas. Id.

seu *background* cultural, fez *exatamente aquilo que deveria ter feito*. Ademais, a não distinção entre condutas realizadas antes, durante e após uma enculturação mínima dificulta a análise, pois misturam-se situações que merecem ser tratadas diferentemente.

Outra saída seria a figura jurídica da *excuse*,⁵⁰² a partir da *inability thesis* – isto é, “The view that one’s culture can determine one’s behavior so as to make one unable to comply with the law ...”⁵⁰³ Mark Tunick, ao tratar do referido instituto, observa que o que importa em termos de juízos morais sobre punições e responsabilidade não seria a possibilidade, mas a razoabilidade do cumprimento da lei. O erro estaria em desenhar uma implicação moral relevando a premissa de que a cultura nunca determinaria o comportamento. Para o autor, “Cultural influences may make an action reasonable that without similar cultural influences would be unreasonable.” Contudo, pondera Tunick que “‘Reasonable’ here does not mean objectively justified.” Ou seja, a questão de saber se uma dada prática cultural seria boa ou má, racional ou irracional, mereceria um tratamento distinto para fins de punição, mas não implicaria a exclusão da responsabilidade do imputado, residindo aí a deficiência do tratamento da questão dos (des)encontros a partir dessa perspectiva.⁵⁰⁴

Ainda que a saída tangencie o problema de fundo que está por detrás dos (des)encontros, acaba por não tocar o ponto crucial, qual seja, o fato de que está em jogo uma intocável esfera constitutiva do *humano* da pessoa envolvida, não se tratando, portanto, de um *pedido de desculpas* por algo *errado* aos olhos do julgador. Trata-se, na realidade, do reconhecimento de que o *humano* pode se travestir de inúmeras roupagens, mesmo as mais repugnantes aos olhos de uma dada cultura, mas que, por universalmente assim se formar, por possuir uma

⁵⁰² As *excuses* seriam espécies de *pedidos de desculpas*, reconhecendo-se, portanto, por parte do acusado, de que sua conduta teria sido errada. “While a liberal state affords protection against harmful consequences of false beliefs, it does not punish people for having false beliefs.” TUNICK, M.. ‘Can culture excuse crime?’ Evaluating the inability thesis. Em: **Punishment & Society**. Vol 6(4): 395–409 DOI: 10.1177/1462474504046120, p. 404. “The criminal law distinguishes excusing conditions, to which defendants appeal who admit that their act was a wrong but claim an excuse, and justifying conditions, to which defendants appeal who deny that their act was a wrong because they were justified (...)” Id.

⁵⁰³ Ibid. p. 397.

⁵⁰⁴ Ibid. pp. 402-403.

natureza comum assimilável pelo conceito de *pessoa humana*, deve ser respeitado.

Instituto diverso da *excuse* é a *justificação*. Ela teria em conta um levantamento minucioso dos resultados de julgamentos que envolveram a tese da *defesa cultural*, observando que o êxito nas demandas se dera, sobretudo, quando as escolhas morais dos acusados se encaixaram dentro da doutrina jurídico-penal já existente. Quando tais escolhas estiveram fora de tal âmbito, as culturas minoritárias teriam sido ignoradas ou mascaradas, relegando à própria sorte o desfecho dos casos. Muitas das defesas acabaram por se consistir em fraudes, pois não retrataram aquilo que verdadeiramente motivou as ações dos acusados. Muitas vezes, uma *desculpa* admitida pelo tribunal não enfrentou a correção ou não do ato praticado pelo acusado, simplesmente admitiu a incorreção do mesmo; simplesmente, desculpou-o. Diante disso, o Direito Penal se afastaria de sua função mais essencial, que seria a de ser o árbitro moral de comportamentos dentro de uma comunidade.⁵⁰⁵ A saída pela *justificação*, por outro lado, capacitaria os acusados a expressarem seus motivos justos. As estratégias de defesa girariam em torno de explicações de como os atos nocivos foram necessários para proteger os novos valores, interesses e normas. Tais valores ou interesses se estenderiam para além das defesas existentes e a proteção da integridade física e da propriedade real.⁵⁰⁶

O equívoco na referida saída, contudo, se mantém. O foco de análise centra-se no *dano* causado e não no pano de fundo da questão, qual seja o da externalização de um comportamento típico como motivo ensejador de um fato tido como *criminoso* por uma cultura alienígena. O *dano* causado só é compreensível se

⁵⁰⁵ CHIU, E. M.. Op. cit. pp. 1317 e ss.

⁵⁰⁶ Elaine M. Chiu observa que não seria de se surpreender, dadas as suas bases teóricas diametralmente opostas, que os pontos fortes de justificação seriam o inverso das fraquezas das desculpas. Três seriam as referidas fraquezas e, num sentido contrário, três também seriam as vantagens da justificação nos termos por ela propostos: "(1) the use of legal fictions; (2) the avoidance of moral claims; and (3) the denigration of minority cultures. In perfect symmetry, the opposites of these very weaknesses of the excuse approach are the comparative strengths of the proposed justification approach: (1) the elimination of legal fictions; (2) the direct confrontation with difficult moral questions; and (3) the promotion of cultural pluralism." Tal abordagem eliminaria a ficção jurídica, envolvendo as rígidas questões morais, que seria a origem do direito penal, promovendo-se, com isso, o pluralismo cultural. Diante disso, Chiu propõe uma inteiramente nova e independente "cultural justification defense", que se resumiria no seguinte: "A defendant is not guilty of an offense if a reasonable person of a similar cultural background to the defendant believes that the harm caused by the conduct of the defendant was outweighed by some other imminent harm prevented by the same conduct. A defendant cannot claim this defense if there was a way, other than their conduct, to prevent the harm sought to be avoided." Id.

analisado desde os parâmetros com que a cultura de origem valora a conduta sob apreciação, sendo para essa um comportamento que era o desejável, o esperado e jamais um *dano*. Restariam ainda, porém, aquelas hipóteses nas quais a conduta em apreço era tida como passível de reprovação – *incriminação* – na cultura de origem, o que afastaria a hipótese de fundo, ou seja, a externalização de uma expressividade comportamental típica e, portanto, não haveria que se falar da isenção de responsabilidade perante a cultura *acusadora*.

Outro tipo de solução trazida pelo direito anglo-americano é a *culture defense*, que se atentaria mais ao equilíbrio entre os interesses de uma audiência justa do litigante de um grupo de cultura não-dominante e as preocupações da sociedade dominante para preservar um sistema jurídico em que todas as partes percebessem estar sendo tratadas de forma igual.⁵⁰⁷ Haveria que se verificar se seria o litigante um membro não aculturado do grupo referenciado; se o grupo de origem teria uma tradição reconhecida como a reivindicada; se a conduta em apreço fomentaria os laços sociais positivos dentro do grupo cultural; se o litigante teria sido influenciado por sua tradição quando agiu e, por fim, se foram as circunstâncias do litigante de tal forma que ele poderia razoavelmente presumir não ter conhecimento dos padrões normativos da sociedade dominante.⁵⁰⁸

A limitação à admissibilidade da *defesa da cultura* que mais pode guardar uma aparente relação com o *direito da forma de ser dos povos* diz respeito ao conhecimento pelo acusado das regras da cultura dominante. Admitir tal limitação parece ir ao encontro do limite temporal imposto à tese que ora se defende - período mínimo de enculturação. Contudo, tal similitude cai por terra nos termos da analítica que se está propondo na tese, pois o que está na base da conduta incriminada é,

⁵⁰⁷ DONOVAN, J. M.; GARTH, J. S.. Delimiting the Culture Defense. Em: **Quinnipiac Law Review**. Vol. 26.1, 2007, pp. 109-146. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=991587> > Acesso em 26 mai 2015. Os autores valem-se da expressão *culture defense* ao invés da comumente empregada *cultural defense*: “All defenses are intrinsically cultural in that their embedded logics and presuppositions draw upon the shared background of the referent group. That is precisely why there is argued to be a need for a “culture defense” seeking to draw the court’s attention to the role of the defendant’s nondominant culture in her decision to perform the contested act. Otherwise the suggestion is that only ‘they’ have culture, immediately casting the argument in a pejorative light. In principle the defense serves as a counterbalance to the cultural presumptions of the majority already embedded as defaults within the legal system itself. The nuances of this claim are better preserved by the use of the noun rather than the adjective, and therefore this essay employs the more instructive phrase “culture defense” over the prevailing but technically misleading ‘cultural defense’.” Id.

⁵⁰⁸ Id.

antes, uma expressividade comportamental típica de um povo, que sustenta, portanto, um *direito*. O viés criminal, em tal período, simplesmente desaparece, porém, superado o mesmo, há que se voltar à lógica da *autonomia* e da *responsabilidade*. Obviamente, ante um caso prático que apresente alguém acusado por uma conduta supostamente *criminosa*, a invocação do *direito da forma de ser dos povos* poderia se dar como argumento a ser oposto às acusações. Estabilizadas as decisões que invocassem o referido *direito*, poderia o magistrado contrapô-lo de ofício, pois uma esfera singular da própria *pessoa* estaria sendo violada. Não se diga, também, que a restrição do exercício do referido *direito* ao período da enculturação mínima impossibilite uma qualquer imputação de responsabilidade às pessoas que externalizem comportamentos típicos que agridam esferas de direitos de outras pessoas, uma vez superado tal período. Afinal, basta se pensar que tal *direito* não será o primeiro nem o único a ter o seu exercício condicionado temporalmente por razões fáticas específicas. Basta lembrar da própria questão da inimputabilidade, do exercício do pátrio poder, do direito de passagem, do direito de pleitear algum benefício perante o Estado em decorrência de uma situação fática específica e temporária, etc.

Quanto à exigência da invocação de uma regra normativa positiva da cultura de origem do acusado como requisito para a admissão da *defesa da cultura*,⁵⁰⁹ muitos comportamentos típicos podem não representar uma *regra positiva* nas culturas de origem do acusado; antes, uma simples expressividade comportamental típica, que, mesmo que desatendida, não ensejaria uma reprimenda pela cultura originária.

Em relação ao papel do elemento subjetivo – *mens rea* – para o enquadramento jurídico-criminal e o que panos de fundo de ordem cultural poderiam implicar para as análises em tal viés,⁵¹⁰ é de se observar que se permanece com o foco, exclusivamente, sobre o aspecto criminal. O caráter objetivo externo, que se valeria da noção do *homem razoável* para parametrizar a capacidade de discernimento do acusado sobre o conhecimento da lei também mantém o olhar desde a ótica criminal.

⁵⁰⁹ DONOVAN, J. M.; GARTH, J. S.. Delimiting... Op. cit.

⁵¹⁰ Id.

Quanto à tendência dos sistemas jurídicos de reificar seus próprios pressupostos culturais e objetivá-los como sendo *normais* e até mesmo *naturais*, há que se concordar. No entanto, mostra-se a fragilidade dos enfrentamentos de questões de (des)encontros como assuntos que, *a priori* e estando dentro do período mínimo de enculturação, são tratados como sendo de natureza criminal, pois o referencial jurídico, o *tertium comparationis* a ser considerado, partirá de referentes específicos, muitas vezes alheios aos referenciais de conduta da parte acusada, afora a desconsideração da esfera de direito que estará sendo lesada.

Tal tipo de saída se ancoraria nas implicações do conceito de *cultura* incorporadas na justificação da própria defesa. Somente aqueles *valores* herdados culturalmente justificariam o emprego da *defesa da cultura*. Essa possibilitaria julgamentos pelo padrão de razoabilidade esperado por uma pessoa desde sua situação originária, o que se estenderia até mesmo aos pressupostos culturais. Ela não introduziria nada de estranho ou incompatível com o sistema jurídico; ao contrário, preservaria a equidade inerente ao sistema judicial de tipo europeu-ocidental.⁵¹¹

Em termos gerais, as análises da *defesa cultural* têm focado a temática, às vezes, tendendo a uma maximização das condições de sua admissão e, em outras vezes, minimizando tais limitações em prol da primazia dos fatores culturais de base. Os casos práticos têm enriquecido as discussões, aumentando o número de estudos,⁵¹² porém, sempre se mantendo fiel, única e exclusivamente, ao viés criminal. A análise das saídas pela *defesa cultural*, contudo, mostraram a importância da convocação de especialistas em culturas e modos de vida específicos no auxílio da atividade judicativa, caso esteja uma controvérsia tratando

⁵¹¹ Id. Os requisitos para o cabimento de uma *defesa da cultura* se traduziriam no atendimento dos cinco requisitos inicialmente lançados em forma de perguntas pelos autores. Os mesmos também ressaltam o papel de peritos no auxílio aos magistrados. Id.

⁵¹² RENTELN, A. D.. Raising Cultural Defenses. Em: RAMIREZ, L. F.. (Ed.) **Cultural Issues in Criminal Defense**. Third Edition. New York: Juris Publishing, Inc., 2010, pp. 769-813. Sendo uma das principais estudiosas do assunto, Alison Dundes Renteln apresenta uma visão focada na poderosa influência que o processo de internalização dos elementos da cultura exercem sobre o comportamento humano, direcionando as tomadas de decisão. O desafio dos advogados seria mostrar como as percepções dos acusados são afetadas pela cultura; como os estados mentais dos acusados são condicionados culturalmente. Id.

de uma expressividade comportamental típica.⁵¹³

Outra questão que guarda estreita relação com o objeto da investigação diz respeito ao reconhecimento da justiça indígena nos Estados Unidos. Mesmo naqueles casos em que os problemas de base são de índole especificamente cultural, tais como os que envolvem indígenas,⁵¹⁴ medidas como a edição, em 1968, do *Indian Civil Rights Act* - que estabeleceu que nenhum Estado norte-americano poderia assumir a jurisdição sobre uma tribo indígena sem primeiro conseguir o consentimento da mesma através de uma especial eleição -, não foi suficiente para o

⁵¹³ O uso de *experts* em auxílio às atividades judiciárias em geral – acusação, defesa e juízes – tem sido recorrente quando do emprego da *defesa cultural* no direito norte-americano. Em geral, *cultural experts* têm sido utilizados tanto pela defesa quanto pelos representantes do aparelho estatal para traduzir materiais desde contextos culturais específicos, fornecer o *background* cultural dos envolvidos no caso, explicar o comportamento dos acusados e testemunhas, bem como para dar apoio às pretensões decisórias. Normalmente, tais especialistas têm sido buscados no âmbito da academia, sobretudo desde a Antropologia e Línguas Estrangeiras. Consulados de alguns países também têm sido chamados para auxiliar no contato de especialistas que possam ajudar na elucidação dos fatos. Em relação às normas da comunidade de origem do acusado, tem-se admitido a oitiva inclusive de membros familiares do acusado ou da testemunha. O testemunho de especialistas seria considerado relevante quando se referisse a uma questão juridicamente importante ou ao acusado ou a outra testemunha no julgamento. Tal como outra *evidence*, aquela baseada em um especialista cultural pode ser excluída quando o perigo de um dano injusto substancialmente superasse o valor probatório da *evidence*. CONNELL, J. G.. Using cultural experts. Em: RAMIREZ, L. F.. (Ed.) **Cultural Issues in Criminal Defense**. Third Edition. New York: Juris Publishing, Inc., 2010, pp. 815-843.

⁵¹⁴ Jon M. Sands observa que tais casos são uma pequena, mas significativa parte da prática criminal federal, pois ainda que estejam abaixo de 5% (dados de 1992 até 2002, segundo o *Bureau of Justice Statistics* - BJS) da carga de trabalho federal global, eles representam próximo à metade dos assassinatos e assaltos que aparecem na corte federal, ou seja, mais de 80% dos casos de assassinatos e mais de 60% dos casos de abuso sexual. Tais crimes são cometidos, normalmente, em territórios indígenas, nos distritos de Arizona, Montana, New Mexico, South Dakota e North Dakota. Dentro das *United States Sentencing Guidelines*, o quadro estatutório do qual os juízes federais se valem como a *sentencing bible*, encontram-se convincentes fatores atenuantes envolvendo os crimes praticados por indígenas. A legislação federal norte-americana, em termos históricos, procurou, num primeiro momento, defender os colonos dos indígenas e, depois, esses dos seus hostis vizinhos. Tal legislação assenta-se no princípio do *status* dependente das tribos indígenas, consideradas *nações domésticas dependentes* pela Suprema Corte em 1831, que só ocupariam as reservas pelo consentimento dos Estados Unidos, ainda que se tratassem de nações independentes. Seria desde o *status* do acusado e da vítima que se determinaria a jurisdição criminal em territórios indígenas norte-americanos. A jurisdição sobre crimes cometidos por indígenas em territórios indígenas ficava originariamente aos cuidados exclusivamente das tribos. Contudo, o Congresso americano tem limitado muito esta competência tornando certos atos criminosos crimes federais, sendo que 14 tipos de crimes, entre eles o assassinato, o homicídio involuntário, o rapto e as mutilações, ficariam aos auspícios da jurisdição federal. O *Federal Enclaves Act* também estabelece regras de competência. Normalmente, tem sido reconhecida juridicamente uma pessoa como indígena desde o grau de consanguinidade indígena e pelo reconhecimento tribal ou governamental como indígena. O ônus da prova para sustentar a jurisdição da corte recai sobre o órgão governamental. As áreas indígenas consideradas pelo direito norte-americano também fazem parte dos embates argumentativos. SANDS, J. M.. American indian culture and federal crimes. Em: RAMIREZ, L. F.. (Ed.) **Cultural Issues in Criminal Defense**. Third Edition. New York: Juris Publishing, Inc., 2010, pp. 889-920.

reconhecimento da justiça indígena de forma absoluta.⁵¹⁵

Outro ponto a ser destacado, no direito anglo-americano, é a tática processual das *cultural evidences*. Em relação ao tema, De Maglie observa que poderiam haver certos *defeitos*.⁵¹⁶ O referido modelo seria equilibrado do ponto de vista político-criminal só em aparência. Um primeiro problema seria o da estereotipização; seria um *efeito bumerangue* capaz de paralisar a manejabilidade do modelo. Na *cultural evidence strategy*, por exemplo, só se alcançaria o êxito se fosse atacada a credibilidade e o prestígio do grupo étnico do imputado. A conduta haveria que ser provada pela defesa como sendo reconduzível à cultura de seu grupo étnico e não somente expressão de sua mentalidade e estilo de vida. Seria a exigência da prova de *coincidência de razões*, que teria o efeito perverso e automático de formar ou reforçar os pré-juízos sociais para um grupo étnico-cultural - elevado custo social -. Diante disso, surgiria a polêmica sobre a insensibilidade dos advogados de defesa para os efeitos colaterais da *cultural evidence*, pois a utilização dos meios possíveis para a defesa do imputado implicaria a consolidação de estereótipos negativos que afetariam as minorias. A mensagem político-criminal das *cultural evidences*, assim, seria contraditória e pouco sustentável, apresentando mais custos que benefícios,⁵¹⁷ o que não deixa de ser contestável, tendo em conta justamente as dificuldades de mensuração do caráter típico da conduta, se considerada após uma enculturação mínima.

Outro custo seria o processual, que poderia também comprometer o modelo. O estereótipo negativo que a *cultural evidence* lançaria sobre o modelo poderia acionar garantias processuais que impediriam a utilização da prova pericial

⁵¹⁵ Sands cita casos em que pode haver a dupla persecução criminal, uma desde a justiça indígena e outra de competência federal, podendo resultar em um aumento da punição, o que, mesmo assim, não violaria a *Double Jeopardy Clause*, ou seja, o princípio que não impediria a prossecução em uma corte federal subsequentemente a uma condenação em uma corte tribal. Um dos fundamentos usados pela Suprema Corte norte-americana para justificar que tais problemas de sobreposição jurisdicional não violariam o princípio da proteção equânime, decorreria do entendimento de que *indígenas* seria uma classificação política e não racial e porque *inherent power* teria sido entendido pela Suprema Corte como aquela soberania das tribos inerente a todos os indígenas. Alguns crimes seriam enquadrados como crimes federais, independentemente de quem os praticasse e onde os praticasse nos Estados Unidos. Id.

⁵¹⁶ DE MAGLIE, C.. **Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales.** Traducción e introducción de Víctor Manuel Macías Caro. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 161-164. (Derecho Penal & Criminología)

⁵¹⁷ Ibid. pp. 124-125.

de um *cultural expert*. O objetivo do mecanismo seria o de evitar que, a partir da análise da prova, pudessem surgir interpretações e valorações que se traduzissem em pré-juízos raciais capazes de influenciar negativamente o jurado.⁵¹⁸ Constituir-se-ia num custo sistemático a flexibilização da culpabilidade, que atuaria no plano da coerência do sistema penal. Seria o risco da *corrosão das categorias tradicionais do Direito substancial*, que se veriam forçadas a incluir o *fator cultural*. A culpabilidade seria considerada inadequada para refletir a reprovabilidade moral do autor de um delito culturalmente motivado. Tal inadequação poderia gerar decisões incoerentes com a aplicação de penas que violariam o princípio da personalidade. Poderia haver uma não correspondência entre o estado mental real do imputado e a solução da *insanity*, ou seja, haveria uma dificuldade em distinguir a bagagem cultural do imputado de possíveis transtornos mentais e, assim, uma tendência de reduzir ao *patológico* comportamentos como os que constituiriam um *cultural conflict*, que seriam incompreensíveis para os esquemas dogmáticos tradicionais e escapariam das categorias clássicas do Direito Criminal.⁵¹⁹ De outro lado, a solução da *insanity* seria hostilizada pelos partidários do multiculturalismo radical, pois a considerariam uma afronta para a dignidade do acusado.⁵²⁰

Quanto ao chamado *consistency argument*, poderia haver um custo sobre as garantias fundamentais, pois se duvidaria de que no contexto *informal* no qual se usaria a tática da *cultural evidence* fosse suficiente e apropriado fazer valer as pretensões culturais dos autores de delitos culturalmente motivados. A ausência de norma específica que obrigasse a consideração de um *cultural element* poderia

⁵¹⁸ Ibid. p. 126. “De hecho, la *Federal Rule Evidence 403* establece qué prueba <<relevante>> puede ser excluida cuando su valor probatorio quede substancialmente descompensado por el peligro de que surjan una serie de factores, entre los que está el <<perjuicio injusto>> (<<*unfair prejudice*>>) a coste del adversario. (...) La inadmisión puede tener lugar si el valor de la prueba está descompensado por el riesgo de la emergencia de un *prejuicio negativo* a costa del grupo étnico de referencia del autor con el testimonio del *cultural expert* y que pueda influir al jurado en sentido negativo. Y es claro que el peligro de <<*unfair prejudice*>> es particularmente elevado en los procesos que tienen que ver con delitos culturalmente motivados al ser un terreno en el que el destino del imputado depende de la reconstrucción antropológica de los usos y costumbres de un grupo étnico.” Ibid. pp. 126-127.

⁵¹⁹ Ibid. pp. 127-128. “El resultado es inquietante. La categoría de la culpabilidad pierde sus requisitos que la hacían especial para poder acoger y resolver en sus confines la problemática de la *cultural evidence*. El riesgo denunciado se hace evidente: la violación del principio de la *individualized justice*.” Ibid. p. 128.

⁵²⁰ Id. “Ser estigmatizado como enfermo mental – se dice - << puede ser más degradante que ser considerado un criminal >>.” Id.

gerar na prática disparidades de tratamento entre um caso e outro. Haveria uma dificuldade para juízes, advogados e jurados em se colocar no lugar dos acusados para relevar suas culturas; seria difícil para quem não pertencesse a uma cultura valorar seus usos e costumes, o que poderia levar à não consideração de elementos probatórios de ordem cultural, acarretando, conseqüentemente, uma incerteza sobre se os tribunais tomariam em consideração o fator cultural. Esta seria uma consequência da falta de uma *cultural defense* formalizada. Fiar-se-ia tão somente na sensibilidade e na preparação do juiz de plantão.⁵²¹

No entanto, para além da pouca consideração da irreptibilidade dos casos julgados, acaba-se por não se contrapor o argumento fundamental na discussão, qual seja aquele dos laudos periciais, defendidos como *imprescindíveis* por De Maglie. Mesmo com todas as ressalvas, a formalização de uma *defense* continuaria acentuando o viés incriminatório sem, contudo, haver uma problematização sobre a questão da enculturação mínima como fator analítico diferenciador das situações. O reconhecimento do *direito* que se defende afastaria os problemas colocados por De Maglie, mesmo não se formalizando uma *defense*.

Finalmente, haveria ainda a possibilidade de custos ideológicos com a assunção da *cultural evidence*. Isso decorreria do fenômeno da *convergência cultural*, que já se estaria começando a perceber nos Estados Unidos. Seria a ideia de que as pretensões das minorias culturais teria maior probabilidade de serem escutadas quando houvesse convergência entre as normas culturais do grupo majoritário e as expressadas pelo imigrante ou grupo minoritário.⁵²²

⁵²¹ Ibid. p. 129. “Es por eso que parte de la doctrina es partidaria de la introducción en el sistema de una *defense* en favor del autor cultural. Una *defense* formalizada daría la garantía de que las pretensiones culturales del *offender* son *por lo menos* obligatoriamente examinadas por los jueces, con independencia de la valoración final, que podrá ser favorable o desfavorable al imputado. Un sistema democrático no puede permitir *reducir* en la práctica las posibilidades de defensa de un imputado debido a que la admisión de estas quede subordinada a la libre apreciación del juez.” Ibid. pp. 129-130.

⁵²² Ibid. pp. 130-131. De Maglie baseia-se nos estudos de Derrick Bell sobre interesses convergentes – *Faces at the bottom of the well*. -, que seria a ideia de que interesses dos negros de receber igualdade de tratamento no plano racial se vissem satisfeitos somente quando coincidissem com os dos brancos. Id.

3.2.2 Com os pés em ambas as tradições: os *Mediating Principles* como limitadores à incriminação.

Os *mediating principles* são aquelas *boas razões* pelas quais não haveria que se falar em incriminação, mesmo quando uma conduta lesasse ou pusesse em perigo outras pessoas, desde um atuar intencional ou culposos, observados os limites da imputação correta e as margens de liberdade garantidas – princípio do dano -. Os *mediating principles* seriam classificados como um subgrupo das referidas razões, que se destacariam por imprimir aos referidos princípios um caráter normativo que se sobrepairaria às demais normas.⁵²³ Tais princípios, apesar de possuírem raízes na tradição anglo-americana, também têm sido apropriados por autores do mundo europeu continental, que lhes deram uma feição própria.

Quanto ao caráter normativo dos *mediating principles*, algumas razões possuiriam um caráter mais instrumental.⁵²⁴ Condutas perigosas justificariam a penalização, a probabilidade e a dimensão do dano no caso de se produzir finalmente a ameaça. Andrew von Hirsch, Kurt Seelmann e Wolfgang Wohlers, numa conceitualização restrita dos *mediating principles*, entendem que seriam incluídas somente considerações normativas que se oporiam à criminalização.⁵²⁵

Partindo da ideia central de que os *mediating principles* demandariam a

⁵²³ HIRSCH, A. v.; SEELMANN, K.; WOHLERS, W.. Introducción. ¿Qué son los <<Mediating Principles>>? Traducción de Ricardo Robles Planas. Em: PLANAS, R. R.. (Ed.) **Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012, p. 55. (Atelier penal) Entre as classes de possíveis *mediating principles* se encontrariam os princípios da autoproteção, da subsidiariedade, da proporcionalidade, da tolerância e da dispersão de responsabilidade. Ibid. pp. 58-59.

⁵²⁴ O caráter instrumental de alguns princípios limitadores da pena focaria a atenção na probabilidade e na gravidade do risco desencadeado como consequência de uma sanção penal. Procedendo do utilitarismo clássico, tal classe de argumentos ponderaria as vantagens de uma proibição penal frente aos seus custos sociais e pessoais. Também se enquadrariam em tal viés instrumental aqueles princípios relativos à aplicabilidade e aos custos materiais de uma proibição. Ibid. p. 58.

⁵²⁵ Ibid. p. 56. Para os autores, as seguintes argumentações de caráter geral baseariam os *mediating principles*: considerações relativas à liberdade (para além da liberdade exigida pela Constituição); certos *mediating principles* encontrariam seu fundamento no princípio da liberdade. Aqui, a *tolerância*, como razão de ser de um *mediating principle*, se valeria de um campo adicional de proteção frente às intromissões do Estado, transcendendo ao constitucionalmente necessário, o que seria exemplificável desde uma especial condescendência ante diversas visões de mundo e estilos de vida e considerações de justiça (aqui o fundamento legitimador dos *mediating principles* se basearia em considerações de justiça, como a necessidade de distribuição justa dos encargos e de limitações da responsabilidade penal em situações sociais complexas). Id. e Ibid. p. 59.

não criminalização mesmo para condutas que poriam em perigo ou lesionariam as pessoas e que poderiam ser imputadas sem obstáculos por cumprirem com as exigências do princípio da culpabilidade - ou seja, mesmo ante fatos antijurídicos e culpáveis em sentido jurídico-criminal -, ganha especial atenção na discussão a questão da *tolerância* como um *mediating principle*. Mesmo se estando ante uma conduta merecedora de uma reprovação jurídico-criminal, perante o que a reação mais adequada seria a intolerância, se toleraria. Enquadrar-se-iam aqueles casos de comportamentos errôneos por parte da instância de imputação. Muitas vezes, regulações menos incisivas que a jurídico-criminal seriam soluções mais adequadas.⁵²⁶

Uma das críticas aos *mediating principles* seria que eles não ofereceriam critérios sólidos sobre a decisão em torno da criminalização de certas condutas. A *tolerância* é o exemplo citado para mostrar a ausência de uma pauta sobre quais condutas deveriam ficar à margem da criminalização. O contra-argumento, porém, é que não seria missão dos *mediating principles* proporcionar critérios claros para renunciar à criminalização. A função deles seria identificar determinados níveis de argumentação que haveriam de ser observados quando da tomada de decisão sobre a criminalização. Muitas vezes, em casos práticos, haveria que se recorrer a conceitos mais depurados que auxiliassem na tarefa de precisar as condutas e as consequências. Os *mediating principles* descreveriam a classe de argumentação relevante no contexto sob análise. A proveitosidade dos mesmos estaria em possibilitar a identificação de problemas sobre os quais haveria que se debater. Assim, eles seriam mais *topoi* - espécies de *linhas de pensamento* - do que critérios sólidos.⁵²⁷

Tatjana Hörnle, contrariando-se à reformulação normativa do *princípio da ofensa*, a partir de Andrew von Hirsch e Andrew Simester,⁵²⁸ que entenderiam haver

⁵²⁶ Ibid. p. 57.

⁵²⁷ Ibid. p. 60.

⁵²⁸ Para Hirsch e Simester, haveria que se requerer à pessoa ofendida razões válidas pelas quais a conduta deveria ser considerada censurável. Tais razões é que seriam o fundamento para proibições penais. A afetação das sensibilidades de outros não seria determinativo. O ponto de referência seria o da *vítima* da ofensa. Essa posição se aproximaria à de Joel Feinberg, mas se contraporía à perspectiva germânica tradicional, segundo a qual a criminalização dependeria de se o comportamento em questão teria violado um *bem jurídico/ein Rechtsgut*, o que, para Hörnle, se caracterizaria por um alto nível de abstração, importando ao legislador preservar bens que seriam em

duas razões separadas para a criminalização - o dano e a ofensa -, pondera que, de certo modo, dúvidas sobre a relevância das emoções com respeito às crenças morais poderiam ser atenuadas pelos *mediating principles* de Feinberg.⁵²⁹ O cuidadoso processo de sopesamento de interesses opostos ajudaria a evitar o colapso da *ofensa aos outros* dentro de um puro moralismo legal. Tais princípios de sopesamento – *mediating principles* - restringiriam a criminalização, principalmente para a conduta pública. Tal salvaguarda poderia ser reforçada também por limitar o comportamento que justificasse sanções criminais estritamente para comportamento público. Ocorre que, para Hörnle, mesmo com uma restrição somente para comportamentos ofensivos públicos, uma teoria da ofensa psicológica poderia ser muito extensiva. Numa teoria baseada em respostas emocionais, a questão das sanções criminais dependeria de como muitas pessoas se sentiriam perturbadas. Mesmo atos inconscientes seriam puníveis se um grande número de pessoas se sentissem ofendidas. Ademais, um sopesamento quantitativo de interesses complicaria a proteção das minorias. Um estigma racista em desfavor de uma minoria, provavelmente, não angustiará a maioria das pessoas. Daí Hörnle concluir

geral considerados valiosos. Esta seria uma razão para a pouca aceitação da posição de Feinberg na Alemanha, afora um significativo número de acadêmicos, alemães, inclusive, que se oporiam à ideia de que indivíduos haveriam que ser os *beneficiários* do Direito Criminal. Haveria uma insistência no sentido de que a tarefa das proibições legais seria promover o bem comum e prevenir os danos sociais. No caso de um insulto racial, por exemplo, o ofensor seria punido porque ameaçou a paz pública e não porque ofendeu outra pessoa. A teoria do bem jurídico, assim, obscureceria a questão crucial de se a conduta seria proibida por paternalistas ou moralistas razões ou porque afetaria outros seres humanos. HÖRNLE, T.. *Legal Regulation of Offense*. Em: HIRSCH, A. v.; SIMESTER, A. P.. (Eds.) **Incivilities: Regulating Offensive Behaviour**. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 134-137. (Studies in Penal Theory and Penal Ethics - 3)

⁵²⁹ Ibid. p. 137. Pela proposta de Feinberg se confiaria apenas em sentimentos feridos e outras emoções negativas quando se considerassem as normas penais. Id. Segundo Hirsch, o princípio do dano, o princípio da ofensa e o paternalismo constituiriam uma categoria criada por Feinberg, nos anos 1980, segundo a qual as referidas causas de incriminação seriam *prima facie*. Tais motivos de criminalização se fundamentariam em concepções divergentes umas das outras. O *harm principle* compreenderia formas de comportamento que prejudicariam ou poderiam prejudicar interesses alheios que seriam concebidos a longo prazo (*long-term resources*), sobre os quais as pessoas afetadas teriam uma pretensão jurídica ou moral. O *offense principle* se referiria a formas de comportamento que não prejudicariam necessariamente os recursos alheios a longo prazo, mas com tais comportamentos outras pessoas seriam tratadas com grave desconsideração ou falta de respeito. O paternalismo se ocuparia de formas de comportamento que afetariam os interesses do próprio atuante, porém, este motivo de criminalização só haveria que ser empregado excepcionalmente. A discussão sobre os *mediating principles* se referiria a formas de comportamento que cumpririam os requisitos do *harm principle* ou do *offense principle*, uma vez que produziriam danos, colocações em perigo ou perturbações. HIRSCH, A. v.. *Tolerancia como mediating principle*. Traducción de David Felip i Saborit. Em: PLANAS, R. R.. (Ed.) **Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012, pp. 163-164. (Atelier penal)

que uma teoria da ofensa baseada em ocorrências factuais de sentimentos negativos não seria satisfatória.⁵³⁰

Wolfgang Frisch, por sua vez, entende que a *tolerância* seria um daqueles princípios que poderia resultar fértil e significativo para a discussão dos fundamentos do Direito Penal, tal como a *proporcionalidade* e a *subsidiariedade*.⁵³¹ Frisch não deixa de observar as limitações que se têm lançado sobre o recurso ao princípio da tolerância enquanto princípio limitador do Direito Penal.⁵³² Contudo, partindo-se do entendimento de que a tolerância se pressuporia por parte de um cidadão frente aos demais, onde a mesma existisse ou pudesse ser esperada, o Estado também haveria que ser tolerante, ou seja, deveria o Estado renunciar à qualificação de

⁵³⁰ HÖRNLE, T.. Op. cit. pp. 137-138.

⁵³¹ FRISCH, W.. ¿La tolerancia como principio limitador del Derecho Penal? Traducción de Ricardo Robles Planas. Em: PLANAS, R. R.. (Ed.) **Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012, p. 145. (Atelier penal) A tolerância, para Frisch, haveria que ser entendida como o suportar, assumir ou aceitar aquilo que discrepasse das próprias representações ou expectativas. As possibilidades limitadoras do Direito Penal pela tolerância apareceriam seja naqueles casos em que condutas mais ou menos perturbadoras não deveriam estar em absoluto proibidas, seja quando determinadas ações desejadas não deveriam ser obrigatórias (aqui o princípio da tolerância codeterminaria a fronteira entre Direito e Moral). A tolerância poderia produzir efeitos ao nível da pena, bloqueando o gravame da pena sobre certas condutas injustas, exigindo, ao contrário, benevolência. Quanto aos destinatários das considerações da tolerância, haveria diversas possibilidades: poderia se referir a atitudes desejáveis do próprio cidadão, de uns para com os outros (*perspectiva horizontal* - cf. Rainer Forst, desde *Toleration in Conflict. Past and Present* -, mas também dirigir-se ao Estado, aqui traduzindo-se em um princípio retor do mesmo e de suas instituições - *perspectiva vertical*, de Forst -. Em relação a efeitos sobre a jurisdição, Frisch observa que a tolerância poderia justificar a renúncia a certos castigos, por exemplo, no caso de uma omissão de socorro por motivos de convicção, crença ou consciência. Ibid. pp. 145-146. Para o texto de Forst: FORST, R.. **Toleration in Conflict. Past and Present**. Translated by Ciaran Cronin. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2013, especialmente às p. 06 e p. 452. (Ideas in Context)

⁵³² FRISCH, W.. ¿La tolerancia... p. 147. Nas palavra de Frisch, “Las lecturas de la doctrina jurídica sobre el principio de la tolerancia arrojan una impresión auténticamente decepcionante.” Id. O que se encontraria no nível doutrinal, segundo o autor, seria no âmbito constitucional – mesmo aqui as perguntas decisivas se situariam em um lugar diferente daquele que apareceria desde a perspectiva do postulado da tolerância (Ibid. p. 150) -, pois na seara criminal o mesmo não teria encontrado praticamente nada. No Direito Público, o encontrado se apresentaria de forma segmentária, ou seja, vinculado ao princípio da liberdade religiosa e de consciência e da organização do ensino. Não se encontrariam tomadas de posição que desenvolvessem as ideias da tolerância em condutas candidatas a ser um injusto penal. Mesmo no interior do autêntico âmbito de operações o princípio da tolerância se mostraria algo vago. O muito que se afirmaria é que o Estado seria neutro em questões de liberdade religiosa e de consciência, que toleraria, *aceitaria* diversas opções. Porém, mesmo neste espaço a noção de tolerância não seria fundamento algum de ulteriores argumentações, pois estas, num sentido material e no âmbito das sentenças constitucionais, girariam em torno do alcance das respectivas liberdades e da compatibilidade com outras liberdades e interesses. Apesar disso, Frisch não deixa de reconhecer que, precisamente nas condutas que seriam objeto de interesse do Direito Penal, o postulado da tolerância seria um recurso esquecido até agora injustamente. Ibid. pp. 147-148.

injusto e ao castigo com a pena, uma vez que em tais situações seria evidente que não existiria necessidade legítima alguma de intervir proibindo liberdades e direitos ou chegar ao castigo.⁵³³

Frisch, apesar disso, aponta que seria uma debilidade da apelação à tolerância a não apresentação de critérios até certo ponto *precisos* para determinar frente a quais condutas se poderia esperar tolerância; em que sentido e em que medida. Um postulado só se apresentaria frutífero ao pensamento da tolerância caso se lograsse precisar o âmbito da tolerância esperada de forma que isto alcançasse um consenso intersubjetivo. O pensamento da tolerância, assim, não ofereceria resposta alguma a respeito disso, pois só descreveria uma atitude ou postura. Haveria sempre a pressuposição de argumentos materiais para a adoção de uma atitude tolerante, sobretudo quando se tratasse dos limites e da medida da tolerância.⁵³⁴ A ausência dos referidos argumentos materiais tornaria a apelação à tolerância uma atitude incompreensível. O postulado da tolerância não introduziria, segundo Frisch, nada substantivo, pois se trataria, única e exclusivamente, de se constatar quais argumentos materiais se oporiam à qualificação de determinadas condutas como delito, que importância teriam essas razões, etc.⁵³⁵ O critério para Frisch, ao invés, residiria em saber se teria ou não havido um *injusto* e se este seria ou não *punível*.

Dessa forma, o âmbito marginal de aplicação da *tolerância* enquanto conceito limitador do Direito Penal assim se expressaria por se contentar com uma atitude que teria que ser assumida, enquanto, na verdade, do que se trataria seria de argumentos materiais para essa atitude e para uma certa forma de atuar, possuindo o conceito uma inadequação desde o ponto de vista metodológico.⁵³⁶

A viragem do período da Paz das Religiões – séculos XVI a XVII -, em que predominavam os editos da tolerância para condutas cujo exercício pertence às liberdades fundamentais garantidas pela constituição - condutas tidas como *direitos* -, reclamáveis quanto à observância e respeito ante o Estado, portanto, fez com que tais *direitos* não mais fossem vistos pelo aparelho estatal como expressão de

⁵³³ Ibid. p. 148.

⁵³⁴ Cf. proposto por Forst, desde *Toleration in Conflict*. Ibid. p. 149.

⁵³⁵ O que poderia ser discutido sem recorrer em absoluto ao conceito de tolerância. Id.

⁵³⁶ Ibid. p. 150.

tolerância no sentido de generosidade, ainda que regida por princípios racionais. A não observância passou a ser tida como uma lesão ao Direito.⁵³⁷ Mesmo no âmbito das relações entre os indivíduos, a solução pela tolerância recíproca seria de escassa utilidade para o Direito.⁵³⁸ O mesmo valeria quando o exercício de liberdade colidisse com interesses mais contingentes, com sentimentos e expectativas de condutas condicionadas por representações valorativas.⁵³⁹ É o próprio Frisch que, reconhecendo algumas fragilidades da teoria do bem jurídico, observa que a reflexão sobre o caráter ou não de bem jurídico de certas realidades constituiria, em

⁵³⁷ Ibid. p. 152. Seria o que Forst denominaria de *tolerância-respeito*: “Here the conception of practical reason invoked (...) must exhibit its theoretical side. What conception of ethical ‘truth’ (...) corresponds to the normative theory?” FORST, R.. *Toleration...* Ibid. p. 09, bem como pp. 445-446 e pp. 543-544. Segundo Frisch, na concepção da *tolerância-respeito* de Forst, a conduta dos demais que discrepasse das próprias representações de correção se reconheceria, até certo ponto, como parte da liberdade dessa pessoa por respeito frente aos demais como *peessoas*, sendo que o limite desta tolerância se alcançaria somente onde aparecesse como justificado limitar a liberdade por razões que regessem de maneira geral e recíproca em virtude do princípio da igualdade individual. O mesmo valeria para outros direitos garantidos constitucionalmente, sobretudo para a liberdade geral de atuação, que sofreria eventuais limitações pelo Estado somente quando existissem razões sólidas que fizessem necessária a limitação, sempre orientando-se por argumentos materiais, onde a reserva da lei haveria que ser entendida conforme o *princípio da proporcionalidade*. Frisch conclui que se trataria, em definitivo, de exigências a serem respeitadas que seriam claramente mais precisas e rigorosas que o não substancial pensamento da tolerância. Se, segundo os critérios mencionados, uma dada intromissão fosse ilegítima, então somente isto seria o decisivo, sem que viessem à tona as considerações de tolerância. FRISCH, W.. *¿La tolerancia ...* p. 159 e pp. 152-153. Frisch, contudo, não deixa de observar, em crítica à posição de Forst, que este só teria operado uma substituição de uma concepção de tolerância – *tolerância-permissão* – por outra – *tolerância-respeito* -. Ibid. p. 159, nota nº 47.

⁵³⁸ Novamente o problema, para Frisch, radicaria na falta de critérios claros sobre como se compatibilizar as liberdades de um com as liberdades e os bens dos demais. As soluções teriam que se pautar pelo princípio da precedência do *valor* ou *interesse* de maior hierarquia. Ibid. pp. 153-154.

⁵³⁹ Ibid. p. 154. “En estos ámbitos la solución tampoco puede buscarse simple e directamente en una apelación a la tolerancia de los lesionados o afectados en sus sentimientos y representaciones. Un ordenamiento jurídico orientado a la garantía de una vida en común con todo el mundo debe preguntar, más bien, también en el caso de tales intereses contingentes, sentimientos y expectativas si y hasta qué punto merecen reconocimiento (por razones materiales) y legitiman la obstaculización de condutas que los lesionan. (...) una vez determinadas las limitaciones recíprocas de la libertad jurídica, la tolerancia sólo es imaginable en el sentido de que los individuos asuman *voluntariamente* limitaciones adicionales al próprio ejercicio de sus derechos o asuman menoscabos en ellos para permitir así que se desarrollen intereses o posturas de los demás que no están previamente garantizados como derecho.” Ibid. pp. 154-155. No entanto, “... la cualidad de bien jurídico de reconocidos bienes jurídicos se basa, efectivamente, en las representaciones morales básicas profundamente interiorizadas y más o menos compartidas por la colectividad.”, o que, levado para a questão da forma de ser dos povos, entendida enquanto um *direito*, ou a mesma é assim assumida, pelos fundamentos aqui propostos, ou se estaria, mais uma vez, desprezando uma esfera constitutiva da própria noção da *pessoa* e do *humano* que esta carrega consigo. Para a última citação: FRISCH, W.. *Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal*. Traducción de Ricardo Robles Planas. Em: HEFENDEHL, R.. (Ed.) **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 314.

termos mais alargados, na primeira fase conceitual de um discurso penal originário sobre a penalização ou não de determinadas formas de condutas que afetariam tais realidades. Contudo, esta “... forma de contemplar el problema desconoce la realidad.”⁵⁴⁰ Tal postura poderia ser correta nos direitos arcaicos ou nos sistemas jurídicos simples onde o Direito recebia seu caráter material majoritariamente ou, em boa medida, do Direito Penal. Num sistema jurídico moderno a *precisão material* do Direito procede, fundamentalmente, de normas jurídicas prévias ao Direito Penal, quando ao mesmo só corresponderia, em regra geral, a função de um direito sancionatório estabilizador dos setores mais importantes dos ordenamentos jurídicos primários – o Direito Penal como *ultima ratio* -, com o que a acima aludida perspectiva perderia por completo a sua correção.⁵⁴¹

Talvez se possa extrair de uma tal reflexão as razões para se perceber como os enfrentamentos de casos apresentando expressividades comportamentais típicas, levadas aos tribunais, têm sido considerados de forma não satisfatória, pois normalmente tem-se tratado a questão desde a ótica única e exclusiva do Direito Criminal.⁵⁴² De outro lado, não se pode descartar a possibilidade da *forma de ser dos povos*, enquanto expressão última da subjetividade humana, também ser tratada como um *bem jurídico* protegível.⁵⁴³

⁵⁴⁰ Ibid. p. 315.

⁵⁴¹ Ibid. pp. 315-316.

⁵⁴² Daí Frisch observar “Que una realidad no se ajuste al concepto de bien jurídico que uno considera personalmente correcto no significa que no posea tal cualidad, sino que puede ser muestra de lo inapropiado o de la estrechez doctrinal de la teoría que se sostiene.” Ibid. p. 318.

⁵⁴³ Claus Roxin, por sua vez, defendendo o conceito de bem jurídico – Ibid. p. 446 -, observa que as metas da garantia ao indivíduo de tanta proteção quanto seja necessária mas também tanta liberdade individual como seja possível, advindas da tradição liberal-ilustrada, de nenhum modo teriam ficado obsoletas, senão que continuamente teriam que ser protegidas frente tendências limitadoras da liberdade das mais diversas origens. Ademais, os bens jurídicos não teriam razão para ter realidade material, pois bastariam ser parte da realidade empírica, daí também serem considerados bens jurídicos os direitos humanos e os direitos fundamentais, tais como o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de consciência ou de culto, não deixando de observar a existência de bens jurídicos coletivos, que só seriam legítimos quando, em última instância, servissem ao cidadão individual, o que seria o caso dos tradicionais bens jurídicos universais, comumente aceitos, o que, frise-se, se amoldaria à noção da *forma de ser dos povos*, entendida enquanto um *direito*. ROXIN, C.. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? Em: HEFENDEHL, R.. (Ed.) **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 447-448. Roxin, contudo, observa que “El principio de protección de bienes jurídicos no puede ser considerado el único criterio para la legitimación de los tipos penales.” Ibid. p. 453. Também em defesa do conceito de *bem jurídico*: SCHÜNEMANN, B.. **¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de**

Ainda quanto às potencialidades do postulado da tolerância, enquanto um limitador do Direito Penal, Frisch, numa análise mais circunscrita, entendendo aqui aquela relativa ao castigo desde a pena do injusto, entende que a tolerância também seria uma *intuição errônea*. Isto porque para aqueles casos em que houvesse a possibilidade de renúncia de pena a proibições já estabelecidas o caso assim se resolveria e não em razão da tolerância. Seria através de critérios especificamente jurídicos, tidos como princípios jurídicos – *proporcionalidade em sentido estrito, proporcionalidade, adequação e exigibilidade*, por exemplo – e pré-avaliações que informariam se o castigo seria racional, necessário e legítimo e não o *topos* da tolerância. Mesmo os casos duvidosos encontrariam a solução nas regras jurídicas e as prerrogativas de decisão que se baseariam em margens valorativas seriam aquelas que aceitassem uma decisão – do legislador – que se moveria nas fronteiras do que fosse possível sustentar, sempre inspirando-se em esforços para lograr a correta aplicação dos princípios decisivos.⁵⁴⁴

Em termos prático-jurídicos, Frisch observa que o *topos* argumentativo da tolerância para delimitação da punibilidade muito dificilmente seria o aspecto essencial da decisão jurídica, mesmo que se chegasse à não imposição da pena ou diminuição da mesma. Tratar-se-ia, antes, de conflitos entre liberdades reconhecidas juridicamente e considerações de proteção, o que se resolveria pelas regras de solução de conflitos jurídicos, podendo-se concluir ser o resultado mais ou menos tolerante. Normalmente, o sopesamento dos interesses em jogo resolveria os casos juntamente com a invocação dos princípios acima aludidos. A tolerância, assim, só seria sustentável com o emprego simultâneo de regras jurídicas gerais.⁵⁴⁵

Em termos conclusivos, Frisch observa que a tolerância, no sentido de um suportar sem estar obrigado, teria perdido seu objeto nos âmbitos relevantes para o ordenamento jurídico. Os critérios jurídicos ofereceriam informações *completas* sobre se a conduta tolerada outrora, ou mesmo qualquer outra conduta irregular, pertenceria à liberdade jurídica e, conseqüentemente, se deveria se admitir ou fosse, antes, mais além do âmbito da liberdade, de forma que não poderia se esperar que

derecho. Traducción de Ángela de la Torre Benítez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, especialmente às pp. 17-21. (Cuadernos de Conferencias y Artículos – Nº 38)

⁵⁴⁴ FRISCH, W.. ¿La tolerancia... pp. 155-157.

⁵⁴⁵ Ibid. pp. 157-158.

fosse suportada por parte das pessoas afetadas ou do Estado por elas. Contudo, naqueles espaços em que houvesse uma abertura maior para a valoração, a relevância *fática* poderia ser orientada pela tolerância. Esta manteria um *significado fático* e “... una función de recordatorio y de llamada que no se debería abandonar completamente.”⁵⁴⁶

Para Andrew von Hirsch, a tolerância pressuporia que o comportamento afetado não seria desejável normativamente;⁵⁴⁷ o tolerar algo suporia que alguma coisa do comportamento em questão seria incorreta ou poderia ser *prima facie* incorreta.⁵⁴⁸ Contrapondo-se a Frish,⁵⁴⁹ que entenderia não ser possível recorrer à ideia de tolerância como *mediating principle*, Hirsch entende que à tolerância não corresponderia um papel marginal.⁵⁵⁰ Concordando com Frisch no sentido de que, em termos históricos, muitos importantes direitos hoje reconhecidos em termos constitucionais tiveram suas origens nos argumentos da tolerância, para Hirsch, tal argumento serviria justamente para se referendar a manutenção da tolerância como um *mediating principle*. Afinal, tal categoria de princípios se referiria a motivos para renunciar à criminalização, rebaixando os níveis de natureza constitucional, que sempre deveriam ser respeitados. Certos comportamentos perturbadores poderiam se situar fora do raio de proteção das garantias constitucionais, podendo-se dar razão para a tolerância, restringindo-se o emprego de sanções penais em tais casos. Hirsch também contesta a crença de Frisch em uma suposta exatidão dos princípios da *proporcionalidade* e da *subsidiariedade* enquanto alternativas jurídicas à tolerância. A questão, para Hirsch, portanto, não seria tanto o grau de precisão do conceito de tolerância; antes, se esta poderia enriquecer a análise dos *mediating principles* de uma forma que se perderia ao se efetuar exclusivamente por outros princípios, a exemplo da *proporcionalidade*. Hirsch, contudo, concorda com Frisch

⁵⁴⁶ Ibid. p. 160. “... sigue siendo sensato y justificado resaltar especialmente la tolerancia, puesto que la historia enseña que el peligro de una limitación de la libertad (que no se corresponda con los criterios del Derecho) del que lleva a cabo la conducta desviada es mayor que el peligro de que una mayoría ofendida por esa conducta o el poder del Estado exponga sin sentido sus derechos.” Ibid. p. 161.

⁵⁴⁷ HIRSCH, A. v.. Tolerancia... p. 165. Hirsch baseia-se na concepção de Joseph Raz - *Autonomy, Tolerance and the Harm Principle*. Id. (nota nº 11)

⁵⁴⁸ Ibid. p. 165.

⁵⁴⁹ Cf. análise acima.

⁵⁵⁰ Ibid. p. 166.

quanto ao fato de que a simples afirmação que um dado comportamento não tenha que ser castigado por razões de tolerância não explica por que haveria que se renunciar a uma proibição jurídico-penal. A saída, porém, segundo Hirsch, seria evidenciar cada uma das razões concretas que poderiam ser consideradas como a base da tolerância.⁵⁵¹

Mesmo para aqueles comportamentos tidos como perturbadores, a exemplo do desnudar-se em um transporte público, ou fazer uso do transporte em tal condição desnuda, se realizada por um indígena ainda não enculturado, faz logo se perceber a flagrante diferença de tratamento que merece receber um comportamento quando representativo de uma *expressividade comportamental típica* em relação a uma conduta meramente perturbadora. Pela ótica do Direito Criminal se desconsideraria a esfera da *personalidade* ofendida dentro do período de enculturação, redundando numa saída desacertada. O reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, de outro lado, afastaria tal equívoco. Talvez seja justamente por perceber o que está por detrás de condutas típicas que Hirsch chega a reconhecer que “... un comportamiento de este tipo – por más objetable que, como tal, pueda parecer – puede formar parte de un vasto patrón de conductas y comportamientos, constitutivo de una forma o manera distintiva de vida, que, en el contexto de una sociedad plural, debería ser considerado valioso.”⁵⁵² E daí a conclusão a que chega: “La punición del comportamiento puede significar un rechazo no sólo al próprio comportamiento sino al estilo de vida al que pertenece en su conjunto.”⁵⁵³ Hirsch, porém, encontra na tolerância a saída para o problema.⁵⁵⁴ Contudo, haveria que se perguntar como se procederia em casos mais extremos, em que fossem lesadas mais forte e profundamente outras esferas de direitos. Aqui, a

⁵⁵¹ Ibid. pp. 166-167. Para o exemplo das quatro categorias de comportamentos perturbadores, que poderiam fundamentar a limitação do campo de aplicação das leis penais na punição das referidas condutas, a partir do princípio da tolerância, entendido enquanto um *mediating principle*: Ibid. pp. 167-169. Para a análise desde os delitos de perturbação e injúria: Ibid. pp. 170-172. O fundamento de uma dada razão de princípio (mediatizadora) para prescindir de uma proibição, ou instituí-la só excepcionalmente, seria o valor que se outorgaria à proteção da esfera de direito em questão. Ibid. p. 175.

⁵⁵² Ibid. p. 170.

⁵⁵³ Ibid. pp. 170-171.

⁵⁵⁴ Os *mediating principles*, portanto, sobrepassariam o âmbito de proteção das limitações constitucionais aplicáveis, mas se fundamentariam em determinadas ponderações da liberdade e da justiça. Ibid. p. 175. Hirsch conclui que a tolerância seria de utilidade parcial na formulação dos *mediating principles*, mas não seria um critério normativo de alcance geral. Ibid. p. 176.

saída pelo reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* continuaria mostrando o seu potencial de ajuste jurídico-argumentativo, não deixando margens para dúvidas, sobretudo aos julgadores, mormente tendo-se em conta a possibilidade de se recorrer, subsidiariamente, ao Direito Criminal, desde alguma medida acautelatória, como se mostrará ao final.

Ainda sobre a tolerância em relação a comportamentos antissociais, Mark Thommen, agora partindo-se da tradição anglo-saxã, amparado no caso da Grã-Bretanha e,⁵⁵⁵ com base nas formulações de Joel Feinberg,⁵⁵⁶ entende que, apesar de ser admissível a tolerância no plano do ajuizamento de um dado injusto, no plano da apreciação judicial dos injustos puníveis não existiria espaço algum à mesma devido à vinculação à lei,⁵⁵⁷ o que não deixa de estampar uma adesão, de todo contestável, a um legalismo estrito. Quanto aos injustos puníveis, especificamente em relação aos comportamentos antissociais, Thommen pondera que haveriam que ser separadas as ofensas antijurídicas daquelas ainda toleráveis, reuníveis em categorias suscetíveis de generalização, podendo ser a tolerância utilizada como

⁵⁵⁵ Os *Anti-Social Behaviour Orders - ASBO's* - foram fruto de medidas políticas implementadas pelo governo laborista de Tony Blair, no sentido de proceder, duramente, contra as condições de desordem geral e abandono e de estabelecer comunidades mais seguras. Seriam medidas do procedimento jurídico-civil, que se dirigiriam somente contra uma pessoa concreta ou determinada, contrariamente às proibições gerais. As *ASBO's* se processariam em duas etapas – *two-step-orders* -, uma jurídico-civil, desde a emissão da ordem, e outra jurídico-penal, no juízo da contravenção. As ordens poderiam ser impostas a pessoas maiores de 10 anos. Criticando a solução, Thommen observa que as *ASBO's* seriam regidas pelas chamadas *hearsay-evidence*, que se baseariam em percepções indiretas, algo como *ouvi dizer*, que eram permitidas somente em processos jurídico-civis. Contudo, a *House of Lords*, tendo em conta a drasticidade das cominações sancionatórias, desde um precedente, estenderam às *ASBO's* um *standard probatório jurídico-civil mais elevado*. Todas as medidas albergadas pelas *ASBO's* visariam combater condutas antissociais baseadas na concepção comunitarista de que as sociedades pluralistas careceriam de valores comuns, que poderiam ser integrados novamente através da imposição jurídico-penal de bons modos - o que seria de todo contestável! -. Thommen observa que tal caminho integraria os valores comunitários, pois a imposição de uma moral majoritária, desde uma medida jurídico-penal, desestabilizaria a fundamental separação entre Direito e Moral vigente em sociedades tolerantes constituídas de modo liberal. THOMMEN, M.. Tolerancia y comportamiento antisocial. Traducción de Mateo G. Bermejo. Em: PLANAS, R. R.. (Ed.) **Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012, pp. 178-182. (Atelier penal)

⁵⁵⁶ Sobretudo desde os quatro tomos que tratam dos limites morais do Direito Criminal – *The Moral Limits of the Criminal Law*. -, onde Feinberg tenta pôr à prova a intuição das pessoas a respeito dos limites da ofensa tolerável. Para ele, uma conduta só seria incriminável se fosse seriamente ofensiva; se fosse valorada a inevitabilidade da ofensa desde o ponto de vista da vítima; se foi avaliada a significação que a conduta tida como molestadora possuiria para o autor da mesma e, por fim, a criminalização de condutas haveria que ser limitada por princípio. *Ibid.* p. 185.

⁵⁵⁷ *Ibid.* p. 188.

mediadora entre os argumentos a favor e contra a criminalização. Contudo, tal tarefa de mediação da tolerância poderia se dar somente na medida em que os estilos de vida desviados devessem realmente ser tolerados e promovidos. Assim, a tolerância somente seria um mandato fundamental em sociedades plurais de tipo liberal, pois as teorias comunitaristas se dirigiriam explicitamente contra os postulados liberais de tolerância.⁵⁵⁸

Percebe-se que a visão de Thommen sobre como seriam informados os valores em uma sociedade com um viés comunitarista é de todo contestável. A abertura que a tolerância permite no processo de incorporação de escalas valorativas diferenciadas não necessariamente implica o desvirtuamento do cabedal axiológico orientador da vida em coletividade. Especificamente em relação ao papel do Direito no referido processo, a formatação axiológica, desde a dialética *sistema X problema*, fundada na *autonomia* contrabalanceada pela *responsabilidade*, pode se mostrar superadora. Mesmo o reconhecimento da *forma de ser dos povos* enquanto um *direito*, nos termos defendidos, não implica encampar escalas de valores distoantes daqueles historicamente forjados pela sociedade a partir das pressões de conformação que as controvérsias práticas e a própria realidade oferecem. Também é contestável a crítica de Thommen quanto ao fato de serem as *ASBO's* representativas de ideais comunitaristas por terem sido justificadas na reconstrução de valores *comuns*,⁵⁵⁹ pois a busca do reforço de valores comuns, por si só, não pode ser vista como representativa de um viés comunitarista por excelência; valores podem preponderar em sociedades desiguais, mesmo que derivados de interesses de grupos localizados com forte poder de pressão institucional, sem que com isso representem verdadeiramente a comunidade como um todo. Dessa forma, a meta da unidade de valores, não pode se traduzir na caracterização de um viés comunitarista por si só. Ao que tudo indica, a fundamentação utilizada pelo governo inglês sobre as *ASBO's* foi pautada por uma politicamente aceitável justificativa a uma medida flagrantemente excessiva de controle. Todavia, é de se concordar com Thommen que, dentro deste sistema de Direito Criminal constituído sobre um conceito de unidade de valores, nos equivocados termos em que o governo inglês o

⁵⁵⁸ Ibid. p. 189.

⁵⁵⁹ Id.

estabeleceu, não restaria espaço algum para considerações mediadoras baseadas na tolerância.⁵⁶⁰

Apesar da proposta se cingir ao resguardo jurídico de expressividades comportamentais típicas externalizadas dentro do período de enculturação, a tolerância em tais casos seria afastada da analítica, pois em se tratando de um *direito* haveria o correlato dever de respeito ao mesmo, independentemente de qualquer ato volitivo favorável das pessoas, não se desprezando os eventuais casos que demandassem a aplicação de medidas acautelatórias. Contudo, superado o período mínimo de enculturação, o enfrentamento de controvérsias práticas voltaria a se dar a partir da dialética entre *autonomia* e *responsabilidade*, podendo a tolerância ser invocada.

É assim que a proposta de Ana Margarida Simões Gaudêncio apresenta-se como alternativa de solução.⁵⁶¹ A jus-filósofa de Coimbra reconhece que a tolerância possuiria um sentido normativamente material, decorrente da natureza de uma categoria normativamente dependente e, desse modo, categoria extrajurídica reportada a uma materialmente fundamentante valoração ética que, já se enquadrando enquanto uma categoria normativamente independente, a qual, por sua vez, situando-se histórico-culturalmente num intervalo-graduação entre necessários limites, faria exsurgir uma projeção jurídica aferível fundamentamente em um sentido de direito materialmente autônomo. Dessa forma, a relevância normativamente constitutiva do intervalo da tolerância no intervalo da juridicidade determinaria o conteúdo, a posição e o relevo normativos da categoria tolerância enquanto categoria normativamente substancial, perspectivada numa projeção jurisprudencialista da juridicidade. No referido intervalo, a tolerância desempenharia um papel fundamental na determinação da presença e/ou ausência de exigências de valoração e regulação jurídicas, enquanto filtro, mormente naquelas situações cuja referência ao sentido postulado para a juridicidade no sistema jurídico vigente não se encontrasse devidamente estabilizada. A consideração jurídica da tolerância,

⁵⁶⁰ Ibid. pp. 190-191.

⁵⁶¹ GAUDÊNCIO, A. M. S.. **O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade. Fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância.** Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012. (Tese de Doutoramento)

portanto, se assentaria numa ponderação valorativa cultural-comunitariamente sedimentada e jurídico-dogmaticamente densificada, alicerçada sobre uma base de diálogo-tradução suficientemente fundamentante. Dessa forma, a tolerância operaria essencialmente na determinação da gradação da necessidade e/ou pertinência da relevância jurídica.⁵⁶²

3.2.3 O problema desde a ótica jurídico-criminal europeia continental.

A análise de alguns estudos de juristas portugueses e de outros países europeus se assenta, basicamente, em duas razões. A primeira se relaciona ao fato de, em praticamente todos os países sulamericanos, ter sido implantado o Direito, a partir de sua específica matriz civilizacional oriunda, primacialmente, do continente europeu-continental, ficando as demais formas de regulação da vida em comum, seja dos povos autóctones ou mesmo de outros povos que para tal território migraram, à margem e, quando consideradas, de forma ainda muito incipiente e restrita, tal como o caso da Bolívia e do Equador mostraram.

O segundo motivo assenta-se no fato de que, mesmo tendo passado mais de quinhentos anos do processo colonizatório, o Direito ainda é o regulador preponderante, sendo constantemente incorporados avanços em seus mais variados quadrantes – jurisprudencial, doutrinário e legislativo -. Esta última razão pode trazer significativas contribuições de estudos provenientes do cenário europeu, o que se potencializa, sobretudo, pelas recentes ondas migratórias que a região tem passado e pelo retorno de muitos migrantes latinos que viviam na periferia e semi-periferia europeias, afora movimentações migratórias dentro da própria América Latina, como o caso dos haitianos e venezuelanos que têm migrado ao Brasil. Algumas implicações jurídico-criminais às pessoas que se encontram em ambas as situações – migrantes já possuidores de certo conhecimento das normas de convívio de tipo europeu-ocidental e membros de povos originários do continente sulamericano – merecem, como já se disse, tratamentos diferenciados, pois a percepção da mundividência e mesmo das regras de convívio das comunidades hospedeiras é

⁵⁶² Ibid. pp. 618-621.

absolutamente distinta para uns e outros.

Um primeiro ponto que precisa ser enfrentado é o tratamento da questão dos (des)encontros das diferenças sob a ótica da inimputabilidade.

3.2.3.1 A questão da inimputabilidade.

Günther Jakobs, a partir da sua concepção funcional da culpa, entende que quando o forasteiro protagonizasse uma situação singular, isolada, onde as expectativas normativas não fossem radicalmente defraudadas, haveria que se dar relevância ao diagnóstico psíquico de *imbecilidade social ou cultural*.⁵⁶³ O déficit de socialização jurídica do agente não produziria a perturbação na sociedade, abrindo-se espaço para se apreciar a falta de capacidade do mesmo de percepção do ilícito⁵⁶⁴ – e, assim, considerá-lo como um inimputável.⁵⁶⁵ No entanto, para Jakobs, pessoas oriundas de ondas migratórias, com socialização alheia, mereceriam do Estado um tratamento de sua adaptação como um assunto que seria *delas*.⁵⁶⁶ Daí que somente em situações especiais haveria que se reconhecer uma incapacidade de cumprimento das normas.

A proposta de Jakobs, contudo, mereceria ressalvas. Para Silva Dias, não se respeitaria uma fundamentação interna da culpa baseada na autonomia pública dos cidadãos e no reconhecimento recíproco como pessoas livres e iguais. Careceria de legitimidade a atribuição de culpa penal em razão das necessidades de estabilização de normas jurídicas e da ordem social por elas configurada. Seria subordinar a inculpação ou exculpação de um ilícito-típico culturalmente motivado,

⁵⁶³ JAKOBS, G.. La culpabilidad de los foráneos. Traducción de Jorge Fernando Perdomo Torres. Em: MELIÁ, M. C.; SÁNCHEZ, B. F.. (Ed.) **Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad**. Cizur Menor: Editorial Aranzadi S.A., 2008, pp. 101-143.

⁵⁶⁴ Enquadráveis para as hipóteses de erro de proibição - § 17 do CP alemão -. JAKOBS, G.. La culpabilidad... p. 133.

⁵⁶⁵ Ibid. pp. 120-123.

⁵⁶⁶ É já no *Prólogo* ao texto retro citado, que Jakobs escreve: “Cuando el individuo *foráneo* há quedado vinculado al orden de valores de su lugar de procedencia, ello no cambia en nada el hecho de que es a él a quien incumbe la responsabilidad que ese vínculo no acabe dando lugar a una empresa delictiva.” Ibid. p. 14. Não se tem em conta sequer o fator primordial à exigência de cumprimento de qualquer regras de convívio: o período mínimo de enculturação. Os exemplos citados por Jakobs sinalizam nesse sentido. E, ainda, Ibid. p. 133. Também se ignora a parcela de responsabilidade dos poderes públicos pela viabilização da enculturação.

realizado por um agente de outra cultura, a um princípio *ex iniuria tertii*.⁵⁶⁷ Uma absolvição com base na *imbecilidade cultural*, de Jakobs, a depender da recorrência da conduta, se perturbasse para mais ou para menos a sociedade, redundaria, para Silva Dias, numa decisão de culpa que ficaria dependente de fatores alheios ao agente, que ele não dominaria por completo e, conseqüentemente, não poderia se apropriar ou distanciar dos mesmos, convertendo-se num tratamento objetificador dele.⁵⁶⁸ No entanto, em se considerando que os casos de *imbecilidade social ou cultural* se restringiriam àqueles em que o déficit de socialização jurídica do agente – gerador de uma falta de capacidade de percepção do ilícito - não produziria perturbação na sociedade;⁵⁶⁹ parece fragilizar-se o referido entendimento, justamente, em decorrência da relação que o mesmo estabelece entre a capacidade de percepção do ilícito e uma suposta perturbação na sociedade que a conduta praticada ocasionaria. Afinal, não parece restar dúvida de que condutas lesivas de bens jurídicos praticadas por motivação cultural, quando não houve uma enculturação mínima, só ocorrem justamente porque a pessoa a quem se pretende imputar responsabilidade criminal não só não é capaz de entender a sua ação como ilícita - desconhecimento completo das regras da cultura dominante -, quanto entende que aquilo que está fazendo é efetivamente o que deveria ser feito segundo as regras de convívio de seu povo originário. Parece ser nesse ponto que a questão deve se estruturar e ser pensada.

Além disso, tanto é criticável a expressão *imbecilidade social ou cultural* de Jakobs, pelo seu viés pejorativo e etnocêntrico, quanto a relação que o autor faz da incapacidade da pessoa de compreender seu comportamento conforme as regras da outra cultura como uma possível perturbação social. Qualquer tipo de lesão a um bem jurídico, em maior ou menor grau, sempre será algo perturbador da sociedade. Contudo, isso não é razão suficiente para se macular por completo a perspectiva de Jakobs. A constatação da incapacidade de compreensão e consideração da pessoa, não pode ser tida como uma razão para considerá-la *inimputável*; não é razão para

⁵⁶⁷ DIAS, A. S.. Crimes... p. 420 e ss.

⁵⁶⁸ Ibid. p. 425.

⁵⁶⁹ Ibid. p. 419.

se entender que seria um tratamento objetificador da mesma.⁵⁷⁰ Talvez a nomenclatura adjetivadora *imbecilidade* tenha sido empregada como forma de melhor relacioná-la a um caso de inimputabilidade, dado o viés caracterizatório patológico ou de insuficiência de capacidade de entendimento que o mesmo carrega consigo. Também não parece fazer sentido que a consideração da incapacidade de compreensão das normas seja uma consideração da culpa desde *fatores externos*. Afinal, toda *expressividade comportamental típica* será sempre baseada em um padrão comportamental, que é algo externo, mas possui profundo enraizamento no espírito humano. Não resta dúvida de que a pessoa foi *responsável* pelo que fez, pois agiu a partir de suas convicções, de seu poder individual de domínio, na certeza de que estaria fazendo o que deveria ser feito, caso se consiga mostrar que a conduta foi um comportamento *típico*. O plano da responsabilização criminal, desde a cultura dominante, vem num segundo momento, quando da consideração da conduta por um terceiro, baseando-se em um *tertium comparationes* – sistema jurídico – completamente alheio da pessoa a quem se pretende responsabilizar. Em casos de (des)encontros das diferenças, o plano responsabilizatório criminal só pode ser relevado quando houve uma capacidade mínima da pessoa de agir conforme as regras que norteiam tal plano; quando havia uma integração mínima dessa pessoa ao quadro axiológico-jurídico que será considerado.⁵⁷¹

No entanto, em tais casos também não haveria que se falar de uma situação de *inimputabilidade* ou de *semi-imputabilidade*, uma vez que tais figuras carregam consigo o viés patológico, o que redundaria na *patologização de uma cultura alheia*,⁵⁷² pois a desconsideração da cultura levaria a uma privação de uma

⁵⁷⁰ Ibid. p. 425.

⁵⁷¹ “A enculturação num contexto normativo diverso pode criar um obstáculo psicológico ao contacto com a nova realidade social e à compreensão do sentido das normas e valores jurídicos da sociedade de destino.” Ibid. p. 395. Sobre o dever de integração cabível ao Estado e à sociedade como um todo: Ibid. p. 400, p. 402, concordando com Frischknecht, desde *Kultureller Rabatt* (p. 252), e pp. 480-482.

⁵⁷² DIAS, A. S.. Crimes... p. 431 e p. 443. E, ainda: DIAS, A. S.. “Cérebro social”, diversidade cultural e responsabilidade penal. Em: **Anatomia do crime**. Nº 3, jan/jun 2016, pp. 42-71, e-book. Lisboa: Edições Almedina, S/A, p. 55. “... como a literatura psiquiátrica especializada vem evidenciando, o plano individual é tanto mais necessário quanto é certo que nem todos os *cultural syndromes* se exprimem da mesma maneira e casos há em que podem não estar associados a uma anomalia psíquica. **Estes casos estão à partida fora do domínio da inimputabilidade.**” Ibid. p. 59. (grifo nosso) O Tribunal Constitucional da Colômbia, desde a Sentença T-496/1996, entendeu que

narrativa dignificadora; silenciar-se-ia a pessoa enquanto *whole person*.⁵⁷³ Mesmo uma concepção que se demarque de um modelo médico ou nosológico da inimputabilidade,⁵⁷⁴ dissociando-se do fator biopsíquico da mesma quanto a um modelo nosológico de doença mental, abrindo espaço, assim, a uma visão multifatorial de anomalia psíquica que comportaria os fatores culturais,⁵⁷⁵ ainda se mantém vincada no aspecto patológico da conduta e não na simples consideração de uma mundividência enquanto causa de reconhecimento da inimputabilidade.⁵⁷⁶ Aqui, o *background* cultural que se externaliza continua sendo visto com as lentes tradicionais de conformação do instituto. Isto não significa, porém, que se pretende encampar um relativismo cultural mas, antes, ponderar adequadamente o *período mínimo de enculturação* como o limite da responsabilização. Ademais, o próprio reconhecimento de que o "... indivíduo é um 'produtor' de sentido 'produzido' por um sentido que o precede (...) [e que] por isso [é] que a sua mente forma um interface produtivo de cérebro, corpo e mundo social, entabulando entre esses campos um fluxo permanente."⁵⁷⁷ a partir disso se pode melhor perceber que a *natureza comum* da forma de ser dos homens, que está na base de todas as expressividades comportamentais típicas, é o substrato fático a ser *valorado* por aquele *ato humano de atribuição de sentido*. Trata-se de um conjunto de fatores co-constitutivos das formas de ser que são *comuns* a todos. Tal *valoração* é inafastável porque esse substrato é a própria base informadora da noção jurídica de *pessoa*. Afinal, essa

considerar as minorias culturais como *inimputáveis* violaria o caráter multiétnico e pluricultural da sociedade. DIAS, A. S.. Crimes... p. 449. (nota nº 1272)

⁵⁷³ Cf. Rashmi Goel, desde *Can I call Kimura Crazy?* (p. 455 e ss), cf. *Ibid.* p. 443. (nota nº 1249)

⁵⁷⁴ Adotado pelo modelo português. *Ibid.* p. 56. "... só relevam como casos de inimputabilidade (ou de imputabilidade diminuída) aqueles em que for diagnosticável um distúrbio psíquico produtor das incapacidades previstas no nº 1 do art. 20º.", acolhendo Figueiredo Dias em *Direito Penal – Parte Geral I*, 21/29. DIAS, A. S.. Crimes... p. 441.

⁵⁷⁵ DIAS, A. S.. "Cérebro... p. 59.

⁵⁷⁶ Silva Dias acompanha Maria Fernanda Palma – *O princípio da desculpa* (pp. 165 e ss e pp. 232 e ss.) – entendendo que poderia ser um caso de estado de necessidade existencial – emprego analógico com o art. 32º do CP português – quando se verificasse que o agente "... não estava em condições de responder favoravelmente às determinações do Direito e de resistir anímicamente à 'oferta' cultural (...) [em decorrência da] vivência de uma tensão emocional intensa, causada por vínculos culturais com os quais não consegue romper, priva de alternativas de acção." [caso *Kimura*] DIAS, A. S.. Crimes... pp. 443-444. Outra saída seria desde a ponderação do desespero, emoção que integraria o complexo emocional vivido pela agente, o que levaria à condenação da mesma - caso *Kimura* -, ao homicídio privilegiado dos filhos, conforme art. 133º do CP português. *Ibid.* p. 444.

⁵⁷⁷ *Ibid.* p. 439.

aquisição axiológica só assim se erigiu em razão do entrelaçamento de inúmeros fatores, com primazia dos culturais, com o que se pode afirmar que a *natureza comum da forma de ser dos povos* é a razão de ser maior para que se consiga compreender que mesmo as expressividades comportamentais típicas mais repugnáveis aos olhos da escala de valores de tipo europeia-ocidental não podem se tornar fundamento para responsabilizações quando ainda não se oportunizou um período mínimo de enculturação. Trata-se de uma *base comum da própria existencialidade humana* que torna todos merecedores de igual respeito, uma vez que se deseje, verdadeiramente, considerar o *humano* que está na base na própria noção jurídica de *pessoa*.

O não reconhecimento do exercício de um *direito* evidencia a dificuldade de uma solução prática conforme às exigências de justiça judicativo-decisória que o Direito requer. A particularidade mundivisional, quando a pessoa ainda não se enculturou minimamente, não pode ganhar o revestimento de uma psicose individual ou coletiva, pois nem o agente se vê, nem o seu povo de origem o encara como um doente mental ou como uma pessoa psicicamente perturbada;⁵⁷⁸ antes, como alguém que possui uma crença culturalmente enraizada, propulsora de expressividades comportamentais típicas. Somente uma reconfiguração da figura da inimputabilidade, admitindo-se como sua causa a mundivisão da pessoa, permitiria uma solução por este caminho, para os casos havidos dentro do período mínimo de enculturação.⁵⁷⁹ No entanto, ainda assim se perderia com a opção jurídico-criminal, pois se deixaria de lado a possibilidade da exigência de medidas pró-ativas dos poderes públicos que o reconhecimento de um *direito* carrega consigo, continuando a manter restrito o âmbito da noção jurídica de *pessoa* tal como hoje está.

⁵⁷⁸ Ibid. p. 381.

⁵⁷⁹ Sobre o problema da culpa do forasteiro, dissociando a inimputabilidade da anomalia psíquica, a ex. da Itália, apesar das discussões a respeito: Ibid. pp. 447-448.

3.2.3.2 Das demais soluções jurídico-criminais de índole europeia-continenta.

Dentre as saídas jurídico-criminais propostas, ressalta-se a de Augusto Silva Dias, iniciada a partir de estudo de campo realizado junto aos *garandis* das tabancas, em Guiné-Bissau, em meados dos anos 1990.⁵⁸⁰ Desde então, Silva Dias aprofundou-se sobre o tema, tornando-se uma referência, culminando o seu trabalho com o texto *Crimes Culturalmente Motivados*.⁵⁸¹

Ressaltando a importância da contextualização social que casos de responsabilidade criminal demandam em suas análises,⁵⁸² Silva Dias observa que o enraizamento de usos e costumes em certos povos pode suplantar temporalmente, em muito, as regulamentações que os colonizadores impuseram; daí a pressão conformadora potencializada que pessoas de tais povos originários sofrem em razão das referidas práticas. Isso demandaria uma apreciação jurídico-criminal diferenciada, a depender do lugar da prática.⁵⁸³

Qualquer intervenção desqualificadora de um crime ou de uma pena, para Silva Dias, somente seria viável a partir da atuação legislativa - princípio da legalidade -.⁵⁸⁴ Contudo, o costume ou os usos sociais poderiam obstar ou condicionar a punição. Afinal, o método de atribuição de responsabilidade em modelos jurídico-penais de referencial germânico, tal como o português, consistiria na utilização de um sistema de imputação mais ou menos consolidado, que se

⁵⁸⁰ Para a publicação originária da pesquisa de Silva Dias: DIAS, A. S.. Problemas do Direito Penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. Em: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 6, fasc. 2º, abril-junho. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 209-232. Utilizar-se-á, contudo, a versão atualizada, onde, ao invés do caso do infanticídio ritual, se trata da excisão clitoridiana, à luz do Direito Penal português e não do guineense, como fez no primeiro estudo: DIAS, A. S.. Faz sentido... pp. 187-191, especialmente a nota nº 2, sobretudo em razão de alteração legislativa recente em Portugal que acabou por tipificar a excisão clitoridiana.

⁵⁸¹ DIAS, A. S.. Crimes... Op. cit.

⁵⁸² Afinal, apesar da matriz civilizacional do Direito e, conseqüentemente, de os Códigos Penais serem norteados pelo referido ideário, "... nem a situação de vida à qual se aplicam é idêntica, nem idêntica é por isso a compreensão dos tipos incriminadores aplicáveis." Ibid. p. 191.

⁵⁸³ Ibid. pp. 191-192. Dada a escassez de casos apreciados pelos tribunais superiores portugueses, envolvendo a excisão clitoridiana, Silva Dias recorre às jurisprudências e doutrinas francesa e norte-americana. Id.

⁵⁸⁴ Ibid. p. 199. Haveria uma subordinação da lei e do costume aos princípios e valorações fundamentais que constituiriam a matriz referencial do Direito Penal democrático. Ibid. p. 199, nota nº 33. Silva Dias cita Figueiredo Dias como um autor que se contraporía à referida posição. Ibid. p. 199, nota nº 32. Para Silva Dias, o contexto europeu atual, contudo, não estaria propício para uma inovação legislativa sobre crimes culturalmente motivados, como se verá adiante.

designaria pela teoria do fato punível ou teoria do crime. Apesar de se tratar de um sistema aplicativo, tal teoria se louvaria nos princípios estruturantes do Direito Penal do Estado de Direito, desempenhando a função de garantia, uma vez que lançaria estabilidade nas decisões, assegurando a coerência delas com os fundamentos de validade do sistema penal.⁵⁸⁵

Neste sentido, dos atributos do fato punível, dois se destacariam por serem mais aptos para acolher usos e costumes em sede de Direito Penal: "... a tipicidade, mediante o recurso interpretativo das acções socialmente adequadas, e a culpa em sentido amplo, que abrange não só o momento da censura ou atribuição de um demérito pessoal ao agente, mas também a própria imputação subjectiva (a título de dolo ou de negligência)."⁵⁸⁶ Salta-se de uma *perspectiva externa*, de observador, onde seria aferida a *hierarquia* das fontes – usos ou costumes face à legalidade -, para uma *perspectiva interna*, de aplicador, pois se almeja a resolução de um caso prático onde alguém poderá ser punido por ter cumprido com as tradições de origem.⁵⁸⁷ Silva Dias ressalta a importância de *um certo nível de integração do imigrante*, que se traduziria na compreensão de valores e normas que regiriam a vida pública na sociedade de acolhimento, sobretudo aquelas que formariam a identidade normativa da mesma,⁵⁸⁸ o que sinaliza, aproximativamente, a uma das principais preocupações da presente investigação – período de enculturação -.⁵⁸⁹

No referido estudo, Silva Dias procurou mostrar que a mutilação genital se configuraria como um caso de ofensa corporal grave.⁵⁹⁰ Usos e costumes não poderiam produzir acções socialmente adequadas desligadas de uma valoração global do fato realizado, que envolveria um sentido social e um sentido

⁵⁸⁵ Ibid. p. 200. "Quando se exige que o comportamento seja típico, ilícito e culposo (...) (núcleo central da teoria do crime) para atribuir a alguém a prática de um crime, outra coisa não se faz do que dar realização, na aplicação do Direito Penal, respectivamente aos princípios da legalidade e da ofensividade, da prevalência do interesse superior à luz da ordem jurídica, e da culpa, enquanto decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana." Id.

⁵⁸⁶ Ibid. pp. 200-201.

⁵⁸⁷ Ibid. p. 201. Haveria que relevar a punibilidade ante a prática de seguir um uso ou costume *contra legem* por pressão da comunidade - forma de coação moral -. Desde tal dimensão interna do conflito - plano da acção e das motivações para agir -, a norma penal não levaria vantagem sobre os costumes ou usos tradicionais enraizados, pois a eficácia da regra costumeira estaria automaticamente assegurada – cf. Oliveira Ascensão -. Ibid. pp. 201-202.

⁵⁸⁸ Ibid. pp. 202-203.

⁵⁸⁹ Silva Dias fala de uma *fase transitória de aculturação*: Ibid. p. 203.

⁵⁹⁰ Ibid. p. 204.

constitucional. Não seria valorável como socialmente útil ou adequada uma ação que se traduzisse numa grave lesão da integridade física e do desenvolvimento imperturbado da sexualidade, pois que objeto de direitos que densificariam a dignidade da pessoa.⁵⁹¹ Em termos de consentimento, não se admitiria este para crianças entre dois e doze anos – normalmente a idade das meninas mutiladas -. Mesmo para aqueles casos envolvendo adolescentes com mais de dezesseis anos – Art. 38 do CP português/CPp -, a pressão efetiva da comunidade de origem sobre as mesmas retiraria o caráter livre do consentimento.⁵⁹² No entanto, seria desacertado qualificar a excisão como fato contrário aos bons costumes – nº 2, do Art. 149/CPp -, caso a pessoa em causa fosse maior e consentisse livremente no fato e o ato fosse praticado respeitando as condições sanitárias minimamente aceitáveis, pois o argumento de que a excisão criaria uma situação irreversível, que impediria a pessoa de reassumir futuramente o prazer sexual, caso mudasse de ideia, não seria procedente.⁵⁹³ Tal posição relevaria uma concepção anti-liberal das relações entre o Estado e o indivíduo que seria visto como um *ser menor*, carente de proteção para si próprio e incapaz de assumir responsabilidade pelas suas decisões, ainda que plenamente informadas e tomadas em condições de liberdade.⁵⁹⁴ É de se concordar com tais argumentos de Silva Dias, pois mesmo a admissão da *forma de ser dos povos* enquanto um *direito* levaria para situações de entendimentos no referido sentido, quando superado o período mínimo de enculturação.⁵⁹⁵

No caso da convocação do direito à cultura – Art. 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Art. 30 da Convenção dos Direitos da Criança⁵⁹⁶ -, poderia argui-lo em contraposição a um fato ofensivo da integridade física e do desenvolvimento sexual da criança. O que se discutiria seria se o dano teria ou não sido produzido para salvaguarda de um interesse superior e, assim, se poderia ou não ser permitido, o que seria objeto da teoria da justificação ou da exclusão da

⁵⁹¹ Ibid. pp. 206-207.

⁵⁹² Ibid. p. 207.

⁵⁹³ Igualmente em: DIAS, A. S.. Crimes... pp. 181-183 e pp. 337-338.

⁵⁹⁴ DIAS, A. S.. Faz sentido... pp. 208-209.

⁵⁹⁵ Silva Dias ressalta que “Exceptuando as situações em que o facto consentido coloca o anuente num estado de objectivação ou de degradação tal que o faz descer ao nível das coisas, não deve a construção da dignidade humana alhear-se da vontade e dos ideais de vida boa dos indivíduos concretos.” Ibid. pp. 209-210.

⁵⁹⁶ Direito de seguir a própria cultura que as crianças teriam.

ilicitude do fato.

Contestando que a defesa da universalidade de direitos seria uma manifestação de eurocentrismo; que o direito à própria cultura seria absoluto, podendo sobrepor-se aos demais que com ele colidissem e, por fim, que a atribuição de uma dimensão coletiva ao direito à cultura fosse sustentável contra seus próprios membros,⁵⁹⁷ Silva Dias entende que o direito à própria cultura não deveria prevalecer sobre os direitos e valores sacrificados pela excisão, daí não conduzir à exclusão da ilicitude da ofensa grave à integridade física desse modo perpetrada.⁵⁹⁸ Poderia se agregar a tal argumentação o fato de que a superação do período de enculturação impõe às pessoas cingirem suas condutas à lógica da *autonomia* e da *responsabilidade*, tal como o Direito impõe às demais.

De outro lado, restaria averiguar a aproveitabilidade da *cultural defense* como solução, desde o plano da culpa, ou seja, se seria esta excluível ou não, seja por si mesmo, "... enquanto argumento cultural ou associada a uma causa geral (e culturalmente neutra) de exclusão ..."⁵⁹⁹ Na culpa importaria a censurabilidade pessoal do agente, daí o fato não culpososó se referir àquele a quem não pode ser endereçado um juízo de censura – inimputáveis e os que atuam com falta de consciência da ilicitude não censurável -.⁶⁰⁰ Neste sentido, a excisão, para os recém chegados, não tendo ainda a oportunidade de conhecer e compreender os valores que regem a nova vida social, poderia ser enquadrada como um caso de erro sobre a ilicitude.⁶⁰¹ O mero conhecimento do caráter proibido do fato não seria suficiente para o reconhecimento da consciência da ilicitude do fato, exigindo-se, antes, "... a

⁵⁹⁷ Ibid. pp. 210-217

⁵⁹⁸ Ibid. p. 217. "A *cultural defense* não pode conduzir à formação de <<nichos jurídicos>> onde seja permitida a ofensa a bens jurídicos tão essenciais (ligados aos direitos em causa)." Id.

⁵⁹⁹ Ibid. p. 218.

⁶⁰⁰ Cf. Arts. 19 e 20 – inimputabilidade – e Art. 17, nº 1, ambos do CPp.

⁶⁰¹ Ibid. p. 219. No entanto, o processo de *aculturação* pode levar anos – Ibid. p. 220 -, daí a importância do auxílio de peritos em tais processos para subsidiar a formação do juízo judicativo-decisório pelo juiz, seja no que se refere à avaliação da conduta incriminada se seria ou não enquadrável como uma expressividade comportamental típica do povo de origem do acusado, seja para atestar, com maior grau de fiabilidade, ter havido ou não o processo de *enculturação* que tivesse permitido ao agente previamente saber se sua conduta se configuraria ou não como um ilícito passível de incriminação e penalização por parte do aparelho estatal da sociedade hospedeira. O enquadramento novo como período de *enculturação*, desde *Crimes culturalmente motivados*, minimiza tal preocupação. Há que se ressaltar que, caso ainda se insista nas respostas de índole jurídico-criminal dentro do referido período, o erro sobre a ilicitude daquelas pessoas que fazem parte de povos originários precisa ser mensurado diferentemente do erro sobre a ilicitude de pessoas que já possuem algum conhecimento, ainda que superficial, da cultura do país para o qual migraram

compreensão do seu significado desvalioso.”⁶⁰² O agente não experimentaria sequer o conflito interno entre a regra costumeira e a proibição jurídico-penal que seria pressuposto da formação da consciência da ilicitude em contextos multiculturais.⁶⁰³ Por fim, poderia haver aqueles casos em que a mãe da criança excisada, mesmo que soubesse da ilicitude do ritual de excisão, tivesse sido coagida por membros de seu povo de origem. Em tais situações, se estaria perante um estado de necessidade desculpante do comportamento da mãe.⁶⁰⁴

Sensível à diversidade cultural potencializada do território sulamericano, Silva Dias⁶⁰⁵ reconhece que, em razão do contexto, se poderia considerar “... a consciência da ilicitude não só um problema de representação normativa, mas também de motivação pela norma jurídica e, assim, incluir uma porção de situações típicas do criminoso por convicção cultural no erro sobre a ilicitude.”⁶⁰⁶ No entanto, o fato de a diversidade étnica ser compreendida de maneira diferenciada no território europeu, em razão da articulação mais forte com uma cultura cívica comum, que traçaria os limites da integração política e funcionaria como regulador da convivência multicultural, Silva Dias entende que na Europa em geral e, em Portugal em particular, “... a tolerância implicada no regime do erro não pode[ria] (...) ir ao ponto de fazer depender a vigência da norma da sua aceitação ou reconhecimento como legítima pelo agente. Por isso, a formação da consciência da ilicitude bastar-se-á com a representação do desvalor subjacente à norma.”⁶⁰⁷ Quanto à censurabilidade

⁶⁰² Ibid. p. 221. Haveria que ser um desvalor qualificado, tipicamente penal - igualmente Figueiredo Dias -. Ibid. pp. 221-222.

⁶⁰³ Ibid. p. 222. Igualmente: DIAS, A. S.. Crimes... p. 490. Para os casos envolvendo o consentimento da vítima em crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, bem como a influência da motivação cultural em tais crimes, fruto de um desencontro entre as valorações acolhidas pelo Direito e as representação culturais do agente: Ibid. pp. 181-183 e pp. 337-338.

⁶⁰⁴ DIAS, A. S.. Faz sentido... p. 229. “Consoante a natureza dos bens do agente ameaçados e a intensidade da coacção ou da ameaça assim estaremos perante uma causa de exclusão da culpa (art. 35, nº 1 [CPp]) ou uma causa de dispensa ou de atenuação da pena (art. 35, nº 2 [CPp]) (...). A simples pressão difusa da comunidade não chega, no entanto, para alcançar uma e outra.” Id.

⁶⁰⁵ Ibid. pp. 225-226.

⁶⁰⁶ Ibid. p. 226. Silva Dias observa, ainda, que “Talvez faça sentido pensar também na possibilidade de adaptação dessa figura aos ordenamentos jurídico-penais africanos em geral e ao guineense em particular.” Id.

⁶⁰⁷ Ibid. pp. 226-227. “O grande interesse do instituto dogmático do erro sobre a ilicitude está em que permite, através da análise individualizada, convocar para a apreciação da responsabilidade penal do estrangeiro tópicos como a formação da consciência, a integração na sociedade de destino, o empenho pessoal na recepção e participação numa cultura cívica comum, e

da falta de consciência da ilicitude em contraponto com o período de enculturação, decisivo para a adequada formação de um juízo judicativo-decisório, também para Silva Dias seria a melhor saída, pois “... a resposta depende[ria] da exigibilidade ou não de um esforço reflexivo para alcançar o desvalor do facto no caso concreto, a qual depende[ria], por seu turno, do tempo de estadia no país de destino e do grau de integração dos autores.”⁶⁰⁸

No entanto, a Lei nº 83/2015, que transpôs ao ordenamento português normas da *Convenção de Istambul* – 05/2011 -, aditando ao CPp um tipo incriminador de mutilação genital feminina (art. 144^o-A) – a conduta era punida como ofensa corporal grave -, acabou por ir além daquilo que a Convenção prescreve, afastando qualquer hipótese de *justificação cultural*, revestindo-se numa inadequação da intervenção penal e, assim, num retrocesso.⁶⁰⁹ Além disso, aditou-se ao Art. 149^o do CPp o nº 3, que estabelece que “O consentimento da vítima do crime do crime previsto no artigo 144.^o-A não exclui em caso algum a ilicitude do facto.”

Tais análises de Silva Dias, ainda que sensíveis ao especial relevo que o período de enculturação representa em condutas lesivas da esfera de direitos de outrem quando representam comportamentos orientados culturalmente, acabam por não reconhecer a esfera de *direito* que subjaz às expressividades comportamentais típicas. O reconhecimento de uma tal dimensão da *pessoalidade* demanda um olhar ainda mais sensível às diferenças, que permita a superação das visões que ainda vêm na incriminação a melhor saída para os (des)encontros. Isso não implica

a influência que tudo isso tem nas representações normativas do agente.” DIAS, A. S.. Crimes... p. 456.

⁶⁰⁸ DIAS, A. S.. Faz sentido... p. 227. “Deverá ser afirmada a censurabilidade da falta de consciência da ilicitude sempre que (...) se concluir que os autores podiam aceder ao problema da ilicitude penal através de um esforço de reflexão ou de compreensão exigível no caso concreto a uma << pessoa razoável da sua comunidade >> [conforme Martin Golding] ou, como julgo preferível, a uma pessoa do seu tipo social.” DIAS, A. S.. << *Delicta in se* >> e << *delicta in mere prohibita* >>: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 748 e ss.

⁶⁰⁹ DIAS, A. S.. Crimes... pp. 76-82. A não consideração do quadro emocional que coordenou a ação e das oportunidades de integração da mulher para que se exigisse a compreensão do desvalor qualificado da excisão maculariam a decisão judicial – seria inconstitucional – por ofensa aos princípios da igualdade (material) e da culpa. Ibid. p. 489.

afastar a busca de uma *cultura cívica comum*,⁶¹⁰ antes, a reforça. Também não significa que as soluções desde a ótica criminal não possam se mostrar acertadas pós-enculturação e mesmo antes dela. Além disso, reconhecer uma tal esfera enquanto um *direito* só se torna possível hodiernamente porque nesta quadra da história a noção jurídica da *personalidade* já permite uma tal exploração.

Em seu recente estudo,⁶¹¹ Silva Dias, entendendo que "... há-de ser o sentido que os actores conferem à conduta, o sentido interno da acção, e não o sentido que o juiz 'outro' sobre ela projecta, que deve ser valorado à luz do ordenamento jurídico a aplicar.",⁶¹² observa que o problema do forasteiro radicaria em pressupostos da teoria da sociedade, que penetrariam os ordenamentos e se imporiam às valorações e decisões jurídicas.⁶¹³

Os *crimes culturalmente motivados* ocorreriam quando um conflito normativo fosse dirimido "... através da violação de normas jurídico-penais do país de destino em cumprimento das regras do próprio código etnocultural cujo sentido diverge do daquelas ..." ⁶¹⁴ Silva Dias, contudo, assumindo uma posição próxima do multiculturalismo liberal,⁶¹⁵ observa que, apesar do sistema jurídico na sua totalidade estar sociologicamente em sintonia com a cultura dominante e algumas de suas normas colherem nela exclusivamente a sua razão de ser, ele se reduziria à referida dimensão. Afinal, a pretensão de validade das normas jurídicas apontaria, em regra, para um fundamento assente em estruturas normativas de feição universalista, como a dos direitos humanos.⁶¹⁶

Ocorre que o déficit de institucionalização dos direitos humanos pode

⁶¹⁰ Cf. Silva Dias a defende: Ibid. pp. 29 e ss., pp. 142-143, p. 144, p. 151, p. 155, pp. 159 e ss, e p. 559. A tolerância encontraria os seus limites nas estruturas normativas da cultura cívica comum, que seria composta pelos princípios, direitos e liberdades fundamentais, bens primários e procedimentos. Ibid. pp. 160 e ss.

⁶¹¹ DIAS, A. S.. Crimes... Op. cit. A perspectiva animadora do referido trabalho consistiria em "... sujeitar a dogmática do facto punível ao banco de prova dos conflitos da sociedade multicultural." Ibid. p. 10 (Nota introdutória) e p. 549. Seria "... um teste à plasticidade e validade do sistema de imputação constituído pela teoria do crime ..." Ibid. p. 23.

⁶¹² Ibid. p. 09.

⁶¹³ Id. A sociedade multicultural seria um tópico de teoria da sociedade. Ibid. p. 59. Diferenciando as sociedades multinacionais das multiétnicas, bem como os modos de integração e assimilação: Ibid. pp. 59-134.

⁶¹⁴ Ibid. p. 16. Tal definição também seria chamada pela doutrina europeia, na terminologia anglo-saxônica, de *cultural offenses*. Id. (nota nº 20)

⁶¹⁵ Ibid. p. 92, p. 98 e p. 120.

⁶¹⁶ Ibid. p. 16. (nota nº 21)

frustrar soluções com a justeza judicativo-decisória que os casos de (des)encontros normalmente demandam. O fato de tais casos, quase sempre, terem na base situações de lesões a esferas de direitos do tipo europeu-ocidental que são julgadas por magistrados que se orientam sob tal viés já sinaliza para a fragilidade do direcionamento para os direitos humanos.⁶¹⁷ Isso, todavia, não significa que, uma vez se reconhecendo o *direito* que ora se propõe, não possa este vir a ser alçado à uma tal categoria, nem que os direitos humanos não possam servir de limitação pós-enculturação. O processo para se alçar um dado direito à categoria de um *direito humano* deve vir de baixo, a partir de decisões que vão sedimentando o reconhecimento do *direito*, consolidando-o jurisprudencialmente, o que poderá servir de base para uma institucionalização ao nível legislativo para, aí sim, alçá-lo a um *direito humano*.

É de se concordar com Silva Dias em relação à consideração do período de aculturação de forma plena, o que poderia levar anos ou até mesmo nunca se realizar completamente; daí estar se propondo a verificação inafastável de um período *mínimo* de *enculturação*, ao ponto de a pessoa já “... poder aceder, pelo menos ao nível intelectual, representativo, à ambivalência valorativa do seu comportamento.”⁶¹⁸ A própria noção de *cultura cívica comum* proposta por Silva Dias pressupõe um conhecimento mínimo das regras da sociedade hospedeira,⁶¹⁹ com o que pode se concluir que a saída apresentada parte de um tal pressuposto, diferentemente da preocupação que é o foco da tese, qual seja o período anterior à enculturação mínima.

Cabe admitir, também, que não compete ao Estado o papel de *árbitro* dos procedimentos deliberativos internos das comunidades indígenas. Igualmente, políticas públicas voltadas a uma maior conscientização dos membros de um dado povo, em que já tenha havido alguma aproximação com o *homem branco* –

⁶¹⁷ “... a universalidade dos direitos humanos, se não for tida como realidade puramente postulada, é uma pretensão rica de possibilidades mas possui um sentido débil, pois a diversidade de tradições e de mundividências afunda o conteúdo e alcance dos direitos no conflito das interpretações.” Ibid. p. 477.

⁶¹⁸ Ibid. p. 19. Cf. Silva Dias: “Como a experiência judicial americana e mesmo europeia patenteia é possível reconstituir através da *cultural evidence* o grau de vinculação do agente à própria cultura e o peso da motivação cultural na prática do facto.” Ibid. p. 110 (nota nº 291)

⁶¹⁹ Cf. se depreende dos contornos dados à referida cultura, especialmente em: Ibid. p. 159 e ss.

preservação dos povos não contatados –, podem mostrar que uma prática extrema, como a do infanticídio, é algo que pode ser evitado, podendo-se, inclusive, se colocar meios de acolhimento de potenciais crianças a serem executadas, revestindo tais ações estatais de um caráter humanitário.⁶²⁰

A *metodologia jurídica intercultural na aplicação do Direito*⁶²¹ apresentaria uma saída para tratar das relações entre Direito Penal e a interculturalidade, pois assim poderia se indagar àquele como lidar com esta, mormente quando da aplicação a fatos puníveis culturalmente motivados. Alargar-se-ia o horizonte de compreensão, permitindo considerar o sistema de tradições, regras e práticas, ou seja, o *sistema normativo* do imputado.⁶²² No entanto, seria uma saída em termos *verticais*, pois que partindo do arcabouço jurídico do julgador,⁶²³ o que fragiliza a proposta quando ainda não houve um período mínimo de enculturação, pois, mesmo aqui, a responsabilização ainda tem se mostrado, na prática, a solução.

Silva Dias também acaba criticando aquele *fluir normativo uniforme* para as sociedades multiculturais, bem como as *pretensas neutralidade do Direito e uniformidade das interpretações*.⁶²⁴ Com isso, pugna por uma *alteração de valores, normas e institutos* e, também, por *interpretações alternativas* que respeitem as diferenças; enfim, por uma *hermenêutica dialógica inclusiva*.⁶²⁵ Tal *metodologia intercultural* requereria o escrutínio das “... razões da regra etnocultural que condicionou a acção e as razões da norma jurídica infringida a fim de indagar o significado de ambas e de decidir se são ou não harmonizáveis, isto é, se a norma jurídica pode integrar de algum modo o sentido da regra etnocultural e, se for o caso,

⁶²⁰ Silva Dias comenta o caso do projeto de lei no Brasil nº 1057, de 2007, decorrente da prática do infanticídio por algumas etnias indígenas. Ibid. pp. 36-39. Entende que a legitimidade dos *exit rights* dependeria “... das condições efectivas do seu exercício, designadamente dos custos e sacrifícios que daí decorrem.” Ibid. p. 261 e pp. 256-264.

⁶²¹ Ibid. p. 43.

⁶²² Tal *metodologia intercultural* refletiria uma alteração da autocompreensão da cultura majoritária (Habermas, desde *Die Einbeziehung des Anderen*) e um conjunto de adaptações do ordenamento jurídico. Ibid. p. 45.

⁶²³ Ibid. pp. 41-42. “... a perspectiva intercultural esbate aquela verticalidade através de uma horizontalidade fundada, por um lado, no dissenso das interpretações e, por outro, num esforço de mediação compreensiva destinada a articular as posições conflituantes numa solução jurídica aceitável e justa.” Ibid. p. 45.

⁶²⁴ Baseia-se em Francesco Viola, desde *Multiculturalismo, valori comuni e Diritto Penale*, bem como nas pressões do movimento feminista em face da neutralidade e uniformidade do Direito. Id.

⁶²⁵ Ibid. pp. 45-46.

como se projecta isso no juízo acerca da punibilidade.”⁶²⁶

Contudo, é discutível a defesa de uma não uniformidade das interpretações no Direito, pois se coloca em xeque o próprio princípio da segurança jurídica, um dos corolários do mesmo. De outro lado, a defesa do *direito da forma de ser dos povos* mostra como a exploração de uma noção jurídica fundamental do Direito, qual seja a da *pessoa*, não implica uma *alteração de valores*. Pelo contrário, reafirma-se o referido valor da *pessoa humana*, alargando o seu âmbito, não deixando de se exigir, porém, uma contra-argumentação reforçada em sede de fundamentação da decisão judicial que reconheça tal *direito*.

Igualmente, se é esperável uma sensibilidade maior dos juízes quando da apreciação de casos de (des)encontros – busca de uma *fusão de horizontes*, no sentido gadameriano, e de evitar um *erro de projeção*, conforme apregoa Baldassare Pastore -,⁶²⁷ tais esforços, antes de um mínimo de enculturação, acabariam redundando em responsabilizações, sobretudo ao nível criminal, ainda que norteadas por fatores de atenuação da punibilidade. Assim, a *hermenêutica intercultural*, baseando-se na concepção de *dano*,⁶²⁸ ainda que se traduza num esforço na busca de soluções justas, e em grande medida o faz para pessoas minimamente enculturadas, acaba recaindo no sopesamento dos bens jurídicos em

⁶²⁶ Ibid. p. 46. “... a compreensão intercultural coloca a dogmática penal perante os desafios lançados pela configuração multicultural da sociedade, reinterpretando as categorias do respectivo arsenal conceptual-normativo à luz dos princípios constitucionais de igualdade e de individualização da justiça penal, de modo a considerar a diferença cultural e a tornar a decisão penal mais inclusiva e integradora de um sentido de diversidade humana.” Ibid. p. 51. Haveria um confronto entre o conteúdo da motivação do agente (regras etnoculturais que o moveram [*identificação do comportamento penalmente relevante como culturalmente motivado* - Ibid. pp. 188 e ss.]) e as estruturas normativas da *cultura cívica comum* que o ordenamento jurídico incorpora, “... testando as possibilidades de harmonização entre aquelas regras e estas estruturas a fim de verificar se o comportamento culturalmente motivado, apesar de infringir uma norma jurídico-penal, pode ser, ainda assim, valorado globalmente como permitido ou tolerado e se, caso a questão anterior mereça resposta negativa, há fundamento bastante para desculpar o agente ou atenuar a pena que lhe é aplicável.” Ibid. pp. 51-52. Silva Dias ressalta o trabalho de recolha da prova e da constituição do objeto do processo, o que demandaria uma sensibilização das polícias, da magistratura e dos peritos. Id. e Ibid. p. 55.

⁶²⁷ Ibid. pp. 47-48. “Familiaridade e estranheza, proximidade e distância, abertura e fusão de horizontes, são recursos compreensivos da hermenêutica intercultural, cuja utilidade metodológicas se revela não só na *práxis* do Direito mas também, por exemplo, na prática clínica psicanalítica.” Ibid. pp. 48-49.

⁶²⁸ Cf. Feinberg – *Harm to others – the moral limits of the criminal Law* (1984, p. 32) – Silva Dias considera que o conceito de dano “... não se trata de um conceito (...) puramente empírico mas de um conceito complexo ‘... que inclui, entre outros aspectos, juízos morais e ponderações de valor da mais variada espécie.’” Ibid. p. 165.

causa.⁶²⁹ Isso, em termos práticos, não se constitui numa solução nova, não sendo, também, facilmente realizável, fragilizando-se, sobretudo quando aplicada antes da enculturação. O reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* poderia auxiliar a fundamentação desde a saída dada por Silva Dias naqueles casos pós-enculturação, sobretudo desde a exploração conferida pelo mesmo às *cultural defenses*, considerando-as quanto ao momento da relevância do fator cultural.⁶³⁰ Afinal, como acentuam Manuela Ivone Cunha e Patrícia Jerónimo, "... seria discriminatório suspender, apenas para categorias particulares de arguidos e de vítimas, princípios estruturantes que operam a este nível do sistema de justiça criminal.",⁶³¹ pois os mesmos também devem ser aplicados quando dos crimes culturalmente motivados. Nesse sentido, Silva Dias diz-se sensível à possibilidade de prever a motivação cultural como uma atenuante especial, mas *facultativa*, conforme a lógica do art. 72º do CPp. Isso, além de caracterizar a sociedade como multicultural, obrigaria o Ministério Público a orientar a recolha da prova cultural e o juiz a ponderar o fator cultural, quebrando o *esquecimento e a indiferença* a esse fator na jurisprudência europeia, que a tem feito oscilar, promovendo, com isso, uma irregularidade e desigualdade na administração da justiça penal.⁶³² Contudo, não seria fácil de conceber, em boa técnica legislativa, o *modus aedificandi* do contexto em que o motivo cultural teria um sentido atenuante. O contexto europeu atual de intolerância para com os imigrantes e as alterações legislativas que, por ex., criminalizaram a mutilação genital feminina - Alemanha, Áustria, Portugal e Itália -, deporiam em desfavor de uma alteração legislativa que trouxesse a motivação

⁶²⁹ Ibid. pp. 171-172.

⁶³⁰ Para a aproveitabilidade da *cultural defense* em sistemas criminais de índole germânica: Ibid. pp. 194-222, acentuando, desde o acolhimento da proposta de Alison Dundes Renteln – *The cultural defense* -, que haveria que se ter em conta "... a verificação concreta de um crime culturalmente motivado, o que passa por saber se o agente é membro do grupo cultural em causa; se o grupo se revê na tradição, crença ou prática seguida pelo agente, e com que intensidade; e qual o tipo de relação e o grau de vinculação do agente ao grupo e à sua cultura. Recorrendo à sua participação processual como declarantes, testemunhas e peritos, consegue-se dotar o juiz de uma 'competência intercultural' e reduzir a margem de actuação de pré-juízos e estereótipos na decisão judicial." Ibid. p. 208 e p. 485. As *defenses* e as *cultural defenses* corresponderiam ao conceito de causas eximentes ou atenuantes da responsabilidade. Ibid. p. 223.

⁶³¹ CUNHA, M. I.; JERÓNIMO, P.. Das leis, dos tribunais e das diferenças culturais. Em: CUNHA, M. I.. (Org.) **Do crime e do castigo. Temas e debates contemporâneos**. Lisboa: Editora Mundos Sociais, 2015, p. 17.

⁶³² DIAS, A. S.. Crimes... pp. 552-555. Para as dificuldades de introduzir tal dispositivo no CP português: Ibid. pp. 555-556.

cultural como uma atenuante especial facultativa.⁶³³ Diante disso, “... a consciencialização e sensibilização dos aplicadores do Direito devem ser prosseguidas por outras vias.”⁶³⁴

Quanto ao momento da projeção da motivação cultural comprovada no sistema de atribuição da responsabilidade penal, Silva Dias observa, inicialmente, que a distinção entre *causas de justificação* e de *exculpação* corresponderia à distinção entre *ilicitude* e *culpa*.⁶³⁵ Se para a *justificação* o importante seria saber se quem invocasse uma causa de justificação tinha uma razão jurídica para agir e se quem foi alvo da ação tinha o dever solidário de suportar, para a *exculpação* o relevante seria a compreensibilidade do complexo emocional que exprimiria o envolvimento pessoal do agente na prática do fato.⁶³⁶

Silva Dias entende que a *cultural defense* apresentaria uma relevância transversal a todas as eximentes; daí sua análise focar os *espaços* de cabimento e não tentar uma proposta centrada em um único eixo, como alguns autores defendem, com o que se pode dizer muito mais ajustadas as soluções para os casos pós-enculturação. Conferir relevo à *cultural defense* apenas ao nível da *justificação* poderia acarretar o risco de gerar ponderações de bens jurídicos desarrazoadamente ou, a prevalecer a regra etnocultural, se conduziria a uma *comunitarização dos danos*.⁶³⁷ A prova do fator cultural, no caso concreto - pressuposto da *cultural defense* -, é imprescindível e independente da natureza justificante, exculpante ou atenuante da *defense*.⁶³⁸

Voltando-se à análise de casos apresentados por Silva Dias, há que se observar que quanto ao infanticídio indígena, ocorrido e julgado na Argentina, o caso apresenta uma saída que, sopesada à luz do *direito da forma de ser dos povos*, apresenta uma solução mais ajustada judicativamente. Não se trata de tão somente

⁶³³ Ibid. pp. 556-557.

⁶³⁴ Ibid. p. 558.

⁶³⁵ Ibid. p. 225. Enquanto “... a justificação se refere à relação entre norma e ação (...) saber se a ordem jurídica confere ou não uma permissão para agir, a exculpação refere-se à relação entre a norma e o agente, à questão de saber se apesar da prática de um facto típico e contrário às valorações da ordem jurídica há razões para não censurar pessoalmente o agente.” Id.

⁶³⁶ Id. A expressão *exclusão da ilicitude* abrangeria as causas de afastamento da tipicidade e as causas de justificação. Ibid. p. 226. (nota nº 614)

⁶³⁷ Ibid. p. 229.

⁶³⁸ Ibid. p. 231.

invocar, inadequadamente,⁶³⁹ o Art. 75º, nº 17, da constituição argentina, que confere ao Congresso competência para reconhecer a pré-existência étnica e cultural dos povos indígenas do país, mas, antes, de que na base de uma *expressividade comportamental típica* extrema também está a externalização da própria *subjetividade humana* das pessoas das etnias que ainda mantêm a referida prática.⁶⁴⁰ Obviamente, valorar negativamente, desde o quadro normativo de tipo europeu-ocidental, não pode levar a outra conclusão que não a da infringência da ordem jurídica argentina. No entanto, não é debaixo de tal arcabouço que os indígenas orientam as suas vidas. Uma vez sendo tais práticas realizadas dentro dos territórios indígenas, não há que se falar em qualquer tipo de responsabilização e, mesmo fora das terras demarcadas, haveria que se avaliar a situação com todo cuidado, pois para os indígenas seus territórios nem sempre correspondem àquilo que o *homem branco* lhes conferiu. Também não se trata de arguir a precedência territorial de tais povos como razão justificante; antes, partindo do próprio Direito, desde a exploração da noção de *pessoa*,⁶⁴¹ perceber que a *natureza comum* da *forma de ser dos povos*, que é a força motriz de todas as *expressividades comportamentais típicas* de todos os povos, funda-se como a raiz justificadora da própria exigência de alargamento do âmbito de proteção da *pessoa humana*, desde que o fato tenha sido realizado dentro das terras que os mesmos consideram como suas e, fora dos territórios, respeitado um mínimo de enculturação.

Todavia, como já se disse, isso não significa que nenhuma ação protetiva das crianças a serem executadas não possam ser tomadas pelas autoridades estatais, caso tenham ciência prévia da prática e condições de dialogar com os membros da tribo, propondo uma solução alternativa tal como pode ser a retirada do vulnerável com a acolhida por órgãos especializados do Estado. Também não se trata, como o enfrentamento da temática da *natureza das coisas* procurou mostrar, de um possível caso de falácia naturalista a tentativa de extrair de um *fato histórico* –

⁶³⁹ Posição essa de Garcia Victor, desde *Diversidad cultural y Derecho Penal ...*, criticada por Silva Dias e resumida em: *Ibid.* pp. 227-232.

⁶⁴⁰ Ademais, como a análise de casos oriundos do continente sulamericano mostrou – Anexo III da tese –, as concretizações do direito à cultura e mesmo dos direitos dos povos indígenas em geral, mesmo já havendo casos de regulamentações ao nível legal – Bolívia –, mostraram-se incapazes de apresentar fundamentações com um adequado grau de justiça judicativo-decisória.

⁶⁴¹ Vide subitem “3.1.4.2”.

precedência territorial - um *dever-ser*, uma solução normativa. A justificativa não está em tal fato histórico, mas sim por se tratar do exercício de um *direito*. Ademais, não é por possuir uma *natureza comum a forma de ser dos povos* na sua base – plano do *ser* - que se poderá ver no *direito* respectivo uma qualquer extração de tal plano o *dever-ser*. Procurou-se mostrar que desde a adequada compreensão do *ato da constituição social das realidades normativo-culturais*, daquele *ato* humano que põe o Direito ao mundo, que melhor se percebe que de falácia naturalista nada há.⁶⁴² Uma vez que os (des)encontros das diferenças constituem-se em um conflito de, ao menos, dois horizontes normativo-culturais, os mesmos carregam uma pluralidade no âmbito da tercialidade; ou seja, há mais de um sistema-fundamento em jogo no momento da solução dos casos, sendo que o julgador se valerá somente de um dos referidos horizontes para decidir. O *ato da constituição social das realidades normativo-culturais*, portanto, está em um momento prévio aos (des)encontros; trata-se do modo de constituição do Direito. Daí que expressividades comportamentais típicas se convertem em parâmetros de conduta porque passam por um processo que se perfaz desde *atos humanos* de constituição das referidas *realidades normativo-culturais*, constituindo-se tais expressividades em parcelas significativamente constitutivas da própria noção de *pessoa*, tal como foi se erigindo historicamente, sobretudo no cenário europeu-ocidental.

Silva Dias chega a tocar a referida questão, pois observa que ao invés de deveres culturais, esses podem se transmutar juridicamente “... no exercício de um direito à fruição da própria cultura, ou seja, numa permissão em vez de obrigação de agir.”⁶⁴³ Contudo, mantendo-se fiel à saída jurídico-criminal e à noção ampla de *cultura*, ressalta que um tal *direito* estaria “... sujeito a limites imanentes e a ponderações em sede de colisão de direitos que afastam dos seus efeitos a

⁶⁴² Cf. formulações de Castanheira Neves, o “... direito é o *transcendens* de uma validade.”, que no processo impulsionado pelos *atos humanos* de constituição da realidade normativo-cultural transcende a realidade para indagar pelo seu fundamento, “... transcendendo a objetivação para discutir dela o seu sentido, ...”, revelando-se, portanto, “... na tensão e distanciação de uma validade interrogada e fundamentante que só pode, como tal, assumir-se *em acto*.” Processo de transcensão esse que se estrutura em um *acto* que, “... transcendendo o objecto é ele quem objectiva, sem ser ele próprio objecto – é decerto susceptível de objectivar-se nas realidades que juridicamente se tenham constituído, mas essa sua objectivação é justamente o resultado de um acto em que ele a constituiu.” NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 907.

⁶⁴³ DIAS, A. S.. Crimes... p. 231.

possibilidade de uma ampla eficácia justificante.”⁶⁴⁴

Em se considerando a forma de ser dos povos enquanto um *direito* poderia se argumentar, então, como sobrepô-la ao direito à vida de uma criança recém nascida. A consideração de um tal argumento, não apresentado por Silva Dias, partiria de premissas equivocadas. O *direito da forma de ser dos povos* funda-se numa *expressividade comportamental típica*, valorada conforme o quadro axiológico da pessoa a quem se está tentando atribuir responsabilidade, ao passo que, fosse o ajuizamento jurídico adequado, teria que se valorar o direito à vida da criança sacrificada desde a mesma tábua de valores, ou seja, como aquele comportamento do sacrifício de uma criança seria compreendido pelos indígenas e jamais pelo *homem branco*. Não se está, com isso, se sobrepondo o *direito da forma de ser dos povos* ao direito à vida, desde o quadro axiológico do Direito, mas valorando a conduta desde a pauta de valores que a informou.

Quanto à consideração da *cultural defense* de forma exclusiva no plano da culpa, Silva Dias entende que seria inconveniente, pois há crimes em que não existe um dano social que justifique a intervenção jurídico-penal – *delicta mere prohibita* -, em que a situação jurídica da(s) pessoa(s) não muda para pior. Em tais tipos de delito o fator cultural não poderia ter eficácia excludente da ilicitude em sentido amplo.⁶⁴⁵ Todavia, no caso de um *delictum in se* – violação de direitos fundamentais e um dano no bem jurídico causador de vítimas – haveria pouca margem para o afastamento da tipicidade desde uma composição dos bens conflituantes, restringindo-se o espaço do não proibido, a exemplo de casos do consentimento do ofendido ou com adequação social da ação. O fator cultural não teria força constitucional para se sobrepor e justificar. Daí a transversalidade da *cultural defense* sobre as eximentes de responsabilidade.⁶⁴⁶ Contudo, o caso do infanticídio indígena mostrou que, na prática, a simples ponderação de bens jurídicos nem sempre é realizável a contento, confirmando-se, assim, a ausência de um *critério jurídico* que pudesse dar mais segurança aos julgadores.

Se é de se concordar que o *direito à cultura* possui o estatuto de

⁶⁴⁴ Ibid. p. 232.

⁶⁴⁵ Id. No entanto, nem “... todos os interesses sistêmicos ou de organização administrativa s[ão] sacrificáveis em prol da diferença cultural.” Ibid. p. 233.

⁶⁴⁶ Ibid. p. 234.

explicitação da dignidade humana, quando se volta para a *variedade semântica* que ele engloba – identidade, liberdades, fruição, patrimônio e criação culturais e artística e acesso a tais bens –⁶⁴⁷ logo se percebe que longe se está de conseguir albergar em tais âmbitos de proteção a expressão da *subjetividade humana*. O que mais se aproxima da esfera do *direito* que ora se propõe é a identidade cultural, enquanto desenvolvimento da personalidade. Todavia, ainda aqui fica um déficit a ser salvaguardado, pois ter o direito a se identificar com uma cultura é diferente de ter o direito de externalizar as expressividades comportamentais típicas e de compreender tais externalizações como a *expressão última da subjetividade humana*. A *forma de ser dos povos* não alberga somente traços culturais em geral, pois fatores de índole religiosa, psicológica e mesmo espiritual também estão por ela salvaguardados.⁶⁴⁸ Mesmo que se reconheça a irradiação sobre o direito à cultura dos princípios sobre direitos fundamentais - força jurídica e restrições – e do regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias,⁶⁴⁹ ainda assim restaria prejudicada a salvaguarda da esfera do *direito da forma de ser dos povos*, com o que se pode concluir que a instrumentalização política do Direito, desde a constitucionalização direta de um *direito*, por si só, acaba por não importar numa efetivação prático-decisória suficiente para com o Direito e o primado da justiça que é o seu norte maior, ferindo-se, também, a sua autonomia.

Realidades periféricas e semiperiféricas, como são as sulamericanas, apresentam recursos públicos deficitários que se tornam a tábua de salvação argumentativa para não se implementar prestações decorrentes de *direitos*, mormente aqueles ligados à cultura em geral, tal como ela tem sido compreendida pelo Judiciário na região. Mesmo que o direito à cultura possua uma tal dimensão, em termos práticos, em tais realidades, raramente será efetivado. O reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, por circunscrever seu âmbito de proteção desde uma fundamentação mais forte pode auxiliar na tarefa realizatória do Direito

⁶⁴⁷ Ibid. p. 235.

⁶⁴⁸ Tanto são esferas distintas que estão albergadas que os próprios diplomas internacionais mencionam, separadamente, religião, vida cultural, idioma. Quando há previsão do direito ao exercício das práticas culturais, vem a ressalva do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

⁶⁴⁹ Ibid. p. 237.

quando for preciso exigir das autoridades públicas o implemento de certas ações.⁶⁵⁰ O déficit de ratificação dos diplomas internacionais que asseguram o direito à cultura pelos países da região, bem como a diferença entre as ratificações e a prática, são outros fatores que fragilizam a saída por uma tal diretriz.

Silva Dias entende não fazer sentido saber se a ação socialmente adequada – justificação de um não ilícito-típico – se constitui um utensílio hermenêutico ou uma causa de exclusão da tipicidade, pois não vislumbraria, desde as premissas de Welzel, “... como pode a adequação social operar de forma pré- ou pós-interpretativa desligada da concreta configuração dos tipos de crime e dos elementos que os constituem.”⁶⁵¹ Sociedades democráticas multiculturais apresentariam uma configuração que comportaria, dentro de certos limites, um espaço para a realização da diferença e da identidade culturais, alcançando-se aí o conteúdo das ações socialmente adequadas, pois essas sofreriam a influência das valorações sociais, interferindo na própria compreensão dos elementos constitutivos dos tipos.⁶⁵² Os usos e práticas considerados como bons por parte da sociedade – populações autóctones ou grupos etnoculturais estrangeiros - haveriam que ser assim considerados por parte do ordenamento jurídico. Contudo, a dimensão valorativa da adequação social imporá uma valoração global das situações em que o fato teve lugar, observadas as regras que sujeitam o uso e, em certa medida, a disponibilidade individual ou coletiva de ver sacrificado os bens jurídicos envolvidos.⁶⁵³

Também em tais casos o reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* poderia se configurar num auxílio à interpretação de um dado comportamento para fins de responsabilização, pois em se considerando uma *expressividade comportamental típica* e, assim, sedimentada em uma dada comunidade já enraizada dentro do mesmo território da sociedade dominante, estaria aí o fundamento principal para não se falar em responsabilização, sobretudo se os

⁶⁵⁰ Silva Dias reconhece no direito à cultura uma dimensão positiva, prestacional. Ibid. pp. 238-242.

⁶⁵¹ Ibid. p. 269.

⁶⁵² Ibid. p. 272.

⁶⁵³ Seguindo Maria Paula Ribeiro de Faria – *A adequação social da conduta em Direito Penal* (p. 819 e ss.) -: Ibid. p. 274. A ação será socialmente adequada “... se se inscrever num espaço de liberdade de acção, ou se corresponder ao exercício de um direito.” Ibid. p. 279. No mesmo sentido: Ibid. p. 303. Para a dimensão normativa da adequação social: Ibid. pp. 305 e ss.

envolvidos fossem somente membros da comunidade originária. Nas comunidades de estrangeiros, contudo, haveria que se avaliar os bens jurídicos em jogo, como Silva Dias entende,⁶⁵⁴ desde que havido um mínimo de enculturação. Antes disso, se trataria do exercício de um *direito* e não da adequação social da ação, pois aqui o *social* se pautaria por valores distintos.

A questão da compreensibilidade dos motivos do agente ficaria fora da lógica imputabilidade/inimputabilidade. A restrição da compreensibilidade dos motivos a um catálogo de figuras exculpantes plasmado na lei não seria o adequado. O que importaria seria a consideração do quadro ético vivido pelo agente que teria bloqueado o acesso ao desvalor ou uma perda do controle emocional que impossibilitasse ou dificultasse o mesmo de se motivar pela mensagem normativa. Caberia a analogia na caracterização de uma exculpação não catalogada, pois se conservaria o sentido do fundamento, ressaltando que razões de prevenção geral positiva comprimiriam do exterior uma ampliação e generalização da exculpação.⁶⁵⁵ Ocorre que a vinculação da compreensibilidade dos motivos do agente por pessoas de outro quadro axiológico, ao ponto de não se sentirem indignadas, mesmo nos casos de (des)encontros, não levaria a situações impossíveis de serem efetivadas, pois só o que “... é comum ou partilhado pelos participantes na interação pode desencadear atitudes reactivas como indignação ou compreensão.”⁶⁵⁶ Pessoas que se orientam por quadros axiológicos distintos e às quais não se propiciou um mínimo de integração, estariam afastadas de uma situação de comunhão ou partilha. Os motivos em tais situações de não enculturação mínima levariam qualquer um, independentemente da sua filiação cultural, a proceder como o agente, não se produzindo, assim, indignação social, pois teriam sido motivos desencadeados conforme as regras da cultura de origem. Silva Dias, no entanto, observa que “... o valor dos motivos para agir não pode ser definido exclusivamente à luz de uma *Leitkultur*, ignorando as valorações e reações emocionais típicas da forma de vida

⁶⁵⁴ Ibid. p. 275. “... ao nível da adequação social, o conflito de interesses manifesta-se como um conflito de ‘rés-do-chão’ [Maria Paula Ribeiro de Faria] cuja resolução visa a definição do sentido de valor ou desvalor geral do comportamento ...” Ibid. p. 280. Igualmente: Ibid. p. 299.

⁶⁵⁵ Ibid. pp. 404-405.

⁶⁵⁶ Ibid. p. 407, cf. concepção de Peter Frederick Strawson – *Freedom and resentment and other essays* -.

alheia.”⁶⁵⁷ Ocorre que ou não haverá ou estará fortemente abalado o fundamento intersubjetivo e comunicativo da culpa em situações de escassa ou nenhuma enculturação. Mesmo que o juiz considere uma pessoa do tipo social (cultural) do agente no juízo de culpa, não se exigindo do mesmo a identificação dos traços da consciência individual e das interações e acontecimentos da vida do mesmo que o levaram a realizar o fato punível,⁶⁵⁸ isso só faz sentido quando já houve alguma enculturação mínima. O auxílio dos peritos ao juiz será fundamental para compreender não só as razões do agente, mas se o comportamento era considerado como *típico* em seu povo de origem, o tempo que o agente estava na nova comunidade, se outro membro de seu povo agiria em sentido semelhante diante de uma situação análoga à investigada, etc.⁶⁵⁹ Em tais casos não haverá que se falar da geração de remorso ou sentimento de culpa no agente; antes, uma reação de normalidade perante o ocorrido, que nada mais foi que aquilo que deveria ocorrer conforme o quadro axiológico originário. Afinal, o *social e juridicamente*⁶⁶⁰ esperável de um forasteiro ou mesmo de membro de um povo originário só poderá o ser tendo em conta a sua tábua de valores quando o mesmo ainda está se enculturando.

É de se concordar com as críticas de Silva Dias quanto à adoção das noções de *homem médio* ou *pessoa fiel ao Direito*, dentre outras,⁶⁶¹ para apreciar a culpa do agente em *cultural offenses*, pois tais padrões se tratariam de uma figura abstrata e exterior ao agente, não respeitando uma fundamentação interna da culpa, sobretudo se relevada em sociedades multiculturais, prenes de formas de vida as mais diversas e, assim, de percepções quanto à razoabilidade de atitudes e reações.⁶⁶² Haveria, por isso, que se adotar um padrão *particular* de aferição da

⁶⁵⁷ Id.

⁶⁵⁸ Ibid. pp. 409-411.

⁶⁵⁹ Para membros de uma minoria cultural que invoca uma tradição ou prática cultural como explicação pessoal para o ilícito-típico “... é fundamental para o juízo de culpa, além do *modus procedendi* de um sujeito representativo dessa minoria (...) [um tipo social médio do agente], apurar como reagiria emocionalmente uma pessoa com as características socialmente relevantes desse agente. Idade, filiação étnica, grau de escolaridade, grau de integração política e social, nível de participação cívica, contactos cosmopolitas, profissão, etc., são aspectos da identidade pessoal por meio dos quais o tipo social é reconstruído ou densificado.” Ibid. p. 416.

⁶⁶⁰ Ibid. p. 412.

⁶⁶¹ Demais noções: Ibid. pp. 412-413.

⁶⁶² Ibid. p. 413.

compreensibilidade/censurabilidade dos motivos da ação.⁶⁶³ O plano decisivo da individualização do motivo seria o *emocional* e não o cognitivo ou valorativo.⁶⁶⁴ O importante seria diferenciar o critério de valoração da base/objeto de valoração dos motivos.⁶⁶⁵ A motivação cultural e religiosa da pessoa seria o objeto da valoração.⁶⁶⁶ A relevância operativa dos motivos ao nível da culpa e da medida da pena depende da intensidade com que pressionam a vontade para agir (base/objeto de valoração) mas também do modo como são valorados ao nível ético-político (critério da valoração).⁶⁶⁷ A base/objeto de valoração do motivo incluiria um lado interno, a sua vivência pelo agente; como o agente experimentou emocionalmente o motivo.⁶⁶⁸ Os motivos são estados psíquicos que podem existir ou não, não podendo, assim, ser objeto do dolo, pois este tematiza uma *relação* interna do agente com as circunstâncias objetivas tipicamente relevantes, ao passo que os motivos radicam *exclusivamente no foro interno* do agente.⁶⁶⁹ Quanto ao domínio da motivação, o fato de o critério ter por base a experiência atual e efetivamente vivida pelo agente o imunizaria às críticas de uma individualização extrema, de comprovação difícil.⁶⁷⁰

O *direito da forma de ser dos povos*, sopesado à referida construção sobre os motivos, deixará claro qual será o quadro axiológico que deverá o juiz considerar quando ainda não houve uma enculturação mínima. As situações lindeiras, em que se verifique uma dificuldade maior de delimitação da enculturação, geradoras de dúvidas, portanto, farão com que a balança penda em favor da pessoa e do seu quadro axiológico. Afinal, do contrário seria admitir responsabilizações quando ainda não se tivesse certeza do quadro orientador da conduta.⁶⁷¹ Mesmo em tais situações

⁶⁶³ Ibid. p. 414.

⁶⁶⁴ Ibid. p. 522. A dimensão cognitiva do conceito de motivo não explicaria o seu funcionamento, sobretudo o modo como influenciaria a vontade. Id. "... as emoções e os motivos que nelas se estruturam, embora incorporem conhecimento e valorações, não se manifestam psicologicamente como actos cognitivos ou valorativos." Ibid. p. 523.

⁶⁶⁵ Ibid. p. 521. "Os casos de hibridação cultural revelam (...) que a operatividade dos critérios de culpa [nível da base/objeto da valoração dos motivos] (...), implica a sua sujeição a um grau de individualização maior." Ibid. p. 540.

⁶⁶⁶ Ibid. p. 514.

⁶⁶⁷ Ibid. pp. 542-543.

⁶⁶⁸ Ibid. p. 518.

⁶⁶⁹ Ibid. p. 521.

⁶⁷⁰ Ibid. p. 528.

⁶⁷¹ Tais situações pós-enculturação mínima, mas ainda geradoras de dúvidas, quando apresentassem na base uma reação emocional equivalente a que teria uma pessoa da cultura dominante, se colocada em situações semelhantes, poderiam beneficiar a pessoa imputada de uma

lindeiras é pouco provável que a pessoa consiga ter algum tipo de consciência da ilicitude da conduta que pratica.

A formação da consciência da ilicitude exigiria mais que o decurso de um certo tempo, pois as dificuldades adaptativas do forasteiro haveriam que ser sopesadas dentro de processos sociais e não estaticamente, como as teses que defenderiam o mero decurso do prazo.⁶⁷² No entanto, falar de um período mínimo de enculturação é justamente relevar um espaço de tempo no qual, desde a influência dos mais variados fatores – *que não só o tempo* -, poderia detectar se já teria a pessoa condições mínimas de compreender o desvalor de certas ações perante o novo quadro axiológico. Se é certo que a considerável capacidade de uma tal compreensão seja dificilmente alcançada não é menos certo que deve ser buscado pelo juiz uma forma de se aproximar o mais possível da aferição da referida capacidade de compreensão do desvalor do fato para fins de formação da culpa; sobretudo naqueles casos lindeiros em que já houve um mínimo de enculturação e é chegada a hora de imperar a lógica da *autonomia* e da *responsabilidade*, tal como são norteadas as demais pessoas da sociedade de destino.

Silva Dias reconhece que, entendido como erro-ignorância sobre a ilicitude material do fato, o erro sobre a ilicitude se aproximaria de certas concepções do erro de compreensão culturalmente condicionado defendido por um setor da doutrina

atenuação da pena, respeitada a proporcionalidade entre o ato provocador e o fato provocado, bem como a intensidade do estado emocional do agente. Cf. ex. de insulto religioso: Ibid. p. 544 e, ainda, p. 548 (nota nº 1556). Antes da enculturação mínima os motivos só podem ser relevados à luz dos parâmetros da cultura originária da pessoa.

⁶⁷² Ibid. p. 460. "... a prestação mental adequada para a obtenção da consciência da ilicitude não se basta com conhecimento da violação da proibição legal (...) o agente, seja forasteiro ou não, precisa de conhecer (antes) a proibição para atingir (depois) o patamar da consciência do desvalor do facto. (...) [A] representação pelo agente da oposição do facto à norma é condição necessária mas insuficiente para alcançar o sentido de ilicitude daquele. Mas tratando-se de um *delictum in se*, como a excisão, não basta igualmente, embora num outro sentido, o conhecimento da proibição. (...) [As mulheres que excisam] não incluem a excisão no círculo da proibição, por isso que não atribuem à acção uma valoração moral negativa. Algumas podem mesmo ter tido acidentalmente conhecimento de que a lei (...) proíbe a excisão, mas ainda assim essa informação normativa, por si mesma, não chega para formar a consciência da ilicitude. (...) O problema [é] (...) de falta de compreensão do sentido da proibição. Não estamos (...) perante um erro sobre a proibição [art. 16º CPp] (...), mas perante um erro de valoração, um erro sobre o lícito e o ilícito, o recto e o torto, (...) Uma coisa é afirmar que (...), de um ponto de vista sociológico ou psicológico-social o que é *delictum in se* para uns pode não ser para outros, outra é dizer que, quando isso acontece, se trata para essoutros de um *delictum mere prohibitum*. Porque o conhecimento da proibição formal, necessário num crime desta natureza, pode não ter densidade psicológica bastante para orientar o agente para a questão da ilicitude do facto." Ibid. pp. 460-462.

sulamericana.⁶⁷³ No entanto, haveria algumas implicações de tal posição. Uma vez que o erro sobre a ilicitude consistiria numa falta de compreensão do desvalor qualificado do fato, isso significaria que nem o seu objeto seria a proibição formal, nem o seu conteúdo assentaria numa pura falta de cognição ou numa falta de internalização daquele desvalor.⁶⁷⁴

Para Maria Paula Leite Ribeiro de Faria, várias seriam as hipóteses pensáveis para considerar um costume como causa de justificação consuetudinária. Uma delas se relacionaria aos crimes menos importantes, onde a regra consuetudinária obedecida teria que ser provada em tribunal, tendo sido obrigatória tal regra no momento da prática do fato por uma quantidade razoável de membros do grupo do agente. Também poderia se pensar no uso da dirimente da realização de interesses legítimos – art. 180º, nº 2, do CPp – no contexto dos crimes contra a honra, com uma validade geral para tal fim, albergando tal regra a plena realização ao direito à cultura e à especificidade social dos referidos grupos. No entanto, tal solução de justificação seria inadmissível, pois daria azo a uma *verdadeira ditadura da mundividência de certos grupos* em detrimento dos demais valores da maioria das pessoas,⁶⁷⁵ o que é de se concordar, caso houvesse superado o período de enculturação. Outra possibilidade, também na visão de Ribeiro de Faria, seria a exclusão da culpa do agente com base numa falta de consciência da ilicitude não censurável – art. 17º, nº 2, do CPp -, ou no estado de necessidade desculpante – art. 35º, nº 1, do CPp -.⁶⁷⁶ Poderia a pessoa incriminada nunca ter conhecido outras formas de cultura e valores e estar recém chegada no país acolhedor, havendo, efetivamente, uma falta de consciência da ilicitude.⁶⁷⁷ Independentemente do acerto,

⁶⁷³ Silva Dias cita Armaza Galdós – *El condicionamiento cultural en el Derecho Penal peruano* -, que qualificaria a figura do art. 15º do CP peruano – adiante explicitada – como uma modalidade do erro sobre a ilicitude material. Zaffaroni, por sua vez, caracterizaria como uma forma radical de erro sobre a proibição, devido a um maior esforço de compreensão que envolve. Ibid. pp. 463 e ss. Para a posição de Zaffaroni, ver o subitem 3.2.4.

⁶⁷⁴ Ibid. pp. 467-468.

⁶⁷⁵ FARIA, M. P. L. R.. O costume e o direito penal no século XXI. Em: Em: BELEZA, T. P.; CAEIRO, P.; PINTO, F. L. C.. (Orgs.) **Multiculturalismo e Direito Penal**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2014, pp. 129-131.

⁶⁷⁶ Aqui não haveria mais que se falar da relevância do costume, pois este deixaria de determinar o recuo de um juízo objetivo de ilicitude, quando oposto à lei. Ibid. p. 131.

⁶⁷⁷ Ibid. pp. 131-132. A disposição do costume de natureza própria poderia gerar uma particular falta de consciência do ilícito por parte do agente; contudo, isto não se reproduziria no caso dos usos. Ibid. pp. 133-134. Mesmo a consideração de que contextos sociais, nomeadamente de

em termos dogmático-criminais, da proposta da jurista portuguesa, o foco permanece centrado no aspecto jurídico-criminal de uma expressividade comportamental típica que não poderia ser assim qualificada, caso a pessoa ainda não estivesse minimamente enculturada, com o que não poderia se falar de atribuição de responsabilidade, seja de índole jurídico-criminal atenuada, a implicar uma menor censurabilidade, seja a de qualquer outra índole – administrativa, civil, etc -.

Quanto à saída desde o chamado *erro de validade*, Ribeiro de Faria observa que seria o caso de se admitir se o agente tivesse atuado com base numa convicção que teria natureza jurídica e que lhe impediria a consciência da lesão de outra norma jurídica.⁶⁷⁸ Neste sentido, o “... erro sobre a eficácia do costume enquanto ordenamento com uma pretensão de eficácia própria configura[ria] (...), na maior parte dos casos, uma subespécie deste erro [de validade], conduzindo a uma falta de consciência do ilícito que pode[ria] ser desculpável por parte do agente.”⁶⁷⁹ Ainda que se possa concordar com a saída, há que se observar que os casos enquadráveis tanto como *erro de validade* quanto como sua subespécie *erro sobre a eficácia do costume*, ambos têm por foco aquelas situações em que, ao menos teoricamente, já se teria superado o período de enculturação e, portanto, o rescaldo coercivo de um dado costume ainda estaria produzindo seus efeitos, ocasiões essas que não se enquadrariam naquelas qualificáveis como o exercício do *direito da forma de ser dos povos*.⁶⁸⁰

responsabilidade coletiva, diminuiriam drasticamente a possibilidade de preferir tomar uma decisão de acordo com o Direito, acaba por não se mostrar satisfatória, pois não releva como um *direito* -, ainda que mais se aproxime do que ora se propõe. Afinal, quando fala da relevância do aspecto psicológico nas tomadas de decisão acaba relevando um dos principais fatores co-constitutivos da *forma de ser dos povos*, qual seja aquele de índole psicológica. PALMA, F.. Op. cit. p. 137.

⁶⁷⁸ FARIA, M. P. L. R.. Op.cit. p. 134. Figueiredo Dias observa que o *erro de validade* se daria quando “... o agente conhecer a norma legal que proíbe o comportamento, conhecer de forma suficiente a totalidade dos seus elementos, descritivos e normativos, e considerar, todavia *erroneamente*, que a lei é inaplicável ao caso concreto, v. g., porque a reputa inconstitucional, ou nula por outro motivo, ou inválida. Este erro – que complexivamente se pode crismar **erro de validade** – conformará, ele ainda, uma falta de consciência do ilícito se o agente crê erroneamente que o motivo de invalidade é de ordem geral e como tal reconhecido pela ordem jurídica.” DIAS, J. F.. Direito Penal... p. 556.

⁶⁷⁹ FARIA, M. P. L. R.. Op. cit. p. 134.

⁶⁸⁰ A referida conclusão também se aplicaria àqueles fatos qualificáveis como *fatos de consciência*. Ibid. pp. 134-135. Quanto ao *estado de necessidade desculpante*, também aqui merece a ressalva de que muitas expressividades comportamentais típicas, ainda que exerçam forte influência condicionante nos seus adeptos, não significa, necessariamente, que tenham que chegar

Outra saída também assente na inconsciência da ilicitude, baseando-se nos exemplos do infanticídio ritual na Guiné-Bissau e os chamados *touros de morte* de Barrancos, entende que os crimes culturalmente condicionados desde o plano dogmático jurídico-criminal adequado às situações em causa, radicaria na referida problemática, ou seja, na censurabilidade ou não do desconhecimento da ilicitude do fato.^{681 682} O adequado enquadramento jurídico-criminal, portanto, seria o do erro

ao ponto de serem entendidas como verdadeiras coações dos demais membros ou de seus chefes. O relevante é caracterizar que a expressividade externalizada se tratava de uma conduta típica do povo de origem da pessoa e, por isso, respeitado o período mínimo de enculturação, merece ser protegida, não havendo que se falar de *crime*. Sobre o *estado de necessidade desculpante* e a coação exercida sobre o agente, seguindo Figueiredo Dias: *Ibid.* p. 136. O mesmo se diga quanto à possibilidade de coação prevista na alínea a, do nº 2, do art. 72º, do CPP, analisada pela autora – *Ibid.* pp. 138-139 -. Quanto ao reconhecimento do costume como causa suprallegal de desculpação, é interessante invocar o exemplo da doutrina alemã, colacionado por Ribeiro de Faria, que bem mostra o grau de dificuldade e o quão não sedimentado está em termos doutrinários e legislativos a questão dos (des)encontros das diferenças. Citando Thomas Fischer – *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 56, Aufl., Verlag Beck: München, 2009, § 1, n. 9 –, mas não simpatizando com a causa do mesmo, Ribeiro de Faria observa que o reconhecimento do costume como causa suprallegal de desculpação poderia deixar-se desenvolver a partir da atividade jurisprudencial. *Ibid.* p. 136 e nota nº 49. Há que se notar que, para a autora, a relevação do costume como causa suprallegal desculpante poria em causa o princípio da igualdade perante a lei, pois “... levaria à exclusão automática da responsabilidade penal de certos grupos de pessoas dentro do Estado.” – *Ibid.* p. 137 -. No entanto, a mesma reconhece que em outros ordenamentos, que não o lusitano, onde a natureza vinculante do costume praticamente já não se faria sentir, poderia a situação se apresentar diferentemente, sobretudo atendendo ao isolamento social e geográfico em que se encontrariam certas tribos e à dependência do costume que as mesmas teriam para continuarem a funcionar como comunidade. Contudo, tal posição continua a se cingir aos recônditos jurídico-criminais. Cita, inclusive, a proposta de criação de um novo tipo legal no ordenamento australiano, que albergaria situações congêneres. *Id.* Tal saída não é a mais adequada a casos pré-enculturação. Afinal, do que se trata nas referidas situações, mesmo que havidas no território de um mesmo país, é da existência de povos distintos coabitando um mesmo espaço e ficando sujeitos, mesmo que orientados por quadros axiológicos distintos, à jurisdição da cultura dominante. A alternativa da diminuição da ilicitude ou da culpa e da necessidade de punição também se enquadraria numa solução jurídico-criminal, justificável somente para aqueles casos pós-enculturação mínima – *Ibid.* p. 138 -. Nos casos de *provocação* – alínea b, do nº 2, do art. 72º do CPP – do agente, que reagiria por entender o referido ato como uma grave ofensa à sua tradição, Ribeiro de Faria observa que as leis consuetudinárias aborígenes, mormente onde a adesão a elas constituiria uma característica do agente, poderiam ser indiretamente reconhecidas desde o uso da provocação como atenuante – *Ibid.* pp. 139-140 -. Para aqueles casos de atos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação dos danos causados – alínea c, do nº 2, do art. 72º, do CPP - *Ibid.* p. 140 -, a saída pelo reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* afastaria uma tal solução, pois não haveria que se falar de crime e menos ainda de responsabilização, em nenhuma de suas modalidades, pois se trataria do exercício de um *direito* durante a enculturação mínima.

⁶⁸¹ CARVALHO, A. A. T.. Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal. Em: **Direito e Justiça**. Vol. XVI, Tomo 1, 2002, pp. 131-157.

⁶⁸² *Ibid.* p. 149. A “... tese da justificação ou exclusão da ilicitude deve[ria] ser recusada, pois que, tendo em atenção que só deve[riam] ser considerados bens jur[idico-penais os valores pessoais e comunitários fundamentais, não pode[ria] a liberdade de consciência ou o direito à diferença étnico-cultural justificar (considerar lícitos) os factos que le[sassem] (ou [pusessem] em sério risco) tais bens. Também a tese da exclusão ou diminuição da responsabilidade penal com base na inimputabilidade ou na imputabilidade diminuída deve[ria] ser afastada. E, correlativamente à

sobre a ilicitude.⁶⁸³ O direito à diferença étnico-cultural, a partir de tal saída, não poderia abranger o direito a práticas violadoras dos direitos humanos reconhecidos pelas múltiplas convenções internacionais. Daí que eventuais diplomas especiais de minorias étnico-culturais não poderiam, em matéria penal, contradizer as normas jurídico-constitucionais e jurídico-penais previstas na ordem jurídica geral estadual. O direito às diferenças étnico-culturais, portanto, não poderia constituir uma causa de exclusão da ilicitude penal. Contudo, a referida solução não afastaria a possibilidade de uma desculpação ou mesmo de uma justificação do fato.⁶⁸⁴

Para além do fato das normas de convenções e tratados internacionais internalizados poderem ter um *status* diferenciado em muitos ordenamentos, o que afastaria, ao menos, as normas infraconstitucionais, as saídas jurídico-criminais não conseguem desarraigarem-se do quadro axiológico-normativo de que se valeria o julgador, o que acaba por fragilizar as propostas quando não se delimita o fator fundamental aos casos de (des)encontros das diferenças, qual seja o *período mínimo de enculturação*. Em tais situações, o foco não pode ser a lesão de um determinado bem jurídico de um ordenamento jurídico; antes, a externalização de uma conduta típica, que se constitui em um *direito*. A questão se resume, portanto, em reconhecer ou não as expressividades comportamentais típicas enquanto uma parcela da esfera constitutiva global da *pessoa humana*. Tal reconhecimento não afasta a possibilidade do emprego subsidiário do Direito Criminal, desde a eventual necessidade de adoção de alguma medida acautelatória ou mesmo de alguma ação de cunho administrativo ou político-administrativo que visem tanto cessar um eventual perigo de lesão à esfera de direito das demais pessoas quanto acelerar o necessário processo de enculturação que tais pessoas precisam passar, caso optem

afirmação da imputabilidade e, portanto, da capacidade de avaliação da ilicitude (digamos <<maldade>>), resulta a conclusão de que nem toda e qualquer falta de consciência da ilicitude tem (deve) ser considerada não censurável, não culposa.” Ibid. pp. 149-150.

⁶⁸³ Ibid. p. 150. Para Américo A. Taipa de Carvalho, o direito à diferença étnico-cultural se enquadraria adequadamente como uma causa de exclusão da ilicitude e não da culpa. Ibid. pp. 153-154.

⁶⁸⁴ Ibid. p. 154. Se trataria de um caso de alguém que teria praticado um fato típico, sob a ameaça efetiva ou potencial de sofrer determinado dano por parte do respectivo grupo, o que se enquadraria como um *estado de necessidade* e, assim, se perfaria como a única causa de exclusão da responsabilidade penal que poderia ser invocada. Contudo, a decisão sobre a justificação (direito de necessidade) ou desculpação (estado de necessidade desculpante) dependeria da verificação dos respectivos pressupostos – arts. 34º e 35º do CPP -. Id.

ser membros da cultura dominante.

Uma outra saída focaria a questão englobando o multiculturalismo, o Direito Penal e a justiça restaurativa. A justiça restaurativa, a partir dessa perspectiva, seria a solução mais adequada para os crimes de motivação cultural, observados certos limites - ou seja, se trataria de uma possibilidade à luz do princípio da subsidiariedade penal.⁶⁸⁵

Ainda que reconheça a necessidade de uma intervenção mínima do Direito Penal nas questões relacionadas ao multiculturalismo, Mário Ferreira Monte mantém-se fiel ao referido recurso, pois a "... abstenção do direito penal significaria a introdução de distintas respostas ao nível jurídico-penal, motivadas por razões culturais, o que geraria uma discriminação negativa e acabaria por desproteger os direitos fundamentais."⁶⁸⁶ Tal perspectiva, acentuando a fundamentalidade de direitos que poderia ser violada, acaba por obnubilar o cerne constitutivo de outra esfera de direito que também seria violada nos casos dos (des)encontros. Deixar de responsabilizar quem externalizou uma expressividade comportamental típica e acabou, com isso, por ofender uma esfera fundamental de direito de outrem, não significa nem um fracasso em termos de tutela jurídica nem a desconsideração da esfera lesada; antes, a própria reafirmação de que também as expressividades comportamentais da parte lesada devem ser consideradas e respeitadas enquanto um *direito* e que a mesma agiu conforme suas regras. Não se trata de um *reco* das leis penais; antes, a consideração jurídica da *pessoa humana*, desde a noção de *homem-pessoa*, é potencializada, pois tais expressividades comportamentais típicas são a própria expressão última da subjetividade humana.⁶⁸⁷

É de se concordar, porém, que os *custos axiológicos* da aplicação penal em casos da referida natureza seriam maiores que os ganhos.⁶⁸⁸ Todavia, a sinalização positiva para as teses que apostariam no *exercício de direitos*, especificamente o *direito à cultura*, não apresenta uma fundamentação suficiente, ainda que se entenda fosse essa uma via segura para a exclusão da ilicitude da

⁶⁸⁵ MONTE, M. F.. Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa. Em: BELEZA, T. P.; CAEIRO, P.; PINTO, F. L. C.. (Orgs.) **Multiculturalismo e Direito Penal**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2014, p. 97.

⁶⁸⁶ Ibid. p. 98.

⁶⁸⁷ Em contraponto ao seguinte: Ibid. pp. 98-99.

⁶⁸⁸ Ibid. p. 99.

conduta.⁶⁸⁹ O problema está na convocação do *direito à cultura* para justificar expressividades comportamentais típicas que venham a ofender outras esferas de direitos quando externalizadas. Basta se pensar nos inúmeros fatores co-constitutivos da *forma de ser dos povos* para se perceber o grau de enraizamento no espírito humano que o mecanismo de formatação dos modos de ser vão sofrendo. Além disso, a manutenção da possibilidade da adoção de alguma medida acautelatória para aqueles casos em que uma real e efetiva situação de perigo se colocasse em virtude de uma possível reiteração da externalização comportamental que teria lesado uma esfera de direito de outrem não só se constituiria na salvaguarda de âmbitos de proteção passíveis de serem lesados quanto na própria reafirmação da noção de *pessoa*, que fundamenta o *direito da forma de ser dos povos*. Afinal, permitir a possibilidade de que esferas de direitos continuassem a ser lesadas significaria colocar em xeque a própria noção da *personalidade* que fundamenta o *direito da forma de ser dos povos*.

Outro argumento a favor da justiça restaurativa, vista como uma via complementar ao Direito Penal, seria que na resolução de crimes culturalmente motivados, haveria que se acentuar os méritos na perspectiva purista da justiça restaurativa (demandaria um viés de responsabilidade do agente, a cidadania dos envolvidos, com o que permitiria o desenvolvimento tanto do sentimento de pertença quanto o de não exclusão de uma dada comunidade).⁶⁹⁰ Em crimes culturalmente motivados, "... a assunção da responsabilidade e cidadania vem a ser a pedra de toque para a reintegração do agente (...) [Daí que] mais importante que a punição ou a sanção propriamente dita será o processo, pois é nesse processo comunicacional e relacional que se estabelece entre agente e vítima que advirão os fundamentos para uma tal atitude do agente, ao mesmo tempo em que a vítima se vê a participar e a esperar pela reparação do dano."⁶⁹¹

Ainda que não se possa desprezar um certo sentido humanitário que a justiça restaurativa carrega consigo, pois em uma de suas visões – focada no

⁶⁸⁹ Ibid. p. 100.

⁶⁹⁰ Noutro sentido – justiça restaurativa maximalista -, poderia se centrar o foco na resposta ao crime, desde sanções restaurativas, o que desvalorizaria o *processo*, enfatizando o resultado a ser atingido, ainda que de modo coercivo. Ibid. pp. 104-105.

⁶⁹¹ Ibid. p. 105.

processo – busca, justamente, a aproximação entre as partes, o que se baseia na compreensibilidade mútua, não se pode esperar que em situações extremas, como alguns dos exemplos trazidos à tese mostraram, um tal espírito vá nortear as orientações que os partícipes do aludido processo terão. Além disso, o caráter de fundamentalidade que o *direito da forma de ser dos povos* procura resguardar não permite uma flexibilização produtiva como a citada proposta da justiça restaurativa sugere. E, ainda, em se tratando de um *direito*, reforça-se o papel mais nobre que se reservou ao Direito: o de proteção de esferas de direitos, não pondo em causa sua autonomia, pois o processo de mediação que respalda a justiça restaurativa não deixa de ser, ainda que numa roupagem produtiva, uma instrumentalização do jurídico. Duvidoso, portanto, que “... os crimes culturais tenham melhor resolução na justiça restaurativa que na justiça tradicional.”⁶⁹² Do que se trata, portanto, ao contrário, é, sim, “... de uma convicção no valor de bens jurídicos ...”,⁶⁹³ que estão em causa; contudo, não bens jurídico-penalmente perscrutáveis.⁶⁹⁴ E se um dos argumentos favoráveis ao uso da justiça restaurativa para crimes de motivação cultural é o da *interação cultural*,⁶⁹⁵ haveria que se perguntar: o reconhecimento da *forma de ser dos povos* enquanto um *direito* não seria, justamente, um modo de incentivar uma tal interação?

Além disso, reconhecer que, em certos casos, possa haver “... condenação sem que alguma vez o agente tenha entendido o sentido daquela condenação (...) [, porque isto não chegaria a ser] pressuposto no caso concreto.”,⁶⁹⁶ é tomar contingências decisórias, enquanto parâmetros equivocados, para a formação de uma certa convicção equivocada. Não resta dúvida de que a formação dos referidos

⁶⁹² Id.

⁶⁹³ Id.

⁶⁹⁴ Os próprios países invocados por Ferreira Monte para enaltecer os efeitos positivos da justiça restaurativa dão significativos sinais de que os referenciais não foram esgotados para a defesa do referido meio alternativo de solução de controvérsias, pois muito dificilmente se ouvirá que “Canadá, África do Sul, Austrália, Nova Zelândia, parte dos EUA e China” ainda apresentem casos extremos, como o de infanticídio, como logo de início se exemplificou no cenário sulamericano. Para a citação dos países: Id. A defesa do reconhecimento da *forma de ser dos povos* enquanto um *direito* não implica, de forma alguma, o não reconhecimento e, sobretudo, o desrespeito às formas alternativas de solução de controvérsias que povos autóctones até hoje possuem. O que se propõe está desenhado para o Direito, desde sua específica matriz civilizacional.

⁶⁹⁵ Ibid. p. 106.

⁶⁹⁶ Ibid. p. 107.

juízos judicativo-decisórios, que Ferreira Monte menciona, padece de grave erro.⁶⁹⁷ Ademais, em situações extremas, a exemplo do infanticídio, jamais se poderia pensar em justiça restaurativa. Trata-se de uma espécie de *privatização do Direito Criminal*.

Na Escola de Coimbra, por sua vez, destaca-se a proposta de José de Faria Costa.⁶⁹⁸ Parte-se de pressupostos distintos da dogmática jurídico-criminal em geral, assentando-se numa visão neoretribucionista da pena – ideia da pena enquanto um *bem*⁶⁹⁹ – e de uma visão onto-antropológica do Direito Penal e do consequente universalismo decorrente da referida posição.⁷⁰⁰ Foge-se, assim, da consagração necessária da *prevenção*, sustentando-se a plausibilidade de uma ligação *umbilical* entre a *afirmação e a defesa dos pressupostos da retribuição e a herança iluminista*, esta possibilitando *perceber e fundar o direito penal como uma <<ordem de liberdade>> (uma ordem de <<autonomia>>-<<autodeterminação>> e de <<responsabilidade>>)* assente na ideia do contrato originário, segundo a qual ao mal do crime deve seguir o mal da pena.⁷⁰¹ Noção essa, portanto, que se insere dentro de uma narrativa metajurídica orientada pela procura do fundamento onto-antropológico, que estaria ligada à *estrutura primeira ou primeva do direito*,⁷⁰² que compreenderia o direito penal enquanto *ordem relacional*.⁷⁰³ Ordem essa que

⁶⁹⁷ É importante notar que Ferreira Monte não deixa de apontar as deficiências que a solução assente na justiça restaurativa apresenta, sobretudo quando as vítimas que consentem no dano são crianças ou mesmo incapazes de discernir a censurabilidade axiológica da conduta. Id.

⁶⁹⁸ COSTA, J. F.. **Noções fundamentais de direito penal. (Fragmenta iuris poenalis)** 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 413-421.

⁶⁹⁹ COSTA, J. F.. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). Em: COSTA, J. F.. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 82-84.

⁷⁰⁰ Foram-me fundamentais os apontamentos de Aroso Linhares sobre o pensamento de Faria Costa: LINHARES, J. M.. «Os últimos 40 anos». GAUDÊNCIO, A. M. S.; LINHARES, J. M. A.; MARQUES, M. R.. «Os cem anos do Boletim na sua vertente jurídico-filosófica» Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Volume XCI. Volume especial de comemoração do centenário. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 134-141.

⁷⁰¹ COSTA, J. F.. Ler Beccaria hoje. Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Volume LXXIV. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1998, pp. 95-97.

⁷⁰² COSTA, J. F.. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. Em: COSTA, J. F.. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 214.

⁷⁰³ “A uma relação de cuidado-de-perigo de fundamento onto-antropológico – que é aquela que é matricial ao nosso modo-de-ser com os outros – corresponde, no patamar da dimensão fenomênica, pura e dura, a relação ético-existencial de um ‘eu’ concreto, de carne e osso, que,

apresentaria momentos de *rupturas*, que representariam aquele *lado negativo da relação*, constituindo-se no *elemento ou segmento fundante para a existência de um crime*. Tal momento de ruptura só se refazeria com a *pena*. Essa é que reporia o *sentido primevo da relação de cuidado-de-perigo*. A condição humana, assim, seria sempre uma *condição de perigo*, enquanto *manifestação de incompletude, de projecto, ser em aberto*. Se estaria, portanto, ante *seres frágeis, seres de cuidado, seres de cuidado-de-perigo*.⁷⁰⁴

Tal fundamentação abriria as portas para o viés neo-retributivista da pena. Viés esse convocante das exigências da *responsabilidade* e da *igualdade material*, ambas também realizáveis através da referida concepção da pena,⁷⁰⁵ não se olvidando da conseqüente consagração do *direito a uma pena justa*, estruturado na sua *indisponibilidade*, na sua *natureza de um direito humano fundamental*, com um *sentido jurídico voltado ao bem que a execução concreta da pena pode propiciar*, encontrando sua *plenitude de realização* com o *cumprimento integral da pena*.⁷⁰⁶

Desde tal concepção, e voltando-se agora ao problema específico do tratamento jurídico-penal a ser conferido aos casos de (des)encontros das diferenças, Faria Costa entende que o *erro sobre a proibição* é que determinaria "... a falta de consciência da ilicitude e com isso elimina[ria] o juízo de reprovação a título de culpa."⁷⁰⁷ Materialmente falando, as hipóteses que se circunscreveriam ao *erro* se relacionariam com *uma certa forma de ver e valorar o mundo*.⁷⁰⁸ O CP português – Arts. 16º e 17º - teria assumido, essencialmente, o modelo da teoria limitada da culpa, pois carregaria o significado material e sistemático da falta de consciência da ilicitude, excluindo a culpa do agente, "... desde que a equivocada representação da realidade não lhe seja censurável."⁷⁰⁹ A censurabilidade do erro deveria continuar a ser sopesada pelo *critério da possibilidade de o evitar*

precisamente, pela sua condição, só pode ser se tiver o 'outro', cuidar do outro, cuidar de si cuidando o 'outro' e cuidando este cuidar de si." Ibid. pp. 223-224.

⁷⁰⁴ Ibid. p. 224. "... se não houver pena é impossível reconstruir a primitiva relação de cuidado-de-perigo. A pena, se quisermos, assume, assim, o papel da reposição, da reprimenda e, por conseguinte, da eficácia de um bem. Ou, se ousarmos ser ainda mais radicais, ela é um *bem*." Id.

⁷⁰⁵ Ibid. pp. 226-230.

⁷⁰⁶ Ibid. pp. 232-233.

⁷⁰⁷ COSTA, J. F.. Noções... p. 413.

⁷⁰⁸ Id.

⁷⁰⁹ Ibid. p. 416.

(*vencibilidade*).⁷¹⁰ A questão se cingiria ao exame das *capacidades individuais jurídico-penalmente relevantes do ponto de vista da exigência de observância da norma*, permitindo, assim, a *densificação do conteúdo da culpa onto-antropológica em atenção aos imperativos de justiça no caso concreto*. Seria o *juízo acerca da capacidade de evitação* o ponto nodal.⁷¹¹ Quando não estivessem em causa normas que não pertencessem ao *núcleo duro da normatividade jurídico-penal* ou, ainda que pertencentes, não contassem com o seu reconhecimento social, poderia se admitir o *erro*.⁷¹²

A multivalência ético-cultural de base da consciência jurídica prevalente nas sociedades complexas de hoje potencializaria as dificuldades analíticas quanto à evitação do *erro*. Esse seria o *problema principal da dogmática do erro de proibição*. Na noção de *homem médio* estaria o parâmetro mais adequado para a mensuração de tal capacidade de evitação.⁷¹³ Haveria uma dificuldade de se definir *critérios muito rígidos e invariantes* para a assimilação da *ordem de valores ético-sociais cultivada numa comunidade*.⁷¹⁴ Tal sensibilidade, em certa medida, vai ao encontro da limitação ao exercício do direito da forma de ser dos povos, ao *período de enculturação*, pois é dentro de um tal período que se pode melhor mensurar se uma expressividade comportamental típica afrontante a dada ordem informadora se dera com ou sem a consciência da ilicitude. Os pontos de partida das propostas, porém, diferem: uma se assenta em um viés jurídico-criminal; outra, em uma exploração alargada da noção de *pessoa*. O decisivo não está em saber se havia ou não consciência da ilicitude mas, antes, se a conduta se dera quando ainda não havia se propiciado um mínimo de enculturação. Outra diferença está na atenção ao viés tendencialmente mais geral e universalizante dos valores, fruto dos processos de globalização e integração, em contraponto com o crescente fenômeno do multiculturalismo, que tencionaria em sentido oposto.⁷¹⁵ Faria Costa entende que não seriam admissíveis ofensas aos *direitos fundamentais essenciais e à própria dignidade da civilização ocidental*. Ainda que tais *definitional stops* fiquem claros, ao

⁷¹⁰ Id.

⁷¹¹ Ibid. p. 417.

⁷¹² Id.

⁷¹³ Ibid. p. 418.

⁷¹⁴ Ibid. pp. 418-419.

⁷¹⁵ Ibid. pp. 419-420.

se admitir, por exemplo, a circuncisão de recém nascidos e não a circuncisão genital feminina,⁷¹⁶ acaba por se alçar a fronteira limitativa do permitido e do proibido sob a ótica exclusiva da cultura do julgador, desprezando-se a esfera constitutiva inarredável da noção de *pessoa humana* que se traduz na externalização de expressividades comportamentais típicas ainda na fase da enculturação.

Uma outra solução analisa a temática desde a noção de *erro cultural*, entendendo tratem-se os casos de erro de compreensão culturalmente condicionados como *erro de proibição indireto vencível*. Antonia Monge Fernández observa que

“... para afirmar la culpabilidad no basta sólo la capacidad de culpabilidad en general, sino que la **comprensión de lo injusto** se configura en presupuesto necesario de la *motivabilidad* por la norma en el caso concreto, de modo que el desconocimiento de la *antijuridicidad* excluye la culpabilidad. Es precisamente en esta sede, a mi juicio, donde deben resolverse los casos expuestos, relativos a errores culturalmente condicionados, como error de prohibición. Ahora bien, si entendemos por **error de prohibición directo** el que recae sobre la norma misma, esto es, sobre la representación de la valoración jurídica del acto conforme a la norma prohibitiva, resulta difícil aplicarlo en estos casos, siendo preferible la opción del **error de prohibición indirecto** [vencível], dado que el sujeto actúa bajo la falsa convicción de estar amparado por una causa de justificación.”⁷¹⁷

No entanto, para a autora, ante o exercício de tradições incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e, em geral, com os direitos humanos, não se poderia admitir a transcendência das exceções culturais nos Estados de Direito.⁷¹⁸

⁷¹⁶ Ibid. pp. 420-421.

⁷¹⁷ FERNÁNDEZ, A. M.. Op.cit. pp. 111-112.

⁷¹⁸ Ibid. p. 113. Também propugnando pelo respeito ao *referente comum* dos direitos fundamentais, Guillermo Portilla Contreras e Esther Pomares Cintas buscam uma reflexão baseada em *pontos de vista diferentes do modelo ocidental de justiça penal*, desde uma solução que possibilite a convivência de modelos jurídico-penais culturalmente diferentes. CINTAS, E. P., CONTRERAS, G. P.. Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria. Em: AGAPITO, L. R.; CASTILHO, J. B. D.. (Coords.) **Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados**. Barcelona: Atelier, 2014, p. 232. O diálogo intercultural seria a chave alternativa interpretativa do paradigma dos direitos fundamentais, que repousaria sobre um plano de igualdade axiológica das culturas – Ibid. p. 235 -. Sobre tal base defenderiam um Direito Penal Intercultural – Ibid. p. 236 -. No entanto, a pretendida *igualdade axiológica das culturas* só pode ser verdadeiramente respeitada quando os *valores* de cada uma das culturas forem respeitados. A percepção da *natureza comum da forma de ser dos povos*, do *humano* que as inúmeras *expressividades comportamentais típicas* carregam consigo, enquanto base informadora do respectivo *direito da forma de ser dos povos*, é inafastável para a referida pretensão de igualdade axiológica. Ainda que se admita, como os autores, que alguns diplomas legais internacionais estabeleçam o reconhecimento da diversidade/identidade cultural, do que decorreria a afirmação do direito dos povos, comunidades culturais e seus integrantes, a conservar e reforçar suas próprias

instituições políticas, econômicas, sociais, culturais e jurídicas, bem como a praticar e promover suas próprias tradições e costumes, é de se duvidar que o compromisso estatal de garantir o exercício dos referidos direitos através da *via dupla* seja suficiente – Ibid. pp. 236-237 -. Seriam exemplos de documentos internacionais protetivos a Convenção da ONU sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais, de 20 de outubro de 2005, a Declaração de Friburgo (UNESCO) sobre Direitos culturais, de 7 de maio de 2007, a Convenção da OIT nº 169, de 27 de junho de 1989, sobre povos indígenas e tribais em países independentes, a Declaração Universal da UNESCO, sobre Diversidade cultural, de 2002. Tais documentos, de uma forma ou de outra, se dirigem a uma mesma finalidade, qual seja promover o respeito da identidade cultural dos povos ou comunidades, na diversidade de seus modos de expressão, dentro do marco dos Estados em que vivem. A *doble vía* proposta se traduziria na obrigação estatal de estabelecer mecanismos eficazes para prevenir todo ato que tivesse por objeto ou consequência privar os povos ou comunidades culturais de suas integridades como povos distintos ou de seus valores culturais ou de suas identidades étnicas; o direito a não serem as pessoas de tais povos submetidas a uma assimilação ou integração forçada, de qualquer forma, sendo que as autoridades e os tribunais chamados a se pronunciar sobre questões penais deveriam ter em conta os costumes de ditos povos na matéria, conforme disposições da Declaração da ONU sobre povos indígenas. E, ainda, a obrigação de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática para a proteção do exercício de seus direitos e o respeito de sua integridade, conforme prevê a Convenção da OIT nº 169. Ibid. p. 237. Ainda que se trate o reconhecimento da diversidade/identidade cultural de um direito humano internacionalmente proclamado, o mesmo não é absoluto, pois impõe o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais – Ibid. pp. 237-238 -, erigidos com base em um quadro axiológico, muitas vezes, bastante distinto, o que implica a continuidade da sobreposição da ordem jurídica dominante sobre as demais, e porque, também, em situações-limite, continua a se considerar uma esfera de direito tocante à própria noção de *humano* que as pessoas carregam consigo como um problema exclusivo do Direito Criminal. O contributo jurídico-criminal, no entanto, continua sendo decisivo, como se mostrará, justamente naquelas situações-limite. O reconhecimento do sistema de justiça comunitária nos textos constitucionais - Colômbia, Bolívia e Guatemala -, como se mostrou, sinalizam, de forma inequívoca, para as inúmeras restrições de ordem prática que têm sido colocadas para a efetiva implementação e real reconhecimento de referidos sistemas jurídicos paralelos. O que Cintas e Contreras fazem – Ibid. pp. 238-252 -, portanto, ainda que relevante sob o aspecto elucidativo que os casos apresentam, pouco acrescenta em termos de uma tematização crítica que o assunto requer. Não se toca nas razões de ser da não responsabilização quando ainda não se superou a fase da enculturação. Os autores, no entanto, citam o caso do indígena Gauinas Finscue, desde a Sentencia de Tutela 496/1996, do Tribunal Constitucional colombiano, em que tal fator foi relevado para a atribuição de responsabilidade, ainda que os mesmos não tematizem a questão - Ibid. p. 242 -. A suposta *integração* pretendida por Cintas e Contreras, quando se respeitam os limites impostos pelos direitos fundamentais, - Ibid. p. 244 (exemplo colombiano) - não distinguindo o período de enculturação, também abre margem para questionamentos. A ressalva colocada pelos mesmos de uma não interpretação dos direitos fundamentais desde o cânone ocidental também se apresenta deficitária – Id. -, pois as próprias barreiras linguísticas, os valores que orientam os sistemas de regulação, etc, enfim, as próprias diferenciações apontadas pelos autores assim o mostram. Jesús-María Silva Sánchez também entende que os direitos humanos fundamentais seriam a limitação adequada aos modelos de regulação da vida distintos do de tipo europeu-ocidental. SÁNCHEZ, J. M. S.. ¿Crisis del sistema dogmático del delito? **Cuadernos de Conferencias y Artículos**. Nº 40. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 26. A forma de solução de eventuais conflitos entre os direitos fundamentais e os direitos de povos não adotantes do Direito, tal como previsto no Art. 8.2, da Convenção nº 169, da OIT, para além da questão da ratificação ou não da mesma pelos países, também resta prejudicada por propugnar procedimentos aptos a superar os desafios que o princípio da compatibilidade traz com os direitos fundamentais na primazia do sistema de direitos de tipo europeu-ocidental. Não se supera a *supremacia axiológica* de um regulador da vida em comum sobre o outro. A própria exigência de parâmetros equivalentes a princípios do Direito para a justiça comunitária, como a proibição de sanções não previstas anteriormente à apreciação dos casos, o respeito a algo semelhante ao *devido processo*, bem como a proibição da imposição de penas degradantes, mostra a imposição dos valores europeus-ocidentais sobre as comunidades originárias. CINTAS, E. P., CONTRERAS, G. P.. Op. cit. pp. 248-250. Daí Cintas e Contreras

Adotar tal posição, porém, implicaria assumir a imposição da cultura de matriz europeia-ocidental a pessoas que não compartilhariam tais referenciais valorativos, com tal mundividência, sobretudo quando não se faz a inarredável distinção entre condutas praticadas dentro e fora do período de enculturação, elemento este decisivo para os casos de (des)encontros. A solução dada por Fernández volta-se à admissão, em casos concretos e isolados, da incidência dos valores socioculturais na culpabilidade do sujeito, adotando-se uma solução desde uma fundamentação jurídico-criminal que, se pensada antes de superado o período de enculturação, resta desacertada.

Além disso, como bem explicita Teresa M. Porto, mesmo para aqueles casos em que a pessoa já se encontra inserida e, assim, ciente minimamente das regras do seu novo espaço de convívio, haveria que se relevar aquelas situações do *entorno pessoal* (âmbito concreto onde a pessoa se desenvolve e exerce suas atividades) do incriminado para poder se distinguir quando o conhecimento das normas seria algo evidente e quando o desconhecimento dos conteúdos normativos fosse plausível mesmo para pessoas fiéis ao Direito, uma vez que o entorno vital constitui a realidade social que a cada é dada de antemão (reserva de conhecimentos aos mundos vitais das pessoas, ou seja, o conhecimento da norma é o conhecimento da realidade social). Fora de tais situações, portanto, haveria de se concluir que aquelas pessoas que pertencem a uma cultura alheia à de referência e,

reconhecerem que “... nos movemos en un terreno valorativo singularmente impreciso ...” Ibid. p. 251. Isso se reforça quando os mesmos reconhecem que o modelo de tipo europeu-ocidental acaba por legitimar até mesmo a pena de morte em alguns países ou estados federados. Id. Tal contradição, contudo, não foi reconhecida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em decisão de 12 de abril de 2011, mantendo a mesma orientação o Tribunal Constitucional espanhol. Id. Isso não significa desprezar o que as conquistas históricas de tais valores, que se objetivaram em princípios jurídicos, trouxeram de benefícios aos povos orientados pelo Direito; ao contrário, o que se pretende mostrar são as deficiências que muitas das soluções jurídicas que têm sido propostas para os (des)encontros das diferenças apresentam. Isso não implica o afastamento da mesma quando se haja superado o período de enculturação ou mesmo quando se adote alguma medida acautelatória visando proteger alguma esfera de direito; ao contrário, saídas em termos de um refinamento analítico com fins a um ajuizamento judicativo-decisório com a maior justeza possível sempre serão adequadas e recomendáveis. Para Cesano, na Argentina, a implementação da Convenção 169 estaria condicionada a uma prévia investigação antropológica apta a precisar os alcances e âmbitos de vigência do direito consuetudinário dos povos originários. Antes disso, não seria constitucionalmente admissível. Haveria uma capacidade de rendimento maior de tais aspectos no âmbito da teoria das causas de inculpabilidade - como *erro de proibição* ou como *erro sobre a justificação* -. CESANO, J.. **Los encuentros de la Antropología con el saber jurídico penal**. Buenos Aires: B de F, 2015, pp. 54-55.

assim, que produzem uma imagem da sociedade totalmente distinta, lhes seria atribuível em termos jurídico-criminais tão somente o caráter de *inimputáveis*,⁷¹⁹ o que precisa ser ponderado com as ressalvas inicialmente tematizadas sobre o assunto.⁷²⁰

Luis Roca de Agapito, por sua vez, analisando as manifestações culturais de tipo poliétnico e os delitos cometidos por motivos culturais pelos imigrantes,⁷²¹ posiciona-se favoravelmente ao multiculturalismo,⁷²² devendo haver, no entanto, limitações à tolerância,⁷²³ pois não se poderia permitir práticas culturais incompatíveis com os valores democrático-liberais.⁷²⁴ Ao modelo multiculturalista seria difícil traçar os contornos da tolerância desde o Direito Penal, pois esse estaria na zona fronteira, o que explicaria soluções diferenciadas de casos práticos no âmbito jurisprudencial. Daí que a adesão a tal modelo não implicaria, necessariamente, nem em sede legislativa nem em sede jurisprudencial, o reconhecimento da diferença cultural no âmbito penal com os consequentes efeitos *pro rei*.⁷²⁵

Tal constatação corrobora com os efeitos negativos que a carência de um critério jurídico claro para a fundamentação jurídica ao nível de *expressividades comportamentais típicas* traz à solução de casos de (des)encontros. O que se propõe, ainda que limitado ao período de enculturação, poria um fim a tal

⁷¹⁹ PORTO, T. M.. **Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 82-88. (Colección de Estudios Nº 16) “Los casos de socialización exótica se han de tratar como un subtipo de la inimputabilidad.” Ibid. p. 87.

⁷²⁰ Conforme exposto no subitem “3.2.3.1”.

⁷²¹ No seio da União Europeia haveria quase que uma completa ausência de minorias nacionais autóctones que pudessem ter algum impacto significativo no Direito Penal. A imigração constituiria um dos fenômenos de maior importância para a União e, sobretudo, para a Espanha. AGAPITO, L. R.. Delitos culturalmente motivados. Em: AGAPITO, L. R.; CASTILHO, J. B. D.. (Coords.) **Delitos y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados**. Barcelona: Atelier, 2014, p. 182 e Ibid. p. 185 (delimitação conceitual dos delitos motivados culturalmente).

⁷²² Dois seriam, basicamente, os modelos de gestão da diversidade cultural: o modelo assimilacionista – França – e o multiculturalista – Reino Unido –. Ibid. pp. 187-190. Quanto ao Direito Penal espanhol, haveria uma dificuldade de enquadramento em um dos aludidos modelos de gestão da diversidade cultural a partir da análise de casos práticos. Ibid. pp 199-204.

⁷²³ Ibid. pp. 190-193.

⁷²⁴ Ibid. p. 190.

⁷²⁵ Ibid. pp. 198-199. Agapito acredita que não seria o caso de se regular expressamente na legislação espanhola o problema dos delitos culturalmente motivados, pois já existiriam mecanismos suficientes na teoria jurídica do delito para resolvê-los; já haveria uma legislação *culturalmente neutra*. Agapito, porém, também não deixa explicitada a diferenciação analítica que se impõe quanto à superação ou não do período de enculturação. Ibid. pp. 201-202.

insegurança jurídica, constituindo-se, também, no próprio robustecimento das pedras angulares de um sistema jurídico, qual seja a noção de *pessoa humana* e de *justiça*, o que se potencializa quando se admite o emprego de eventuais medidas acautelatórias que visem resguardar esferas de direitos das pessoas da sociedade acolhedora, reafirmando-se aqui o inarredável contributo jurídico-criminal.

Juntamente com a recente monografia de Augusto Silva Dias,⁷²⁶ um dos estudos mais completos sobre os delitos culturalmente motivados foi o desenvolvido por Cristina de Maglie.⁷²⁷ A posição da autora pode ser enquadrada, resumidamente, como relevadora dos fatores culturais ao ponto de se ter como consequência a impunidade, ainda que somente nos casos da comissão de uma categoria específica de delitos.⁷²⁸

De Maglie define um *delito culturalmente motivado* como “... un comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante. El mismo comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor es por el contrario perdonado, aceptado como normal o aprobado o, en determinadas situaciones, incluso impuesto.”⁷²⁹

Um *fato culturalmente motivado* demandaria a prova do *motivo cultural*, ou seja, determinar a causa psíquica que teria impelido o sujeito a cometer o delito repousaria na bagagem cultural do mesmo; a prova da *coincidência de reação*: demonstrar que a motivação cultural do indivíduo teria uma dimensão objetiva, que o motivo cultural não formasse parte da ética individual do autor, mas, antes, fosse

⁷²⁶ DIAS, A. S.. Crimes ... Op. cit.

⁷²⁷ DE MAGLIE, C.. Op. cit..

⁷²⁸ CARO, V. M. M.. Introdução à seguinte obra: DE MAGLIE, C.. Op.cit. p. 23, bem como Ibid. pp. 19-25.

⁷²⁹ DE MAGLIE, C.. Op.cit. p. 23, bem como p. 68. “Los elementos centrales de esta definición son: la noción de *cultura*, entendida en sentido *dinámico*, acogida aquí en su dimensión étnica [también Ibid. p. 174]. Además, la construcción que yo ilustro insiste en el concepto de *cultura del grupo al que se pertenece*, cuyos requisitos (...) [uma cultura comum, cultura do grupo e formação do indivíduo, pertença ao grupo e reconhecimento recíproco/efeitos internos, reconhecimento do grupo e autodefinição, pertença e reconhecimento/efeitos externos e pertença e aquisição – Ibid. pp. 65-68 -] deben estar presentes.” Ibid. p. 68. Tal definição seria *restringida* e *circunscrita*, o que resultaria coerente com os princípios fundamentais sobre os quais se fundariam o sistema italiano. Seria sobre o elemento normativo extrajurídico *cultura do grupo étnico ao qual se pertenceria* que se estruturaria o suporte fático. Somente assim seria possível afastar as objeções centradas sobre os princípios de precisão e taxatividade e evitar a problemática gerada pela violação desses princípios que poderiam surgir no terreno da prevenção geral e especial. Id. e Ibid. p. 265.

expressão da bagagem cultural consolidada do grupo étnico originário; a prova da *diversidade entre as culturas*: identificar as diferenças de valoração e de tratamento entre os sistemas do autor e do país anfitrião.⁷³⁰

Afora os argumentos contrários apresentados às soluções de índole jurídico-criminal para casos práticos de (des)encontros das diferenças, a análise da proposta levantou outro problema crucial e inafastável a tais soluções, qual seja, o da dificuldade de enquadramento de um suposto crime como sendo um *delito culturalmente motivado*. O risco, segundo De Maglie, seria o de qualificar como *culturalmente motivados* delitos que, na realidade, não pertenceriam a esta categoria e, ainda, poder transformar em categorias juridicamente relevantes generalizações ou pré-juízos sociais das mais diversas naturezas, desde o compartilhamento por alguns juízes e advogados.⁷³¹ De Maglie, no entanto, em termos gerais, acaba se posicionando positivamente em termos *de lege ferenda* ao modelo italiano, àquilo que está disciplinado no art. 21.1, do CP espanhol, quando se dá relevância geral atenuante a situações de integração parcial de uma causa de justificação.⁷³²

Haveria uma constante preocupação da doutrina italiana com o tratamento sancionatório de questões decorrentes de (des)encontros humanos, o que não seria de todo acertado.⁷³³ Contudo, De Maglie acaba não se aprofundando na busca de

⁷³⁰ Ibid. pp. 68-69 e pp. 176-178 (três fases que haveriam que ser superadas para a qualificação de um fato como culturalmente motivado); para essas fases, mas desde a ótica da *cultural defense*: Ibid. pp. 148-153. De Maglie ressalta o papel de expertos na produção das provas. Ibid. p. 69, p. 99 e 178-186. Similar é a posição de Giulio Ubertis, que entende que os seguintes pontos haveriam que ser observados no tratamento de crimes culturalmente motivados: a prova de que se estaria na presença de um crime culturalmente orientado e que se enquadraria no uso das chamadas *cultural defenses* contempladas pelo sistema penal; a necessidade de garantia do trabalho de um intérprete, que não só assistiria gratuitamente o imputado, mas, contextualmente, tornasse inteligível os eventos processuais a todos aqueles que participassem e mesmo ao público; ao requisito da naturalidade do juiz, concernente à sua predisposição a compreender os valores sócio-culturais co-envolvidos no processo e, por fim, a característica de individualização da pena, assim que seja levado em conta a especificidade de cada caso singular. Caso houvesse a não satisfação das referidas exigências, a jurisdição não conseguiria assegurar uma recíproca compreensão das diferenças, o que seria essencial para alcançar uma solução equilibrada na adequação à plural e historicamente determinada composição dos valores presentes entre as pessoas em nome das quais a justiça seria administrada. UBERTIS, G.. Prefácio à seguinte obra: LANZA, L.; PASTORE, B.. **Multiculturalismo e giurisprudizione penale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, p. XI.

⁷³¹ DE MAGLIE, C.. Op.cit. pp. 96-98.

⁷³² Ibid. p. 101. O aludido art. 21.1, do CP espanhol prevê que: “Son circunstancias atenuantes: 1. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.” Ibid. p. 101, nota nº 144.

⁷³³ Ibid. pp. 99-100.

uma explicação para o real sentido das *expressividades comportamentais típicas*, para a relevância que o período de enculturação possui na consideração das mesmas e o tratamento diferenciado que impõe.

Ela também critica a saída apontada por parte da doutrina italiana de valorar a categoria das causas de justificação incompletas – *quasi scriminanti* -, quando haveria a presença incompleta dos elementos de uma causa de justificação. Tal saída padeceria de um fundamento duvidoso, pois, no plano metodológico, seria difícil admitir que uma categoria conceitual, e aqui uma categoria jurídica, pudesse ser construída qualificando-a de incompleta. Ademais, no plano político-criminal a referida solução também não convenceria, pois se trataria de uma solução geral, tal como prevê o retro citado art. 21.1, do CP espanhol, o que não seria específico aos casos de fatos culturais.⁷³⁴ Daí De Maglie propor uma circunstância atenuante específica para a medida do fator cultural.⁷³⁵

A atual época estaria vivenciando gradativa desconsideração do papel do legislador, sobretudo em questões de ordem cultural, pois neste contexto não disporia dos instrumentos normativos adequados. O juiz, portanto, seria o interlocutor privilegiado nos casos de (des)encontros das diferenças. Uma razão de ordem geral seria que a jurisdição constituiria uma garantia secundária essencial para a realização dos direitos,⁷³⁶ com o que é de se concordar, sobretudo, quando se tem em mente a possibilidade de reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* por uma tal via. Contudo, questionável é a flexibilidade interpretativa atribuível aos juízes nos moldes propostos pela autora.⁷³⁷

Seria uma limitação para a consideração do direito à cultura como eximente de responsabilidade penal o respeito a *liberdades-imunidades*, como o direito à vida, à liberdade pessoal, os relativos à proibição da escravidão, da tortura e das penas corporais, o direito das mulheres e dos sujeitos débeis em relação a todo tipo de coerção e violação de seus corpos, etc. Ainda que a cultura seja considerada um direito humano de caráter universal, as modalidades do seu exercício não poderiam violar as aludidas *imunidades fundamentais*, não se

⁷³⁴ Ibid. pp. 100-103.

⁷³⁵ Ibid. p. 103.

⁷³⁶ Ibid. p. 167.

⁷³⁷ Ibid. pp. 168-173.

podendo atribuir valor positivo algum à motivação cultural da conduta, buscando dar um tratamento favorável ao autor. Isso, porém, se contraporía a certas decisões, sobretudo no cenário norte-americano, que empregaram a defesa cultural como eximente de responsabilidade ou atenuante da pena.⁷³⁸ Todavia, a não diferenciação entre o período mínimo de enculturação do restante da vida do acusado no território onde ocorrera o suposto delito que lhe estaria sendo imputado coloca uma dificuldade insuperável, qual seja, a de confundir valorações diferenciadas que haveriam que ser aplicadas ao caso justamente por não se diferenciar aquilo que de crucial é em termos de apreciações jurídicas de *expressividades comportamentais típicas* externalizadas: o *período de enculturação*. Não é de se discordar que, uma vez superado o referido período, haveria que se retornar à lógica da *autonomia* e da *responsabilidade*, exigindo-se do agora *imputado* exigências semelhantes às exigíveis das demais pessoas, ainda que, em cada caso seja imprescindível uma avaliação em específico de todas as circunstâncias para a adequada formação do respectivo juízo judicativo-decisório, sobretudo quando é de se considerar que graus diferenciados de capacidade de internalização de normas de comportamentos podem ocorrer de forma potencializada em pessoas oriundas de culturas diferentes e, sobretudo, quando portadoras de idades mais avançadas, quando é notória a maior dificuldade de assimilação das novas regras.

De Maglie também ressalta as dificuldades que a noção de *bem jurídico* enfrenta em sociedades fragmentadas e plurais, onde a carência de legitimação do Direito Penal se potencializa, sobretudo, pelo surgimento de *novos valores* que tais modelos societários têm propiciado.⁷³⁹ Nesse sentido, o cenário sulamericano tem se transformado, cada vez mais, em um terreno fértil de uma diversidade que, desde sempre, foi a marca d'água da região. O problema tem assumido uma dimensão cada vez maior. As consequências de ordem criminal, contudo, seriam que, no caso da mutilação genital feminina, em sendo a mulher penalmente imputável e tendo manifestado livre e conscientemente sua vontade pela mutilação, não haveria que se reprimir criminalmente. Do contrário, seria o *hard paternalismo* - princípio do dano,

⁷³⁸ Ibid. pp. 190-192 e p. 232.

⁷³⁹ Ibid. pp. 214-215.

de Feinberg -, quando a intervenção penal seria legítima e justificada mesmo quando a decisão de autolesionar-se fosse perfeitamente livre e voluntária. A dificuldade recairia em se determinar se a vontade teria sido efetivamente livre e consciente.⁷⁴⁰

Quanto à culpabilidade, De Maglie crítica o emprego da expressão *homem-médio* para crimes culturalmente motivados, desde o princípio da inexigibilidade, enquanto causa de exclusão da culpabilidade. Em tais delitos seria muito difícil saber quem poderia ser o *homem médio* em um contexto multicultural.⁷⁴¹

Aos casos de ignorância inevitável da lei penal, a autora entende que não se poderia estender a noção de delitos culturalmente motivados para os imigrantes, os extracomunitários, os menores estrangeiros, pelo simples fato de, para além de serem de nacionalidade diversa da do país anfitrião, se encontrarem em situações individuais de carência e dificuldade. A *noção restringida* de delitos culturalmente motivados advogada, juntamente com uma determinação rigorosa do fato culturalmente motivado, levaria a excluir a qualificação de delito culturalmente motivado para casos com referido viés.⁷⁴² A jurisprudência italiana teria

⁷⁴⁰ Para o raciocínio de De Maglie, inclusive em confronto com as atuais disposições do art. 583 *bis*, do CP italiano: Ibid. pp. 215-230. O direito à escarificação, para De Maglie, seria permitido, pois o bem estar psicológico, indispensável à saúde, só seria alcançado ao ser reconhecido o direito à cultura, um direito fundamental que permitisse à pessoa afirmar sua identidade como indivíduo e como membro de um grupo étnico. A identidade da pessoa se afirmaria com a prática da escarificação, um ritual que permitiria a identificação com seu grupo e ser reconhecida por ela mesma. Ibid. p. 230. O exemplo permite vislumbrar uma situação em que o *direito da forma de ser dos povos*, concretizado desde a externalização de uma *expressividade comportamental típica*, produziria seus efeitos para além da pessoa que o portasse – a pessoa que sofrera a escarificação -, alcançando a pessoa responsável pelo ato, isentando-a de responsabilidade. E, ainda, se poderia gerar efeitos mesmo após a superação de um período mínimo de enculturação, pois se enquadraria numa daquelas situações de dificuldade de internalização de uma regra proibitiva deste tipo de lesão justamente por se tratar de uma *expressividade comportamental típica* do povo de origem que, sob a ótica da mulher escarificada, haveria que ser mantida para que a mesma ainda conseguisse se ver identificada com seu povo. A decisão pela escarificação teria que ser tomada livre e conscientemente por alguém já responsável juridicamente por seus atos, pois não afetaria, diretamente, nenhuma esfera de direitos de outrem, vertendo-se, ao contrário, em fator de potencialização identificadora da mulher com seu povo originário. O que poderia se alertar em tais casos, enquanto política pública, seriam os malefícios do procedimento para a mulher escarificada e a necessidade de cuidados médicos que o ato demandaria.

⁷⁴¹ Ibid. pp. 251-252.

⁷⁴² Ibid. pp. 255-256. De Maglie cita como exemplos o caso de um senegalês que revendia isqueiros sem o respectivo timbro do Estado, ignorando tratar-se de uma conduta penalmente proibida pela lei italiana; o caso de tunetanos em trânsito pela Itália que estivessem portando uma carabina de ar comprimido, ignorando a delituosidade da conduta à luz da lei italiana; o de menores tunetanos que teriam omitido apresentarem-se, no prazo de três dias do ingresso, à autoridade de segurança pública, ignorando que tal conduta seria penalizada, etc. Id.

simplesmente aplicado as regras em matéria de *erro de direito* à luz da orientação da Corte Constitucional em razão do modesto grau de socialização que teria induzido os autores em *erro*.⁷⁴³ Tal conclusão de De Maglie mostra que a sua proposta se aplicaria somente a casos em que já houvesse a superação de um período de enculturação mínimo, o que pode conduzir a situações em que o tratamento diferenciado de pessoas nativas e oriundas de outros povos acabe por se tornar uma consequência inevitável. A restrição que a autora pretende fazer dos fatos que seriam culturalmente motivados não afastaria as hipóteses em que situações flagrantemente contrárias ao quadro axiológico-jurídico do país acolhedor se perpetuassem no tempo. O foco na capacidade de internalização das regras do país acolhedor, entendendo o referido processo dentro do período de enculturação razoavelmente necessário para tanto, mostra-se como uma limitação mais segura. Até que tal processo de internalização não ocorresse, se estaria ante a externalização de uma *expressividade comportamental típica* e, portanto, ante um *direito*, não podendo se falar de responsabilização, seja a que título fosse, ressalvados os casos que demandassem o emprego de alguma medida acautelatória.

Talvez seja por isso que De Maglie aponte o risco de uma solução nos aludidos termos, pois se igualaria o sujeito *culturalmente diverso* ao sujeito *insuficientemente socializado*. Essa última situação aludiria a uma condição de inferioridade, que não necessariamente se daria com o autor cultural, não se constituindo no elemento especificador da tipologia dos *cultural crimes*. Daí concluir que o critério da *insuficiente socialização* não seria uma proposta adequada para resolver os conflitos culturais, pois a igualação das categorias de sujeitos citadas denigraria de fato os sujeitos e os grupos portadores de outras culturas. A solução desde a noção de *erro de direito* seria o caminho adequado. Outro impeditivo para a aplicação da categoria dos delitos culturalmente motivados aos exemplos apontados pela autora seria o fato do *cultural offender* ser muito consciente de realizar um comportamento que iria de encontro às leis do Estado de acolhida, atuando por pressão de sua cultura que seria mais forte que a ameaça exercida pela norma

⁷⁴³ Ibid. p. 256.

penal.⁷⁴⁴ Problema esse que seria superado com o reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, limitado ao período de enculturação.

Quanto à determinação da pena, De Maglie entende que os delitos culturalmente motivados poderiam ser valorados em sentido favorável ao acusado cultural dentro do parâmetro das *condições de vida individual, familiar e social*. A pertença a um grupo étnico muito fechado e coeso, reticente às influências culturais do sistema dominante, mereceria uma atenção por parte do juiz, sobretudo se o imputado fosse uma pessoa idosa, não instruída, que não trabalhasse, que não falasse a língua do país acolhedor e que vivesse restrita ao âmbito familiar e grupal.⁷⁴⁵ A solução que se propõe, ao contrário, supera tal dificuldade, pois o auxílio que laudos antropológicos podem fornecer ao magistrado quando da formação do juízo judicativo-decisório sinalizaria para todos os referidos fatores apontados por De Maglie, podendo o juiz concluir, de forma mais segura, ter ou não o imputado conseguido aculturar-se. O *período de enculturação*, portanto, é variável de pessoa para pessoa, sendo aferível somente em cada *caso concreto*, dependendo sempre das circunstâncias que envolvem a pessoa.⁷⁴⁶

Em termos prospectivos – legislador -, De Maglie propõe sua *concepção restritiva* de delitos culturalmente motivados, respeitando-se as chamadas imunidades fundamentais como limitação ao *direito à cultura*, reconhecendo que em termos de prevenção geral haveria o risco de uma paralisação do potencial

⁷⁴⁴ Ibid. pp. 257-259.

⁷⁴⁵ Ibid. p. 261. Para De Maglie, o particular valor moral ou social do motivo seria determinado em função dos padrões éticos e sociais do grupo de que formaria parte o autor, ou seja, a atenuante seria admissível em favor do autor de um delito culturalmente motivado se o motivo que tivesse causado seu comportamento fosse reconhecido pelo grupo étnico ao qual pertencesse como expressão de sua cultura. Ibid. p. 264.

⁷⁴⁶ De Maglie é cética quanto à apuração do *período de enculturação* e mesmo da enculturação em si. O grau de *assimilação* do autor na cultura do sistema anfitrião, que seria medido de acordo com o período de tempo de residência na sociedade de acolhida, padeceria do mal de se tratar de um critério demasiado rígido e arbitrário. Isto porque não teria em conta nem as condições nem as atitudes individuais nem as da comunidade da qual proveniesse o acusado. Grupos étnicos historicamente refratários a qualquer intento de assimilação, inclusive após um longo período de tempo, gerariam dificuldades analíticas. Seriam mais convincentes outros requisitos, como o grau de coesão do grupo étnico, sua identificabilidade, seu tamanho e, sobretudo, sua tomada de posição em relação à cultura do sistema anfitrião. Ibid. p. 274. Contudo, além de não considerar que todos os pontos apresentados poderiam ser exigidos pelo juiz em laudos antropológicos e de outra natureza, podendo-se, inclusive, solicitar informações outras que aquelas apresentadas pela autora, De Maglie não pondera sobre as situações, comumente verificáveis no território sulamericano, dos povos autóctones, que haveriam que ter seus espaços preservados e intocados.

intimidatório de um castigo aos autores que teriam se formado em valores diferentes ou, inclusive, em conflito com os protegidos pela cultura do sistema de acolhida. A preocupação se expandiria à prevenção geral positiva, pois haveria o perigo de tornar vãs as aspirações pedagógicas da mensagem penal. Afinal, uma política de assimilação forçada afastaria do sistema de acolhida as minorias, marginalizando-as. No plano da prevenção especial, uma pena não percebida como justa seria meramente sofrida pelo condenado e poderia gerar insubmissão e rebelião. Enfim, a prevenção em seu sentido tradicional estaria irremediavelmente destinada a perder consistência.⁷⁴⁷ Tais preocupações afloram as debilidades que saídas de índole jurídico-criminal acabam por carregar consigo. A tese do *direito da forma de ser dos povos*, ao contrário, ao menos quanto ao período nevrálgico de uma relação de acolhimento de uma pessoa de um povo diverso, mostra-se superadora, centrando-se naquela esfera que verdadeiramente não só justificaria *expressividades comportamentais típicas*, mas fundamentaria o reconhecimento de um respectivo *direito*.

Duvidosa, também, é a saída apontada em termos prospectivos por De Maglie desde uma causa de não punibilidade feita à medida do autor culturalmente motivado. Para ela, seria uma manifestação de tolerância do ordenamento e respeito aos grupos minoritários, pois tal causa teria assim a ambição de reestruturar os equilíbrios entre os vários grupos étnicos que comporiam uma sociedade multicultural e objetivaria redefinir os conflitos sociais. Contudo, como a própria autora reconhece, esta função de política criminal não colocaria em discussão o desvalor objetivo e subjetivo do delito culturalmente motivado e, ainda, uma vez em se tratando de um suporte fático excepcional, não seria extensível por analogia, nem comunicável aos partícipes, sendo que um eventual erro, ao afetar um elemento alheio ao delito, não poderia valorar-se em favor do agente.⁷⁴⁸ Isso tudo colocaria sob suspeita a causa de não punibilidade *originária* proposta por De Maglie.⁷⁴⁹

Outra saída encontrada partiria do pressuposto de que a igualdade, que reenviaria à dignidade da pessoa, não poderia ser ameaçada por aquelas

⁷⁴⁷ Ibid. p. 266.

⁷⁴⁸ Ibid. pp. 271-272.

⁷⁴⁹ Ibid. pp. 272-274.

reivindicações identitárias voltadas a excluir a tutela dos direitos devida em igual medida a todos. Aqui o *multiculturalismo* seria visto num *viés comunicacional*, implicante de uma dinâmica discursiva e dialética, entre as várias identidades culturais, enquanto um modo fluido, disponível, através de uma lógica multirelacional geradora de novas práticas de vida comuns desde uma comunicação e a co-apreensão evolutiva ao interior de princípios e regras institucionais preexistentes, que seriam aquelas próprias do Estado Constitucional de Direito. O limite intransponível para a tolerância seria a não violação de direitos e a não colocação em discussão do princípio do dano – Feinberg -, apesar de se reconhecer as dificuldades para a colocação em prática desse último.⁷⁵⁰ Para tal proposta, o Direito, na sociedade multicultural, poderia criar o quadro normativo idôneo para facilitar a interação e a comunicação social, combatendo as discriminações e salvaguardando, ao mesmo tempo, a especificidade distintiva sem nivelar abstratamente nem confiscar totalitariamente.⁷⁵¹

Quanto aos *crimes culturalmente orientados*, pessoas já inseridas em uma comunidade acolhedora, ainda que em grupos minoritários,⁷⁵² haveriam que se cingir à lógica da *autonomia e responsabilidade*, não podendo prevalecer o quadro valorativo originário das mesmas. Transgressões legais, em um tal estágio de inserção comunitária, portanto, seriam reguladas pelo Direito Criminal. “Si tratta (...) di prevedere la punibilità del reato ‘culturalmente orientato’, riconoscendo però un valore attenuante della responsabilità alla circostanza (quasi giustificante o quasi scusante) che l’individuo abbia violato la norma in ragione del condizionamento culturale che egli subisce.”⁷⁵³ A intervenção jurisdicional seria a melhor e mais idônea modalidade para enfrentar questões atinentes às diferenças e aos conflitos identitários; a mediação política restaria prejudicada em tais casos. A atuação judiciária sempre haveria que respeitar a exigência de justificação racional da decisão com o fim de controlar os fundamentos factuais e jurídicos e o correlato

⁷⁵⁰ Saída essa de Baldassare Pastore: PASTORE, B.. *Identità culturali, conflitti normativi e processo penale*. Em: LANZA, L.; PASTORE, B.. **Multiculturalismo e giurisdizione penale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, pp. 05-61.

⁷⁵¹ PASTORE, B.. *Identità...* p. 08, pp. 11-12 e pp. 14-15. Pastore dá especial atenção às crianças e mulheres que, muitas vezes, acabam sendo usadas como objetos da ânsia de preservação cultural, mesmo fora de suas culturas de origem. *Ibid.* pp. 12-13.

⁷⁵² *Ibid.* pp. 15-16.

⁷⁵³ *Ibid.* p. 19.

suporte argumentativo.⁷⁵⁴ A via mais utilizada nos países ocidentais para a solução de (des)encontros das diferenças seria a *calibração* da resposta penal, valorando a matriz cultural como uma atenuante ou eximente da pena.⁷⁵⁵

No entanto, uma política criminal assimilacionista não garantiria a função preventiva do Direito Penal. Em crimes culturais, o efeito dissuasor da norma penal restaria comprometido à adesão do autor a valores diferentes dos seus, que seriam tutelados pela ordem jurídica da sociedade acolhedora. Desnaturar-se-ia a função reeducativa e ressocializadora da pena nos confrontos de sujeitos culturalmente diversos. Ademais, submeter à sanção penal atos não lesivos de bens e interesses irrenunciáveis, mas expressivos de costumes não de todo alinhados com o *sentir comum/dominante*, converteria a pena numa sorte de *reconversão cultural*, indevida para um sistema penal liberal, que seria congruente somente com a função de prevenção geral integradora da pena, dirigida a obter a confiança da maioria dos cidadãos, desde escolhas destinadas à manutenção dos valores e das orientações sociais consolidadas e à consequente estigmatização dos valores e das orientações distoantes. O Direito Penal moderno, ao contrário, considerando estranha qualquer que fosse a tarefa de programação pedagógica e de doutrinação dos cidadãos, seria chamado a perseguir, exclusivamente, a finalidade concreta de prevenção

⁷⁵⁴ Ibid. pp. 19-21, pp. 43-44 e pp. 47-49. “La giurisdizione, più o meglio della legislazione, (...) la legislazione non può mai sostituirsi completamente all'altra, rivendicando una esclusività illusoria. (...) [N]ella sua attività di tipo *prudenziale* ed *equitativo*, nella continua riformulazione attualizzatrice degli enunciati normativi in relazione alle circostanze concrete, nel suo decidere caso per caso e limitatamente alle parti, nella possibilità di mutare orientamento, bilanciando volta per volta gli interessi ed evitando la definitiva esclusione de alcuni di essi, il giudice può realizzare quel riconoscimento pubblico connesso al compito istituzionale di controllare che non prevalgano forme di *intolleranza* (dovute spesso a idiosincrasie maggioritarie) verso individui appartenenti a gruppi culturali minoritari, in violazione delle regole e dei principi di un ordinamento pluralista, svolgendo nel contempo la funzione di mediatore imparziale e di elemento di integrazione delle differenze.” Ibid. p. 19 e p. 20. O princípio do reconhecimento recíproco haveria que pautar os juizes. A Constituição figuraria como um *terreno comum*, um recurso aberto no espaço da interpretação às exigências da esfera pública enquanto lugar que realizaria o estar junto entre diversos. Ibid. p. 23. Ressaltando, igualmente, o papel da jurisdição em conflitos multiculturais: PASTORE, B.. Impegni ermeneutici: il diritto e le tensioni del pluralismo culturale. Em: **Ars Interpretandi – Rivista di ermeneutica giuridica**. Roma: Carocci Editore. I, n. 1, 2012, pp. 45-49 e p. 50. Lucia Bellucci também destaca o papel que foi outorgado aos juizes nos países da Europa continental para o tratamento de casos de (des)encontros das diferenças. BELLUCCI, L.. Immigrazione e plurallità di culture: due modelli a confronto. Em: **Sociologia del diritto**. Nº 3, 2001, p. 143. Em um texto de 2006, contudo, Bellucci ressaltou a importância que teria o *plano legislativo* na regulamentação criminal dos casos de excisão genital feminina. BELLUCCI, L.. Differenze e oppressioni. Immigrazione, escissione e Diritto in Francia. Em: **Sociologia del diritto**. Nº 3, 2006, p. 198.

⁷⁵⁵ PASTORE, B.. Identità... p. 23 e, quanto às *cultural defenses*, p. 28.

(geral e especial) e não a orientação das operações culturais dos indivíduos e da coletividade. Uma política criminal assimilacionista sacrificaria indevidamente o autor do crime.⁷⁵⁶ A figura do *erro* seria admissível somente em *casos restritos*, quando o agente efetivamente não conhecesse a norma incriminadora, nem dispusesse, ainda, de instrumentos para a conhecer. O baixo nível de integração (não enculturação) é que conduziria ao *erro*.⁷⁵⁷

Na operação *interpretativo-aplicativa* confiada ao juiz se somariam seja o juízo de legalidade relativo ao recurso na situação concreta da *fattispecie* geral prevista no texto legal, seja a compreensão e a valoração das características acidentais e da especificidade, única e irrepetível, do caso particular, havendo também que se sopesar em tal tarefa fatores extra-textuais de ordem condicionante oriundos do contexto.⁷⁵⁸ No processo penal a configuração do fato incidiria sobre a escolha do grau de resposta sancionatória ao ilícito, ou seja, sobre a determinação concreta da pena. Haveria um condicionamento contextual que subjazeria a influxos de ordem cultural. A decisão judicial seria a resultante de valorações de tipo jurídico, social, cultural e psicológico, variavelmente influenciadoras, radicando, portanto, ainda que inconscientemente, sobre juízos sociais preexistentes.⁷⁵⁹

⁷⁵⁶ Ibid. p. 29.

⁷⁵⁷ Ibid. p. 42. De outro lado, “Non vanno escluse (...) la riconfigurazione di taluni istituti e categorie dogmatiche (antigiuridicità, imputabilità, inesigibilità, colpevolezza, punibilità), né la predisposizione *de lege ferenda* di uno strumentario normativo atto a dare, in via generale, nell’ottica di una concezione gradualistica del reato, un’adeguata rilevanza al fattore culturale, mantenendosi nel solco di un diritto penale *comune*, capace de garantire l’equilibrio tra l’esigenza di assicurare la tutela della persona aggredita nei suoi diritti, proteggendola anche nei confronti del suo stesso ambiente culturale, e quella di evitare il pericolo che l’intervento penale sai vissuto come espressione della criminalizzazione dell’appartenenza ad una determinata minoranza.” Ibid. pp. 42-43.

⁷⁵⁸ Ibid. pp. 46-47, p. 56 e p. 59. Também ressaltando a importância do *contexto* no processo de ajuizamento judicativo-decisório: PASTORE, B.. Impegni... p. 50.

⁷⁵⁹ PASTORE, B.. Identità... pp. 50-51. Três seriam os aspectos que relevariam para o Direito Penal, desde os crimes culturalmente motivados: o criminológico, atinente à realidade dos comportamentos configurados como ilícitos, aquele da tipicidade e o da prova. Em termos probatórios, por sua vez, Pastore defende que o material probante de ordem cultural haveria que passar por três estágios de racionalização: o primeiro demandaria analisar o elemento subjetivo do agente, que pretendia ter agido conforme certas normas culturais de seu povo de origem; o segundo se referiria à objetivização, de acordo com a qual se poderia controlar se outros membros do grupo cultural do agente concordariam ou não com a visão e se não estimariam a ação apropriada na situação em apreço/caso concreto – seria muito relevante aqui o papel de peritos qualificados, apesar do ordenamento jurídico italiano supor em contrário, conforme art. 220, do CPP italiano -; por fim, o terceiro passo implicaria que a cultura do agressor fosse comparada com as normas da cultura dominante. PASTORE, B.. Reati culturalmente motivati e valutazione probatoria. Em: **Ragion Pratica**. Nº 40, giugno. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2013, pp. 99-103. Mais acertada, no entanto, quanto à proibição da perícia criminológica no ordenamento italiano parece ser a posição de Cristina

A tematização apresentada por Pastore, se acerta na relevância dos fatores contextuais, falha ao não especificar a inarredável sobreposição vinculativa que os valores objetivados nos princípios jurídicos devem exercer sobre a vida prática e a prática judicial em especial. A saída pelo reconhecimento judicial do *direito da forma de ser dos povos*, por sua vez, afastaria tais eventuais equívocos a quaisquer *forças normativas do fático*, sem, no entanto, deixar de relevar a esfera da *personalidade* que estaria sendo lesada no caso de ofensa ao *direito da forma de ser dos povos*.

Para Pastore, o *fato*, em sentido objetivo ou material, conservaria o papel de *espinha dorsal* da tipicidade, considerando os elementos subjetivos, pois a interpretação da singular *fattispecie* incriminadora assim exigiria para a determinação do fato típico. O aporte do elemento subjetivo para a reconstrução seria basilar. Tal elemento se inseriria na categoria do agir social em decorrência do sentido subjetivo do qual seria portadora sobre o plano das relações intersubjetivas. A configuração fática, portanto, viria inserida dentro de uma trama de relações definidas por um contexto valorativo. Em tal empreitada, os quadros conceituais teóricos e axiológicos seriam fundamentais. Tratar-se-ia, assim, de uma *realidade produzida*.⁷⁶⁰ Seria muito importante a absorção de uma tarefa hermenêutica, num exercício de *tradução* do diverso. Assim, o exercício de compreensão intercultural dos problemas demandaria um específico uso da faculdade do juízo, que levaria para além do próprio contexto, exigindo-se, ainda, uma exploração e negociação em modo argumentativo das diferenças, sempre buscando compreender a validade potencial de outros discursos. Ao órgão judiciário se exigiria a coleta plena do significado da conduta a ser julgada, o que se ligaria ao conceito do juiz natural. Seria desde o crivo da atividade argumentativo-probatória das partes que se

de Maglie, pois tal proibição não se aplicaria à perícia cultural, uma vez que "... tine objeto y finalidades completamente distintas de aquellas a las que se refiere la norma citada. La pericia cultural *no* es una pericia criminológica, dado que no tiene por objeto la personalidad del imputado, sus tendencias o sus cualidades psíquicas. (...) No es un juicio *sobre el imputado*, (...), sino solo sobre la eventual *valencia cultural* del hecho por él cometido. En otras palabras, la calificación del hecho como <<cultural>> no deriva de las condiciones psicológicas del sujeto, sino de la correspondencia entre su comportamiento y los criterios culturales de valoración que están vigentes dentro de un grupo étnico determinado." DE MAGLIE, C.. Op.cit. pp. 185-186.

⁷⁶⁰ PASTORE, B.. Identità... pp. 55-57.

alcançaria a verdade no processo penal.⁷⁶¹

Ainda que o exercício de formação do juízo judicativo-decisório proposto por Pastore procure, dentro de uma lógica da comparação e do balanceamento, estruturar decisões que visem soluções que relevem as peculiaridades dos conflitos gerados da pertença cultural, sempre em atenção às relações entre justiça, pluralismo e tolerância,⁷⁶² fica suficientemente evidenciado que a formação de tais juízos resta ainda prejudicada em face da carência de um critério jurídico específico que possibilite uma fundamentação jurídica com um adequado grau de justeza. O reconhecimento do *diritto da forma de ser dos povos* serviria para superar tal sorte de dificuldades prático-realizatórias.

Outra saída para os casos de (des)encontros das diferenças enfatizaria alguns fatores de ordem psico-social, comunicacional de massa e legislativa que se entrelaçariam em crimes de ordem imigratória, sinalizando para um desequilíbrio, desproporção e desarmonia com os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade da pena e a finalidade reeducativa da mesma.⁷⁶³ No processo de individualização da pena, sobretudo em casos com estrangeiros, congruente com o princípio da igualdade, seria o instrumento da *mobilitade da pena*, ou seja, a predeterminação da mesma entre um máximo e um mínimo, uma das soluções. Conjuntamente, atuariam tanto o princípio da individualização da pena, demandando uma atenção à singularidade dos casos, quanto o princípio da legalidade da pena, este dando forma a um sistema no qual a atuação de uma justiça distributiva reparadora exigiria mais a diferenciação do que a uniformidade. A igualdade, assim, seria encontrada nos concretos pontos de referência, em matéria penal, nos seus

⁷⁶¹ Ibid. pp. 58-60.

⁷⁶² Ibid. p. 60.

⁷⁶³ É a visão do Conselheiro da Corte de Cassação italiana Luigi Lanza: LANZA, L.. Sistema penale e cultura dell'immigrato: quale ruolo per il giudice? Em: LANZA, L.; PASTORE, B.. **Multiculturalismo e giurisdizione penale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, pp. 71-72. Para Lanza, a mídia sensacionalista potencializaria a correlação entre imigração e criminalidade. O imigrante teria maiores dificuldades que um nativo para acessar os sistemas de tutela judiciária. A falta concreta de alternativas extra-prisionais aumentaria o encarceramento de imigrantes. Haveria um maior nível de criminalidade entre os imigrantes irregulares, se comparados aos regulares. Ibid. p. 73. Tendo em conta dados estatísticos dos anos de 2002-2003-2004, Lanza observa que "... *l'imputato-straniero ha più possibilità teoriche di essere condannato rispetto ad un cittadino italiano. (...) una volta condannato per delitto, ha più possibilità di transitare in carcere, rispetto al cittadino italiano con lo stesso titolo di condanna.*" Ibid. p. 80 e p. 81. Para o aumento dos índices de estrangeiros condenados entre 2002 e 2004, enquanto reflexo do aumento do controle policial: Ibid. p. 83.

pressupostos e nos seus fins; ela representaria a proporção da pena em relação às *pessoais* responsabilidades e à exigência de resposta, desenvolvendo uma função de justiça e também de tutela das posições individuais e de limite ao poder punitivo estatal.⁷⁶⁴

Pesaria em favor dos imigrantes a figura da circunstância agravante aos imputados que tivessem tido a finalidade de discriminação ou de ódio étnico, nacional, racial ou religioso, ao passo que seria de sinal contrário a norma sobre a repressão da infibulação, que estipularia a reclusão de quatro a doze anos, bem como a norma sobre bigamia, quanto aos delitos contra o matrimônio.⁷⁶⁵ Os crimes culturalmente orientados seriam fruto de um conflito normativo, sendo definidos como *interlegalidade*, ressaltando-se o papel da jurisdição sobre o legislativo.⁷⁶⁶ Ainda que Lanza procure, na esteira de Pastore, matizar a sobreposição do papel dos juízes aos legisladores nos aludidos crimes, enquanto *mediadores culturais*, o que é de se concordar, permanece o foco sobre o aspecto exclusivamente criminal sobre expressividades comportamentais típicas. Ademais, o inarredável relevo ao lapso temporal minimamente necessário para a enculturação acaba sendo ofuscado na tematização de Lanza; também não há uma atenção aos casos que demandam a imposição de medidas acautelatórias.⁷⁶⁷

⁷⁶⁴ Ibid. pp. 86-87 e p. 122.

⁷⁶⁵ Ibid. p. 92.

⁷⁶⁶ Conclusão essa com base em Boaventura de Sousa Santos, desde *Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law. A interlegalidade* seria aquela condição de quem, devendo operar uma escolha, seria constrangido a fazer referência a um quadro articulado de normas contemporaneamente vigentes e interagentes entre sistemas jurídicos diversos. Ibid. pp. 92-93 e p. 98.

⁷⁶⁷ Mesmo as nove variáveis articuláveis no processo de formação de juízos judicativo-decisórios apontadas por Luigi Lanza não tocam nem no problema crucial da superação ou não do período de enculturação, nem na relevância do auxílio que peritos especializados em expressividades comportamentais típicas poderiam exercer no processo, aqui provavelmente em razão do disposto no art. 220 do CPP italiano - proibição da perícia criminológica -. No caso específico dos imigrantes, a relevância dada por Lanza radicaria na *personalidade do decidente* – sua história de vida, sua cultura, sua ideologia, seu singular modo de entender a função da sentença de condenação para os aludidos crimes culturais - o que, apesar da indiscutível relevância, não consegue apresentar, com um adequado grau de enquadramento justificatório, uma delimitação do problema de fundo, qual seja o de conseguir o juiz identificar a conduta como sendo ou não a externalização de uma *expressividade comportamental típica*, em que tempo isto se dera e, principalmente, o que isto realmente significa em termos jurídicos. Ibid. pp. 94-97. Mesmo a relevância da capacidade do agente imigrante de compreender, decorrente de um suposto *atraso cultural* ou isolamento relacional, quando da formação do juízo judicativo-decisório, pouco oferece para o adequado enfrentamento da questão, pois o problema de base - razões da externalização de uma expressividade comportamental típica entendida como crime pelos hospedeiros -, não é tematizada, cingindo-se a análise, novamente, ao

Quanto aos modelos de tratamento da diversidade cultural, poderiam ocorrer leituras diferentes sobre uma mesma *demanda substancial-processual* envolvendo imigrantes, uma vez se voltasse ou a uma atitude de tipo integracionista-inclusiva (respeitante à diversidade) ou a uma de tipo assimilacionista (indiferente à diversidade). Um dos fatores seria a contínua variação normativa a respeito do assunto, em seus mais diversos quadrantes – tradução dos atos para a língua do estrangeiro, consultor técnico às expensas do Estado, ordem de remoção e expulsão do Estado, etc -.⁷⁶⁸ Justamente para evitar tais discrepâncias é que também se pode justificar a fundamentação do *direito da forma de ser dos povos* numa exploração aprofundada da própria noção de *pessoa humana*, ou seja, com o foco naquela *centralidade da pessoa humana*, para se dizer com Luigi Lanza.⁷⁶⁹

enquadramento da conduta enquanto *delituosa*. A saída pela consideração da circunstância atenuante genérica ao estrangeiro incriminado redundando no mesmo problema. Igualmente se diga à relevância dos *motivos de particular valor moral e social*, pois a vagueza da fórmula além de não delimitar, suficientemente, do que se trataria, não reconhece a dimensão do *humano* que está na base das referidas condutas; cinge-se em tais termos a questão do arrependimento do acusado, pois, em verdade, o quadro axiológico originário o fez atuar em conformidade com aquilo que era esperado do mesmo, não havendo que se falar de crime e, menos ainda, de penalização, antes de um mínimo de enculturação. Ibid. pp. 99-107. De outro lado, sobretudo quando já se superou o período mínimo de enculturação, são de fundamental importância as considerações de Lanza a respeito de situações nas quais o estrangeiro passa a figurar não mais como imputado, mas como uma testemunha estrangeira, a própria vítima ou lesada pelo crime ou mesmo o querelante/denunciante. Haveria um aumento na complexidade analítica em casos envolvendo pessoas em tais posições, podendo-se chegar a situações nas quais a saída poderia pender até mesmo pela abstenção das consequências penais do ato, como poderia ocorrer nos casos em que o pano de fundo recaísse na necessidade de respeito de regras de solidariedade e/ou pribações consuetudinárias dos envolvidos. Ibid. pp. 107-108. Tal possibilidade de abstenção criminógeno-consequencial quando os envolvidos – vítima e agressor - fossem ambos cingidos a específicas regras consuetudinárias deixa de todo evidenciado o natural pendor segregador que acaba por se gerar quando se fazem opções político-criminais desacertadas; afinal, o quadro axiológico tomado em consideração, quando se detecta o envolvimento de um cidadão que a tal tábua de valores se circunscreve é um, sendo que a presença de um estrangeiro direciona para uma flexibilização. A orientação contemporizadora, que haveriam que adotar os juízes ante tais crimes culturais – Ibid. p. 113 – também continua se cingindo a uma abordagem jurídico-criminal sem diferenciar o período de enculturação. De outro lado, a demanda por uma legislação não mais limitada aos cidadãos italianos e aos seus problemas – Ibid. p. 114 -, acaba por mitigar a acentuação do papel jurisdicional sobre o legislativo, tal como inicialmente o autor, com referência a Pastore, o defendeu – Ibid. p. 93 -.

⁷⁶⁸ Ibid. pp. 117-121. Agapito, por sua vez, fala de três enfoques diferentes ante a diversidade cultural: o *relativismo cultural* (entendido como a defesa, legitimação e justificação dos costumes e tradições culturais das minorias étnicas), o *essencialismo cultural* (que patrocina uma visão estática da cultura – *entidade única e invariável* – e, por fim, a *assimilação cultural* (que trabalharia com a ideia da perda de parcela de uma cultura devido à interiorização da cultura de outro grupo dominante). AGAPITO, L. R.. Op. cit. p. 179. De Maglie, por sua vez, classifica o modelo italiano como *assimilacionista discriminatório*. DE MAGLIE, C.. Op.cit. pp. 71-105.

⁷⁶⁹ Ressaltando a *centralidade da pessoa humana* enquanto orientadora da Carta dos direitos e deveres dos imigrantes, de 2007, baixada pelo Ministro do Interior da Itália: LANZA, L.. Op. cit. p. 125.

Particularmente, quanto à prática que proíbe a mutilação genital feminina na Itália, desde a Lei nº 7/2006, que introduziu o art. 583 *bis* no CP italiano, a primeira decisão a respeito,⁷⁷⁰ se confrontada com a decisão do Tribunal de Bari, de 21/05/2009, apesar de apresentarem soluções diferenciadas,⁷⁷¹ observa-se que os aspectos mais discutíveis da citada lei seriam as motivações culturais, as omissões da mesma e, por fim, o anômalo recrudescimento sancionatório.⁷⁷² Ainda que em um dos casos tenha havido a consumação do delito – circuncisão masculina – e, em outro, apenas uma tentativa, desde uma pequena lesão próxima ao clitóris, que, aos médicos, não comprometeria a sensibilidade da criança, neste último caso o Tribunal de Veneza desencarcerou a imputada, aplicando a obrigação de permanecer em residência, prevalecendo a atenuante em razão da *motivação cultural* e da *tradição*.⁷⁷³ Os casos mostram as diferenças motivacionais fundadas na disfunção sexual e no nível simbólico, tal como o ato da *sunna* apresentou em uma das situações. Para o primeiro caso se trataria de uma tentativa de excisão, sendo que o segundo se enquadraria como uma modificação genital simbólica.⁷⁷⁴

No caso da circuncisão, em que um menino de dois meses teria chegado a óbito, em 22/07/2008, por hemorragia, Miazzi ressalta que a Lei nº 7/2006 pode levar ao entendimento da exclusão da mutilação genital masculina, pois só se refere à feminina. Apesar de acusada a mãe do menino de homicídio preterintencional, a sentença aderiu à tese da licitude da prática da circuncisão masculina por motivos rituais e excluiu se tratar de lesão dolosa; porém, pela falta da intervenção de um médico, enquadrou a conduta no art. 589 do CP italiano – homicídio culposo -.⁷⁷⁵ Uma das contradições entre as decisões radicaria no fato de, pela simples diferença sexual, diferenciarem-se os tratamentos jurídico-criminais; no caso feminino poderia se chegar a uma pena de três meses até doze anos de reclusão. Apesar de em

⁷⁷⁰ Decisão do Tribunal de Verona, de 14/04/2010. MIAZZI, L.. Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili, ovvero: dai reati culturali ai reati coloniali. Em: **Diritto, immigrazione e cittadinanza**. Nº 3, 2010, pp. 103-104.

⁷⁷¹ Cf. Lorenzo Miazzi: Id. De Maglie ressalta que tal alteração no CP refletiu, inequivocamente, a opção ideológica do Estado italiano: um modelo *assimilacionista discriminatório*. DE MAGLIE, C.. Op.cit. p. 71 e p. 75.

⁷⁷² MIAZZI, L.. Op. cit. p. 104.

⁷⁷³ Ibid. pp. 105-106. A lesão que não compromete a sensibilidade sexual é chamada de *sunna*, “... un gesto simbolico [...] che comporta una piccola lesione sul clitoride ...” Ibid. p. 107.

⁷⁷⁴ Id.

⁷⁷⁵ Ibid. pp. 108-110.

ambos os casos o tratamento jurídico diferenciado se basear em motivações culturais do gesto, a mutilação genital masculina é abrangida pela margem de disponibilidade na educação dos filhos, ao passo que no caso da *sunna* feminina não foi diferenciado o fato de se tratar de uma necessidade presumida de adequação às próprias tradições culturais e hábitos antropológicos.⁷⁷⁶

Tais diferenciações ao nível judicativo-decisório mostram a fragilidade da legislação italiana e a dificuldade que se tem diante de tratamentos jurídico-criminais de questões de (des)encontros, onde, no próprio entender de Miazzi, só se explicaria pela tomada de uma escala de valores em detrimento de outra – *sunna* relacionada ao Islão e circuncisão relacionada à cultura hebraica, mais próxima dos italianos -, constituindo-se, portanto, num *colonialismo*, pois “... in una delle sue accezioni si definisce come il credo che i valori etici e culturali dei colonizzatori siano superiori a quelli dei colonizzati. (...) [Daí se estar ante] non un reato culturale, ma un reato coloniale.”⁷⁷⁷ Em ambos os casos analisados os fatos apreciados teriam se dado, ao que tudo indica, posteriormente ao período de enculturação, daí fazendo sentido um enfrentamento de índole jurídico-criminal.

Outro problema detectado desde as análises jurídico-criminais radica nos tipos de modelos adotados pelos países. Tanto o modelo de tipo multiculturalista inglês como o assimilacionista francês, sinalizariam para a recorrência à própria cultura dominante e à própria tradição para desenharem um quadro teórico que vem, gradativamente, se formalizando e institucionalizando em posições oficiais e em precisas escolhas normativas.⁷⁷⁸ A tradição francesa vale-se do termo *integração*, fundando o modelo na igualdade e não na diferença, fruto da longa tradição unitária, onde o sujeito é considerado pelo Estado como indivíduo e não membro de uma comunidade – *modelo universalista* -. As particularidades culturais, assim, não são relevantes no que respeita à totalidade dos direitos e ao cumprimento das obrigações, não vindo formalmente em consideração na esfera pública, mas somente na privada. Daí não virem emanadas normas diretamente a comunidades

⁷⁷⁶ Ibid. pp. 111-112.

⁷⁷⁷ Ibid. p. 113.

⁷⁷⁸ BELLUCCI, L.. *Immigrazione...* pp. 131-132.

específicas.⁷⁷⁹

Os casos de mutilação genital feminina levados aos tribunais franceses, para além das repercussões de ordem jurídica, acabaram por se transformar numa espetacularização dos processos, resumindo-se tais enfrentamentos judiciais a questões de ordem criminal.⁷⁸⁰ Em termos prático-decisórios, os juízes franceses acabariam por impor penas modestas, tendo em conta as atenuantes do caso. Mesmo o cometimento de uma mutilação genital no estrangeiro por pais naturalizados franceses não eximiria os mesmos da responsabilização criminal.⁷⁸¹ Bellucci, no entanto, apesar de reconhecer que a repressão penal não é a mais adequada e entender que a conscientização das famílias desde informações e medidas educativas, sobretudo quando do ingresso na França, acaba por concluir que “Tale sforzo informativo, però, per indispensabile che sai, non dorebbe in alcun modo far dimenticare la necessità di applicare senza debolezze la legge penale.”⁷⁸² Bellucci, de outro lado, advoga uma política de gestão das diferenças que nas rígidas formulações teóricas cedam aos tons impostos pela realidade e a um

⁷⁷⁹ Ibid. pp. 132-135. O Haute Conseil à l'intégration, órgão francês responsável pela análise da problemática da integração, não acolhe os conceitos de direito à diferença ou de sociedade multicultural, pois os considera muito ambíguos e arriscados. Ibid. p. 133. “... l'Haute Conseil ritiene che, se in un primo tempo la logica comunitaria può essere fattore di stabilizzazione, in un secondo tempo essa diventa elemento di rottura, creando i presupposti per il ghetto, la separazione e dunque, l'esclusione.” Ibid. p. 134. Também: BELLUCCI, L.. *Differenze...* pp. 190-191, notas nrs. 24, 25 e 26.

⁷⁸⁰ Desde 1983 a excisão genital passou a ser enquadrada como crime e não mais *délit*, passando a ser competente para apreciação a *Cour d'Assises* e não mais o Tribunal *Correctionnel*. A consequência foi que tais condutas passaram a ser apreciadas por um júri formado por simples cidadãos, depois de um procedimento muito mais longo e complexo. BELLUCCI, L.. *Immigrazione...* p. 138 e nota nº 21. Também: BELLUCCI, L.. *Differenze...* p. 192. A consideração da excisão genital como *crime*, contudo, não estaria sobre a base “... di una norma prevista esplicitamente per l'escissione. (...) Il fatto che non sai stata emanata una norma *ad hoc* per impedire questa pratica sul territorio dello Stato o all'estero su cittadine francesi, incarna perfettamente lo spirito del modelo francese d'integrazione: non si legifera per un gruppo etnico, ma le norme devono poter essere applicabili a tutti gli individui soggetti alla legge francese independentemente dalla loro origine geografica o culturale. Non esistono norme specifiche per i gruppi, ma solo norme generali per gli individui.” BELLUCCI, L.. *Immigrazione...* p. 140. Também: BELLUCCI, L.. *Differenze...* p. 190. Cinco anos depois, Bellucci, analisando casos de excisão cometidos entre 1979 e 2002, procura mostrar a *jurisdicionalização* da excisão genital feminina na França. Ibid. pp. 183-184. Ela destaca a dificuldade, em termos de imputabilidade, nos referidos casos, pois a mulher, normalmente, não pode tomar posição autônoma a respeito. Ibid. p. 187.

⁷⁸¹ BELLUCCI, L.. *Immigrazione...* pp. 141-142. Destacar-se-iam no decorrer do processo penal o papel do intérprete, a presença de um defensor que fale a língua da imputada, a nomeação de peritos, médicos ou médico-psiquiátricos, a divulgação do processo, em casos em que tal prática fosse possível e, por fim, os números de associações especializadas em excisão genital feminina que participariam do processo. BELLUCCI, L.. *Differenze...* pp. 194-195.

⁷⁸² BELLUCCI, L.. *Immigrazione...* p. 143.

equilibrado pragmatismo; também coloca os direitos fundamentais como limitações às referidas políticas,⁷⁸³ o que, em se tratando de um período posterior à enculturação, é de todo acertado. A posição de Bellucci, no entanto, também acaba por não tematizar sobre as razões de expressividades comportamentais típicas continuarem a ser tratadas, exclusivamente, em sede jurídico-criminal.

Focando a solução na questão da igualdade civil, Norbert Rouland sustenta que juízes e governo dão uma interpretação, na França, muito restritiva à mesma, considerando-a como um dos princípios da República. Tais interpretações correm o risco de deixarem subsistir muitas desigualdades de fato, sob o véu da igualdade de direito e da tradição francesa, que se caracteriza pelo não reconhecimento das minorias étnicas.⁷⁸⁴ O exemplo trazido por Rouland se deu nos idos de 1989; tratou-se de uma excisão clitoridiana, em uma filha de imigrantes do Mali, radicados na França que, mesmo tendo a mãe sido advertida pelo Centro de Proteção Materna parisiense sobre a ilegalidade do referido ato, por não compreender bem o francês, acabou cedendo e circuncisando a filha, vindo a mesma a passar mal, tendo sido levada ao hospital e sendo salva. O caso foi submetido ao Procurador da República, que acusou a mãe de cúmplice no crime de violência voluntária em criança menor de 15 anos, o que a levou a um Tribunal do Júri.⁷⁸⁵ Rouland, apesar de entender como *ridícula* a qualificação de *violência voluntária à criança* a imputação à mãe,⁷⁸⁶ pois o ato seria ligado a um contexto cultural totalmente diferente, que poderia ser recusado, não deixou de concordar com a apreciação da responsabilidade penal, situando-a consoante coerções culturais nas quais ocorreu o incidente.⁷⁸⁷ No entanto, Rouland recusou participar da defesa da mãe acusada, pois da irresponsabilidade da mesma quase não tinha dúvida, o que poderia ser entendido, no entanto, como uma defesa da excisão, ao que era contrário.⁷⁸⁸ Rouland entendeu

⁷⁸³ Ibid. p. 156.

⁷⁸⁴ CAPS, S. P., POUMARÈDE, J., ROULAND, N.. **Droits des minorités et des peuples autochtones**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 165, e ROULAND, N.. Le développement devrait-il tuer la culture? **Le Monde diplomatique**. Giugno, 1993, pp. 16 e ss, aqui desde a seguinte citação: BELLUCCI, L. Immigrazione... p. 137 e nota nº 18.

⁷⁸⁵ ROULAND, N.. **Nos confins do Direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 197. (Coleção Justiça e Direito)

⁷⁸⁶ Ibid. p. 201.

⁷⁸⁷ Id.

⁷⁸⁸ Ibid. p. 202. "Ora, como indivíduo, e em relação à minha própria cultura, tenho de recusá-la. Há vezes em que temos de escolher entre dois males." Id.

que o veredito que atribuiu três meses de prisão à mãe, com direito a *sursis*, ainda que não equitativo, teria sido razoável, apesar de, desde tal caso, ter havido um recrudescimento das penas para casos semelhantes na França, o que estaria na contramão de muitos outros países europeus.⁷⁸⁹ A flexibilização jurídica, para Rouland, poderia ser uma saída, pois se delegaria uma *larga facultade de interpretação às instituições locais*.⁷⁹⁰

A posição de Rouland mostra o dilema que os magistrados passam quando têm que enfrentar problemas práticos envolvendo situações semelhantes de (des)encontros humanos. A falta de um critério jurídico, conteudisticamente mais preciso, dificulta uma fundamentação acertada para as *expressividades comportamentais típicas*, quando externalizadas dentro do *período de enculturação*, para além de desconsiderar uma singular e intocável esfera de *direito*, infringe-a quando atribui uma responsabilização, seja que de índole for, a quem, naquele momento, não merecia.

3.2.4 O problema desde a ótica jurídico-criminal sulamericana.

Pode-se dizer que a formulação inovadora sobre crimes culturalmente motivados, no continente sulamericano, partiu de Eugénio Raúl Zaffaroni. Foi desde tais desenvolvimentos que o CP peruano incorporou a figura do *erro culturalmente condicionado*.⁷⁹¹

Para Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, o *erro de proibição* recairia sobre a compreensão da antijuridicidade da conduta.⁷⁹² Se invencível, impediria o entendimento da antijuridicidade porque afetaria a possibilidade de conhecimento dela ou, em outros casos, até haveria o conhecimento da antijuridicidade, mas não

⁷⁸⁹ Id.

⁷⁹⁰ Ibid. p. 204.

⁷⁹¹ Silva Dias informa da existência de uma regulação idêntica no art. 15º do Anteprojeto de CP boliviano, elaborado sob a coordenação de Zaffaroni: DIAS, A. S.. Crimes... p. 463. (nota nº 1314)

⁷⁹² PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R.. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. Vol. 1, 6ª ed., rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 547. “Quando é invencível, isto é, quando com a devida diligência o sujeito não teria podido compreender a antijuridicidade do seu injusto, tem o efeito de eliminar a culpabilidade. Quando é vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa que já está afirmada em nível correspondente.” Id.

se poderia exigir a sua compreensão ou entendimento. Aqui se trataria do *erro de compreensão*, aquele que impediria a internalização ou introjeção da norma, por mais que ela fosse conhecida.⁷⁹³ O seguinte quadro ilustrativo sobre o *erro de proibição*, assente na noção de *inimputabilidade*, elucida o assunto:

Inimputabilidade, por	incapacidade de compreensão da antijuridicidade,	elimina a culpabilidade, porque cancela a possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade
	incapacidade para autodeterminar-se conforme a compreensão da antijuridicidade,	elimina a culpabilidade, porque estreita o âmbito de autodeterminação do sujeito

⁷⁹⁴

O *erro de compreensão*, portanto, afetaria a compreensão da antijuridicidade, mas não o conhecimento. Os autores citam o caso do indígena que masca folhas de coca desde criança e que não poderia internalizar a norma que proibiria a posse das mesmas.⁷⁹⁵ Assim, poderia haver casos em que a pessoa conheceria a proibição e a falta de permissão; contudo, não lhe seria exigível que entendesse a regra que conheceria.⁷⁹⁶ No caso do *erro de compreensão culturalmente condicionado*, portanto, a pessoa teria sido educada em uma cultura

⁷⁹³ Id.

⁷⁹⁴ Ibid. p. 548.

⁷⁹⁵ Id.

⁷⁹⁶ Outro exemplo citado é o seguinte: o "... indígena de uma comunidade que há séculos tem seus próprios ritos para funerais e sepultamentos, talvez incorra numa tipicidade contravencional ao violar as regulamentações sobre inumações, mas é duro exigir-lhe que abandone todas essas regras para acolher as nossas, e reprovar-lhe porque não o tenha feito." Ibid. p. 552. O indígena estaria numa tal situação em *erro de compreensão*, porque não era exigível do mesmo a possibilidade de entender a antijuridicidade da conduta, no sentido de internalizar as normas. Seria um erro de compreensão invencível. Id. Também: ALAGIA, A.; SLOKAR, A.; ZAFFARONI, E. R.. **Manual de Derecho Penal. Parte general.** 2ª ed., 8ª reimpresión. Buenos Aires: Ediar, 2014, p. 575 e p. 577. No caso da *consciência dissidente*, por sua vez, "... a vigência do direito não pode ser deixada ao arbítrio da consciência individual. Sem embargo, deve ser aceito como realidade que quem age com consciência dissidente, ou seja, quem assume sua conduta como resultado de um esquema geral de valores distintos do nosso, tem ao menos, em algo, reduzida a sua capacidade de entender a ilicitude. (...) A consciência dissidente, autoria por consciência ou 'objeção' de consciência, sempre nos fornecerá um grau menor de reprovação, mas que, por si só, não eliminará a culpabilidade e menos ainda neutralizará o eventual juízo de periculosidade em nível de determinação de pena. De qualquer maneira, *haverá casos de consciência dissidente em que apareça um verdadeiro erro de compreensão invencível e em tais hipóteses não haverá culpabilidade. Neste sentido, serão particularmente relevantes os erros de compreensão culturalmente condicionados ...*" PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R.. Op. cit. p. 553 e ALAGIA, A.; SLOKAR, A.; ZAFFARONI, E. R.. Op. cit. pp. 580-581.

diferente e, desde criança, teria internalizado as regras dessa cultura.⁷⁹⁷ A exigência da internalização da regra de conduta estabelecida pela norma, portanto, sempre teria um certo grau que, "... como toda a culpabilidade, não pode[ria] ser indicado como um limite fixo."⁷⁹⁸ Os autores reconhecem a dificuldade de valoração dos graus de exigibilidade da compreensão.⁷⁹⁹

O condicionamento cultural, no entanto, nem sempre daria lugar a um *erro de proibição*, podendo se enquadrar em diferentes classes de erros.⁸⁰⁰ Os aludidos erros sobre a causalidade poderiam dar lugar a *erros de tipo*, a exemplo daqueles que submeteriam um homem a certos tratamentos com fins curativos, na crença de que seria indispensável a prescrição de pancadas para *livrá-lo do diabo*, podendo tal conduta redundar na morte do paciente. Essa não seria uma conduta dolosa de homicídio, porque mediaría um *erro de tipo* – erro sobre a causalidade -. Em todos os referidos casos haveria que se indagar se os erros seriam invencíveis, seja por ausência de tipicidade ou de culpabilidade, uma vez que em ambos os casos a solução seria a liberação do sujeito de qualquer responsabilidade penal. No exemplo do indígena que supõe que todo homem branco queira matar-lhe e, por isso, acaba matando o mesmo, a solução apontada pelos autores seria a providência do retorno do indígena ao seu local de origem.⁸⁰¹

⁷⁹⁷ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R.. Op. cit. p. 553 e ALAGIA, A.; SLOKAR, A.; ZAFFARONI, E. R.. Op. cit. p. 580.

⁷⁹⁸ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R.. Op. cit. p. 553. "Tal autor por consciência poderia ser um fanático terrorista como um indígena amazônico trazido por um explorador que quer ilustrar suas conferências 'ao vivo', mas é evidente que a exigibilidade de internalização (de compreensão) da antijuridicidade é maior a respeito do primeiro do que do segundo. Quanto ao primeiro – salvo que esteja louco -, pode ser reprovada a conduta antijurídica que realize por conta da organização, ao segundo será difícil formular uma reprovação, porque não internalizou 'nossa' antijuridicidade." Id.

⁷⁹⁹ Silva Dias observa que "... há bons fundamentos para interpretar institutos jurídicos vigentes de um modo próximo ..." à solução peruana, em: DIAS, A. S.. Crimes ... pp. 65-66.

⁸⁰⁰ PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, E. R.. Op. cit. pp. 553-554. Os autores citam o exemplo dos membros da cultura Ahuca, no oriente equatoriano, que possuem a convicção de que o homem branco sempre os matará quando os ver, de modo que devem adiantar-se a esta ação, o que seria encarado como um ato de defesa. Em tal situação, se estaria diante de um *erro de proibição culturalmente condicionado*, mas que se constituiria numa *justificativa putativa* e não em um *erro de compreensão*. Afinal, por uma concepção errônea da causalidade, se acreditaria numa causalidade mágica e se entenderia que se estaria defendendo legitimamente aquele que acreditasse seriamente estar sendo levado à morte por outrem através de sortilégios, o que seria comum nas culturas africanas, requerendo mortes particularmente cruéis para esconjurar *bruxos*. Aqui também se estaria diante de uma *justificação/defesa putativa* baseada em um erro sobre a concepção da causalidade. Ibid. p. 554.

⁸⁰¹ Id.

Silva Dias, no entanto, observa que não concorda com as concepções que fazem depender a consciência da ilicitude de uma interiorização da proibição. O que se exigiria, ao contrário, seria simplesmente um comportamento conforme à norma. Interiorizar implicaria uma identificação pessoal com a norma. A obrigação jurídica não se confundiria com a obrigação de consciência, "... sob pena de a obrigatoriedade das normas jurídicas ficar na dependência da aceitação pelo agente das razões em que se funda. Isto é, da disponibilidade do agente para transformar as razões da norma em pautas ou motivos para agir."⁸⁰² A consciência da ilicitude deve assentar em um registro cognitivo e emocional compatível com uma noção de obrigatoriedade da norma que permanece independente da internalização da sua mensagem.⁸⁰³ A solução de Zaffaroni de que não seria necessária a compreensão efetiva da antijuridicidade, bastando a possibilidade de compreender a mesma, portanto, não convenceria.⁸⁰⁴

Silva Dias complementa suas críticas a Zaffaroni explicando que o art. 15º do CP peruano contemplaria duas situações distintas.⁸⁰⁵ No segmento "... sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto ..." o preceito consagraria um autêntico *erro de proibição culturalmente condicionado*. Assim, não se entenderia a utilidade da figura do erro sobre a ilicitude do fato constitutivo da infração penal, previsto no art. 14º, nº 2 do CP peruano.⁸⁰⁶ Haveria uma desnecessária duplicação legal da

⁸⁰² DIAS, A. S.. Crimes... p. 465.

⁸⁰³ Ibid. p. 466. "... uma compreensão das razões da norma e do desvalor do comportamento saturada de internalização conduz ao veredicto de falta de consciência da ilicitude na generalidade dos casos." Id.

⁸⁰⁴ Ibid. p. 466. "... não pode valer como requisito para a consciência da ilicitude a possibilidade de algo que é irrelevante ou indiferente para o Direito: a internalização do sentido da norma e do desvalor resultante da sua violação. (...) a posição de Zaffaroni conduz à confusão entre consciência actual e consciência potencial da ilicitude e desse modo à confusão entre falta de consciência da ilicitude e censurabilidade dessa falta. (...) a possibilidade de conhecimento (ou de interiorização) da ilicitude convoca critérios de vencibilidade e evitabilidade do erro sumamente criticáveis como critérios para fundar a inculpação ou exculpação." Id.

⁸⁰⁵ O Art. 15 do CP peruano estabelece o seguinte: "**Error de comprensión culturalmente condicionado - Artículo 15.-** El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuída, se atenuará la pena." CÓDIGO PENAL PERUANO. Disponível em: <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>> Acesso em 14 jul 2015.

⁸⁰⁶ DIAS, A. S.. Crimes... p. 468. O Art. 14 do CP peruano estabelece o seguinte: "**Error de tipo y error de prohibición - Artículo 14.-** El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si

mesma figura.⁸⁰⁷ Quanto ao segmento “... sin poder ... determinarse de acuerdo a esa comprensión ...”⁸⁰⁸ não teria nada a ver com o erro sobre a ilicitude nem sequer com o erro, pois quem, em virtude do condicionamento cultural, diverge da norma não careceria necessariamente de consciência da ilicitude, pois o agente não partilharia os valores jurídicos do grupo social que codifica e com o qual convive, infringindo as normas jurídicas com base nos princípios ou normas da sua cultura.⁸⁰⁹ Tratar-se-ia, antes, de um criminoso por convicção *cultural*.⁸¹⁰

De outro lado, Silva Dias encampa o disposto no Projeto de CP brasileiro,⁸¹¹ cujo art. 36/renumerado – epígrafe *Índios* – estabelece que “Aplicam-se as regras do erro sobre a ilicitude do fato ao índio, quando este o pratica agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo, conforme laudo de exame antropológico.”⁸¹² Tais regras dizem respeito à exclusão e à atenuação da culpa. Não há uma qualificação da *convicção* cultural diversa como um caso de erro sobre a ilicitude. Há uma equiparação ao referido instituto no plano das consequências jurídicas.⁸¹³ No entanto, o § 1º, desse art. 36, menciona a dificuldade de “internalizar o valor do bem jurídico protegido pela norma ou o desvalor da sua conduta” o que, em certa medida, traz à tona as complicações observadas por Silva Dias quanto à desnecessidade de uma *internalização* da norma para o erro sobre a ilicitude. A permanência só do verbo *compreender*, que antecede o de *internalizar*, no Projeto, poderia superar tal problema. Já no § 3º, o referido artigo fala da

fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.” CÓDIGO PENAL PERUANO. Disponível em: < <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp> > Acesso em 13 mar 2017.

⁸⁰⁷ Tal duplicação não ocorreria se o art. 14º nº 2 “... visasse acolher a mera falta de cognição da ilicitude, no quadro da distinção entre conhecer e compreender, mas então ficaria por justificar a autonomização de um erro-cognição relativamente a um erro-compreensão e a um erro-determinação. Ou que a [citada] previsão (...) fosse aplicável a situações de erro sobre a ilicitude não condicionadas, mas então ficaria por explicar quais as especificidades do condicionamento cultural que justificam um tratamento autônomo do dito erro.” DIAS, A. S.. Crimes... p. 468.

⁸⁰⁸ Art. 15º do CP peruano.

⁸⁰⁹ DIAS, A. S.. Crimes... p. 468, acolhendo: CESANO, J.. Op. cit. p. 66.

⁸¹⁰ DIAS, A. S.. Crimes... p. 469.

⁸¹¹ PROJETO DE LEI Nº 236/2012. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404> > Acesso em 13 mar 2017.

⁸¹² Cesano também defende que a *invencibilidade do erro* deve se efetuar desde uma avaliação pericial especializada (antropológica) ou interdisciplinar e, na dúvida, em observância aos princípios gerais do processo penal, sempre considerando a atuação sob um condicionamento cultural. CESANO, J.. Op. cit. p. 65.

⁸¹³ DIAS, A. S.. Crimes... p. 470.

possibilidade de respeitar os métodos aos quais os povos indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos por seus agentes, com o que ficam as ressalvas já mencionadas, que a tentativa de reconhecimento ao nível constitucional da jurisdição indígena acabou por trazer na Bolívia, mesmo com a regulamentação legal. O reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, por sua vez, eliminaria tal dificuldade, deixando de tratar em termos jurídico-criminais a questão para os casos em que não tivesse havido um mínimo de enculturação e, assim, deixando de apenar os indígenas quando externalizassem suas *expressividades comportamentais típicas* dentro de seus territórios ou fora deles, mas antes da enculturação mínima. Além de tal período, contudo, as saídas jurídico-criminais se mostram inafastáveis.

Silva Dias, entendendo que a *convicção cultural diversa* constituiria uma modalidade de *estado de necessidade desculpante* – próxima do nº 2 do art. 35º, do CP português -, pois emergiria do conflito interno produzido pelo confronto com a proibição jurídica estatal e ameaçaria a própria identidade do agente, acaba admitindo que tal enquadramento seria viável para *sociedades multinacionais*, quando de fatos praticados por membros dos povos originários, mas não em *sociedades multiétnicas*, enquanto fatos praticados por pessoas pertencentes a minorias culturais, fruto das ondas migratórias. Seria um estado de necessidade desculpante de *raiz constitucional* para o caso dos povos originários, caso o erro de compreensão culturalmente motivado se fundasse no reconhecimento do pluralismo e da diversidade cultural constitucionais - posição de tolerância do ordenamento jurídico perante a filiação diversa -. Compatibilizar-se-ia uma perspectiva orientada para a proteção dos bens jurídicos das vítimas com a preservação da autonomia cultural do agente.⁸¹⁴

Há que se concordar com a não responsabilização decorrente de tal posição, porém, não sob o fundamento do *pluralismo* e da *diversidade cultural*; antes, desde a exploração alargada da noção jurídica de *pessoa humana*. Só uma fundamentação com tal robustez poderia afastar a responsabilização mesmo quando da violação de bens jurídicos fundamentais. Igualmente, concorda-se com o viés

⁸¹⁴ Ibid. pp. 470-472, com base em Marcelo Neves – *Transconstitucionalismo* (p. 219) -.

constitucional do enquadramento, porém, não pelas razões invocadas, como se mostrará.

Ainda que não se possa negar os avanços que os desenvolvimentos sobre o *erro de compreensão culturalmente condicionado* tenham trazido, em termos prático-decisórios, não se pode deixar de apontar as limitações que tal proposta apresenta, seja pela dificuldade de valoração dos graus de exigibilidade da compreensão, como citam os próprios autores, pois só em certos níveis é que seria considerado propriamente um erro de compreensão assim enquadrável, o que é potencializado pelo fato de os mesmos não apresentarem uma distinção entre os casos havidos dentro e fora do período de enculturação, seja pelo viés jurídico-criminal de abrangência geral que a proposta apresenta, seja, ainda, por não mencionarem aqueles casos que demandariam o emprego de alguma medida acautelatória, aqui, sim, justificando-se uma aplicação jurídico-criminal em sentido subsidiário, seja antes da enculturação mínima, seja após.

Ainda sob a ótica do *erro de proibição* e o *erro culturalmente condicionado* – arts. 14 e 15 do CP peruano -, Cabrera e John destacam, com base em Jescheck, que o reconhecimento da consciência da antijuridicidade seria o elemento fundamental da culpabilidade, vertendo-se o cumprimento de tal requisito no ambiente seguro para a cabal realização do princípio da culpabilidade. Entretanto, o que regularia o ordenamento jurídico-penal seria o *erro de proibição* e não a *consciência antijurídica do fato*.⁸¹⁵ Teria se mantido no CP peruano analisado a sistemática finalística sobre o tema, postulando para tais casos uma redução da

⁸¹⁵ CABRERA, R. P.; JOHN, J. A. C.. El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2º párrafo) y 15 del Código Penal peruano. Em: BAIGÚN, D.; GARCÍA-PABLOS, A.; PIERANGELI, J. E.; ZAFFARONI, E. R.. (Coords.) **De las penas. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, p. 379. “La ley no exige el conocimiento estricto del precepto jurídico conculcado, ni tampoco la pena que éste prevé como consecuencia; es suficiente que el agente conozca que su conducta contradice los requerimientos del ordenamiento jurídico, que su comportamiento delictivo se encuentre prohibido jurídicamente al ‘modo del profano’, según el juicio del hombre medio.” Ibid. p. 380. “... la normativa vigente decanta los criterios de error de tipo y de prohibición. El error de tipo se proyecta a las circunstancias objetivas del hecho típico, ya sea para excluirlo totalmente, o bien para excluirlo, pero dejando subsistente el delito culposo en los casos expresamente establecidos por la ley; y el error de prohibición lleva su presencia al ámbito de la culpabilidad dejando íntegro el injusto penal doloso o culposo, bien excluyendo la responsabilidad penal, o bien atenuándola.” Id. Para um estudo histórico-evolutivo da legislação penal sobre os indígenas peruanos: POZO, J. H.. Derecho Penal y diferencias culturales: el caso peruano. Em: JIMÉNEZ, E. B.. (Coord.) **Diversidad cultural: conflicto y derecho. Nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 373-388. (Monografías – 419)

reprovação jurídico-penal pela consideração de que o caráter doloso do fato não dependeria de que o agente tivesse conhecido ou não a antijuridicidade, expressando-se essa diminuição em uma atenuação da pena.⁸¹⁶ De outro lado, o erro de proibição invencível/inevitável eliminaria totalmente a culpabilidade e, assim, a responsabilidade – art. 14, 2º parágrafo, CP peruano -.⁸¹⁷ Daí os autores concluírem que tanto o *erro de proibição* quanto o *erro de compreensão culturalmente condicionado* – art. 15, CP peruano – se converteriam no principal suporte conceitual de gradação do conhecimento dos mandatos e proibições do ordenamento jurídico peruano.⁸¹⁸ A compreensão da antijuridicidade levaria implícito não só o conhecimento da norma mas também a internalização ou interiorização dela. A dificuldade, portanto, radicaria nos condicionamentos culturais, pois aqui se poderia levar a cabo não somente quando se acreditasse estar conduzindo-se licitamente mas também quando o agente nem sequer tivesse se apercebido seriamente das dúvidas sobre a licitude ou ilicitude de seu fato.⁸¹⁹ Assim, se a conduta fosse vista como *normal* dentro do próprio espaço cultural do agente e ante o direito oficial fosse vista como delitativa, predominaria a valoração do grupo cultural.⁸²⁰

Tal como se observou na maioria das propostas apresentadas, Cabrera e John não tematizam suficientemente as diferenciações que existem quando as expressividades comportamentais típicas são externalizadas no período de enculturação, dentro ou fora do território originário do povo, pois a depender de tais fatores inafastáveis poderia se chegar a soluções injustas. Não se poderia, por exemplo, valorar uma externalização de uma *expressividade comportamental típica*

⁸¹⁶ CABRERA, R. P.; JOHN, J. A. C.. Op. cit. p. 382.

⁸¹⁷ Id. Os autores enfatizam que o avanço trazido pela alteração no CP peruano significaria "... la garantía para los ciudadanos que aprecien equívocamente el carácter antijurídico de su comportamiento, pues pueden apelar a las reglas de la evitabilidad e inevitabilidad del error en estudio, dado que, al ser el conocimiento de la antijuridicidad uno de los pilares en que se apoya el juicio de culpabilidad, una vez comprobada su ausencia ya no tiene sentido averiguar la responsabilidad y menos acudir a la imposición de una pena." Id.

⁸¹⁸ Ibid. p. 383.

⁸¹⁹ CABRERA, R. P.; JOHN, J. A. C.. Op. cit. pp. 384-385. Os autores ressaltam que "La realidad nacional devela espinosos problemas en orden al pluralismo cultural existente. (...) De ahí que el precepto jurídico-penal que examinamos es un serio desbrozamiento de la espesa jungla de los intereses marginadores dominantes que ha impedido la comunión y la comunicación de las etnias minoritarias, sobre todo de los cincuenta y ocho grupos étnicos, especialmente de los quechuas y aymaras." Ibid. p. 385 e p. 389.

⁸²⁰ Ibid. p. 395.

realizada *dentro* do período de enculturação, estando ou não no território de origem – caso de aplicação do *direito da forma de ser dos povos* -, da mesma forma com que se valoraria a mesma conduta uma vez tendo sido superado o período de enculturação, ainda que o ato tivesse se dado fora do território de origem. Neste último caso o acusado haveria que se cingir às regras do hospedeiro, no primeiro não haveria que se falar de responsabilização; antes, do exercício de um *direito*.

Talvez seja justamente pela imperfeição da solução trazida pelo CP peruano, em seu art. 15, que José Hurtado Pozo ressalta que os esforços efetuados para deixar de lado o critério de qualificar como incapazes certas pessoas por razões étnicas ou culturais não estaria tendo o êxito esperado e, assim, ter gerado críticas de especialistas no sentido de que a forma de redação do art. 15, seguindo a estrutura do art. 20, inc. 1 – causas de inimputabilidade -, se trataria, antes, de uma forma de incapacidade de compreender o caráter delituoso do ato ou de determinar-se segundo essa apreciação por razões de cultura ou de costume.⁸²¹ Haveria, assim, que se repensar a questão com vistas a encontrar uma solução mais conforme com o caráter plural da sociedade peruana,⁸²² o que, acrescente-se, pode ser estendido a todos os povos que habitam o território sulamericano, e mesmo outros espaços que tenham modos de vida destoantes daquele de matriz europeia-ocidental. No entanto, a não possibilidade de formação de um juízo de culpabilidade em razão da mundividência pode ser considerada o primeiro passo para melhor se perceber que as questões dos (des)encontros das diferenças, antes da enculturação mínima, não devem se cingir, exclusivamente, ao âmbito jurídico-criminal em sua essência. Ademais, a repulsa de Pozo pela solução peruana deva ter se dado justamente por se associar o substrato étnico-cultural a pessoas *incapazes* e, assim, a uma situação de *inimputabilidade*, pairando aqui as mesmas críticas à proposta de Jakobs.

Destacando tanto a sensibilidade do Direito Criminal em seu propósito de extrair os critérios axiológicos predominantes de uma sociedade quanto o fato de, tradicionalmente, ter sido o mesmo construído sobre a base de um Estado que capta

⁸²¹ O quadro ilustrativo apresentado por Zaffaroni e Pierangeli, acima reproduzido, mostra que tanto a *incapacidade de compreensão da antijuridicidade* quanto a *incapacidade para autodeterminar-se conforme a compreensão da antijuridicidade* se referem a situações de *inimputabilidade*, para o que ficam as análises críticas expostas inicialmente ao subitem “3.2.3.1”.

⁸²² POZO, J. H.. Op. cit. pp. 380-381.

aqueles valores reconhecidos por uma sociedade considerada homogênea, Raúl Carnevali Rodríguez não deixa de pôr em causa tais pressupostos, não só pelo surgimento de instâncias penais supranacionais, quanto pela dificuldade de se encontrar, hoje em dia, Estados culturalmente homogêneos e unitários.⁸²³ ⁸²⁴ Provavelmente seja uma tal constatação que tenha, em certa medida, levado Emiliano Borja Jiménez a afirmar que “Hasta hace algún tiempo, yo mismo estaba absolutamente convencido de que en una sociedad civilizada y democrática, sólo era concebible un sistema penal con arreglo a las bases teóricas y fundamentos políticos del orden cultural occidental.”⁸²⁵ No entanto, se por um lado os processos de globalização têm gerado um mundo cada vez mais homogêneo, por outro, também é verdade que os fortes movimentos de emigração entre países têm incidido na transformação das sociedades ocidentais, tornando-as cada vez mais heterogêneas culturalmente.⁸²⁶

Rodríguez apresenta o caso da previsão do CPP chileno que, em seu Art. 85, dispõe sobre a possibilidade de a autoridade policial exigir o descobrimento do rosto das mulheres que usam véu, para fins de identificação. A recusa teria como consequência o enquadramento da mulher nas disposições do Art. 496, 5º, do CP chileno: pena de multa de uma a quatro unidades tributárias mensais.⁸²⁷ Caso esse, no entanto, que melhor se enquadraria naquelas *relações de status especiais* - conforme Konrad Hesse - e, portanto, que justificariam a medida em caso de abordagens policiais, a não ser que tivesse sido a mesma praticada dentro do período de enculturação,⁸²⁸ não se podendo desconsiderar aqui toda a sorte de

⁸²³ RODRÍGUEZ, R. C.. El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno. Em: **Política Criminal**. Nº 3, 2007, pp. 1-28. Disponível em: < http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf > Acesso em 21 jun 2014.

⁸²⁴ Ibid. p. 02.

⁸²⁵ JIMÉNEZ, E. B.. Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena. Em: JIMÉNEZ, E. B.. (Coord.) **Diversidad cultural: conflicto y derecho. Nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 263. (Monografías – 419)

⁸²⁶ Id.

⁸²⁷ RODRÍGUEZ, R. C.. Op. cit. p. 18. CPP chileno: CÓDIGO DE PROCESO PENAL CHILENO. Disponível em: < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595> > Acesso em 17 jul 2015. Para o CP chileno, ver: CÓDIGO PENAL CHILENO. Disponível em: < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984> > Acesso em 17 jul 2015.

⁸²⁸ Relações essas que, segundo Hesse, se enquadrariam naquelas hipóteses de limitações de direitos fundamentais, por indicarem uma relação mais estreita do particular com o Estado, deixando nascer deveres especiais, que ultrapassariam os direitos e deveres gerais do

dificuldades práticas ao exercício da função policial em tais situações.

Rodríguez também coloca os *derechos humanos e fundamentais* como limitações a um mínimo comum em termos de política criminal.⁸²⁹ No entanto, peca em sua tematização sobre a índole europeia-ocidental que tais direitos carregam consigo, o que, para muitos povos, não seriam amoldáveis, sob pena de uma completa descaracterização do quadro axiológico sobre o qual tais culturas se assentam. Propugnar que a compreensão dos referidos direitos deveria ficar sujeita às realidades às quais fossem aplicados, em tal abstração, pouco oferece.⁸³⁰ Tal proposta cinge-se, tal como as demais, a um enfrentamento de problemas de (des)encontros humanos unicamente desde a ótica jurídico-criminal, sem um esmiuçamento analítico que propicie, ao menos, a diferenciação fundamental de comportamentos tidos dentro ou fora do período de enculturação, por pessoas de povos autóctones ou não.

Rodríguez, no entanto, não deixa de observar que o desafio seria estabelecer a fronteira que permitisse falar de delitos culturalmente orientados ou motivados.⁸³¹ A consagração de direitos coletivos - o que imporá limitações aos direitos individuais - apresentaria sérias contradições com o que seriam as estruturas básicas do Direito Penal,⁸³² o que também é superado com reconhecimento do *dereito da forma de ser dos povos*, pois delimita-se o período em que se permitiria o

cidadão, tais como a relação do funcionário, do soldado, do aluno de escola pública, ao que inseriríamos aquela travada entre as pessoas portadoras de carteiras de habilitação para conduzir veículos automotores e que, muitas vezes, por motivos de ordem religiosa, se negam a terem seus rostos fotografados sem o véu para fins de identificação documental ou de mostrarem seus rostos para fim de identificação policial, como parece se enquadrar o caso apresentado por Rodríguez. HESSE, K.. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 254-259.

⁸²⁹ RODRÍGUEZ, R. C.. Op. cit. 20..

⁸³⁰ Ibid. pp. 20-21.

⁸³¹ Ibid. p. 21. O autor chega mesmo a afirmar que “Soy del parecer que una excesiva diversidad cultural dentro de una misma sociedad puede generar peligrosas repercusiones, como podría acontecer si se pretende establecer diversos sistemas sancionatorios – con sus propias instituciones -, circunscritos territorialmente, atendiendo la pertenencia a ciertos grupos culturales.” Id. Se para a primeira posição pode-se dizer que é absolutamente indiferente estar ou não de acordo com uma excessiva diversidade cultural, pois é a realidade quem dita isso, para a segunda, as análises inicialmente exemplificadas, destacando-se o caso da Bolívia, deixaram evidenciado como têm sido colocadas barreiras para o exercício de jurisdições paralelas àquela de índole europeia-ocidental e os problemas que daí decorrem. O reconhecimento do *dereito da forma de ser dos povos*, por outro lado, encerraria este tipo de discussão, pois superado o período mínimo de enculturação se retornaria à lógica da *autonomia* e da *responsabilidade*.

⁸³² Ibid. p. 22.

exercício do referido *direito*, permitindo-se desenvolver um enquadramento analítico a tal *direito* que o inseriria adequadamente aos quadrantes exigíveis pelo Direito, como adiante se apresentará. De outro lado, a proposta não recai noutra extremo, que seria não respeitar que povos originários mantivessem seus modos de vida originários com suas formas de regulação do convívio e resolução de conflitos, desde que toda a autonomia e liberdade para tanto lhes fosse conferida, pois a imposição de certas limitações às jurisdições paralelas têm mostrado trazer mais problemas que soluções. A saída para que práticas atentatórias ao quadro axiológico de tipo europeu-ocidental seria o diálogo, gestões de outras índoles, que não a especificamente jurídica, no sentido de conscientizar tais povos de que certas práticas poderiam ser superadas e, sobretudo, através da oportunização da vinda de pessoas para o convívio sob o manto da cultura preponderante, ainda que louvável, não resolve problemas já judicializados.⁸³³

Rodríguez também opta pela saída baseada no *erro de proibição*, quando houvesse a falta de compreensão, ou seja, quando o esforço de internalização da norma se visse particularmente dificultado pelo seu condicionamento cultural, permitindo afirmar que não seria possível reprovar sua incompreensão, tal como prevê o *erro culturalmente condicionado*, estabelecido no Art. 15, do CP peruano. No entanto, Rodríguez observa que o recurso geral e amplo a este tipo de medida

⁸³³ Dentro do que ora se propõe, as disposições do Art. 13, do CP chileno, que trata de delitos contemplados nos Títulos VII e IX do mesmo, quando cometidos por naturais da Ilha de Páscoa, que resultariam em penas privativas de liberdade inferiores, minoradas a um grau mínimo, se comparadas com aquelas atribuíveis aos demais cidadãos, resultaria ultrapassada, pois haveria que se respeitar a forma originária de composição de conflitos dos ilhéus. Caso a vítima fosse uma pessoa não natural da Ilha e o crime tivesse sido cometido dentro dela, haveria que se continuar respeitando a jurisdição local. No entanto, caso o crime vitimizasse uma pessoa não ilhéu, fora da Ilha, haveria que se observar o período mínimo de enculturação. Para a crítica de Rodríguez às disposições do aludido Art. 13, do CP chileno, por conferirem um tratamento penal consideravelmente mais benigno aos pascuenses: *Ibid.* p. 23. Para o Art. 13, do CP chileno: CÓDIGO PENAL CHILENO. Disponível em: < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984> > Acesso em 17 jul 2015. Duvidosa, também, é a saída dada por Rodríguez às situações conflituosas havidas entre membros indígenas pertencentes a uma mesma etnia, tal como prevê o Art. 54 da Ley 19.253/1993, que estabelece normas sobre proteção, fomento e desenvolvimento dos indígenas, e cria a corporação nacional de desenvolvimento indígena. Para o autor, o simples uso de *cultural defenses* já permitiria eximir ou atenuar a pena se o delito tivesse como fundamento uma razão cultural, o que tornaria despiendo o citado Art. 13. Isto porque tal Art. 54 estabelece que o costume só se constituiria direito se não fosse incompatível com a Constituição chilena. Percebe-se, portanto, claramente, a supremacia do quadro axiológico dos colonizadores sobre o dos povos originários. O que se propõe, também aqui, mostra alguma vantagem, pois não se tem que, como quer Rodríguez – *Id.* -, limitar certas expressões culturais, sem que, ao mesmo tempo, se tenha que abrir mão da escala de valores de índole europeia-ocidental.

poderia trazer riscos, dando lugar a desconfianças no sistema penal, e que haveria um perigo em uma exigente como a do aludido Art. 15, desde a perspectiva do princípio da legalidade. Uma das dificuldades seria a de que somente o pertencer a uma dada cultura é que condicionaria a compreensão da norma. Poder-se-ia, ainda, dar lugar a uma espécie de incentivo perverso a partir da não integração e do não conhecimento das normas imperantes. A conclusão, assim, seria pela desnecessidade de se criar uma exigente específica, sendo suficientes as regras gerais. O respeito aos condicionamentos culturais pelo juiz se traduziria no respeito ao princípio da igualdade ante a lei.⁸³⁴

Outro ponto de vista a respeito da questão é fornecido pelo jurista brasileiro Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Ainda que a análise do autor não se cinja especificamente ao tratamento de índole criminal que é dado a delitos cometidos por membros de povos indígenas brasileiros,⁸³⁵ vale destacar alguns pontos, uma vez que tanto vão ao encontro da sistemática analítica em sentido negativo quanto servem para robustecer enfrentamentos analíticos na referida seara.

Nesse sentido, os antecedentes históricos da formação dos Estados latino-americanos teriam sido o intuito integrativo dos incipientes aparelhos estatais que forçaram a separação entre o indivíduo indígena e seu povo, tamanha era a força do projeto de *sociedade nacional*. Contudo, a resistência indígena acabou por forçar tal orientação societária, pois o foco no trabalho gerador da propriedade enquanto lema integrativo não guardava relação com as culturas indígenas, o que acabou redundando no reconhecimento de *direitos coletivos*. Esse resultado abriu um novo horizonte no reconhecimento dos povos, dando azo aos países a os considerar *multiculturais e pluriétnicos*.⁸³⁶

⁸³⁴ RODRÍGUEZ, R. C.. Op. cit. pp. 27-28.

⁸³⁵ Roberto Lyra trata de um retrospecto histórico-evolutivo de averiguações de sinais de ordenamentos jurídicos entre os indígenas brasileiros. LYRA, R.. O Direito Penal dos índios. Em: SOUZA FILHO, C. F. M.. (Org.) **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá/Núcleo de Direitos Indígenas, 1992, pp. 125-139.

⁸³⁶ SOUZA FILHO, C. F. M.. Multiculturalismo e direitos coletivos. Em: SANTOS, B. S.. (Org.) **Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 74. (Reinventar a emancipação social: para novos manifestos – Vol. 3) É assim que o Estatuto do Índio - Lei nº 6.001/73 -, em vigor até hoje, logo em seu artigo 1º estabelece que: “Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e **integrá-los**, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.” Ibid. p. 79. “Na América Latina as políticas em relação aos povos indígenas

A consagração na Constituição brasileira de 1988 de *direitos coletivos* teria sido um dos principais fundamentos do êxito de algumas ações judiciais impetradas por alguns povos indígenas em face do Estado brasileiro.⁸³⁷ No entanto, tanto sob a ótica do direito público quanto do privado, "... aquele disputando soberanias absolutas e detalhadamente demarcadas, inclusive em regiões desconhecidas, este transformando toda a terra em lotes privados."⁸³⁸ o que se tem visto é que as alterações legais motivadas pelas constitucionais têm se tornado uma grande dificuldade aos juízes para interpretar as leis contra interesses da propriedade privada.⁸³⁹ Apesar disso, o reconhecimento do direito dos povos indígenas enquanto povos no catálogo de direitos fundamentais de algumas Constituições, a exemplo da brasileira de 1988, poderia permitir, via construção judicial, o resguardo do mesmo.⁸⁴⁰

O resguardo jurídico das *expressividades comportamentais típicas*, enquanto expressão última da subjetividade humana e, assim, núcleo conteudístico

eram de integração, quer dizer, a situação de indígena deveria ser provisória. (...) A integração, (...) como era proposta de forma individualizada, significava a extinção do povo." Id. Apesar de muitos povos terem praticamente sido dizimados, a exemplo do povo Xetá, houve casos de sobrevivência, como o dos Guaranis, que mantiveram suas crenças, tradições e costumes, inclusive a língua. Ibid. pp. 80-86.

⁸³⁷ Para os exemplos que se constituiriam, segundo Souza Filho, na *quebra do paradigma individualista*, bem como da constitucionalização dessa quebra em vários países latino-americanos, ver: Ibid. pp. 87-95.

⁸³⁸ Ibid. p. 98.

⁸³⁹ Id. "Esta posição dos juízes explica por que é mais fácil obter decisões favoráveis aos índios nas áreas sem predominância da propriedade privada instituída, como a Amazônia." Id.

⁸⁴⁰ Ibid. p. 101. Para Souza Filho, o conceito de *povo* usado no *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* e no *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos* não seria adequado aos povos indígenas. Nos citados diplomas o caráter dos direitos era *individual*, admitindo somente *direitos individuais*, sendo que qualquer ideia *coletiva* era entendida como *metajurídica*, ou seja, apenas uma reivindicação social ou política que, muitas vezes, era proibida. Ademais, o conceito de *povo* para a ONU e para o direito internacional se limitaria à base humana de um Estado nacional, sem nenhuma diferenciação interna. Seria a soma simples de todos os cidadãos individualmente tratados e que viveriam em um território nacional determinado, jurisdicionado por um Estado. A constituição do Estado nacional haveria que reconhecer direito a todos e a cada cidadão, igualmente. Daí que muitos teriam seus direitos definidos pelo Estado ou pela classe dirigente do Estado, e não desde sua organização própria. Diante disso, ficaria clara a *armadilha* da autodeterminação, pois os povos teriam a autodeterminação para se constituírem em Estado, desde que não estivessem sob a jurisdição de um Estado já constituído. A conclusão é que o reconhecimento do *direito de autodeterminação dos povos* pelo direito internacional seria o direito à autodeterminação dos Estados que garantiriam os direitos individuais, entre eles o de propriedade. O problema também se manteve com a Convenção 169/1989, da OIT: "Art. 1º, nº 3 – A utilização do termo 'povos' nesta Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter alguma implicação no que se refere aos direitos que se podem conferir a tal termo no âmbito do direito internacional." Ibid. pp. 106-107 e nota nº 27.

do *direito da forma de ser dos povos*, continua a descoberto, o que carece do necessário reconhecimento, ainda que, inicialmente, isto se perfaça judicialmente. Ademais, pode-se reconhecer no referido *direito* o carácter de *individual*, sem deixar de ter em conta a referência ao *coletivo*, como se mostrará.

3.2.5 O problema desde a ótica jurídico-criminal angolana.

A análise da posição de Luzia Bebiana de Almeida Sebastião, se justifica seja pela atualidade da investigação, seja por se referir a um país com uma tradição multicultural comparável, em termos ocidentais, somente a outros países da África e a países sulamericanos, seja, ainda, por manter-se a ótica jurídico-criminal.⁸⁴¹

Apesar de não ter uma justiça comunitária sistematizada e escrita, Angola possui uma justiça efetivamente vigente, paralela à estatal, cujas decisões, muitas vezes, não chegam ao conhecimento das autoridades. Comentando o *Processo Kamutukuleno*,⁸⁴² Sebastião adere à tese do *erro de compreensão culturalmente condicionado*.⁸⁴³ No confronto entre o direito costumeiro e o direito estadualizado

⁸⁴¹ SEBASTIÃO, L. B. A.. Os problemas penais do sul e o pluralismo cultural. Em: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 23, Nº 4, outubro-dezembro. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 491-546. (Separata)

⁸⁴² Iniciado em 2002 e encerrado em 2008. "... [N]ele estiveram envolvidos como arguidos e vítimas, autoridades administrativas, dentre elas o Governador da Província, responsáveis administrativos locais, o Rei, os sobas que são responsáveis comunitários e, directa ou indirectamente, a comunidade habitante naquele município. (...) [Tratou-se do aparecimento de] defuntos falecidos já há 2, 3 anos perante 8 testemunhas (...) Os falecidos apresentaram-se a queixarem-se de fome dizendo que eles trabalham muito nas lavras dos acusados, captam água, caçam animais selvagens e pescam. E não podem vir apresentarem-se aos seus familiares, assim os familiares dos falecidos ouvindo estas informações entraram em choque com os acusados feiticeiros, e um destes aceitou que ele também conhece e viu-os. (...) [Familiares dos mortos confirmaram ter visto seus parentes. As autoridades comunitárias concluíram que, de fato, as pessoas tinham visto os defuntos e, portanto, que o Governador estaria] despromovido da categoria de regedor do Kuango; assim como ... da categoria de soba Kuango, depois da despromoção terem que pagar multa aos familiares de cada defunto ... Depois da multa os três feiticeiros 'serão despulsos' nesta Província do Cuando Cubango. [Um dos acusados sobrevivente, inconformado com a decisão, dirigiu-se ao Procurador da República do Cuando Cubango, alegando ter sido torturado porque teria vitimizado pessoas para trabalhar em suas lavouras, desde ações de feitiçaria, tudo com base nos direitos e deveres fundamentais da Lei Constitucional angolana. Os familiares dos acusados teriam sido expulsos da Província e suas casas queimadas, tendo sido alguns, inclusive, mortos.]" Ibid. p. 492, pp. 493-494, p. 494, p. 495, p. 496 e p. 497. *Kamutukuleno* seria um fenómeno praticado por certas pessoas, mais velhas, que seriam identificadas como *feiticeiros*; daí só elas poderem ver o fenómeno. Seria uma magia que, para as pessoas em geral, a vítima pareceria morta, mas, para o feiticeiro, ela continuaria viva, sendo transportada para a lavoura do mesmo. Ibid. pp. 499-501.

⁸⁴³ Ibid. pp. 492-493.

aplicáveis, houve a condenação do Governador da Província e do Comandante da Polícia pelos crimes de homicídio qualificado, bem como, respectivamente, pelos sete crimes de prisão ilegal e cumplicidade no crime de homicídio. A nível recursal, houve a absolvição do Comandante da Polícia por falta de prova do conhecimento de pessoas detidas na cadeia do Comando da Polícia Municipal no Kuito Kuanavale, sendo que ao Governador restou a pena de doze anos de prisão, o pagamento do imposto da justiça, bem como uma indenização a cada uma das famílias das vítimas, pois teria ordenado, após se reunir com membros da comunidade, a morte dos feiticeiros, por fuzilamento, através do auxílio da Defesa Civil, com homens, armas e munições.⁸⁴⁴ O Pleno do Tribunal Supremo confirmou a absolvição do Comandante e a condenação do Governador, atenuando de doze para oito anos de prisão maior - medida de atenuação extraordinária prevista no CP angolano -.⁸⁴⁵

Desde 2010, a Constituição angolana estabeleceu, em seu art. 7º, o reconhecimento da validade e a força jurídica do costume não contrário à constituição nem atentador da dignidade da pessoa humana. Costume e lei ficaram em paridade, subordinando-se ambos à constituição e ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁸⁴⁶ Uma vez o art. 6º da carta política prever a supremacia normativa da constituição – função normativa supra-ordenadora -, essa seria a fonte limitadora dos costumes; não havendo uma relação negativa entre eles e a constituição, os mesmos seriam válidos.⁸⁴⁷ Desde uma perspectiva plural, a dignidade da pessoa humana haveria que ser densificada a partir de “... um equilíbrio harmónico entre as comunidades tradicionais e a comunidade nacional no

⁸⁴⁴ Ibid. p. 505. “Ficou igualmente provado que a sua conduta [Governador da província] se deve à forte crença no feitiço, daí que tenha preferido tratar o assunto a nível tradicional, ao invés de pedir – como devia – a intervenção das autoridades competentes (Polícia e Procuradoria Geral da República).” Id.

⁸⁴⁵ Ibid. p. 509. A atenuação “... sustentou-se no facto de a crença no ‘feitiço’ exercer sobre os arguidos um poder inibidor que – embora isso não tenha sido expressa e textualmente salientado no texto do Acórdão – os impossibilitou de medir e, em consequência, compreender a ilicitude do facto que estavam a praticar.” Id.

⁸⁴⁶ Ibid. pp. 516-517. “O Costume é reconhecido, independentemente do tempo em que haja sido criado, sem subordinação sistemática ou formal à lei; é válido porque já existia aquando da entrada em vigor da Constituição e mesmo depois desse momento, importando apenas que se trate de um costume autêntico no sentido de legítimo, porque criado e vigente nas respectivas comunidades.” Ibid. p. 517.

⁸⁴⁷ Ibid. pp. 517-520. Sebastião, no entanto, reconhece que entre a lei e os costumes pode haver conflitos de normas cuja resolução reclamaria a adoção de um critério jurídico. Ibid. p. 520.

seu todo, reconhecendo-se também as autoridades e poder tradicionais.”⁸⁴⁸

Restaria saber se o costume valeria ou não como fonte do Direito Penal.⁸⁴⁹ O costume, assim, haveria que ser integrado na convivência das várias ordens jurídicas que a República de Angola permitiria desde seu texto constitucional.⁸⁵⁰ No caso da prática do *Kamutukuleno*, considerando que, apesar da pena de morte já não mais estar sendo aplicada aos praticantes, restaria a expulsão dos feiticeiros, o que se constituiria numa pena e contrariaria o direito do agente de viver em sua própria comunidade, Sebastião rejeita a solução trazida pelo projeto do novo CP angolano – *erro sobre a ilicitude*, que afastaria a culpa, desde que não censurável -, optando pelo *erro de compreensão culturalmente condicionado*, desde as formulações de Zaffaroni.⁸⁵¹

Poderia se objetar que em sociedades com muitos povos possuidores de quadros axiológicos distoantes haveria um aumento da recorrência à medida, trazendo riscos, fruto da desconfiança no sistema penal, pois tal eximente - Art. 15 do CP peruano -, se contraporía, em certa medida, ao próprio princípio da legalidade. No entanto, casos em que se detectasse um mínimo de enculturação e que a pessoa acusada já possuísse uma consciência mínima das regras de conduta, apesar da existência de um substrato cultural originário reduzido em sua mundividência - há situações que exigem a formação de juízos que têm por substrato fático situações limítrofes -, poderiam ser solucionados com uma correção jurídica mais ajustada desde construções jurídico-criminais mais refinadas. Todavia, poderia ainda se dizer que tais soluções trariam o risco de se converter em um incentivo perverso, pois propiciariam, em certos casos e em certa medida, a não

⁸⁴⁸ Ibid. p. 522.

⁸⁴⁹ “... da teoria tradicional, das fontes do Direito Penal, o costume está afastado sempre que seja para qualificar qualquer comportamento como crime, fundamentar a responsabilidade penal, estabelecer agravantes, restringir causas de exclusão da culpa.” Ibid. p. 523.

⁸⁵⁰ Ibid. p. 528.

⁸⁵¹ Ibid. pp. 531-539. Sebastião ressalta que o “... erro de compreensão culturalmente condicionado, traz consigo uma maior tolerância relativamente à solução das situações a que nos reportamos em que ocorre um conflito pessoal entre os sistemas culturais dos intervenientes, uma vez que aponta para a desnecessidade de comprovação da censurabilidade do erro. Afinal, o juízo de censurabilidade na situação em análise teria como pressuposto o reconhecimento da obrigatoriedade da assimilação dos valores culturais dominantes o que significaria a renúncia forçada à diferença cultural.” Ibid. pp. 536-537. “Se o erro [de proibição] é vencível, não elimina a culpabilidade, mas pode diminuí-la; se for invencível elimina a culpabilidade e a conduta não chega a ser crime.” Ibid. p. 538.

integração e o não conhecimento das normas.⁸⁵² Contudo, isso seria atenuado pela baixa incidência de situações práticas. Assim, parece assistir razão a Fernando Molina Fernández que, buscando um fundamento material para a culpabilidade, observa que quando se trata de assuntos relativos a pessoas, se estando, portanto, no campo da responsabilidade, o ponto de partida não pode ser outro que não a *pessoa*. Afinal, quando se considera alguém como subjetivamente responsável por um fato consciente e voluntário que surge do seu *eu*, “... estamos haciendo algo más que vincularlo causalmente con el hecho, estamos reafirmandole como persona.”⁸⁵³

3.2.6 O inafastável contributo jurídico-criminal.

Em se considerando o *direito da forma de ser povos*, no entanto, restariam ainda aquelas situações em que poderia haver um perigo de reiteração de lesão a esferas de direitos de outras pessoas em decorrência da externalização de uma expressividade comportamental típica que já fora a fonte de detenção da pessoa. Seria inafastável, em tais casos, a adoção de alguma medida acauteladora. As análises de posições de índole exclusivamente jurídico-criminal permitiram perceber que mais de um tipo de solução, ainda que cada uma delas não imune totalmente a algumas críticas, podem ser adotadas em tais situações de risco. Uma delas é a adoção de *medida de segurança*; a outra, a conversão da prisão em flagrante em *prisão preventiva*, quando da audiência de custódia, conforme previsto no ordenamento brasileiro.⁸⁵⁴

Quanto às medidas de segurança, do que se trata é de um potencial perigo que a pessoa pode trazer, caso volte a expressar um comportamento típico que venha lesar uma esfera de direitos de outrem.⁸⁵⁵ O emprego de uma medida de

⁸⁵² RODRÍGUEZ, R. C.. Op. cit. pp. 27-28.

⁸⁵³ FERNÁNDEZ, F. M.. **Responsabilidad jurídica y libertad. (Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad)** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 167/168. (Colección de Estudios N° 25)

⁸⁵⁴ Ambas as saídas devem respeitar o princípio de que nos procedimentos que se seguem ante um órgão de justiça criminal de um país todos os sujeitos e, particularmente, o juiz, não de deter-se ao direito interno do país. BELING, E.. **Derecho procesal penal**. Traducción del alemán y notas por Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1943, p. 10. (Sección Ciencias Jurídicas)

⁸⁵⁵ DIAS, J. F.. **Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. 2ª ed., 2ª reimpressão. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 99. *Perigo* esse que “...

segurança, mesmo para um caso em que na sua base se considere ter havido um exercício de um *direito*, não põe em causa a realização performática da dogmática jurídico-criminal, nem descaracteriza por completo o instituto, pois este pode ser aproveitado em uma tal situação justamente em razão da verificação da existência do seu fundamento, ou seja, de um potencial perigo de dano a bens jurídicos.⁸⁵⁶

Desta forma, em atenção ao viés não penalizador do Direito Criminal, é de se ter em conta que as medidas de segurança podem ser vistas, em certa medida, também como meios propiciadores da enculturação, com a função de prevenção especial (socialização e segurança),⁸⁵⁷ constituindo-se em mecanismos fundamentais para a defesa de bens jurídicos que se encontrem em situações de perigo.⁸⁵⁸ Certos comportamentos típicos poderiam colocar em risco outras pessoas, colocando em xeque, portanto, as dimensões que a própria noção de *homem-pessoa* e de *dignidade humana*, que também se erigiram dentro do Direito e, assim, a própria validade da tese que ora se defende. Afinal, é a própria exploração da

há-de ser um tal – é este o critério decisivo – que convalide a aplicação da medida de segurança em nome de um **interesse público preponderante**. (...) Em termos de teoria geral, (...) exige-se, em regra, que o perigo se refira à possibilidade de repetição da prática de factos ilícitos-típicos *graves*. (...) parece dever exigir-se **que o perigo de repetição esteja ligado à espécie do ilícito-típico praticado; sob pena, de outra forma**, de a prática do ilícito-típico, que é pressuposto da aplicação da medida, se tornar em simples <<ensejo>> da intervenção estadual sobre uma perigosidade criminal inespecífica ou sobre uma necessidade geral de socialização do agente. (...) [Tal exigência] deve valer em termos fundamentalmente idênticos para a aplicação de medidas de segurança de qualquer tipo, privativas ou não privativas da liberdade (sem prejuízo de os pressupostos de aplicação virem a diferenciar-se de outros pontos de vista).” DIAS, J. F.. **Direito Penal Português. Parte Geral. As consequências jurídicas do crime**. 4ª reimpressão. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 442-443. Figueiredo Dias destaca o importante papel que peritos podem exercer no estabelecimento das *bases da decisão*, o que, em situações de externalização de expressividades comportamentais típicas pode ser decisivo para a aplicação de uma dada medida de segurança. Ibid. p. 444.

⁸⁵⁶ O art. 96º do CP colombiano de 1980, sob a epígrafe *Outras medidas aplicáveis a inimputáveis*, estabelecia que: “Quando se tratar de indígena inimputável por imaturidade psicológica, a medida consistirá na reintegração no seu meio ambiente natural.” O atual art. 69º, do CP colombiano de 2000, trouxe como uma medida de segurança “4. A reintegração no próprio meio cultural”. Contudo, o Tribunal Constitucional da Colômbia declarou insconstitucional o dispositivo na Sentença C-370/02, pois o regresso do indígena ao seu meio sócio-cultural não deveria ser considerado uma sanção (seria antes um direito) mas também porque o Estado não poderia pretender sancionar, reabilitar ou curar a diversidade cultural. DIAS, A. S.. Crimes... p. 449. (nota nº 1271)

⁸⁵⁷ DIAS, J. F.. Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina ... p. 99.

⁸⁵⁸ Ibid. p. 86. No entanto, em um “... Estado de Direito democrático (...) a prática de um facto ilícito-típico não pode ser tomada unicamente como <<sintoma>> de perigosidade, ou como <<ensejo>> para uma (re)socialização reputada necessária, antes tem de constituir fundamento e limite (de acordo com uma máxima de proporcionalidade) de toda a intervenção de carácter criminal.” DIAS, J. F.. Direito Penal Português. Parte Geral. As consequências ... p. 437.

noção europeia-ocidental da *personalidade* que fundamenta o *direito da forma de ser dos povos*. O Direito Criminal não pode ser pensado sem as medidas de segurança e, as considerando, isto não significa que se põe termo ao processo de enculturação ou mesmo às situações de isolamento, tal como ocorre com algumas comunidades no contexto europeu. Pode continuar a existir a externalização de comportamentos típicos que ameacem bens jurídicos protegíveis tão logo cesse a medida de segurança, pois ainda que esta possua uma intenção político-criminal e seja uma expressão dogmática diversa da que preside as penas,⁸⁵⁹ ela possui um caráter coativo também, que pode visar por termo às referidas situações de perigo, daí se justificando a reaplicação, se necessário for.

Num sentido pós-colonial, no entanto, a dimensão da enculturação tem um viés mais violento, sobretudo pelo enraizamento cultural que os povos originários possuem na referida região. Em tais casos, a medida pode se constituir em ações do Estado que auxiliem o retorno do agente ao seu povo originário. Figueiredo Dias alerta que para as hipóteses de expulsão de estrangeiro, seriam admissíveis tão somente quando o tribunal chegasse à conclusão de que para tratamento ou cura, ou mesmo a socialização em sentido amplo (parece ser justamente nesta hipótese que se justificaria a medida de reenvio ao povo originário), seria mais vantajoso para o agente que fosse enviado para seu país de origem (caso a pessoa fosse originária de outro país), análise essa que pode ser estendida para aquelas situações envolvendo compatriotas dentro do mesmo território nacional, quando estão envolvidas pessoas de povos originários. Jamais, portanto, haveria que se invocar os encargos econômico-financeiros da aplicação da medida dentro do próprio país onde se cometeu a conduta tida como ilícita-típica e, em razão disso, se aplicar a medida de expulsão do estrangeiro.⁸⁶⁰

A adoção de medidas de segurança que visem salvaguardar bens jurídicos que possam estar em risco não coloca em causa a tese do *direito da forma de ser dos povos*. Ao contrário, reforça-se a própria noção de *homem-pessoa* que fundamenta o referido *direito*, pois essa exploração da noção jurídica de *pessoa* também demanda o respeito a âmbitos de proteção integrantes da personalidade

⁸⁵⁹ DIAS, J. F.. Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina ... p. 87.

⁸⁶⁰ DIAS, J. F.. Direito Penal Português. Parte Geral. As consequências ... pp. 523-524.

que, não fossem salvaguardados, aí sim se colocaria em causa a própria noção do direito que se defende. As medidas de segurança, sobretudo em situações extremas, que coloquem em risco, por exemplo, a vida de crianças e vulneráveis, a dignidade humana, podem se constituir em uma solução acauteladora inafastável.⁸⁶¹ Afinal, a intervenção do Direito Criminal não faria sentido em casos em que bens jurídicos colocados em causa ferissem o próprio princípio da proporcionalidade afastando o *direito da forma de ser dos povos*.⁸⁶² Pode-se dizer que o emprego de tais medidas se constituiriam em uma *missionação laica*, uma ressocialização normalizadora necessária em casos envolvendo (des)encontros das diferenças quando os princípios da socialidade e da humanidade fossem respeitados.⁸⁶³ A medida de segurança, assim, passaria a ser uma peça do processo de enculturação.

Um argumento contrário ao emprego de uma medida de segurança seria o de que haveria, em certa medida, a descaracterização do instituto, pois poderia se argumentar que o mesmo seria empregável somente para *inimputáveis* ou *semi-*

⁸⁶¹ Ainda que o propósito socializador deva preponderar quando do emprego de tais medidas, em situações extremas há que prevalecer a finalidade de segurança. DIAS, J. F.. Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina ... pp. 88-89. É "... a necessidade de prevenção da prática futura de factos ilícitos-típicos ..." que justifica o emprego de uma medida de segurança mais severa. Ibid. p. 89.

⁸⁶² Figueiredo Dias alerta para as limitações que o princípio da proporcionalidade impõe à aplicação de qualquer medida limitativa de direitos fundamentais. Ibid. p. 93 c/c p. 95 (aplicação de medidas de segurança enquanto monopólio do poder judicial, sempre respeitando-se os princípios da necessidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade ou proibição do excesso). Tal posição, contudo, não afasta a possibilidade de que, em casos menos gravosos, possam ser adotadas medidas de cunho administrativo ou mesmo político-administrativo no sentido de viabilizarem e agilizarem o processo de enculturação imprescindível ao convívio harmonioso. Tais ações, ao que parece, não demandam uma *administrativização* das medidas de segurança, conforme alerta Figueiredo Dias: Ibid. p. 96 e ss. e, ainda: DIAS, J. F.. Direito Penal Português. Parte Geral. As consequências ... pp. 452-453. Um exemplo seria determinar o reencaminhamento da pessoa ao seu povo originário, no caso da externalização de um comportamento típico ter sido emanado por um membro de uma tribo originária. Respeitar-se-ia o *princípio da judicialidade*. Ibid. p. 453. Ademais, a própria exigência do respeito ao princípio da legalidade, enquanto pressuposto de validade de uma medida de segurança de caráter criminal e, consequentemente, da exigência da definição dos pressupostos do estado de perigosidade o mais completo possível, impõem ao magistrado uma limitação quanto aos tipos de medidas de segurança a serem adotados que, no caso específico de situações de externalização de expressividades comportamentais típicas, podem acabar nem sempre sendo as mais recomendáveis para as situações em concreto, mormente quando se estivesse tratando de pessoas de povos originários, ainda que se deva respeitar o princípio *nulla poena sine lege* também para o domínio das medidas de segurança - Ibid. p. 435 e ss -. Ademais, "É hoje praticamente indiscutido que a matéria relativa à aplicação de medidas de segurança deve subordinar-se estritamente ao **princípio da subsidiariedade**: uma medida de segurança não deve ser aplicada quando outras medidas menos onerosas constituam uma proteção adequada e suficiente dos bens jurídicos face à perigosidade do agente." Ibid. p. 446. Sempre respeitando-se o princípio da legalidade. Ibid. p. 448.

⁸⁶³ DIAS, J. F.. Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina ... pp. 88-89.

imputáveis, o que parece poder ser afastado, sobretudo em casos de (des)encontros das diferenças.

A outra saída para evitar o risco de lesão a esferas de direitos de outras pessoas em decorrência de uma possível reiteração de um comportamento típico que teria lesado um bem jurídico e originado a detenção da pessoa, tomando-se como exemplo o ordenamento brasileiro, poderia ser encontrada a partir da audiência de custódia.⁸⁶⁴ Tal audiência ocorre quando a pessoa é presa em flagrante delito e deve ser apresentada a uma autoridade judiciária no prazo de vinte e quatro horas, onde é entrevistada pelo juiz, ouvido o Ministério Público e a Defensoria Pública ou Advogado. Em tal fase processual preliminar⁸⁶⁵ já seria possível a formação de um juízo prévio de cognição pelo magistrado, ainda que não exauriente, sobre a pessoa acusada, com a percepção, pelo mesmo, de se tratar, *a priori*, de um caso de externalização de um comportamento típico alheio àqueles da cultura regida pelo Direito. Uma vez entendendo estar presente um iminente perigo de reiteração da conduta originária ou assemelhada que viesse novamente a lesar bens jurídicos fundamentais de outras pessoas, o juiz poderia converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, fazendo cessar a perigosidade, visando garantir a

⁸⁶⁴ Fruto do projeto de fevereiro de 2015, de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça com a parceria do Ministério da Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo. Audiência de Custódia. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia> > Acesso em 06 abr 2017. Tal audiência já foi implementada em todos os Estados do Brasil, cf. mapa estatístico do CNJ, de janeiro/2017, já perfazendo o montante de 186.455: < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil> > “Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades. (...) A implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos [Art. 7º, item 5 do Pacto. Recepcionado no Brasil desde o Decreto nº 678/92] ...” Id. Também deverá ser avaliada pelo juiz a formação profissional e educacional da pessoa detida, bem como suas condições pessoais de vida - PACHELLI, E.. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2017, p. 556 -, com o que já teria o magistrado, ainda que num juízo de cognição não exauriente, elementos o bastante para perceber tratar-se de uma pessoa que externalizou uma expressividade comportamental típica de seu povo de origem.

⁸⁶⁵ Para Eberhard Schmidt, “El proceso penal comienza con las primeras medidas de investigación de las autoridades encargadas de la persecución y, especialmente, del ministerio público.” SCHMIDT, E.. **Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal**. 2ª ed. Traducción de José Manuel Nuñez. Córdoba: Lerner Editora SRL, 2006, p. 43.

medida protetiva de urgência.⁸⁶⁶ Não haveria que se falar em tal circunstância de ofensa ao princípio *nemo iudex sine actore*, pois aqui o juiz atuaria como uma espécie de *fiscal de urgência*.⁸⁶⁷ No curso da instrução processual haveria que se buscar, sobretudo a partir do recurso a peritos especializados, robustecer o juízo de cognição do magistrado com elementos que lhe permitissem ter a convicção de que a conduta imputada à pessoa detida era uma expressividade comportamental típica de seu povo de origem e que ainda não tinha sido oportunizado à mesma um

⁸⁶⁶ O Art. 311, do CPP brasileiro prevê: “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.” São requisitos da prisão preventiva: “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.” A conversão da prisão em flagrante em preventiva exige a observância do teto/limite de pena contido no Art. 313, I, salvo se decretada como medida substitutiva de outra cautelar descumprida, com o que foge às exigências dos Arts. 312 e 313, I: “Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;” O CPP brasileiro prevê como uma das medidas cautelares o *internamento provisório* – Art. 319, VII -. No entanto, tal medida somente seria cabível para o risco de reiteração de conduta delitiva praticada por *inimputáveis* ou *semi-imputáveis*, o que precisa ser afastado por também se tratar de uma *patologização da cultura*, para o caso de externalização de expressividades comportamentais típicas dentro do período de enculturação. Ainda que o §2º, do Art. 282, estabeleça que “§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando *no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.*”, o que poderia obstar a conversão da prisão em flagrante em preventiva, pelo juiz, quando da audiência de custódia, o Art. 310, II, exige que o juiz delibere, no prazo de 24 horas – Art. 306, § 1º -, sobre o relaxamento, a manutenção da prisão, ou a imposição de quaisquer outras cautelares, com o que se poderia converter a prisão em flagrante em preventiva: “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (...) II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ...” Para o CPP: CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm > Acesso em 06 abr 2017.

⁸⁶⁷ SCHMIDT, E.. Los fundamentos... Op. cit. p. 194 e p. 196. As autoridades, incluído o *juiz de instrução* em modelos que o admitem, realizam por si a instrução, conforme a *máxima da instrução*, ou seja, conforme a investigação de ofício da verdade – *princípio da investigação da verdade material* –, sempre respeitada a *via judicial*, decorrência do progresso que teria se operado sobre o processo reformado do século XIX frente ao *princípio inquisitivo* em virtude da necessidade de limitação da atividade investigativa, seja pelo resultado da experiência psicológica processual – o juiz *investigador* não conseguiria abstrair tal condição no momento de julgar -, seja por razões de ordem político-jurídicas - Ibid. pp. 199-200, p. 205 e p. 208 -. Beling também observa que já estaria incidindo o *princípio da acusação formal* – o *princípio acusatório* – na fase preparatória ao juízo oral num modelo com juizado de instrução. BELING, E.. Derecho... Op. cit. p. 165. Ainda que o modelo brasileiro não apresente a fase de instrução dirigida por um juiz, a previsão da audiência de custódia, logo após a prisão em flagrante, acaba revestindo tal ato das garantias que o princípio acusatório confere à pessoa a quem se está imputando alguma responsabilidade criminal.

mínimo de enculturação.⁸⁶⁸ A prisão preventiva, assim, em se tratando de iminente perigo de reiteração da expressividade comportamental típica lesiva de bens jurídicos fundamentais, cuja violação, em primeira análise e para pessoas enculturadas, poderia levar a penas superiores a quatro anos de prisão, pode ser, também, uma solução cautelar satisfatória.⁸⁶⁹ A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva aqui será sob o fundamento de garantia da ordem pública.⁸⁷⁰ A jurisprudência brasileira já tem dado sinais de “... ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão.”,⁸⁷¹ o que se reforça pelo disposto no Art. 282, I, do CPP brasileiro.⁸⁷²

Tanto os requisitos da *necessidade* quanto da *adequação* da medida

⁸⁶⁸ Mesmo a consulta a um perito não pode ser entendida como *prova pericial*, não havendo necessidade de forma prescrita para essa, o que não afasta a possibilidade de uso da mesma. SCHMIDT, E.. Los fundamentos... Op. cit. pp. 213-214 e nota nº 58, ressaltando, contudo, que a legislação processual penal alemã de então não teria nenhuma disposição correspondente à existente na legislação processual civil. Seria, para Beling, o uso de uma espécie de *analogia* com a prova pericial do processo civil, uma *comprovação factícia facilitada*. BELING, E.. Derecho... Op. cit. pp. 241-242.

⁸⁶⁹ As *medidas cautelares* trazidas ao CPP brasileiro pela Lei nº 12.403/2011 foram inspiradas nas *medidas de coacção* do CPP português – Art.197 e ss. - que, por sua vez, buscaram inspiração nas *misure coercitive do Codice di Procedura Penale* italiano – Art. 280 e ss. -. PACELLI, E.. Curso... Op. cit. p. 516 e p. 562. O CPP português, em seu Art. 202º, 1, f, prevê a possibilidade de decretação da preventiva “Se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão.” O Art. 204º, c, por sua vez, traz um detalhamento dos requisitos da preventiva que se relaciona também com a garantia da ordem pública, que seria mais facilmente aplicável aos casos de (des)encontros das diferenças: “c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas.” CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS. Disponível em < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=199&pagina=3&tab_ela=leis&nversao=&so_miolo= > Acesso em 14 abr 2017.

⁸⁷⁰ Ainda que para impedir a prática de delitos, em tese, já exista a proibição da lei penal, considerada apenas abstratamente, a inevitabilidade delitiva, contudo, concretamente falando, carrega consigo o transcorrer de um lapso temporal absolutamente indispensável para a aplicação da sanção – exigência do devido processo penal -, restando aquelas situações de possíveis reincidências delituosas. Em tais situações “... a previsão de uma prisão anterior à condenação poderá se instituir como válida, para fins de garantia da *ordem pública*, desde que delimitada rigorosamente a sua extensão.” OLIVEIRA, E. P.. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 65.

⁸⁷¹ PACELLI, E.. Curso... Op. cit. pp. 568-569 e pp. 605-607. “... a prisão para garantia da ordem pública sequer exerce função *instrumental* no processo penal, dado que se volta para fatos *externos* ao processo, nada tendo que ver com sua efetividade.” Ibid. p. 606.

⁸⁷² “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.” CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO... Op. cit.

cautelar de prisão preventiva, tendo em vista a *gravidade e demais circunstâncias do fato*, aos casos de (des)encontros, parecem estar atendidos. O mesmo se diga quanto à observância da *concreta* condição pessoal do indiciado em tal fase do processo – Art. 282, I e II do CPP brasileiro -.⁸⁷³ Atendidos tais requisitos também acabará por se atender ao próprio princípio da proporcionalidade, que acaba por englobar os referenciais da *necessidade* e da *adequação* nas cautelares. Serão, portanto, os contornos jurídicos do *caso concreto* que ditarão ao juiz a interpelação do sistema fundamento com justeza judicativo-decisória. Será a *concreta* situação pessoal do agente que sinalizará para a *adequação* da medida.

A adoção da prisão preventiva, fundada nas referidas razões de salvaguarda, sinalizam para uma roupagem diferenciada da medida, ficando imune ao menos quanto à crítica ao emprego de uma medida de segurança que enquadraria uma pessoa não enculturada como sendo uma inimputável ou semi-imputável.

No entanto, não se pode negar que se por um lado a preventiva responde ao asseguramento do afetado aos fins do procedimento, por outro, trata-se de um prejuízo considerável à liberdade do homem. As normas que regulam a atividade coercitiva apresentam uma função processual e significação evidentes, mas também, por outro, não afastam o necessário conhecimento da simultânea função e significação jurídico material, que se remontam sempre ao direito constitucional. As intromissões no *status libertatis*, portanto, sempre que o Direito as admite dentro do processo, também têm que resultar *lícitas jurídico-materialmente*. A consequência disso é que haverá sempre que se examinar a *admissibilidade* de uma ação em relação a sua *função processual*, ou a *licitude* da mesma ação quanto à repercussão sobre os interesses da vida social protegidos juridicamente.⁸⁷⁴

Ambas as saídas apresentadas, contudo, não afastam a possibilidade para que, em casos menos gravosos, possam ser adotadas medidas de cunho administrativo, a partir de determinações judiciais, no sentido de viabilizarem e agilizarem o processo de enculturação imprescindível ao convívio harmonioso. Poderia o juiz, por exemplo, determinar à autoridade pública a adoção de uma

⁸⁷³ Id.

⁸⁷⁴ SCHMIDT, E.. Los fundamentos... Op. cit. pp. 31-32.

medida administrativa mais eficaz e menos gravosa que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, uma vez ficasse evidenciada na audiência de custódia a não perigosidade de reiteração da conduta, mesmo que houvesse a baixa probabilidade da ocorrência de uma lesão de bens jurídicos não fundamentais.

Se o que se busca no processo criminal é assegurar a “... identidade entre o acusado, o conhecido e o decidido, i. é, é o problema da identidade do objeto do processo, enquanto exigência essencial da própria estrutura acusatória.”,⁸⁷⁵ nada mais esperável que medidas acauteladoras possam ser tomadas pelo magistrado quando da detecção do perigo de reiteração de uma conduta lesiva de bens jurídicos de maior valor, pois o *conhecido* nessa fase inicial da audiência de custódia ainda não possibilita a formação de um objeto de cognição suficiente, sobretudo ante expressividades comportamentais típicas de povos distintos.⁸⁷⁶ Afinal, a delimitação do objeto do processo deverá orientar-se no sentido de ser uma garantia ao arguido.⁸⁷⁷ Uma vez que o juiz só pode ocupar-se do objeto processual que corresponde ao conteúdo da acusação,⁸⁷⁸ um papel parciomonioso é o que se deve esperar do membro do Ministério Público diante de casos envolvendo (des)encontros das diferenças. Isto não afasta, no entanto, a liberdade do juiz de

⁸⁷⁵ NEVES, A.C.. **Sumários de processo criminal. (1967 – 1968)** Coimbra, 1968, p. 208. (mimeo)

⁸⁷⁶ Em tal fase pode-se dizer que o objeto do processo ainda não tem contornos definidos, os quais se logram, sobretudo, desde a atividade investigativa do Ministério Público. SCHMIDT, E.. Los fundamentos... Op. cit. p. 43. “El <<objeto procesal>> es el asunto de la vida (causa, <<res>>), en torno del cual gira el proceso, y cuya resolución (mediante decisión sobre el fondo) constituye la tarea propia del proceso (...) El proceso no debe confundirse con su objeto.” BELING, E.. Derecho... Op. cit. p. 79.

⁸⁷⁷ NEVES, A.C.. Sumários... p. 210. “... a identidade do objeto do processo não poderá definir-se tão rígida e estreitamente que impeça um esclarecimento suficientemente amplo e adequado da infração imputada e da correlativa responsabilidade, mas não deverá também ter limites tão largos ou tão indeterminados que anulem a garantia implicada pelo princípio acusatório e que a definição do objeto do processo se propõe justamente realizar.” Ibid. p. 211. Pelo *princípio da identidade do processo o objeto do processo* deve manter-se idêntico, da acusação à sentença definitiva. Id. Pelo *princípio da consunção*, o “... conhecimento do objeto do processo deve ter-se sempre por totalmente consumido – a decisão sobre ele deverá considerar-se como tendo-o definido jurídico-criminalmente em tudo o que dele podia e devia ter conhecido.” Ibid. p. 217. Tal *princípio da consunção* juntamente com o da *indivisibilidade* do objeto processual se referem à *unidade ou totalidade normativa* desse objeto. Ibid. p. 218. O *princípio da indivisibilidade* “... perspectiva essa totalidade unitária no sentido do conhecimento a realizar (e prescreve que esse conhecimento seja indivisível e total) e o [*princípio da consunção*] (...) perspectiva a mesma totalidade no sentido de conhecimento realizado (e prescreve que esse conhecimento deve ser considerado como se tivesse sido indiviso e total).” Ibid. pp. 218-219. O *caso jurídico concreto apresentado e a resolver* é o próprio *objeto do processo*. Ibid. p. 250.

⁸⁷⁸ BELING, E.. Derecho... Op. cit. p. 81.

apreciar o objeto processual.⁸⁷⁹

Restaria, ainda, saber se a conversão da prisão em flagrante em preventiva na audiência de custódia não caracterizaria violação ao sistema acusatório e à imparcialidade do juiz, uma vez poder se entender a adoção de tal medida o exercício de *função investigatória* pelo juiz, o que seria inconstitucional. Em se considerando que o *processo* é o local apropriado para a manifestação do Judiciário e que uma de suas missões é tutelar as liberdades públicas, afora a proteção da efetividade do processo e a preservação da Justiça Criminal, uma vez que a preventiva se dará somente quando houver perigo de reiteração de conduta lesiva a bens jurídicos fundamentais, parece restar evidenciado que se cumpriria a missão de proteção dos direitos fundamentais, entendendo-se essa como uma das finalidades de um Estado Democrático de Direito. Seria uma exceção justificada e que não se fundamentaria nem na *conveniência da investigação ou da instrução criminal*, quando caberia o requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público.⁸⁸⁰ A prisão deve executar-se de forma tal que só acarrete males ao detido enquanto seja preciso para a finalidade preventiva. Assim, jamais será aplicada mecanicamente; antes, condicionada pela sua conveniência *in concreto*.⁸⁸¹

Ambas as saídas, assim, em termos práticos, acabam por se revestir em medidas acautelatórias que visam evitar a reiteração de lesão a bens jurídicos de relevante valor, mas que, à pessoa a quem se está imputando responsabilidade, em ambos os casos, acabará por se traduzir na restrição à liberdade até que consiga o magistrado formar um juízo de cognição suficiente para caracterizar a conduta como sendo um comportamento típico e ter a certeza de que o mesmo foi externalizado ainda dentro de um período mínimo de enculturação e, assim, revogá-las.

O problema não está, portanto, em terem os casos dos (des)encontros uma índole jurídico-criminal ou não, mas, sim, de ser possível a atribuição de responsabilidade, seja de que natureza for – administrativa, civil, etc. -, a uma pessoa pela externalização de uma expressividade comportamental típica quando ainda não se oportunizou à mesma um período mínimo de enculturação. Vislumbrar

⁸⁷⁹ Ibid. p. 86.

⁸⁸⁰ PACELLI, E.. Curso... Op. cit. p. 581.

⁸⁸¹ BELING, E.. Derecho... Op. cit. p. 378 e p. 380.

o problema não considerando a forma de ser dos povos como um *direito* também traz a implicação impeditiva da própria adoção de políticas públicas que visem otimizar o processo de enculturação, evitando tanto que condutas possam lesar esferas de direitos das pessoas que já convivem sob a égide do Direito quanto respeitando o próprio direito que se defende e, assim, a esfera da personalidade que o fundamenta, constituindo-se, portanto, no próprio respeito à diversidade.

3.3 APENAS UMA QUESTÃO DE *PONTO DE VISTA*?

Outro confronto analítico à tese do *direito da forma de ser dos povos* advém das noções hartianas sobre o *ponto de vista interno*, daquela visão que as pessoas de um dado grupo teriam das regras que as orientariam, ou seja, o “... modo pelo qual o grupo encara o seu próprio comportamento.”,⁸⁸² e sobre o *ponto de vista externo*, que se traduziria seja na visão de um observador não comprometido na ação ou na decisão – *ponto de vista externo extremo*⁸⁸³ - seja um observador já vinculado a elas – *ponto de vista externo moderado*⁸⁸⁴ -. Afinal, poderia se vislumbrar em um dos referidos pontos de vista a consideração das expressividades comportamentais típicas dos povos que fossem levadas à arena jurídica.

Antes do confronto com o *direito da forma de ser dos povos* é interessante notar que o próprio Hart observa que em sociedades com *estruturas mais simples*, em que *não há funcionários*, as “... regras devem ser amplamente aceites como

⁸⁸² HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. 3ª ed. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 100. Isto significaria “... referir-se ao aspecto interno das regras, visto do ponto de vista interno dele.” Id. “... [N]o ponto de vista [interno as pessoas não] (...) se limitam a anotar e a predizer o comportamento conforme às regras, mas (...) *usam* as regras como padrões para a apreciação do comportamento próprio e dos outros.” Ibid. p. 108 e pp. 113-114.

⁸⁸³ O observador não se referiria ao ponto de vista interno do grupo, ou seja, como o grupo encararia as regras num padrão de comportamento e numa obrigação. Ibid. pp. 99-100. O observador apenas anotaria as regularidades dos comportamentos observados e as reações hostis quando da desconformidade comportamental.

⁸⁸⁴ Ocorreria quando o observador “... sem ele próprio aceitar as regras, afirma[sse] que o grupo aceita[ria] as regras e pode[ria] assim referir-se do exterior ao modo pelo qual *e/les* est[ariam] afectados por elas, de um ponto de vista interno.” Ibid. p. 99. O observador se aterá ao modo pelo qual os membros do grupo aceitariam as regras e encarariam os seus próprios comportamentos regulares. Id.

fixando padrões críticos para o comportamento do grupo.”⁸⁸⁵ A invocação das categorias hartianas *sinaliza* que o respeito a *expressividades comportamentais típicas* orientadas por ordens valorativas distintas das do julgador exige, ao menos, um *ponto de vista externo moderado* sobre as mesmas. Afinal, só conseguiria o julgador mensurar se a expressividade comportamental externalizada se trataria ou não de um *comportamento típico* daquele povo se tivesse a mínima percepção de que a pessoa responsabilizada tivera se orientado *conscientemente* pelas regras de seu povo originário. A perspectiva de um *observador* em sentido *extremo*, ao contrário, somente permitiria verificar em uma dada situação judicanda se a conduta em juízo fosse encaixável num padrão comportamental do povo de origem – reiteração de uma prática, uma mera regularidade comportamental verificada -, sem, contudo, mostrar se teria a pessoa consciência ou não do comportamento externalizado.

Contudo, tal *sinalização*, se mais rigorosamente analisada, não se sustenta. Não se pode negar que muito dificilmente um juiz teria condições, sobretudo pela sua formação específica, por si só, conseguir mensurar a *consciência do ato externalizado* pela pessoa acusada, se houve ou não *consciência do ato praticado* segundo os padrões valorativos originários. O adequado seria a solicitação, pelo juiz, de um laudo antropológico que pudesse servir de subsídio técnico à formação do juízo judicativo-decisório quanto a ser ou não a expressividade comportamental externalizada um comportamento típico do povo de origem da pessoa, conforme se esperaria de um homem médio pertencente ao povo de origem do imputado. Também seria inarredável que no referido laudo houvesse a detecção do período de enculturação vivenciado, pois a admissão do *direito da forma de ser dos povos* só é possível quando o referido período ainda não se perfez.⁸⁸⁶ Saber ou não o *grau de consciência* que a pessoa a ser responsabilizada teve quando externalizou uma *expressividade comportamental típica*, portanto, muito pouco auxiliará. O importante é saber se a expressividade comportamental em

⁸⁸⁵ Ibid. p. 129. “Se o ponto de vista interno não estivesse aí largamente disseminado, não poderia logicamente haver quaisquer regras.” Id.

⁸⁸⁶ Também ressaltando a importância das perícias nos casos de crimes culturalmente motivados: DIAS, A. S.. O multiculturalismo... pp. 26-31. Foram-me particularmente importantes os seguintes artigos sobre perícia antropológica: HELM, C. M., LUZ, L., SILVA, O. S.. (Orgs.) **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

apreço era ou não *típica*, se era um comportamento padrão do povo de origem da pessoa responsabilizada. Ademais, não se pode esquecer que comportamentos típicos, padrões, são externalizados *naturalmente*, onde a avaliação do *grau de consciência* ou não da ação não é tarefa das mais fáceis.

Nesse ponto é importante analisar a comumente equivocada invocação que se faz dos dois elementos que haveriam que ser observados em um costume para que o mesmo fosse admitido como um *costume jurídico – dualismo constitutivo* -, quais sejam o *substractum ou elemento material = comportamento repetido e constante* e o *animus ou elemento ideal ou <<espiritual>> = na consciência, na convicção, no reconhecimento, etc.*, do caráter obrigatório do comportamento ou da sua vinculação normativa.⁸⁸⁷ O equívoco seria não considerar os referidos elementos na sua *constitutiva e unitária imanência intencional – ab intra* -, mas numa *determinação ou mera comprovação empírica – ab extra* -, o que mais conviria à *prova* do costume do que ao seu *actus constituente*.⁸⁸⁸

Contudo, quanto ao relevo jurídico a ser conferido a uma expressividade comportamental típica, não se trata propriamente de a considerar um mero *costume* ou mesmo um *costume jurídico*, pois esse não será *incorporado* ao sistema jurídico do julgador. Servirá, antes, tão somente de substrato material que deverá ser apreciado conforme o arcabouço valorativo do povo de origem e não conforme a ordem informadora do julgador.

Restaria saber, então, se bastaria a expressividade comportamental típica submetida à apreciação judicial se constituir tão somente num mero *hábito* ou *uso* ou se seria preciso existir um *elemento espiritual* e, assim, transcendente às próprias práticas e que as orientaria – *regras sociais* -, tal como o Direito exige.

⁸⁸⁷ NEVES, A. C.. Fontes do direito. Contributo... p. 22.

⁸⁸⁸ Id.

3.3.1 O que considerar como *expressividades comportamentais típicas: regras sociais* ou *meros hábitos ou usos de grupos*?

Para Castanheira Neves, tendo em conta a apreciação de um *costume* e a possibilidade de o considerar como um *costume jurídico* perante o Direito, haveria um *erro de perspectiva*. Afinal, do *ponto de vista externo* poderia ser suficiente somente a consideração da "... atitude psicológica dos membros de um certo grupo social para inferir daí a existência (ou para ver aí o indício da existência) de um costume jurídico ..."⁸⁸⁹ Contudo, desde um *ponto de vista interno*, "... (ponto de vista dos próprios agentes e decidentes) do que se trata é de saber se *devem* ou não actuar e decidir de certo modo, saber se uma *norma* os obriga ou não. E, portanto, esse dever e a sua norma terão de ser normativamente transcendententes à própria convicção ou *opinio*."⁸⁹⁰ A convicção do *caráter jurídico* do costume, portanto, haveria que derivar de um *critério objetivo*, de ordem transcendente.⁸⁹¹

Haveria um outro erro, que seria o mesmo que acometeria as "... teorias sociológicas ou psico-sociológicas da <<validade-vigência>> (Geltung) do direito em geral, pois não seria o reconhecimento fático que constituiria e fundaria a validade-vigência da normatividade do direito, mas, antes, a normatividade, desde uma sua fundamentante e constitutiva validade intencional, que suscitaria o reconhecimento social *como direito*."⁸⁹² Confundir-se-ia, portanto, "... a fenomenológica distinção entre a *vigência psicológica* de um certo conteúdo e a *objectividade intencional* desse conteúdo, assim como a diferença entre a *convicção* de um valor e o *valor* que motiva e fundamenta essa convicção."⁸⁹³

A consideração jurídica que o julgador deve fazer num caso decidendo que tenha como razão justificante de uma possível responsabilização a externalização de uma expressividade comportamental típica não pode exigir que o comportamento típico de base demande um tal grau de objetivação transcendente fundamentante.

⁸⁸⁹ NEVES, A. C.. Fontes do direito. Contributo...pp. 22-23, nota n° 49.

⁸⁹⁰ Id.

⁸⁹¹ Id.

⁸⁹² Ibid. p. 23.

⁸⁹³ Ibid. p. 23, nota n° 51. "Distinções de que só o empirista e inaceitável psicologismo cultural se não dá conta." Id.

Isto porque muitos povos não alcançaram um grau de conscientização tal que permitisse autonomizar em um plano superior uma ordem valorativa informadora que transcendesse as próprias práticas e as orientasse, tal como ocorre com o Direito. Pode haver casos em que se trate de um comportamento típico de um povo, mas que ainda não se possa verificar que tal comportamento se oriente por uma ordem de valores transcendente. Muitas vezes pode ocorrer uma mistura entre os planos, não podendo se identificar uma esfera autonomizada, como ocorre com a esfera do jurídico para os povos herdeiros da tradição europeia-ocidental. Isto, porém, não afasta a exigência de verificação pelo julgador se teria havido na conduta em apreço uma correspondência entre a situação que se apresentou à pessoa responsabilizada e a externalização comportamental da mesma. Em outras palavras, haveria que se verificar se a pessoa responsabilizada, uma vez que estivesse em seu povo originário e diante de uma situação fática similar àquela que envolveria a conduta em questão, poderia ou não ter se comportado de forma tal, se poderia ou não ter externalizado tal expressividade comportamental.

Nesse sentido, e valendo-se ainda de Hart, haveria que se indagar acerca de que tipo de comportamentos, de *expressividades comportamentais típicas* poderiam ser consideradas como o *substrato material do direito da forma de ser dos povos*. Seriam somente as *regras sociais* ou *meros hábitos* já seriam suficientes?⁸⁹⁴

Para Hart, haveria três diferenças entre as *regras sociais* e os *hábitos*. O *hábito* seria identificável com a convergência de fato do comportamento do grupo em um dado sentido. Aqui a desconformidade comportamental quanto ao sentido habitual não acarretaria uma crítica. Em havendo algum tipo de crítica se estaria, por sua vez, ante uma *regra social*. Haveria uma *pressão do grupo* para que houvesse uma conformidade comportamental obediente às *regras sociais* assumidas.⁸⁹⁵ Quanto às *regras sociais*, tanto as críticas aos desvios quanto as exigências da conformidade seriam tidas como *boas razões* por ambas as partes. Haveria uma variação tanto em relação à quantidade de pessoas do grupo que considerariam o

⁸⁹⁴ Hart observa que haveria "... um ponto de semelhança entre as regras sociais e os hábitos: em ambos os casos, o comportamento em questão (por exemplo descobrir a cabeça na igreja) deve ser geral, ainda que não necessariamente invariável; o que significa que é repetido sempre que a situação ocorra, pela maior parte do grupo: é o que está implícito na frase <<Fazem-no por regra>>." HART, H. L. A.. Op. cit. p. 64.

⁸⁹⁵ Id.

modo regular de comportamento como padrão a ser tomado em conta nas críticas quanto à regularidade e tempo em que um dado comportamento haveria que subsistir para que fosse considerado como padrão para a crítica.⁸⁹⁶ Por fim, a terceira distinção entre as *regras sociais* e os *meros hábitos* decorreria da consideração do negligenciado⁸⁹⁷ *aspecto interno das regras*. Um hábito geral seria um comportamento observável na maior parte do grupo; um comportamento tido como o *normal*, o *natural* das pessoas do grupo. Não haveria nem uma consciência de que o comportamento seria geral nem atitudes pró-ativas dos membros no sentido tanto de ensinar o comportamento quanto de mantê-lo. Seria algo que se repetiria pela simples observação. Contudo, no caso das *regras sociais*, haveria que se considerar no comportamento externalizado um padrão geral que *deveria* ser observado por todos os membros do grupo.⁸⁹⁸

A problematização da temática da *forma de ser dos povos* com a referida diferenciação entre *regras sociais* e *meros hábitos* coloca como um primeiro fator de consideração o fato de ter sido a *forma de ser dos povos* alçada ou não à categoria de um *direito*. Sendo considerado um *direito* aquele conjunto de *expressividades comportamentais típicas* dos povos, enquanto explicitação conceitual da *forma de ser dos povos*, por todas as razões a que já se aludiu, parece não restar outra saída se não de considerar toda e qualquer *expressividade comportamental típica*, independentemente de ser a mesma ou não considerada pelo povo de origem uma *regra social* ou um *mero hábito*. Não pode ser a possibilidade de uma *crítica*, de uma *reprimenda* por parte do povo originário o fator decisivo na avaliação. Isso pode até ocorrer e, algumas vezes, ocorre tais *reprimendas* em variados graus, com variadas consequências práticas para as pessoas que violam uma dada *regra social*. Basta se recordar aqui de exemplos extremos, como os casos dos enterramentos de crianças vivas por apresentarem algum tipo de deficiência física ou mental, tal como ocorre em algumas tribos indígenas no Brasil.⁸⁹⁹

⁸⁹⁶ Ibid. p. 65.

⁸⁹⁷ Id.

⁸⁹⁸ Id. “Uma regra social tem um aspecto <<interno>>, para além do aspecto externo que partilha com o hábito social e que consiste no comportamento regular e uniforme que qualquer observador pode registar.” Id.

⁸⁹⁹ Para exemplos de tribos nas quais a referida prática ainda existe podem ser citados o caso dos Suruwahás, na Amazônia brasileira, o dos Caiuás, radicados na região do município de

3.4 APENAS UMA QUESTÃO DE COSTUMES?

À tese do *direito da forma de ser dos povos* poderia se objetar, ainda, que se trataria, antes, da consideração de meros *costumes*,⁹⁰⁰ de um conjunto de práticas reiteradas das pessoas de um dado povo que devesse ser respeitado e não um *direito* que encontraria seu fundamento último na própria noção de *homem-pessoa*, pois o Direito, "... fundando-se no próprio ser da pessoa, nos revela e actua uma dimensão necessária e autêntica da ética autonomia humana."⁹⁰¹

Uma primeira observação que se faz necessária é que os problemas derivados dos (des)encontros das diferenças, na maioria dos casos, envolvem o conflito entre ordens valorativas informadoras da vida em comum distintas. Em razão disso não faria sentido explorar a temática dos costumes desde a ótica do *costume jurídico*, tal como deve ser a mesma considerada sob o prisma do Direito, pois a dimensão do especificamente jurídico para outros modelos de reguladores sociais se assenta em outros pressupostos. Muitas vezes o que ocorre é a própria diluição do jurídico em outros planos. Práticas reiteradas de outros povos, portanto, mesmo que entendidas enquanto *costumes*,⁹⁰² não poderiam ser relevadas especificamente

Maracaju, Estado do Mato Grosso do Sul e mesmo o dos Camaiurás, que vivem na região do Alto Xingu, norte do Estado do Mato Grosso. Foi elucidativa para o assunto a reportagem de Raul Dias Filho, exibida no programa televisivo brasileiro *Domingo Espetacular*, no bloco *Reportagem da Semana*, da rede Record de Televisão, veiculada em 2011: DIAS FILHO, R.. Op. cit.

⁹⁰⁰ Mesmo para a consideração de problemas que se cinjam ao Direito e, portanto, voltados a uma realidade histórico-social submetida a tal modelo de regulação da vida social, "... a constituição consuetudinária do direito não pode ser o modo de constituição polarizador ou nuclear das nossas actuais sociedades – sociedades não referidas ao passado mas ao futuro, não tradicionais mas racionais, não de continuidade mas de mutação, etc. O que não exclui, todavia, que a prática jurídica possa revestir-se ainda hoje de *auctoritas* normativa, quer naqueles sectores justamente em que o direito é susceptível de se oferecer como directa expressão das intenções normativas comunitárias (i. é, como expressão de intenções imediatamente consensuais e que, por isso, se podem directamente manifestar numa prática), quer naqueles outros domínios jurídicos em que a insuficiência ou a indeterminação de uma pré-objectivação normativa obriga a recorrer à prática ou a uma constituinte determinação pela prática." NEVES, A. C.. Fontes do direito. Contributo... p. 70.

⁹⁰¹ NEVES, A. C.. O papel... p. 42.

⁹⁰² Para Sadok Belaid, para que um *costume* fosse considerado um *costume jurídico* haveria que possuir em sua base alguns elementos. Um deles seria o *elemento material* e outro o *elemento psicológico*. O *elemento material* se constituiria em um *uso inconsciente, espontâneo, seguido pelos interesses* daqueles que o praticariam. No âmbito do Direito interno o *uso* encontraria a sua origem na prática, essencialmente convencional, que seria seguida por indivíduos e grupos. No âmbito do Direito internacional, por sua vez, o *costume* se traduziria na prática diplomática dos Estados e das organizações internacionais que constituiriam o *uso internacional*. O *uso* se caracterizaria pela repetição de um comportamento ou de uma linha de conduta; seria o hábito de um

como um *costume jurídico*, tal como é de ocorrer para um povo que se oriente pelo Direito.⁹⁰³

Contudo, haveria que se perguntar: não poderia haver algum tipo de situação em que uma comunidade específica partilhasse uma dada prática que, a rigor, mesmo que seus membros tivessem consciência da ordem valorativo-informadora preponderante no país - dos critérios e fundamentos jurídicos que orientariam suas vidas -, pudesse ser entendida como uma prática desconforme ao Direito? Em outras palavras, poderia um dado povo originário, por exemplo, mesmo que conhecedor da ordem jurídica preponderante sobre o território de um dado país, mas que se contrapusesse à sua ordem informadora, manter algum tipo de *expressividade comportamental típica* em seus territórios de origem? A resposta demandaria tanto a consideração de uma tal possibilidade de ordem fática, comum no território sulamericano, desde os povos indígenas, quanto a saída consoante à perspectiva do Direito que se assume: somente um *costume jurídico* e, portanto, que exprimisse um "... comportamento socialmente estabilizado (i. é, constante e repetido), seja em termos de conduta, seja em termos decisórios, em que imediatamente se exprime um normativo vínculo jurídico ou que em si mesmo se impõe como um normativo critério jurídico."⁹⁰⁴ justificaria a admissão para o Direito.⁹⁰⁵ Afinal, só se poderia afirmar-se a juridicidade em um dado *costume*

comportamento. O *elemento psicológico* seria traduzido pelo consentimento dos interessados. BELAID, S.. **Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge**. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1974, pp. 62-64. (Bibliothèque de Philosophie du Droit – Tome XVII)

⁹⁰³ Maria Paula Leite Ribeiro de Faria, por sua vez, analisando a problemática dos *costumes* como fonte de Direito no Direito Internacional Penal, lembra da retirada do art. 21º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional de qualquer referência ao costume entre as fontes de direito aplicável. No entanto, recorda que o §1, alínea b, do referido art. 21º, ao referir-se aos princípios e normas de direito internacional, acaba por incluir o costume implicitamente. Neste sentido, o TEDH "... procedeu a sérios esforços de reconceptualização da regra de reconhecimento do costume no âmbito do direito internacional, fazendo-o depender não só da prova da prática reiterada, e do número de Estados que a ele aderem, como de um duplo teste de 'acessibilidade', ou seja, de uma série de crivos como a previsibilidade da sua aplicação por parte do destinatário (factor de proximidade) e a gravidade dos factos praticados." FARIA, M. P. L. R.. Op. cit. pp. 120-121.

⁹⁰⁴ NEVES, A. C.. Fontes do direito. Contributo... p. 18.

⁹⁰⁵ "Sempre que tal se verifique, deparamos com uma característica unidade entre comportamento e juridicidade, não só no sentido de que no próprio comportamento a juridicidade se manifesta sem quaisquer outras mediações institucionais (o próprio comportamento regulado é o *corpus* da juridicidade reguladora), mas ainda no sentido de que a manifestação da juridicidade, enquanto normatividade, e o seu cumprimento, enquanto realização social dessa normatividade, são simultâneos e indivisíveis: cumpre-se *porque* é costume *jurídico* e no comportamento em que ele se cumpre afirma-se (reafirma-se) e subsiste *como* jurídico *costume*." Id.

jurídico, ou seja, só poderia ser ele reconhecido como *direito consuetudinário* e, assim, como *direito*, caso fosse possível se reconhecer a *distanciação normativa* própria do Direito em geral em relação à realidade social, o que se daria mediante a *assunção de um valor*, de um *princípio regulativo*, de um *padrão normativo*, que se voltasse à tal realidade numa *exigência de dever-ser*.⁹⁰⁶ Ocorre que mesmo no caso de uma prática reiterada, representativa de uma *externalização comportamental típica*, ainda que contrária aos critérios e fundamentos jurídicos que preponderassem em um dado país, esta, em se tratando de um modo típico de manifestação do povo originário, haveria que estar acobertada pelo *direito da forma de ser dos povos* e, portanto, em estando dentro do período de enculturação, haveria que ser respeitada. Isto não exclui que outras medidas, de natureza político-administrativa, antropossociológica ou de qualquer outro viés fossem adotadas visando estabelecer um diálogo produtivo entre os indivíduos de ambos os povos, visando sensibilizar as pessoas do povo originário que dada *expressividade comportamental típica* traria algum tipo de malefício aos seus membros ou que poderia se oportunizar, àqueles que discordassem de tal expressividade, a opção por um outro modelo de convívio, afastando-se de seu povo originário. Sob o viés do especificamente jurídico, portanto, diante de *expressividades comportamentais típicas*, mesmo que externalizadas dentro do território de um mesmo país, mas por pessoas de um povo distinto, haveria sempre que prevalecer o dever de respeito decorrente da própria consideração da *forma de ser dos povos* enquanto um *direito*.

A consideração de um costume por um dado povo enquanto um *direito*, não pode ser, por si só, o requisito para a compreensão do mesmo enquanto uma

⁹⁰⁶ Ibid. p. 20. "... o direito só o será se transcender normativamente o facto. (...) [O costume, portanto, só poderá ser considerado jurídico se puder se verificar que] através do comportamento e no próprio comportamento consuetudinário for intencionalmente assimilada uma validade normativa em sentido próprio (um <<momento de validade>>), um *transcendente* fundamento axiológico que constitua e justifique regulativamente a sua normatividade como normatividade – como uma exigência de comportamento e um critério de dever-ser." Id. Ademais, "... o costume jurídico nunca deixa de ter na sua base uma acção ou uma decisão que, perante uma questão suscitada pela social intersubjectividade, souberam ser, no contexto das validades comunitárias e por referência implícita a elas, a acção correcta ou a decisão justa, ou como tais compreendidas; e que por isso se puderam tornar em acção paradigmática ou em decisão modelo (<<precedente>>) para todos os casos posteriores do mesmo tipo. Que tanto é dizer que também o costume jurídico tem sempre uma origem problemática e normativamente constitutiva." Ibid. pp. 21-22. Para a tematização da forma de experiência jurídica consuetudinária enquanto experiência nuclearmente constituinte do Direito: Ibid. p. 35.

expressividade comportamental típica e, portanto, albergável pelo *direito da forma de ser dos povos*. A *expressividade comportamental típica* deve representar a expressão da própria subjetividade humana daquelas pessoas que externalizam um dado comportamento. A verificação de tal grau de enraizamento/conscientização e relevância significativo-simbólica do comportamento haveria que se dar com o auxílio de laudos antropológicos.

De outro lado, a relevância do costume enquanto fonte de direito no Direito Criminal tem sido colocada como uma questão de desenvolvimento do Direito por parte dos tribunais, apesar da redução do espaço de manobra que os mesmos têm conferido aos costumes. Isto se relacionaria tanto com o predomínio incontestado de uma visão ocidental do Direito, que encararia outros pontos de vista culturais e jurídicos como realidades estranhas, desnecessárias e desadequadas, comprometedoras, portanto, da funcionalidade e da eficácia de todo o sistema normativo, quanto em virtude do entendimento do bem jurídico como um referente abstrato, ainda que um valor penal com fundamento constitucional, porém, incapaz de manter os seus laços e as suas ligações ao mundo real.⁹⁰⁷ No entanto, não se pode esquecer que contingências decisórias equivocadas quanto à adequada relação que deve existir entre o Direito e a realidade, ainda que sirvam de exemplos, não podem representar uma propositura teórica.

Uma vez podendo se entender que o costume importaria ao Direito Criminal justamente por ser um elemento interpretativo capaz de permitir dizer que certo comportamento seria portador de um específico sentido jurídico que não coincidiria com o da norma incriminadora e que, também, possuiria um sentido normativo específico, apto à soluções que não se associariam aos usos ou outros sentidos sociais, pois que teria uma pretensão de validade normativa capaz de interferir com a ilicitude ou com a culpa, ou mesmo de levar à exclusão ou atenuação da responsabilidade penal, pode-se dizer que o costume propriamente dito – norma vigente válida em geral para todos os casos - não se confundiria com o *costume interpretativo*. Isto porque este, ainda que observável, não vincularia o juiz, mudando

⁹⁰⁷ FARIA, M. P. L. R.. Op. cit. pp. 121-122 e nota nº 14, contrariando Hans Welzel, para quem "... o bem jurídico vivia no mundo e tinha que se relacionar com esse mundo envolvente, e o que o conduziu, de resto, ao conceito de adequação social." Ibid. p. 121.

com o tempo e com as circunstâncias. O *costume interpretativo*, portanto, seria aquela adequação de uma norma legal às novas condições sociais.⁹⁰⁸ Contudo, nem mesmo a solução interpretativa resolveria os problemas práticos decorrentes dos (des)encontros das diferenças, pois aqui a tábua valorativa informadora é diferente daquela pela qual se orientará o juiz; não se trata de verificar a adequação de uma norma legal a uma nova condição social, quando ainda não houve a enculturação.

3.5 UMA QUESTÃO DE *USOS* OU MESMO DE *MORES* OU *FOLKWAYS*?

Se o problema de se tratar de um *costume jurídico*, para o Direito desde sua específica matriz, impõe a transcensão normativa sobre o fático, a existência de meros *usos* ou mesmo de *mores* ou *folkways* - William Graham Sumner -,⁹⁰⁹ pode sim ser considerada como *expressividades comportamentais típicas* de um dado povo e, portanto, tendo sido externalizada antes da enculturação mínima, algo que deve ser respeitado como um *direito*. Isto pode se dar, também, observada a peculiaridade da diluição do plano especificamente jurídico em outras dimensões, com algum tipo de *costume* que seja mantido tipicamente. O critério aqui, ao contrário da necessária relevância que deve ser dada à transcensão normativa orientadora para os costumes considerados pelo Direito, não demanda uma tal exigência. O grau de *obrigatoriedade*, de *vinculatividade*, deve se traduzir, antes, em um comportamento típico de um dado povo; aquilo que seria o *esperável* diante de uma dada situação. Não se pode exigir um grau de respeito a uma específica

⁹⁰⁸ Ibid. p. 124.

⁹⁰⁹ SUMNER, W. G.. **Folkways: A study of the sociological importance of usages, manners, customs, mores, and morals.** Mineola/New York: Dover Publications, Inc., 2002. A palavra *Folkways* foi formada por Sumner desde *folk* – gente, pessoas, o gênero humano – e *ways* – usos, costumes, hábitos -. Tal palavra foi aplicada aos usos e às tradições populares, quando implicam o juízo de que conduzem ao bem estar social, exercendo coerção sobre os indivíduos, mesmo que não ordenados por uma autoridade. Quanto aos *mores*, os romanos assim chamavam os costumes, no sentido mais amplo e rico da palavra, incluindo a ideia de que eles serviam ao bem-estar e teriam tradicional e mística sanção, de modo que eram autoritários e sagrados. As sociedades modernas acabaram por perder a referida palavra, juntamente com a grega *ethos*, que designava a soma dos usos, as ideias, os *standards* e os códigos característicos que diferenciavam e individualizavam os grupos humanos. *Mores* representaria o nome daqueles costumes que implicariam noções de bem e verdade em relação ao bem-estar comum. Nos *mores* haveria que se reconhecer uma força dominante da história, por ser condição do que poderia ser feito e dos métodos que poderiam ser empregados. Ibid. p. iii e pp. 36-38.

dimensão *jurídica* justamente porque a autonomização da referida esfera é válida somente para os povos herdeiros do Direito. A *vinculatividade* para outros povos pode decorrer de fatores de outras ordens, como a religiosa, a moral em geral ou mesmo a cosmológica, sem que com isso venha a perder razão o albergamento pelo Direito de tais *expressividades comportamentais típicas* enquanto base informadora do *direito da forma de ser dos povos*.

Sumner, contudo, observa que apesar dos *mores* cobrirem *usos* em matéria de vestimenta, linguagem, conduta, modos, etc., com o manto do costume corrente e regulá-lo e limitá-lo de modo que se faz indiscutível, o limite, geralmente, seria a *tolerância*. Os *mores* fixariam os limites das piadas/brincadeiras, da sensualidade e dos diversos pré-juízos; eles fixariam os limites ou determinariam a desaprovação; flutuariam em suas prescrições; se os limites fossem demasiado estreitos, se produziria um derramamento para dentro de vícios e abusos; de outro lado, se os limites fossem demasiado amplos, não existiria disciplina e a regulação não lograria seus propósitos; a força dos *mores* é que daria validade a diversos costumes;⁹¹⁰ a familiaridade com os costumes impediria todo juízo racional ou fenômeno de experiência e observação; os *mores* criariam uma atmosfera moral e civil através da qual tudo seria visto, impossibilitando um juízo racional, conseqüentemente, em todas as épocas os juízos éticos seriam formados na atmosfera dos *mores* da época respectiva; somente desde uma alta disciplina mental seria possível elevar-se por sobre a referida atmosfera criada pelos *mores* e formar juízos racionais; tal independência mental e esta faculdade ética seriam produtos principais da educação; por fim, os *mores* obscureceriam, às vezes, o juízo, mas, com maior frequência, o orientariam.⁹¹¹

O que se percebe, portanto, quanto tal caracterização dos *mores* por Sumner é que os mesmos estão sendo valorados por alguém que, se não comunga dos mesmos, compartilha deles enquanto membro de uma coletividade que é orientada por eles. O foco conflituoso desde a *forma de ser dos povos*, ao contrário, dá-se quando não há uma comunhão entre a pessoa que valora e aquela que o realiza. Podem existir casos em que as referidas pessoas sejam ambas membros de

⁹¹⁰ Ibid. pp. 521-522.

⁹¹¹ Ibid. pp. 531-532.

um país, porém, pertencentes a povos diferentes, como normalmente ocorre com os povos autóctones sulamericanos.

Os *usos sociais*, por sua vez, seriam aquela "... expressão de representações populares arraigadas há séculos, verdadeiras formas de manifestação cultural, que são em si mesmas dignas de tutela e de protecção por parte do Estado e do ordenamento jurídico."⁹¹² A questão que se colocaria seria a seguinte: "... podemos usar como critério de valoração de uma conduta perante o direito criminal a perspectiva de uma colectividade ou grupo que não tem reflexos ao nível da consciência jurídica geral?"⁹¹³ Faria apresenta duas possibilidades de solução: ou o fato a ser valorado seria considerado como diferente pela comunidade de origem e, assim, haveria que o considerar como criminalmente relevante desde o desvio face à valoração comum que informaria a regra incriminadora, ou haveria que se considerar estas formas de manifestação popular seculares como formas de cultura que mereceriam, enquanto valores em si mesmos, a consideração por parte do ordenamento jurídico entendido em sua totalidade.⁹¹⁴ Ainda que a segunda saída pareça ser a mais acertada, o fato de se tratar de manifestações culturais que, quando muito, ocasionam crimes de menor potencial ofensivo que têm, quase sempre, a complacência da comunidade onde são praticados, acaba por mostrar a vulnerabilidade da opção. A tematização oferecida por Faria apresenta um viés que foca o problema para além do período de enculturação, com o que haveria que se aplicar o tratamento jurídico-criminal que se aplicaria aos demais membros da sociedade. Isto não significa que orientações jurídico-criminais dogmáticas ou mesmo em termos de realização judicativo-decisória não apresentem soluções mais ajustadas e menos drásticas para a consideração prática de certos usos sociais potencialmente menos lesivos para além da enculturação mínima.

⁹¹² FARIA, M. P. L. R.. Op. cit. p. 126.

⁹¹³ Id.

⁹¹⁴ Id.

3.6 APENAS UM PROBLEMA DE RECONHECIMENTO IDENTITÁRIO?

Não resta dúvida de que, no plano político-administrativo, o reconhecimento pelas instituições públicas das identidades é fundamental à preservação e ao desenvolvimento das mesmas, conforme seus membros entendam que isto deva se dar. Haveria uma deficiência em termos de ação político-administrativa se fossem considerados como escopos de políticas públicas somente os interesses mais comuns, como aqueles atinentes à liberdade civil e política, aos rendimentos, à saúde e à educação.⁹¹⁵

Há que se ressaltar, também, que o simples reconhecimento de identidades minoritárias pelos textos constitucionais não tem sido capaz de impedir que os (des)encontros ocorram. Os casos envolvendo a externalização de *expressividades comportamentais típicas* por pessoas de certas tribos indígenas no Brasil e na Colômbia, por exemplo, mostraram que o problema dos (des)encontros humanos não é resolvido desde tal postura político-jurídica. Isto não significa dizer que tais reconhecimentos legais sejam desnecessários. Ao contrário, trata-se de mais um argumento de natureza especificamente jurídica que auxiliará a tomada de decisões em casos de (des)encontros humanos que forem judicializados.

Todavia, os conflitos decorrentes dos (des)encontro das diferenças, que têm se constituído em invasões a esferas de direitos de inúmeras pessoas ao redor do mundo, não podem ficar nem à espera de políticas públicas que reconheçam as identidades, nem contando com o simples reconhecimento político-jurídico de tais minorias identitárias, quando a esfera a ser resguardada possui uma especificidade que exige a sua autonomização. Além disso, a adoção de políticas públicas tendentes ao reconhecimento das identidades não pode se confundir com a adoção de mecanismos jurídicos que, efetivamente, poderão ser convocados para a solução dos problemas de ordem prática que têm emergido.

⁹¹⁵ GUTMANN, A.. Introdução à seguinte obra: GUTMANN, A.. **Multiculturalismo. Examinando a política de reconhecimento.** Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 22. (Coleção Epistemologia e Sociedade – 84)

3.7 APENAS UMA QUESTÃO DE CORRELACIONAR UMA DADA *NECESSIDADE HUMANA* A UM *DIREITO*?

Outra solução jurídica a ser pensada para o problema dos (des)encontros das diferenças seria extraível desde a possibilidade de manutenção da relação *necessidades humanas e direitos*, pois se poderia compreender a *forma de ser dos povos* como uma *necessidade humana básica* e, então, relacioná-la com um respectivo *direito*.

Nesse sentido, o estudo das teorias das necessidades humanas pode trazer algum tipo de contribuição à reflexão, pois “... os direitos fundamentais devem exprimir exigências **éticos**, políticas e sociais que satisfaçam necessidades vitais.”⁹¹⁶ Desde já é de se sinalizar que uma perspectiva que entenda que o cerne da noção de *direitos* decorre não de *escolhas individuais*, nem de *benefícios individuais*, mas, antes, de *necessidades individuais básicas*, tal como observado por John Finnis,⁹¹⁷ pode levar a entendimentos equivocados, como conflitos de ordem prática envolvendo os (des)encontros das diferenças podem deixar de todo evidenciado; afinal, o que pode ser entendido como uma *necessidade humana básica* para um povo pode não o ser para outro, não se resumindo a restrição a um tal entendimento.

Não se quer entender, porém, que o recurso a situações fáticas e a conexões materiais do Direito levem a um entendimento equivocado, sugestivo de algum tipo de relação com o conceito jus-natural da *natureza das coisas*. Quer-se, antes, focar tais relações desde o prisma das necessidades e possibilidades

⁹¹⁶ MARQUES, M. R.. Direitos fundamentais... p. 168. (grifo nosso) No mesmo sentido de que os direitos fundamentais devem estar ligados às necessidades pessoais e que por também possuírem um valor próprio desde suas variadas formas de expressão, constituindo-se, assim, em ponto de referência externo à racionalidade técnica, viabilizando um olhar crítico sobre as relações: GRIMM, D.. Liberdade baseada nos direitos fundamentais em 1848 e hoje. Em: GRIMM, D.. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 90. (Del Rey Internacional – 3)

⁹¹⁷ FINNIS, J.. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 201. (Coleção Díke) Confrontou-se a edição brasileira com a inglesa original: FINNIS, J.. **Natural law and natural rights**. Oxford: Oxford University Press, 2001. (Clarendon Law Series)

materiais,⁹¹⁸ entendidas tais necessidades enquanto *valores* que foram sendo construídos comunitariamente ao longo do tempo, mas que acabaram não sendo devidamente institucionalizados, ainda que, sob a ótica daqueles membros das respectivas comunidades de onde se erigiram, os mesmos foram historicamente construídos, tendo sido institucionalizados ao nível das práticas, sendo, assim, respeitados. Isto é o que ocorre com a *forma de ser dos povos*, que nada mais é do que fruto de construções históricas dos respectivos povos/comunidades. Tais *formas de ser* têm sido colocadas em risco quando são confrontadas com outras *formas de ser*, vulnerabilizando, conseqüentemente, a respectiva *esfera de direito* ou, no lado oposto e em certos casos, podendo levar ao mesmo risco quem acaba por respeitar tais formas exógenas em detrimento das suas.

A proposta, portanto, parte das realidades, de um olhar sobre as próprias práticas humanas e ali procura detectar se, efetivamente, trata-se a *forma de ser dos povos* de um *valor* construído coletivamente ao longo do tempo e, portanto, de uma singular *necessidade básica* que precisa ser resguardada em termos jurídicos.⁹¹⁹ Parte-se da experiência da situação de cada sujeito, conforme sua realidade específica, mas desde o que se erigiu em termos *coletivos*, ou seja, enquanto *valores* que foram sendo construídos pelos respectivos povos para, então, procurar identificar se a *forma de ser dos povos* pode ser entendida como uma *necessidade humana básica*. Não se trata, assim, de uma visão individualista, de um egoísmo radical das necessidades, tal como, de certa forma, pode se perceber em Hobbes.

Considerando-se a tríade *interesses, vontade e razão*, o que se busca é conciliar os interesses individuais sob um viés da comunidade – respeito à liberdade - à qual o *homem-pessoa*, e não mais o *indivíduo*, se encontra inserido, pois a própria noção de *homem-pessoa*, desde sua construção histórico-civilizacionalmente demarcada, encontra no respeito ao diferente um exercício de reafirmação dela mesma. O exercício da vontade pode e deve ser livre, todavia, sem deixar de se ter

⁹¹⁸ ZIPPELIUS, R.. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa: *Quid Juris?* Sociedade Editora Ld.ª, 2010, pp. 133-134.

⁹¹⁹ Não seriam outras as preocupações de Jhering ao expor em sua Lição Inaugural vienense, de 16 de outubro de 1868, apontando tanto as *necessidades* como fonte primordial do Direito, quanto o fato de o Direito dever ser buscado no mundo real e não nas regiões das realidades abstratas do Direito Natural. IHERING, R.. **¿Es el derecho una ciencia?** Traducción de Federico Fernández-Crehuet López. Granada: Editorial Comares, 2002, pp. 66-69. (Colección Crítica del Derecho – 37)

em conta a correspondente *responsabilidade*, seja em termos individuais, seja em relação à coletividade e seja, ainda, em relação à ordem global como um todo; portanto, assente no binômio *direitos/deveres*.⁹²⁰

Nesse sentido, pode-se dizer que a *natureza humana* é a fonte de onde as necessidades vitais do homem emergem. Os instintos humanos, ainda que parcos,⁹²¹ enquanto impulsos vitais, é que despertariam as respectivas necessidades – alimentação, proteção, agressão, etc. -.⁹²² Como *impulsos*, os instintos moveriam homens e animais. Seriam *necessidades biológicas* que precisariam ser satisfeitas para que o homem e os animais conseguissem sobreviver e preservar as suas espécies na luta pela existência.⁹²³

Contudo, as necessidades humanas não podem se restringir àquelas geradas instintivamente. Se em termos evolutivos o homem, em seus primórdios, voltava-se muito mais à saciação daquelas necessidades essenciais à sua sobrevivência, no decorrer de sua caminhada evolutiva outros tipos de necessidades foram sendo relevadas desde a própria consciência humana que foi se formando e

⁹²⁰ Mesmo em se pensando em direitos como o do meio ambiente, que poderia apresentar reflexos a gerações futuras, pois a responsabilidade perante o todo comunitário das condições da coexistência histórico-social comportaria os deveres pela preservação do ambiente comunitário da existência. NEVES, A. C.. O direito interrogado... pp. 78-79. Contudo, isso não significa desconsiderar a existência de reguladores do convívio humano que, desde uma particular cosmovisão, acabam por compreender a *natureza* como parte da própria *humanidade do homem*, tal como sugere a cosmovisão de alguns povos indígenas sulamericanos.

⁹²¹ ZIPPELIUS, R.. **Introdução ao estudo do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 02. Igualmente: AGUILERA, A.. Introdução à obra: GEHLEN, A.. **Antropología filosófica. Del encuentro y descubrimiento del hombre por si mismo**. Traducción de Carmen Cienfuegos W.. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S. A., 1993, p. 11. (Paidós Básica – 62) Agnes Heller, por sua vez, aponta que L. Bernard chegou a catalogar 6.000 tipos de comportamentos tidos como *instintivos*. Bernard teria chegado a tal número desde tipos específicos de ações, humanas e de animais, bem como formas de comportamento, de impulsos e motivos que teriam sido descritos por vários autores como *instintos*. HELLER, A.. **Sobre os instintos**. Tradução de Ana Falcão e Luís Leitão. Lisboa: Editorial Presença, Lda., 1983, pp. 13-14.

⁹²² Para Freud, os *estímulos instintuais* adviriam de dentro do próprio organismo e não do exterior. Eles seriam melhor caracterizados pelas *necessidades*. A satisfação é que as eliminaria, ou seja, desde uma alteração apropriada da fonte interna de estimulação é que a necessidade instintual seria suprida. Daí que a finalidade de um instinto fosse sempre a satisfação, que só seria eliminável a partir do momento que o estado de estimulação na fonte do instinto fosse eliminado. FREUD, S.. **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira**. Volume XIV. Tradução do alemão e do inglês sob a direção de Jayme Salomão. Comentários e notas de James Strachey; em colaboração com Anna Freud; assistido por Alix Strachey e Alan Tyson. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 124 e p. 128.

⁹²³ HELLER, A.. Sobre os instintos..., p. 20. Heller não considera os *impulsos* enquanto *instintos*, mas somente como estímulos internos que podem chegar a produzir um ato instintivo. Ibid. pp. 20-21.

ditando outros referenciais.⁹²⁴

Tratar-se-iam, assim, de *desejos*, de *aspirações* que foram sendo agregados à mera saciação das necessidades vitais. Em se tratando de *desejos*, nada mais seriam do que reflexos *valorativos* em relação a certas coisas ou mesmo comportamentos desejados.⁹²⁵ A sutil diferença que vai se estabelecendo no referido processo de aspirações que o ser humano foi desenvolvendo ao longo de seu processo histórico-evolutivo entre as iniciais *necessidades* e os subsequentes *desejos* radica no fato da possibilidade de saciação de uma necessidade com a conquista de dado objeto, ao passo que os *desejos*, mesmo que satisfeitos, perduram no imaginário humano como *aspirações perenes*.⁹²⁶ Tais *aspirações perenes* acabam por se converter em guias de condutas que, muito lentamente, vão se transformando. Os *valores* também são marcados pela nota da intercambialidade, pois podem remontar a ideias ou mesmo ideais, sendo, assim, permutáveis, podendo se converterem uns nos outros. Aqui se pode perceber a intrínseca ambiguidade que os *valores* possuem. Ambiguidade essa que residiria "... na

⁹²⁴ Kamlah fala da insuficiência que a concepção derivada das formulações psicológicas traria consigo. Para ele "Los estímulos que mueven al hombre desde su interior de manera similar a las fuerzas de la mecánica, están dados de antemano y son simplemente conducibles como el vapor a través de un sistema de tubos. Pueden ser 'reprimidos' o 'sublimados'. En realidad, un modelo mecánico de ese tipo no permite distinción alguna entre apetecer y necesitar y contribuye a justificar el propio apetito como 'fuerza' inmodificable en cada situación." KAMLAH, W.. **Antropología filosófica y ética**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1976, p. 58. (Estudios alemanes)

⁹²⁵ Jean-Paul Resweber aponta que "O valor é uma figura do desejável. Por isso e enquanto tal, envolve uma aspiração e uma representação. Como se sabe, o desejo não finda com um objecto, diferentemente da necessidade." RESWEBER, J.. **A filosofia dos valores**. Tradução e nota de apresentação de Marina Ramos Themudo. Coimbra: Editora Almedina, 2002, p. 13. (Coleção STVDIVM) Não fora outra a percepção de Samuel Pufendorf ao afirmar que "... el hombre es un animal pronto para el deseo en todo momento, con cuyos estímulos se ve sacudido con mucha más frecuencia que lo que parecía necesario para la conservación de la especie." PUFENDORF, S.. Op. cit, p. 34. David Braybrook também entende que o conceito de necessidades não pode ser reduzido ao conceito de *preferências*. BRAYBROOK, D.. **Meeting needs**. New Jersey: Princeton University Press, 1987, p. 23. No sentido oposto, entendendo os *desejos* como algo que dependeria da intenção dos sujeitos, ao passo que as *necessidades* não, e que o que se visaria no caso dos *desejos* seria beneficiar a pessoa, ao passo que quanto às *necessidades* o que se buscaria seria evitar um dano: LUCAS, J.; AÑÓN, M. J.. *Necesidades, razones, derechos*. Em: **Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho**. Madrid: Prisma Industria Gráfica S.A., n. 7, 1990, p. 61.

⁹²⁶ Kamlah observa que "Como el hombre tiene lenguaje y instrumentos, como há modificado y sigue modificando la naturaleza que lo rodea y la suya propia, es decir la que una vez era la propia, como, por lo tanto, sus necesidades 'naturales' de *otrora* en cierto modo siguen existiendo, pero también en cierta manera han sido convertidas, transformadas, en 'necesidades culturales' y completadas por numerosas nuevas necesidades culturales, no es posible lograr una delimitación de los apetitos y tampoco de las 'necesidades naturales' a través de la vía de la ciencia natural y de la medicina." KAMLAH, W.. Op. cit. pp. 56-57.

constante recuperação do desejo pela necessidade e inversamente.”⁹²⁷ A referida operação não seria nenhum tipo de *signal de desvalorização*; ao contrário, o *desejo* fundaria o *valor*, “... alicerçando-o na relação, pois as representações de que se socorre, não são mais, afinal, do que símbolos fundadores do reconhecimento e da reciprocidade. Em contrapartida, a ‘necessidade’ projecta o desejo para dentro das fronteiras da troca e da contabilidade, inscrevendo-o, por esse movimento, no âmbito da economia.”⁹²⁸

Contudo, o diferencial analítico introduzido por Kamlah, especificamente em relação às diferenças entre os verbos *apetecer* e *necessitar*, vem auxiliar o esclarecimento. O limite para que se possa discernir entre *o que faz falta para a vida* – *necessidade* - e *aquilo que tão só nos apetece* – *um apetecer* - não pode ser fixado em termos gerais, pois sempre dependerá da situação histórico-cultural e de muitos outros fatores.⁹²⁹

Todavia, numa analítica conjunta, desde Resweber, no sentido de que os *valores*, orientados desde os *desejos*, reenviam a ideias e ideais que são mais perenes que as meras *necessidades*, poderia se atribuir o rótulo *apetências*, conforme Kamlah, às respectivas *necessidades* de que fala Resweber. De outro lado, as *necessidades*, vistas enquanto *aquilo que efetivamente faria falta para a vida* – Kamlah -, poderiam ser entendidas como os *valores* descritos por Resweber.

Buscando um enquadramento com o ajuste terminológico quanto às diferenças de nomenclatura, desde Kamlah e Resweber, em contraponto com a perspectiva de Agnes Heller, pode-se concluir que: o que Heller denomina *necessidade*, Resweber denominaria *valores orientadores dos desejos* e Kamlah, *necessidades*. De outro lado, os *desejos* de Agnes Heller, seriam as *necessidades* de Resweber e as *apetências* de Kamlah. Dessa forma, pode-se dizer que as *necessidades humanas* haveriam que ser entendidas como *aquilo que*

⁹²⁷ RESWEBER, J.. Op. cit. p. 13.

⁹²⁸ Id. Essa parece ser a preocupação da delimitação conceitual das *necessidades básicas* por John F. Weeks e Elizabeth W. Dore: DORE, E. W.; WEEKS, J. F.. *Basic Needs: Journey of a Concept*. Em: CRAHAN, M. E.. (Ed.) **Human rights and basic needs in the Americas**. Washington, D. C.: Georgetown University Press, 1982, pp. 131-149.

⁹²⁹ Kamlah alerta quando analisa as diferenças, dentro da linguagem ordinária, que podem haver do emprego dos verbos *apetecer* e *necessitar*: KAMLAH, W.. Op. cit. p. 54. Não é outra a preocupação de Amartya Sen quando desenvolve a noção de *capability*, desde um dos seus textos mais recentes: SEN, A.. *A ideia ...* pp. 318 e ss.

verdadeiramente faria falta para a vida em sociedade, ou seja, seriam *valores* informativos. Por sua vez, as meras *apetências*, seriam as aspirações passageiras e contingentes que seriam orientadas por pretensões momentâneas e não por *desejos*. Entretanto, não se pode olvidar que as *necessidades* podem ser entendidas como *construções sociais partilhadas* e não como algo que é *atribuído* pela sociedade aos seus membros, como a noção de *carência*, de Agnes Heller, sugere.⁹³⁰ O caso da *forma de ser dos povos* deixa isso de todo evidente. Ademais, se a noção de *carência* estaria mais próxima de um plano abstrato, referindo-se a uma *média* extraída do grupamento social, a *forma de ser dos povos*, ainda que se traduza naquele conjunto de comportamentos passíveis de serem considerados como *típicos* de um povo, são e estão sendo, constantemente, reconstruídos, forjados pelas próprias práticas, numa relação dialética e diacrônica intimamente relacionada com a própria ordem valorativa informadora da vida, independentemente do grau de transcendência que assumam, fazendo parte, portanto, dessa mesma ordem. O referido conjunto de expressividades comportamentais deve representar a materialização dos valores assumidos por um dado povo.

Apoiando-se, ainda, em Kamlah, remontando às distinções entre o que se *apetece* e o que se *necessita*, efetuadas desde Sócrates e Platão,⁹³¹ não se pode negar que os avanços das ciências apontam para fatores de origem biológica que estão na base não só da constituição humana mas também da própria externalização comportamental; ou seja, que tais fatores co-constitutivos da forma de ser das pessoas têm implicações diretas nos fatores de ordem cultural que, ainda que preponderantes, acabam sofrendo as consequências, requerendo-se, portanto, uma visão holística do homem. Ademais, o limite entre o *que nos faz falta para a vida* e o que *tão só nos apetece* não pode ser fixado em termos gerais, pois depende sempre da situação histórico-cultural, daí resultando o alto grau de

⁹³⁰ HELLER, A.. **Una revisión de la teoría de las necesidades**. Traducción de Ángel Rivero Rodríguez. Barcelona: Paidós, 1996, p. 85. (Pensamiento Contemporáneo – 47) Heller chega a admitir que seria possível falar de *carências da gente* (necessidades sócio-políticas) em termos de necessidades, sem maior especificação. Id. Ela diferencia três aspectos das necessidades: "... el de las necesidades en cuanto tales, el de la relación subjetivo-psicológica con las necesidades y la relación social atributiva con las necesidades." Ibid. p. 86.

⁹³¹ KAMLAH, W.. Op. cit. p. 57. A conclusão de Kamlah é de que seria no campo da ética que deveria ser discutido o critério mediante o qual haveria de se distinguir entre as *verdadeiras necessidades* e as supostas, ou seja, as meras *apetências*. Ibid. p. 61.

complexidade que os casos particulares podem guardar em termos analíticos.⁹³²

Outro ponto inafastável da análise é que variados podem ter sido os constrangimentos que, ao longo do tempo, foram impedindo que fossem valoradas, desde o referencial macro da *justiça*, determinadas expressões comportamentais típicas. Se é certo, como sinaliza Kamlah, que seria no plano ético que as opções haveriam que ser feitas sobre quais seriam as necessidades a serem supridas ou salvaguardadas, quando se volta a temática para o campo dos problemas decorrentes dos (des)encontros das diferenças, percebe-se que o grau de complexidade analítico toma proporções que parecem fugir a qualquer possibilidade de racionalização, sobretudo desde a ótica do *jurídico* e, o que é pior, desde a ótica de um *jurídico* especificamente delimitado em termos civilizacionais.

Aflora-se aqui o problema do inafastável dever de *dizer o Direito* ante os casos práticos que se apresentam aos realizadores do Direito, desde sua específica matriz civilizacional que foi imposta aos povos sulamericanos, quando aos referidos problemas de ordem prática lhes é ínsito um evidente conflito entre modelos regulatórios da vida em comum assente em *valores* diferentes.

O referido ponto é fundamental para se perceber que opções que rumem para um *filtro de solução* baseado numa *ética específica*, na ética informativa do quadro valorativo de apenas um dos povos, como as propostas assentes na *tolerância* correm o risco de se depararem, acabarão, inevitavelmente, convertendo-se em soluções viciadas em termos de uma justeza judicativo-decisória. Não se pode esquecer que o *tolerar*, ainda que possibilitador da admissão do *novo*, só o é tendo em conta os referenciais que a ordem informadora de quem ajuíza um dado problema de ordem prática oferecem, o que coloca um tal referencial analítico-jurídico muito aquém da frutuosidade das diversidades que a realidade pode apresentar em termos conflitivos. Isso, porém, vai se afastando à medida em que a internalização das regras de convívio vai se introjetando nos novos membros. Em uma tal direção, não resta dúvida de que a *balança da justiça* penderá conforme se sobreponham os valores informativos de um dos pólos da controvérsia. Eis aqui, portanto, mais um ponto para se perceber o que se ganha com a noção de uma

⁹³² Ibid. p. 54.

natureza comum da forma de ser dos povos, enquanto referencial analítico-jurídico garantidor do respectivo *direito* daí decorrente e do conseqüente dever de respeito daí exigível.

Tais reflexões permitem chegar, desde já, a uma primeira conclusão: ou se entendem as *necessidades humanas* enquanto figuras do *desejável* e, portanto, enquanto *valores*, pois que somente esses envolveriam uma *aspiração* e uma *representação* ou se diluiria a própria ideia fundante dos direitos em contingências momentâneas, apetências grupais, supríveis também momentaneamente ou, ainda, em *fins* elegíveis ao sabor de vontades localizadas.

As *necessidades humanas*, desde que valorativamente construídas, sejam as relacionadas à segurança, sejam as referentes à liberdade, necessitariam ser albergadas pelo Direito,⁹³³ pois para além de se relacionarem a aspectos essenciais da vida humana, haveria o fator *variabilidade*, que se agregaria enquanto elemento de complexidade, pois as necessidades mudariam, de pessoa para pessoa.⁹³⁴ Respeita-se, portanto, o elemento analítico da construção historicamente forjada e sedimentada por dado povo, pois, do contrário, se tratariam de meras *apetências momentâneas* ou não representativas da coletividade. Contudo, desde um plano estritamente jurídico, entendido enquanto uma dimensão da prática humana, que foi se erigindo historicamente assente em *valores*, validado, portanto, prático-comunitariamente, não se poderia admitir albergar algumas aspirações, restando tão somente ao plano do Legislativo a referida tarefa.

Todavia, não se pretende defender que certos *direitos* acabem sendo uma forma especial de *necessidades humanas*. Tratam-se, antes, de "... dois tipos diferentes de coisas relacionadas uma com a outra de forma complexa e importante ..."⁹³⁵ Se por um lado as necessidades podem ser visualizadas interiormente no ser humano e mesmo nos animais, os direitos só podem ser vistos entre os seres

⁹³³ ZIPPELIUS, R.. Filosofia... pp. 97-98. David Braybrook chega a observar que uma vez sendo reconhecida uma necessidade, essa adquiriria força normativa, de modo que a própria passagem do plano do *ser* ao do *dever ser* ocorreria dentro da função que ela desempenharia. BRAYBROOK, D.. Op. cit. p. 111.

⁹³⁴ Alertando para a premência da busca de um equilíbrio entre os *interesses*, decorrentes das *necessidades*: ZIPPELIUS, R.. Introdução... p. 35.

⁹³⁵ GALTUNG, J.. Op. cit. p. 91.

humanos, ou seja, em termos relacionais.⁹³⁶ *Necessidade*, compreendida em termos *valorativos*, é algo atinente à *pessoa*. Mesmo em se tratando de uma coletividade, o que se tem não são necessidades do grupo, mas, sim, pessoas que possuem, em termos individuais, a mesma necessidade e que, portanto, lutam por alguns direitos justamente em razão das necessidades em comum que possuem⁹³⁷ ou desejam ver dada necessidade devidamente albergada desde o plano do Direito.

É bem verdade que muitas necessidades, ainda que entendidas enquanto *valores*, não possuem uma contrapartida em *direitos*, o que, ao contrário da proposta de Galtung, que sinalizaria para um *alargamento* puro e simples dos direitos,⁹³⁸ requer, antes, o reconhecimento de dado *valor* e a análise crítico-reflexiva das razões que teriam deixado tal valor em uma posição de ofuscamento. Aqui é que a *ideia de certos desvios/constrangimentos culturais e de classe*, que estariam subjacentes, poderiam estar atuando para a manutenção do não reconhecimento enquanto direito de dado valor fundante, ainda que um tal valor não fosse algum especificamente erigido pela comunidade a que uma tal tarefa competiria, como é o caso da *forma de ser dos povos*. A própria consideração da noção de *direitos do homem*, desde a listagem de certos direitos em respectivas Cartas, traz consigo o risco da perpetuação de um cenário de não reconhecimento de dados valores fundantes enquanto direitos a serem respeitados, sobretudo quando os problemas de ordem prática envolvem pessoas oriundas de comunidades assentes em bases valorativas diferentes.

As *necessidades*, portanto, que deveriam ser consideradas só poderiam ser aquelas fruto de um processo comunitário-cultural constituinte das mesmas e,

⁹³⁶ NEVES, A. C.. O direito interrogado... pp. 74-75.

⁹³⁷ GALTUNG, J.. Op. cit. pp. 91-92. A "... satisfação de necessidades apresenta semelhanças com os processos políticos em geral: deve existir alguma *consciência* da necessidade no indivíduo; esta consciência tem de tornar-se social e levar a uma qualquer forma de organização através da mobilização; (...) Este conceito incluiria, de facto, o subconsciente. Presume-se que as necessidades são biopsicológicas e socioculturais nas suas origens e que diferem dos valores em geral devido às consequências da não satisfação: um estado profundo de *dis-ease* (des-conforto), mesmo de desintegração que pode manifestar-se ao nível intrapessoal, interpessoal ou societal, como apatia e-ou rebelião." Ibid. p. 92 e p. 161. Contudo, as *necessidades* precisam ser entendidas *sócio-culturalmente*, enquanto derivadas de um *desejo perene* do ser humano, ou seja, desde *valores* historicamente construídos, para que possam ser passíveis de acolhimento pelo manto do jurídico. Entendê-las diferentemente seria atirá-las ao plano das meras *apetências*, dos *fins contingentes*, passageiros.

⁹³⁸ Ibid. p. 109.

ainda que permanentemente reatualizáveis, não podendo se afastar do fato de terem sido oriundas de *desejos perenes*; ou seja, são verdadeiros *valores* que foram se sedimentando ao longo do tempo, se tornando indisponíveis. Neste sentido, as práticas da própria comunidade em que se erigiriam tais *valores* exerceriam uma pressão conformadora sobre o próprio *direito*, mormente desde as experimentações práticas que vão sendo efetuadas a partir do mesmo. Quando se salta do plano da realidade e se entra especificamente no plano jurídico, precisa se ter em conta que na base do Direito, entendido este enquanto uma dimensão prática do homem, estão valores que vão tanto condicionando os comportamentos quanto sendo condicionados por eles. Não se trata, portanto, de eleger um dado *fim* e a partir disso convertê-lo em um *direito*. Aqui poderia se dizer estar ante uma *apetência* e não propriamente uma *necessidade* axiologicamente construída. Trata-se, antes, de se entender que as *necessidades humanas*, ainda que muitas delas tenham como pano de fundo originário fatores de ordem biológica, são preponderantemente moldadas pelo meio em que são erigidas, ou seja, pelos fatores de ordem cultural.

Partindo da premissa de que a necessidade é que levaria o homem a se movimentar, Rudolf Laban aponta que as satisfações humanas não se restringem a valores/objetos tangíveis, mas também a valores/bens intangíveis. Os movimentos realizados pelo ser humano decorreriam da necessidade que o mesmo possuiria em relação a algum *valor* ou *objeto*.⁹³⁹ Os conflitos, sejam no âmbito interior da pessoa, sejam aqueles exteriorizados, decorreriam do *desejo* que o homem possui em relação aos *valores* almejados.⁹⁴⁰

Nem sempre, assim, é preciso algo material para a satisfação de necessidades. Pode haver casos em que a satisfação de uma dada necessidade dependa diretamente de um ator e, noutros, da estrutura. As necessidades dependentes do ator se vêem ameaçadas quando atos deliberados de um ou mais atores acabam obstaculizando a satisfação das necessidades de terceiros. No caso

⁹³⁹ LABAN, R.. **Domínio do movimento**. Tradução de Anna Maria Barros De Vecchi e Maria Silvia Mourão Netto. Edição organizada por Lisa Ullmann. São Paulo: Summus Editorial, 1978, pp. 19. Também: *Ibid.* p. 156 e p. 159.

⁹⁴⁰ *Ibid.* p. 158. Seria uma contingência da vida a possibilidade de indivíduos possuírem valores diversos, daí decorrendo os conflitos. A busca por tais *valores*, que impregnariam o homem de determinados modelos de movimentos de ação, acabaria por interferir nos destinos individuais e coletivos das pessoas. *Id.*

das necessidades dependentes da estrutura é preciso mexer nas próprias estruturas para que uma dada necessidade possa ser satisfeita.⁹⁴¹

Os *direitos*, assim, são forjados pela realidade, desde as *necessidades humanas*, mas acomodados pelos *princípios ordenativos*⁹⁴² tidos como justos por uma dada comunidade em um dado momento histórico. Princípios esses que vão, constantemente, sendo experimentados e aperfeiçoados pelas realidades que se vão lhe impondo.⁹⁴³ Não se pode desprezar, que um tal processo constituinte não se resume àquele que é vivenciado por povos herdeiros da tradição europeia-ocidental. A *forma* como tal processo se perfaz acaba sendo muito semelhante para outros povos. O que se altera são os *fatores condicionadores* do processo e o *grau de transcendência* que as bases valorativas informadoras possuem. Quando se fala da *forma de ser dos povos* e se diz haver uma *natureza comum* de tal *forma*, é porque o mecanismo através do qual tais modos de ser se constituem é exatamente o mesmo, desde fatores co-constitutivos desse mecanismo que são universais e que vão erigindo modos específicos de ser/de vida, havendo, obviamente, a preponderância de uns fatores em relação a outros, a depender da pluralidade das circunstâncias vivenciadas e das prevalências que vão sendo dadas aos mesmos em um tal processo. O mecanismo de formatação dos modos de vida é *único*.

Assim, mesmo que se rejeite a correlação entre *necessidades humanas* e *direitos*, não se pode negar que a violação de referidas necessidades seja um guia para se perceber que houve alguma ofensa a algum direito já devidamente reconhecido ou que a ofensa a dada esfera fundamental das pessoas implica, portanto, o reconhecimento de um *espaço* para um *novo direito*.⁹⁴⁴

Todavia, não se pode desconsiderar que o reconhecimento de um espaço para a criação de um novo direito, entendendo este já devidamente institucionalizado e salvaguardado em termos jurídico-positivos, apresenta duas faces. Se de um lado pode-se afirmar que tal reconhecimento é um primeiro e fundamental passo para que o mesmo possa ser exigido perante o aparelho estatal

⁹⁴¹ GALTUNG, J.. Op. cit. p. 93.

⁹⁴² ZIPPELIUS, R.. Filosofia... p. 102.

⁹⁴³ "O direito também tem de se apresentar como regulação justa, concordante com o sentido de justiça, para ser aceite a longo prazo pela maioria." Ibid. p. 104.

⁹⁴⁴ GALTUNG, J.. Op. cit. p. 85.

e os demais concidadãos, mesmo num plano internacional, significando isto a satisfação de dada necessidade humana, de outro, as próprias instituições podem acabar se transformando em fontes "... de não satisfação institucionalizada de mais necessidades não materiais."⁹⁴⁵

Poder-se-ia, então, rumar para uma abordagem que vislumbrasse nas próprias pessoas enquanto fontes de satisfação de necessidades, ficando em um segundo plano níveis mais elevados de organização social – Estado, Organizações Internacionais, etc. -.⁹⁴⁶ Talvez aqui esteja a proposta de Galtung no sentido de que seria desde o plano *ético* que se erigiriam as necessidades a serem atendidas. Contudo, há casos em que a prática das relações sociais sinaliza que as pessoas, em geral, não se mostram propícias a serem a fonte de satisfação de uma dada necessidade humana básica, tal como ocorre quando um determinado grupo, ou grupos sociais, ou mesmo a maioria da sociedade como um todo insiste em não reconhecer expressividades comportamentais, mesmo que oriundas de comunidades originárias do referido território.⁹⁴⁷

O problema dos (des)encontros das diferenças parece estar ante um ponto crucial, pois a realidade tem mostrado exemplos de flagrantes processos de discriminação e segregação, única e simplesmente, pelo fato das pessoas de dada comunidade não estarem propícias a aceitar o convívio com pessoas que apresentem formas de ser diferentes das suas.⁹⁴⁸ Isso em hipótese alguma se justificaria quando tais pessoas ainda não tivessem passado por um mínimo de enculturação e, em se considerando superado um tal período, demandaria o ajuizamento dos valores contrapostos e, em casos em que a resposta jurídica não fosse ao encontro das expectativas da pessoa inserida na comunidade acolhedora, ao ponto de a pessoa não mais a uma tal situação querer se sujeitar, a opção

⁹⁴⁵ Ibid. p. 106.

⁹⁴⁶ Ibid. pp. 106-107.

⁹⁴⁷ É o que ocorre com aqueles membros do povo indígena Suruwahá, no Brasil, quando não concordam com a prática do infanticídio.

⁹⁴⁸ No dizer de Galtung, "A fraqueza [de tal proposta que vislumbra nas pessoas grandes fontes de satisfação de necessidades] é geralmente que muitas dessas unidades são vulneráveis aos actores maus que podem expô-las à violência e à repressão, e também usar esse mesmo facto como uma base para a exploração através do <<ajuste>> característico das sociedades feudais: <<Você precisa de protecção, eu estou disposto a fazê-lo e sou capaz de o proteger, mas preciso de alguma compensação, por exemplo, metade de tudo o que você produzir!>> Existe o pressuposto de que se a oferta for rejeitada, violência e repressão seguir-se-ão, imediatamente." Ibid. p. 107.

extrema da busca de uma outra comunidade que admitisse a prática de algumas expressividades comportamentais de seu povo originário.

Diante de tal situação, dentro do período de enculturação, parece que a balança deve pender à salvaguarda da esfera de direito passível de ser lesada, independentemente da aquiescência de todos, pois em se tratando de uma esfera fundamental do ser humano ou, para ser mais preciso, no caso de *expressividades comportamentais típicas* de um dado povo, de todos os seres humanos de uma dada comunidade, de algo que toca a existência mesma das pessoas, se está ante um *valor indisponível*, de algo, enfim, que foi sendo construído e moldado historicamente e que deve ser respeitado. Basta se voltar o olhar para os povos que já incorporam, senão no todo, ao menos significativa parcela da cultura europeia-ocidental, para se perceber que tal esfera representa um dos pilares sobre os quais se assenta o próprio Direito, desde sua matriz específica, que é o regulador da vida em comum de tais pessoas.⁹⁴⁹ A diferença está simplesmente no fato de se tratarem de valores informativos, que orientam diferentemente pessoas de povos distintos, mas que têm seu cerne constitutivo igualmente formado.

E se a filosofia não é algo independente, mas algo que está para algo e por algo, tal *algo* deve ser a "... promoción de la *humanidad auténtica*. El ideal de humanidad auténtica es el que mueve a la filosofía."⁹⁵⁰ E se o Direito, entendido enquanto uma dimensão da prática *humana*, desde uma micro perspectiva assentada na ideia de *pessoa humana*, entendida enquanto uma *aquisição axiológica* - Castanheira Neves -,⁹⁵¹ tal *humanidade auténtica* precisa ser entendida tendo em conta **todas** as *pessoas humanas*, em suas específicas formas de ser, desde suas singulares *expressividades comportamentais típicas*, construídas historicamente enquanto verdadeiros valores fundantes dos referidos povos, fugindo-se do risco de se voltar ao atendimento de particularismos grupais

⁹⁴⁹ Aqui já se pode perceber o problema dos limites que o reconhecimento de um *direito da forma de ser dos povos* encontrará em outros valores que foram se construindo historicamente e se convertendo também em pilares da matriz europeia-ocidental do Direito, tal como o mesmo foi levado aos povos sulamericanos.

⁹⁵⁰ Javier San Martín, desde a conferência intitulada *Valores y racionalidad en los diversos tipos de cultura*, proferida em 24 de setembro de 2012, no anfiteatro 03 da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. (mimeo)

⁹⁵¹ NEVES, A. C.. Pessoa, Direito... p. 33, e, ainda: NEVES, A. C.. Coordenadas de uma ... pp. 863-864.

passageiros ou de um universalismo abstrato. Uma tal concepção não ofende a ideia da *comparabilidade*, enquanto uma das marcas d'água do Direito; antes, robustece os seus fundamentos, pois acentua o valor inarredável da *pessoa humana*, mormente quando a esfera que está em jogo é das mais sublimes, como a *forma de ser dos povos* o é. O que se defende é uma perspectiva autenticamente concreta, fundada na própria ideia do *homem-pessoa*, independentemente do povo de que advenha, sendo tal referencial o *prius* analítico comum a ser empregado para todos os povos igualmente.⁹⁵² Contudo, ao Direito, o que importará na apreciação de um caso envolvendo uma *expressividade comportamental típica* é se tratar a mesma de um comportamento típico do povo de origem da pessoa imputada.⁹⁵³

3.8 APENAS UMA QUESTÃO DE ESPAÇO NO DIREITO PÚBLICO?

Partindo-se do pressuposto do reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* e, tendo em conta a aspiração à fundamentalidade do mesmo em razão da afetação à noção jurídica da *pessoa humana* que é tocada por ele, a sua defesa, parece também se justificar por ser um caso de constatação de um *espaço* no Direito Público.⁹⁵⁴

⁹⁵² É de se observar que as *expressividades comportamentais típicas* dos povos, entendidas enquanto expressões últimas da própria subjetividade das pessoas que compõem dados povos e, assim, enquanto *necessidades humanas* axiológico-historicamente constituídas, devem ser analisadas em cada situação em concreto.

⁹⁵³ Para um aprofundamento da análise da possível correlação entre *necessidades humanas* e correlatos *direitos*, ver Anexo II.

⁹⁵⁴ *Espaços* são aquelas situações em que "... a força determinante de um ordenamento jurídico não basta para distinguir como correto um único resultado." KLATT, M.; SCHMIDT, J.. **Espaços no Direito Público. Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios.** Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, p. 17. Heck usou *espaços* para *Spielräume*. Ao espanhol, Jowers usou *Teoría da discricionariadade* como *Spielraum*: ALEXY, R.. Sobre los derechos constitucionales de protección. Traducción de Rebecca Jowers. Em: MANRIQUE, R. G.. **Derechos sociales y ponderación.** 2ª ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 54. Virgílio Afonso da Silva, tradutor brasileiro da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Alexy, também usa *discricionariadade*, entendida não no sentido específico do direito administrativo, mas como sinônimo de *liberdade de decisão*. SILVA, V. A.. Nota do tradutor à obra: ALEXY, R.. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 12. (Teoria & Direito Público)

Afora uma análise desde a *teoria dos princípios*, que os compreende como *mandamentos de otimização*,⁹⁵⁵ bem como da metodologia empregada por Alexy à temática, dando um especial tratamento ao assunto,⁹⁵⁶ observando, ainda, que tal proposta assenta-se, primordialmente, numa visão que privilegia os materiais jurídicos abstratamente, não se pode negar que os *espaços epistêmicos*, decorrentes de um saber inseguro, debilitam a força de condução do Direito.⁹⁵⁷

Os novos campos no Direito, aos quais há que se incluir o relativo ao convívio das diferenças, seriam mais propícios a tais *espaços*.⁹⁵⁸ O reconhecimento de que o preenchimento dos *espaços* seja uma tarefa legislativa, afastando a competência das Cortes Constitucionais para o controle,⁹⁵⁹ por si só, não pode impedir a atuação judiciária subsidiária e, em primeiro plano, desde casos práticos, quando o não exercício de preenchimento de *espaços* redunde em flagrantes injustiças e quando se esteja ante uma *esfera da pessoa humana* com acentuado

⁹⁵⁵ Para a compreensão dos princípios enquanto *ius* e não como *ratio* ou *intentio*, desde Castanheira Neves: LINHARES, J. M. A.. Na <<coroa de fumo>> da teoria dos princípios. Poderá um tratamento dos *princípios como norma* servir-nos de guia? Em: CORREIA, F. A.; LOUREIRO, J. C.; MACHADO, J. E. M.. (Orgs.) Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 104. (AD HONOREM – 6)**. Volume III - Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 395-421. Nessa distinção, a posição de Alexy sobre os princípios seria vista como os entendendo enquanto *intentio*, onde se verificaria a “... mediação da autoridade–potestas enquanto condição de juridicidade (capaz de converter os princípios em normas). [Seria uma] <<visão binária dos tipos normativos>> (<<as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras>>).” LINHARES, J. M. A.. Material auxiliar para seminários junto aos Cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2016.

⁹⁵⁶ KLATT, M.; SCHMIDT, J.. Op. cit. p. 17. Matthias Klatt e Johannes Schimdt buscam uma saída desde um detalhamento analítico da segunda lei da ponderação alexiana, que deixaria a descoberto certas situações de insegurança no saber. Ver, sobretudo, o Posfácio de Alexy à *Teoria dos Direitos Fundamentais*: ALEXY, R.. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 575-627. (Teoria & Direito Público) A segunda lei do sopesamento não estaria associada à importância material das razões que sustentariam a intervenção, mas à sua qualidade epistêmica. Ela teria o seguinte conteúdo: “Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.” Ibid. p. 617.

⁹⁵⁷ KLATT, M.; SCHMIDT, J.. Op. cit. pp. 21-22.

⁹⁵⁸ Id.

⁹⁵⁹ Cf. entende Alexy (*Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz*), referindo-se a *direitos de proteção*: Ibid. p. 25. Klatt e Schmidt observam a primazia dos estudos de *espaços epistêmicos* do legislador em garantias negativas - Ibid. p. 31 -. Propõem um *modelo de planos*, em que o primeiro seria o *plano da ponderação* e o segundo o *plano do controle*, separando os princípios formais (de competência) da ponderação de princípios materiais – Ibid. pp. 101-107 -. A ponderação seria entre a insegurança existente e o princípio material. Alexy teria usado a noção de *princípio formal* enquanto *regra* e não propriamente enquanto *princípio*. A competência do legislador resultaria, primeiro, da comprovação de um *espaço*. Na fundamentação dos *espaços* o princípio formal não desempenharia nenhum papel – Ibid. pp. 91-101 -.

viés de defesa.⁹⁶⁰ Os casos de (des)encontros das diferenças, ainda que apresentem situações de incerteza empírica quando recém ingressam no Judiciário, permitem, sobretudo desde laudos antropológicos, a formação de uma *certeza* suficiente sobre as premissas empíricas para a formação de um juízo judicativo-decisório ajustado. A dificuldade que se identificou na análise dos casos práticos de (des)encontros foi por não haver um *critério* ou mesmo *fundamento jurídico* com o devido grau de correção para tais situações.⁹⁶¹ Tal ausência de um critério ou fundamento jurídico deve ser suprida ao nível judicial.

Buscando um melhor enquadramento da questão, pode-se dizer que há dois tipos de *espaços* no Direito: os *estruturais/substanciais* e os *epistêmicos*. Há aqueles quando a constituição nem ordena nem proíbe algo;⁹⁶² há estes quando o conhecimento daquilo que a constituição ordena, proíbe ou libera é inseguro.⁹⁶³ Os *espaços epistêmicos* é que guardariam maiores problemas, pois a liberdade/vinculação do legislador para decidir não seria evidente. Duas seriam as causas da insegurança no conhecimento que constituiriam os *espaços epistêmicos*: as premissas *empíricas* (*espaço* de conhecimento empírico) e as *normativas*

⁹⁶⁰ Reconhecer o *direito da forma de ser dos povos* seria uma forma de praticamente se eliminar possíveis *margens* de livre apreciação – *espaços* - que casos de (des)encontros das diferenças colocam aos juizes. Para além do resguardo de tal importante esfera da *personalidade*, se ganharia em termos de justiça judicativo-decisória. A respeito das citadas *margens*: LARENZ, K.. **Metodologia da ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 413-419. Seria problemático saber *quão grande* seria o espaço dos juizes, configurando-se no problema nuclear dos *espaços de conhecimento normativo*: KLATT, M.; SCHMIDT, J.. Op. cit. p. 81.

⁹⁶¹ Afonso da Silva observa que em havendo premissas empíricas que fundamentem uma decisão sobre certa colisão de direitos fundamentais que não sejam seguras, quando os efeitos da decisão não pudessem ser previstos com absoluta segurança, poderia haver mais de uma decisão para o mesmo caso, havendo, mesmo assim, a satisfação da otimização. As soluções se encontrariam em *relação de paridade*. A desigualdade das soluções não permitiria afirmar que seriam umas e outras melhores ou piores. Em tais situações a decisão seria tarefa *exclusiva do legislador*. SILVA, V. A.. Teoría dos princípios, competencias para la ponderación y separación de poderes. Em: SIECKMANN, J.. (Ed.) **La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 252 e p. 254, ressaltando que haveria que existir uma *carga argumentativa adicional* da parte do juiz para sobrepor sua decisão à do legislador, sendo, todavia, incerto que a paridade pudesse ser desfeita por meio de uma simples argumentação jurídica.

⁹⁶² Este seria um dos dois tipos de discricionariedade legislativa, a *discricionariedade substancial ou estrutural*. ALEXY, R.. Sobre... p. 78. Haveria um *silêncio no conjunto das normas jurídicas*: KLATT, M.. Taking Rights less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion. **Ratio Juris**. Vol. 20. Nº 4. December, 2007, p. 518.

⁹⁶³ Aqui se estaria ante uma *discricionariedade epistêmica*: KLATT, M.; SCHMIDT, J.. Op. cit. p. 81.

(*espaço* de conhecimento normativo).⁹⁶⁴ Os casos dos (des)encontros das diferenças parecem guardar relação tanto às premissas empíricas – quando os casos recém ingressam no Judiciário -, quanto às premissas normativas.

Se para os três tipos de espaços/discricionariedade substantiva/estrutural - a para a seleção dos meios, a para a fixação dos fins e a para a ponderação -, somente a discricionariedade *para a seleção dos meios* é que se relacionaria com direitos constitucionais vinculadores de uma ação positiva do Estado; as outras duas discricionariedades seriam encontráveis também nos direitos de defesa.⁹⁶⁵ A *discricionariedade de fins* estaria clara quando estivesse em jogo as restrições a direitos de defesa, quando o Legislativo poderia limitar o desfrute.⁹⁶⁶

Em se considerando o *direito da forma de ser dos povos* como um direito subjetivo de defesa, como se mostrará, restaria ao legislador, futuramente, a incumbência de restringir o desfrute do referido *direito ao período de enculturação*, o que não afasta um tal sentido atual também em termos judicativo-decisórios. Seria uma forma de promoção, pelo legislador, do objetivo de respeito à própria forma de ser tanto do povo da cultura dominante quanto das culturas minoritárias - respeito à proporcionalidade -.⁹⁶⁷ A necessidade de limitação, portanto, parece inafastável. Se *espaços estruturais* existem onde a constituição não contém mandamentos ou proibições correspondentes,⁹⁶⁸ o caso do *direito da forma de ser dos povos* aí também se enquadraria justamente porque as constituições, ao menos sulamericanas, nem ordenam suficientemente a externalização de *expressividades comportamentais típicas*, resguardando-as como algo que toca a própria noção da *personalidade*, nem proíbem as mesmas; enquanto *manifestações culturais*, não implicam na ofensa a alguma esfera de direito da cultura preponderante na região.

De outro lado, os estudos de casos⁹⁶⁹ mostraram que o conhecimento daquilo que as constituições ordenam sobre as *formas de ser*, quando muito referidas aos *modos de vida*, é *inseguro*, constituindo-se, assim, também em um *espaço epistêmico*. As referências constitucionais genéricas, seja quanto ao respeito

⁹⁶⁴ Ibid. p. 26.

⁹⁶⁵ ALEXY, R.. Sobre... Ibid. pp. 79-80.

⁹⁶⁶ Ibid. p. 80.

⁹⁶⁷ Ibid. pp. 81-82.

⁹⁶⁸ KLATT, M.; SCHMIDT, J.. Op. cit. p. 91 (nota nº 147).

⁹⁶⁹ Afora os citados, ver o Anexo III.

à *cultura*, seja quanto à *tradição*, aos *costumes*, aos *usos* ou mesmo às *formas de vida*, sem uma referência clara às *expressividades comportamentais típicas*, entendidas enquanto um *direito*, não têm propiciado a formulação de juízos judicativo-decisórios com um suficiente grau de justiça.⁹⁷⁰ Isso sinaliza haver uma insegurança epistêmica quanto às *premissas normativas*; seria um caso de *espaço de conhecimento normativo*.⁹⁷¹ Afinal, mesmo dentro de um quadro analítico

⁹⁷⁰ Uma vez que o controle judicial sobre as apreciações jurídicas são completamente controláveis – Ibid. p. 106 -, não cabendo o controle, contudo, das comprovações dos fatos empíricos, potencializa-se a responsabilidade dos juízes de primeiro grau quanto à adequada caracterização da expressividade comportamental originária de eventual responsabilização ser considerada *típica*. O papel dos peritos, portanto, é de crucial importância. O órgão de controle poderá, no entanto, aclarar a função do laudo pericial na justificação externa – Ibid. p. 110, pp. 123-124 e p. 126 -. No *plano do controle* tanto a justificação da ponderação interna (o órgão controlador revisa se o controlado ponderou adequadamente, verifica a falta/déficit de ponderação – Ibid. p. 119 -, se todos os parâmetros foram considerados; é verificado se o resultado da ponderação resulta das premissas citadas para a fundamentação, ou seja, trata-se da relação inferencial da derivação de um resultado de premissas dadas – Ibid. p. 37 -, onde tem lugar um controle amplo – Ibid. p. 147 -) quanto da externa (aqui se verifica se e até onde o órgão controlador pode substituir as valorações do controlado – correção das premissas -, daí ser mais problemático; um interesse pode ser ponderado, mas seu significado ignorado – Ibid. p. 119 -) são efetuadas – Ibid. pp. 103-104 e p. 151 -. Assim, caberá aos juízes de primeiro grau posicionarem-se quanto a um *espaço epistêmico-empírico* – Ibid. p. 106 -. Em pormenor: KLATT, M.. Taking Rights less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion. *Ratio Juris*. Vol. 20. Nº 4. December, 2007, pp. 517-518.

⁹⁷¹ KLATT, M.; SCHMIDT, J.. Op. cit. pp. 71 e ss. Haveria certa dificuldade em distinguir *espaços epistêmico-normativos* de *espaços estruturais*. Ibid. p. 73. Nestes, a escolha feita pelos juízes entre as possibilidades dentro do espaço estrutural seriam juridicamente liberadas, sendo, por isso, *uma valoração e uma quantificação políticas*. O resultado aqui seria facultativo, ao passo que nos *espaços de conhecimento normativos* a seleção seria entre possibilidades *jurídicas* distintas. ALEXY, R.. Teoria... p. 622. A insegurança seria quanto ao *saber* de uma decisão de seleção, sendo que no plano *estrutural* essa decisão seria pensada como algo determinado juridicamente de forma clara, ressalvando-se que em tal *plano estrutural* existiriam o âmbito do devido, do proibido e do permitido, não se podendo afirmar, portanto, da suposta existência de uma única resposta correta. KLATT, M.; SCHMIDT, J.. Op. cit. p. 74. Os autores entendem que a separação entre os *espaços estruturais* e os *epistêmico-normativos* de Alexy careceria de uma complementação explicativa. Ibid. pp. 74-76. O *nível estrutural* haveria que ser aferido, ao menos em alguns casos, antes do *nível epistêmico*, pois a distinção entre o ordenado, o proibido e o permitido no *nível estrutural* não deveria ser coberta em todos os casos pela *discricionariedade epistêmica*. A discricionariedade epistêmico-normativa significa que os juízes a têm na separação entre os três reinos do que a lei manda, proíbe ou deixa em aberto. Seria uma espécie de *competência-competência*, ou seja, uma competência sobre os *limites da discricionariedade estrutural*. Assim, na distinção entre os níveis estrutural e epistêmico-normativo, ao menos em alguns casos, os juízes não teriam *competência-competência*, de modo que seria o próprio Direito que indicaria quando os juízes teriam ou não a discricionariedade epistêmica. Haveria casos, assim, que esta estaria completamente ausente – casos epistêmico-normativo claros -. Isso não os caracterizaria como uma ausência de discricionariedade estrutural, pois ainda seria possível que o caso tivesse sido compreendido dentro daquilo que o Direito teria deixado em aberto. O último passo na distinção entre os níveis estrutural e epistêmico-normativo se refere à existência de casos epistêmico-normativos claros, o que dependeria do conteúdo concreto, da complexidade e da coerência dos sistemas jurídicos existentes, sendo decorrência de um sistema jurídico minimamente eficiente. KLATT, M.. Op. cit. pp. 525-526. Dada a dificuldade distintiva entre tais *espaços*, há fortes indicativos de que o *direito da forma de ser dos povos* se enquadraria também

convocante somente de premissas normativas *in abstracto*,⁹⁷² como sugere a proposta de Alexy, haveria tanto a possibilidade jurídica do legislador deixar a solução da externalização de *expressividades comportamentais típicas* sob o viés jurídico-criminal e, assim, merecedora de uma regulamentação ao nível das hipóteses de *erro*, como a análise jurídico-criminal mostrou, desconsiderando a esfera da *personalidade humana* que está por detrás de tais expressividades, o que resguardaria outras esferas de direitos que pudessem, eventualmente, ser lesadas por eventuais externalizações das mesmas, quanto regulamentar o referido *direito da forma de ser dos povos*, limitado ao período de enculturação, abrindo margem para que, eventualmente, algumas esferas de direitos fossem lesadas pelas *expressividades comportamentais típicas*. Haveria, portanto, entre os referidos direitos um impasse epistêmico de caráter normativo, pois direitos fundamentais estariam envolvidos em ambos os lados.⁹⁷³

4 A NECESSÁRIA PERQUIRÇÃO DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS E DE JULGADOS RELACIONADOS À TEMÁTICA.

Afora a análise de índole dogmática, que procurou mostrar as insuficiências que os caminhos adotados para o tratamento da temática dos (des)encontros das diferenças têm apresentado, a investigação como um todo, uma vez possuindo uma índole *jurídica*, demanda tanto a perquirção dos textos constitucionais e legais dos países sob análise, o que já se fez em algumas das análises críticas, quanto eventuais julgados das Cortes Constitucionais dos países sulamericanos ou mesmo de outros tribunais ou juízos monocráticos. Também não se pode desprezar eventuais julgados relacionados, envolvendo os países sulamericanos e questões

como um caso de *espaço estrutural* ao demandar uma limitação em seu desfrute, respeitante ao período de enculturação.

⁹⁷² KLATT, M.; SCHMIDT, J.. Op. cit. p. 80. Klatt e Schmidt citam o exemplo da dificuldade de enquadramento pelo Tribunal Constitucional Federal alemão de se tratar de uma hipótese de perigo *in abstracto* ou *in concreto* – Ibid. p. 86 -.

⁹⁷³ ALEXY, R.. Teoria... p. 622. "... la garantía de una discrecionalidad cognitiva de tipo normativo se basa en la incertidumbre sobre lo que la constitución obliga, prohíbe o faculta ..." SILVA, V. A.. Teoría... p. 257. Daí que a divergência ocorreria somente ao *nível ideal*, no qual as possibilidades cognitivas seriam ilimitadas, e não ao *nível real*. Id.

relativas a tais (des)encontros apreciados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, haja vista alguns dos referidos países já terem ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e estarem sujeitos à jurisdição da referida Corte.

Em razão dos dispositivos constitucionais relativos à temática, tal como insculpidos na Constituição do Brasil de 1988, já terem sido analisados ao longo da tese, restringir-se-á a referida análise ao referido país para eventuais casos que tenham chegado à Corte Interamericana de Direitos Humanos ou mesmo algum tipo de analítica envolvendo questões práticas relacionadas à temática, ainda não mencionadas no texto principal.

Dadas as limitações de ordem espacial que circunscrevem a presente investigação, remete-se o leitor à análise do Anexo III para a exploração completa dos textos normativos e casos estudados. No entanto, pode-se dizer que nenhuma das Cartas Políticas dos países sulamericanos apresentou algum texto normativo-constitucional que permitisse a formulação de decisões judiciais com um adequado grau de justeza judicativo-decisória para enfrentamentos de casos de (des)encontros das diferenças. No mesmo sentido, as decisões judiciais monocráticas e colegiadas analisadas mostraram as dificuldades de ordem prática que magistrados têm enfrentado para bem fundamentarem decisões que envolvem (des)encontros humanos, o que só reforça a necessidade da criação de um específico critério jurídico – *direito* - que tenha como âmbito de proteção a *forma de ser dos povos*, nos termos desenvolvidos.

5 BREVES NOTAS SOBRE ALGUNS ASPECTOS METODONOMOLÓGICOS⁹⁷⁴ DA PROPOSITURA TEÓRICA.

O enfrentamento, mesmo que breve, de algumas questões de índole metodonomológica que o reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* trará consigo demanda, inicialmente, a análise daquelas condições inafastáveis para que se possa falar da *emergência do Direito* - Castanheira Neves -. Afinal, operacionalizar um novo critério ou fundamento jurídico carrega consigo o pressuposto da necessária eclosão das referidas condições.

Nesse sentido, relacionando com a correlação *necessidades humanas* =

⁹⁷⁴ A expressão *metodonomologia* foi cunhada por Fernando José Couto Pinto Bronze. Resumidamente falando, parte-se do princípio de que o exercício jurídico-metodológico, *metodonomológico*, possui duas dimensões indissociáveis. Uma delas seria a dimensão *noética*, que voltaria sua atenção ao *como se pensa* e, por outro lado, a dimensão *noemática*, que visaria ao *o que se pensa - o que está em causa - o pensado*. Isto assim se perfaria por se tratar de uma exigência da realização do juízo decisório *in concreto*, ou seja, se trataria o referido *juízo decisório* de um problema da articulação entre o *problema judicando* e o *sistema fundamento*. A palavra de origem grega *método*, qual seja o caminho para se chegar a um fim, seria tipicamente da mundividência moderna, não fazendo sentido, em tal época, falar-se de *logos*, daí utilizar-se o termo *método* de forma isolada. O termo grego *logos*, por sua vez, compreenderia a *ratio - idéia de um discurso estruturado* - e a *oratio - idéia de uma elocução*. Desta forma, para o normativismo moderno-iluminista o pensamento era lógico-dedutivamente acessado. Aqui o Direito se enunciava através de normas. Esta etapa teria precedido o positivismo-legalista, ainda que o tipo de pensamento permanecesse o mesmo, qual seja o *lógico-dedutivo*; o Direito aqui passou a ser enunciado por *imperativos*. Daí que tanto para o normativismo moderno-iluminista, quanto para o positivismo-legalista fosse admitida implicitamente uma orientação por um *método*. Tais tipos de formulações não privilegiavam o *logos*. A cientificidade passava pela objetividade, mas uma objetividade que difere daquela de que se vale a argumentação, pois aqui a objetividade é baseada numa intersubjetividade radicada na subjetividade. Sinais de que a referida concepção estaria equivocada emergiram a partir da conferência *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, proferida em 16 de outubro de 1868, em Viena, por Rudolf von Jhering, onde o paradigma fora colocado em causa. Jhering teria apontado que o confronto com o *caso*, e não mais apenas com os *fatos*, obrigava ver a norma de uma perspectiva diferente, ou seja, a norma passaria a ser vista pela *perspectiva do caso*: “Los casos prácticos me muestran los preceptos legales bajo una luz distinta, desde un lado diferente, al que hasta ahora estaba acostumbrado a examinarlos.” IHERING, R. Op. cit. p. 84. O *sentimento de justiça* seria o *Leitmotiv* que permitiria a insurgência do jurista prático, sobretudo do juiz, com um preceito. Ibid. p. 85-87. A partir de então é que passou a fazer sentido falar em *metodologia* e não mais somente em *método*. O pensamento interveniente passou a ser co-modulador do exercício, dos termos da relação. Assim, o *logos* passou a fazer parte do problema. O caminho a ser percorrido, a partir de então, teria que ser *racionalmente* percorrido. O *nómos* seria no sentido de *decisão*, pois *thésis* seria a *prescrição jurídica*, ou seja, a *norma jurídica legal*. Daí que *metodonomologia* poderia ser traduzido como o *caminho racionalmente percorrido pela decisão jurídica*. Para o texto em que fora formulada a expressão: BRONZE, F. J. C. P.. **A metodonomologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico**. Coimbra, 1990. (Tese de Doutoramento) Ou, ainda: BRONZE, F. J. C. P.. **Pensamento jurídico (Teoria da Argumentação). Relatório com a justificação, o sentido, “[...] o programa, os conteúdos e os métodos de ensino [...] da disciplina [...]”** Coimbra, 2003, pp. 74-77. (Mimeo) Sobre o acolhimento da matriz analógica do Direito, conforme proposta de Pinto Bronze: KAUFMANN, A.. *Filosofia do Direito...* p. 109.

direitos, é inafastável, também, a compreensão das *necessidades humanas* enquanto *valores construídos historicamente*, pois só assim as mesmas se revestirão do caráter da *validade* que o Direito exige,⁹⁷⁵ desde aquela sua *força de agregação normativa*, impulsionada pelo seu movimento centrípeto específico,⁹⁷⁶ pois que propiciador de um realizar-se dialético-dialogicamente, que se funda, portanto, na própria noção de *homem pessoa* enquanto *aquisição axiológica*.⁹⁷⁷

É assim que, quanto às *condições constitutivas de emergência do Direito*, pode-se dizer que se há algo efetivamente comum, independentemente da cultura de que se esteja falando, dentro da *condição mundanal*, esse seria justamente o problema da *partilha do mundo*.⁹⁷⁸ As pessoas, sejam de onde forem, têm necessidades e a vida em comunidade lhes impõe a repartição dos escassos recursos; ou seja, o outro, ao mesmo tempo em que é um mediador para a

⁹⁷⁵ Cf. Castanheira Neves, sobretudo desde a conferência proferida em 24 de setembro de 2012, no anfiteatro 03 da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, intitulada *Superação no universo jurídico do dualismo norma-valor pela reconstituição crítica do Direito como validade*. Fala essa convertida no texto: NEVES, A. C.. O direito como validade... pp. 154-175. *Validade de direito* seria aquela que ele próprio – o Direito – constitutivamente traduziria ou normativamente manifestaria. Ibid. p. 160. Seria "... uma categoria indefectível, mesmo definidora, do universo do direito em si mesmo." Ibid.p. 154 e p. 160. Aquela validade pensada "... autenticamente como referente *fundamento* de intencionalidade e expressão axiológico-normativa a invocar como exigência normativa na prática humano-social e em todos os juízos decisórios suscitados por essa prática. Nestes termos a validade do direito, e que o direito é, traduz um sentido normativo (desde logo nos valores e princípios que substantivem) que transcende as posições e as pretensões individuais de uma qualquer relação intersubjectiva e os transcende pela referência e a assunção de uma fundamentante normatividade de sentido integrante e assim vinculante para todos os membros de uma comunidade prática [– também em Ibid. p. 172 -], e em que, por um lado e por isso mesmo, os membros aí em relação se reconhecem nela de igual dignidade e em que, por outro lado, obtêm uma imputável determinação correlativa que não é o resultado de mera vontade ou posição de preponderância de qualquer dos membros da relação ou sequer do poder com a sua autoridade, mas expressão concreta das suas posições relativas nessa unidade de sentido fundamentantemente integrante." Ibid. pp. 163-164. *Validade, portanto, que tem seu fundamento numa autônoma transcendentalidade histórico-normativa do direito*. Ibid. p. 167. Tudo a partir da compreensão do Direito e do seu específico sentido, de um "... sentido de uma validade normativa específica e de uma explicitante normatividade própria, sustentado por uma estrutura problemático-dinamicamente constitutiva e inteligível numa racionalidade sistematicamente reintegrante dessa sua dinâmica constituição." Ibid. p. 173.

⁹⁷⁶ Para a construção analítica do Direito como uma expressão da sua autonomia axiológico-normativa em uma base auto-transcendente, desde sua específica forma de *movimentar-se*: GAUDÊNCIO, A. M. S.. From centrifugal teleology to centripetal axiology (?): (in)adequacy of the movement of Law to the velocity of *praxis*. Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Volume LXXXVIII. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 91-103, especialmente o subitem "3": Ibid. pp. 102-103.

⁹⁷⁷ NEVES, A. C.. *Pessoa, Direito...* p. 33, e, ainda: NEVES, A. C.. *Coordenadas de uma reflexão...* pp. 863-864. (mimeo)

⁹⁷⁸ Quanto às condições constitutivas da emergência do Direito: Ibid. pp. 837-871, ou, ainda: NEVES, A. C.. *O direito interrogado...* pp. 60-61.

satisfação das necessidades, é também um obstáculo pelas suas necessidades que precisam ser supridas.

De outro lado, o núcleo da *condição antropológica* radica no fato de que os critérios da partilha não estão codificados no homem em termos biológicos, pois esse se trata de uma espécie *inacabada*. Assim, é o próprio ser humano quem precisa *inventar/criar* as referidas regras da partilha. É justamente isso que permite ao homem possuir histórias diferentes. Afinal, se a partilha é uma nota comum a todas as pessoas, tudo que estiver relacionado àqueles bens eminentemente básicos à sobrevivência da espécie, tudo que tocar o que há de fundamental ao homem, merecerá uma atenção especial. Atenção essa que, para os povos assentados em uma matriz civilizacional de tipo europeia-ocidental e que têm o Direito como o regulador da vida em comum, poderia se traduzir em respectivos *direitos* assegurados.

Nesse sentido, e desde uma perspectiva judicativamente microscópica – centrada no *homem* -, o foco haveria que ser direcionado sobre uma solução de validade normativa dos problemas de ordem prática que emergiriam da prática humana concreta, ou seja, do viver em sociedade.⁹⁷⁹ Então se pergunta: tendo em conta, especificamente, os problemas de ordem prática decorrentes dos (des)encontros das diferenças, não se estaria já perante uma situação em que pedir ao Direito, entendido este desde uma coerência de sentido e intencionalidade, implicaria transitar fora do terreno do *jurídico*, esmaecendo a sua especificidade constitutiva?⁹⁸⁰ A complexidade aumenta em se colocando a questão do risco de se identificar na proposta uma solução de simples remissão à prescrição jurídica ainda inexistente, podendo-se daí extrair que se estaria ante uma propositura estritamente legalista.⁹⁸¹

A resposta? É o próprio jus-filósofo de Coimbra quem a fornece, partindo de uma concepção axiológico-normativamente fundada do Direito. Sem as *condições de emergência do Direito*, não se poderá falar estar ante o domínio do Direito, não havendo, portanto, um problema especificamente *jurídico*. Voltando-se

⁹⁷⁹ Ibid. p. 59.

⁹⁸⁰ Para os *limites* da juridicidade: Ibid. pp. 69-81.

⁹⁸¹ Advertência inspirada em Castanheira Neves. Ibid. pp. 69-70.

aos problemas de ordem prática que têm emergido dos (des)encontros das diferenças e as respostas jurídicas possíveis, não resta dúvida de que se está ante uma *situação socialmente objetiva*, pois o que seriam tais (des)encontros senão um caso de *partilha* de um dado espaço do mundo? O mesmo se diga para a necessidade da dialética *personalidade e comunidade*, pois se trata da possibilidade de exercício da autonomia a exigir o correspondente dever de respeito pelos demais membros da comunidade em que se encontra a pessoa estrangeira ou membro de uma comunidade, mas portadora de uma forma de ser específica de seu povo de origem, ainda que distinta daquela que prepondera em termos culturais e que é a orientadora do Direito de que se valerá o julgador. Por fim, o que se agride em um conflito decorrente desses (des)encontros é justamente o cerne axiológico da *pessoa*, colocando-se em causa, portanto, a própria *eticidade da pessoa* – a pessoa enquanto *sujeito ético de direito*, de *autonomia* e de *deveres e responsabilidade*, assentando-se tudo, obviamente, em uma base fundamentante distoante daquela que é tomada em consideração quando da apreciação jurídica de um eventual problema de ordem prática.⁹⁸²

Mas, estando preenchidos os requisitos para se confirmar estar ante uma situação de *Direito*, a exigir, portanto, uma resposta jurídica, seria a simples positivação de um dado *direito*, ainda carente da identificação de seu âmbito de proteção, a solução do problema? Ou a saída para a problemática passaria antes pela própria compreensão das *expressividades comportamentais típicas* de um dado povo, enquanto *expressões últimas das subjetividades humanas* que a constituíram e modelaram, entendidas como *valores construídos e transformados historicamente*, ainda que em variados graus de transcendência, entendendo-os, assim, enquanto *necessidades humanas axiologicamente fundadas* e que deveriam ser reconhecidas no âmbito de casos práticos pelo próprio julgador?

⁹⁸² Ibid. pp. 70-71. Cf. Castanheira Neves: "... estaremos perante um problema de direito – ou seja, um problema a exigir uma solução de direito –, se, e só se, relativamente a uma concreta situação social estiver em causa, e puder ser assim objecto e conteúdo de uma controvérsia ou problema práticos, uma inter-acção (...) humana de exigível correlatividade, uma **relação de comunhão ou de repartição de um qualquer espaço objectivo-social** em que seja explicitamente relevante a tensão entre a liberdade pessoal ou a autonomia e a vinculação ou integração comunitária e que convoque num distanciador confronto, já de reconhecimento (**a exigir uma normativa garantia**), já de responsabilidade (a impor uma normativa obrigação), a afirmação ética da pessoa (do homem como sujeito ético)." Ibid. p. 71. (grifo nosso)

A proposta, uma vez em se tratando, sobretudo, da análise das condições para que se possa dizer estar ante um problema especificamente *jurídico*, pois que não se consegue buscar uma solução *jurídica* desde o referido prisma sem antes aprofundar-se na busca de uma adequada compreensão das causas do problema, de suas origens, onde efetivamente se assentam as bases histórico-constitutivas de algo que venha a ser albergado pelo manto do *jurídico*, parece sinalizar para uma resposta, senão *negativa* em termos de uma real necessidade de positivação de um sempre presente, mas desprezado, *direito da forma de ser dos povos* - à luz das pessoas de um mesmo povo -, que prescindida de tal *positivação*, ainda que a mesma em nada prejudique a compreensão e reconhecimento de tal *direito*, o que também se justifica em razão dos traços literalistas e o apego à palavra escrita que a cultura normativa latina e o estilo intelectual gálico acabaram levando para o continente sulamericano, mormente nos momentos de realização prática do Direito.⁹⁸³ Resposta essa, portanto, que passa, necessariamente, por uma compreensão específica do Direito, desde os vieses constitutivos já esboçados, assentando-se o mesmo em bases axiológico-normativamente constituídas.

Os problemas de ordem metodonomológica que emergirão, contudo, se deverão, precipuamente, ao fato de ter que se partir de tal forma de compreensão do Direito, desde sua específica matriz civilizacional, para também compreender *formas de vida* alheias à tal tradição, mas que também se constituíram axiológico-historicamente enquanto verdadeiros *valores fundantes* dos respectivos povos e, assim, tocantes à própria noção de *pessoa humana* que também abarca tais seres humanos, sempre com a ressalva de que o grau de transcendência de tais valores não pode ser o decisivo para o ajuizamento judicativo-decisório de uma *expressividade comportamental típica* que esteja na base do *direito da forma de ser dos povos*.

Entender diferentemente a questão é assumir *valorar* diferentemente *situações idênticas*; é lançar mão da própria ideia de um *referencial analítico comum*

⁹⁸³ São exemplos de culturas normativas a *anglo-saxônica e nórdica*, a *germânica*, a *latina*, a *japonesa*, etc. A cultura *latina*, ao contrário da *anglo-saxônica* e mesmo da *nórdica*, apresenta uma maior resistência quanto à revisão das construções verbais. Diante disto, no plano legal, alteram-se menos os textos normativos. Esta tradição se verifica tanto nos países do sul da Europa quanto nos da América do Sul. GALTUNG, J.. Direitos humanos... p. 67 e ss.

como o fiel da balança do Direito, afastando sua específica característica da *tercialidade*,⁹⁸⁴ não somente tendo em conta o papel do *terceiro imparcial* na mediação/solução das controvérsias mas também considerando que os problemas decorrentes dos (des)encontros das diferenças, se observados desde uma única perspectiva, desde os referenciais comuns que seriam convocados para o processo de formação dos respectivos juízos decisórios - noção do *tertium comparationis*, ou seja, daquela possibilidade de poder usar padrões transubjetivos de comparação (horizonte de validade transubjetivo) -, pode levar a decisões *absolutamente injustas*, pois que os vetores constitutivos das expressividades comportamentais de cada uma das pessoas envolvidas na controvérsia podem ser absolutamente diferentes daqueles que estão sendo tomados em consideração pelo *terceiro* em seu juízo decisório. Para além disso, há que se reconhecer, com Aroso Linhares, que o exercício de comparabilidade que o Direito requer encontra no próprio "... sujeito-pessoa da autonomia-liberdade e da responsabilidade comunitária (...) o seu específico *tertium comparationis*.",⁹⁸⁵ ou seja, que a noção de *sujeito-pessoa* será sempre o referencial analítico fundante de qualquer tipo de exercício metodonomológico de realização do Direito, devendo tal referencial, para que mereça sua ordem de primazia, ser tomado em conta também quando controvérsias práticas envolvam *sujeitos-pessoas* erigidos axiologicamente desde referenciais outros que não aqueles oriundos da civilização europeia-ocidental.

Qualquer proposta que tente justificar a necessidade de um *novo direito* requer uma verificação metodonomológica para averiguar se os supostos problemas teriam uma relevância *jurídica*, se seriam problemas *de Direito*; ou seja, haveria que se definir o *âmbito de relevância jurídica* a ser reconhecido junto à *situação histórico-concreta problemática* e se seria possível a comprovação dos elementos específicos da referida relevância e dos seus efeitos.⁹⁸⁶ A determinação do problema, assim,

⁹⁸⁴ Problema esse da *tercialidade*, desde as formulações de Levinas, exemplarmente tratado por José Manuel Aroso Linhares. LINHARES, J. M. A.. O dito do Direito... pp. 5-56, especialmente o subitem "2", às pp. 24-35, e o subitem "2.1.3", às pp. 53-54. (Separata)

⁹⁸⁵ Ibid. p. 48.

⁹⁸⁶ Para um detalhamento da *questão-de-facto*, conforme Castanheira Neves: NEVES, A. C.. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica** 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 163-165. Se "... o sistema pressupostamente constituído e vigente não define só por si o direito enquanto tal e particularmente o direito realizando -i. é, aquela validade de direito que se haverá de cumprir

enquanto um *concreto problema jurídico*, é fundamental para que se perceba o último critério aferidor dos limites da juridicidade, o que não “... exclui que se haja de pôr de um modo autônomo e explícito aquele problema.”⁹⁸⁷

Posteriormente, há que se verificar se as questões problemáticas que poderiam se colocar, desde o recorte específico dos âmbitos do caso com relevância normativa – *âmbito normativo* para Müller -,⁹⁸⁸ já não encontrariam no ordenamento jurídico elementos suficientes para a formação de um juízo judicativo-decisório com adequada justeza. Em não havendo uma(s) norma(s) aplicável(is) ao caso, ou seja, restando prejudicada a *questão-de-direito em abstrato*,⁹⁸⁹ haveria, então, que se passar à elaboração de um juízo jurídico concreto desde uma *autônoma constituição normativa*.⁹⁹⁰ A realização do Direito por *autônoma constituição normativa* ocorrerá sempre que o sistema jurídico vigente não dispuser de uma norma aplicável

histórico-concretamente pela decisão judicativa dos problemas ou casos jurídicos -, terão então de definir-se os limites intencionais do direito ou dessa sua validade para podermos responder à questão de saber se o caso decidendo exigirá ou não uma solução de direito, se cabe ou não no espaço do direito realizando.” Ibid. pp. 206-207.

⁹⁸⁷ Ibid. p. 207. Isto por duas razões: “... porque uma das dimensões da determinação do carácter jurídico do caso é justamente (...) a própria intenção da juridicidade em geral – um caso é jurídico enquanto nele se intenciona problemático-concretamente a juridicidade -; e porque, carecendo-se agora da concomitante referência a um critério-norma jurídica aplicável, susceptível de confirmar a imediata compreensão do caso como caso jurídico, o sentido e limites da juridicidade é o que directa e exclusivamente se impõe que se determine.” Id.

⁹⁸⁸ Para Müller, o *âmbito normativo* é extraído desde o *âmbito material-de fato* que, por sua vez, advém dos *dados reais do caso*. O *âmbito normativo* é constituído, assim, desde a quantidade parcial dos fatos considerados normativamente. CHRISTENSEN, R.; MÜLLER, F.. Op. cit. pp. 75-102. O *âmbito normativo* atine à porção da realidade social, tomada na sua estrutura fundamental – o *âmbito material* [Sachbereich] -, que o *programa normativo* autorizou a recortá-la para o domínio de regulamentação. Assim, o *âmbito normativo* seria o componente da hipótese legal normativa. É a perspectiva *seletiva* e *valorativa* do *programa normativo* que se encarrega de extrair os dados materiais normativamente relevantes para a construção do *âmbito normativo*. Tais dados materiais são conformados de modo ao menos parcialmente jurídico. Assim, o *âmbito normativo* não é apenas uma soma de fatos. MÜLLER, F.. Tesis acerca... p. 58. Ou ainda, mais pormenorizadamente: MÜLLER, F.. Discours de la méthode... pp. 189 e ss. É a distinção entre *âmbito material* e *âmbito normativo* que permite afastar a convocação de uma equivocada *força normativa do fático*, o que implicaria uma usurpação da eficácia normativa por parte meramente dos fatos. MÜLLER, F.. Tesis acerca... p. 123. “Los elementos materiales que tienen sus raíces en lo real sólo forman parte del ámbito normativo en la medida en que se pueda demostrar, al concretar la norma para un caso concreto, que se trata de componentes imprescindibles de la normatividad concreta.” Id.

⁹⁸⁹ NEVES, A. C.. Metodologia... pp. 166 e ss. “A questão-de-direito em abstrato tem por objecto a determinação do critério jurídico que há de orientar, e concorrer para fundamentar, a solução jurídica do caso decidendo.” Ibid. p. 165. Todavia, é de se ressaltar que a divisão entre *questão-de-direito em abstrato* e *questão-de-direito em concreto* é apenas para fins didático-expositivos, pois “... há uma incidível unidade normativo-metodológica entre as duas questões, como momentos que são da mesma e unitária intenção problemática.” Id.

⁹⁹⁰ Quando se consegue encontrar no sistema jurídico pressuposto uma norma aplicável ao caso julgando, a *questão-de-direito em concreto*, enquanto questão do próprio juízo decisório, haverá que ser resolvida pela simples mediação da norma. Ibid. p. 176.

diretamente ao caso ou que a norma puder ser um critério disponível e imediato para o sistema.⁹⁹¹

5.1 DA VERIFICAÇÃO DOS FERRAMENTAIS JURÍDICOS DISPONÍVEIS PARA A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PRÁTICAS FRUTO DE (DES)ENCONTROS DAS DIFERENÇAS E AS POSSÍVEIS CONFUSÕES QUE O *DIREITO DA FORMA DE SER DOS POVOS* PODE ENFRENTAR COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.

Partindo-se de uma interpelação que deve se voltar inicialmente ao caso julgando para nele se identificar o âmbito de relevância jurídica que a controvérsia prática apresenta, somente então é que haveria de se verificar se no plano do sistema fundamento do país em que a pessoa supostamente lesada em sua esfera de direito se encontra a possibilidade da existência de algum(ns) critério(s) ou princípio(s) jurídico(s) que eventualmente pudesse(m) resguardar suficientemente dita esfera de direito desde um caso envolvendo um (des)encontro das diferenças.⁹⁹²

A referida tarefa, obedecendo a um rigor metodonomológico, exigiria se partir de um *problema jurídico concreto*. Todavia, mesmo tendo consciência dos

⁹⁹¹ Ibid. p. 205. A *autônoma constituição normativa* se dá “... através de um juízo decisório em que o julgador tem autônoma responsabilidade pela constituição dos próprios critérios e fundamentos do seu juízo. (...) [A] ausência de um directo critério normativo positivo não significa uma total cobertura ou um vazio normativo-jurídico para o juízo decisório – precisamente porque o sistema jurídico não se identifica nem se esgota nas normas, não deixa de oferecer, na carência de normas e para além delas, uma jurídica normatividade judicativamente fundamentante, no âmbito da qual de todo se justifica que se fale (ou continue a falar) de uma *integração intra-sistemática* para caracterizar a índole constitutiva do juízo concretamente decisório. (...) além de que (...) não ficam ainda assim esgotados o campo e os modos da autonomia normativamente constitutiva. É que, se o direito não se identifica também com o sistema constituído e vigente, a sua concreta realização poderá ainda exigir um juízo decisório que esse sistema já não logre sustentar, que só uma de todo autônoma constituição normativa a operar justamente na abertura problemático-normativamente constituenda do próprio sistema – agora, pois, uma autônoma *constituição normativa transistemática* – permita satisfazer.” Ibid. pp. 205-206 e pp. 213 e ss.

⁹⁹² Para uma explicação acerca dos *princípios*, enquanto um dos quatro estratos do sistema jurídico – as outras três seriam as normas prescritas e de um vinculante valor normativo, a expressão da jurisprudência e a dogmática-doutrina jurídica -: NEVES, A. C.. Metodologia... p. 155. Os *princípios* formariam o primeiro estrato. Princípios esses que seriam “... normativo-jurídicos *positivos*, *transpositivos* (em que se incluirão as <<cláusulas gerais>> mais relevantes) e *suprapositivos* -, a manifestarem o momento de <<subjetividade>> do sistema, no sentido ontológico do termo.” NEVES, A. C.. Coordenadas de uma reflexão... p. 862.

riscos de uma análise *in abstracto*, pois “... não se pode saber, antecipadamente à consideração da situação concreta, o que ela problemáticamente oferece e como se oferece ...”,⁹⁹³ arrisca-se, desde a formulação de uma *questão jurídica hipotética*, efetuar uma análise jurídica de um dado *tipo* de problema, pois o problema enquanto tal sempre será *novo*.⁹⁹⁴

Para além dos casos práticos que já se procurou analisar, suponha-se que uma pessoa, em razão da sua forma de ser, desde que devidamente comprovado, via laudo antropológico, venha sendo acusada de que uma determinada conduta da mesma é tida por ilícita no país em que ela se encontra. Suponha-se, ainda, que a referida conduta, tida como ilícita, se tratava de uma *expressividade comportamental típica* do povo de origem da pessoa acusada, e que a mesma ainda não houvesse passado por um processo de enculturação que tivesse lhe propiciado um mínimo de discernimento e internalização das regras de convívio que permitiriam à mesma perceber a possibilidade de estar praticando um ato ilícito no território novo em que se encontrava. Tal pessoa é detida e acusada por isto. Parte-se do princípio de que a suposta ilicitude da conduta era devidamente tipificada em termos legais no país em que a pessoa acusada se encontrava.

Iniciando o processo de realização metodonomológica, no sentido de verificar se estaria havendo alguma lacuna no sistema jurídico ao ponto de permitir que uma suposta esfera de direito das pessoas ficasse descoberta de proteção jurídica, superada a verificação das condições de emergência do Direito para a questão, inicia-se pelo recorte jurídico que o problema judicando hipotético haveria que possuir, partindo-se de um olhar sobre o *caso concreto* criado.

Considera-se que a expressão de uma conduta humana, que seja tida como *típica* de um dado povo, nada mais é do que a expressão da *subjetividade humana*, tocando mesmo a própria *existencialidade* das pessoas daquele povo, o *cerne constitutivo*, portanto, da própria *personalidade*. Tolher tal manifestação ou pretender atribuir responsabilidade por ela, desde que a mesma não invadissem uma esfera de direito de outra pessoa ou que, ainda que houvesse algum tipo de invasão, esta possuísse uma menor ou mesmo maior relevância jurídica do que a

⁹⁹³ NEVES, A. C.. Metodologia... p. 160.

⁹⁹⁴ Id.

expressividade comportamental reprimida, levantaria um problema de ordem jurídica. Todavia, a referida questão poderia estar transitando numa seara simplesmente ética ou mesmo moral, não cabendo ao Direito manifestar-se a respeito. No entanto, uma vez que à pessoa estava lhe sendo imputado um comportamento tido como afrontante às regras de convívio do país do órgão julgando, haveria que se considerar como se estar ante uma caso com *relevância jurídica*. A indagação que haveria de se colocar é se, então, haveria algo de mais fundamental que uma parcela da subjetividade humana. Ao que parece só outra parcela de tal subjetividade ou mesmo esta em sua totalidade poderiam ser contrapostas com igual e maior peso, respectivamente.⁹⁹⁵

Além disso, haveria que se verificar se o ordenamento jurídico do país onde ocorrera o fato já não possuiria algum critério ou fundamento jurídico que pudesse ser invocado para a solução do problema. Para o caso dos países sulamericanos analisados, frustra-se a tentativa quando se busca extrair o fundamento dos textos constitucionais. No entanto, ainda no plano das normas prescritas numa "... opção político-estratégica e de um vinculante valor normativo que provém das (...) *legitimidade* e *autoridade* político-jurídicas (v. g., político-constitucionais) ..." ⁹⁹⁶ poder-se-ia vislumbrar alguma complexidade hermenêutica. Isto porque desde logo poderia vir à mente a possibilidade de se invocar o *princípio da dignidade humana* em favor da pessoa que se pretendesse responsabilizar. Tal afronta à dignidade se potencializaria caso a pessoa tivesse sido detida por uma conduta visivelmente não tipificada no ordenamento jurídico do país onde ocorrera o fato. Desde já é de se ressaltar que a dignidade humana enquanto fator restritivo de direitos, liberdades e garantias exige certa cautela, pois sua configuração apresenta-se "... numa base demasiado geral e abstracta para poder ser juridicamente

⁹⁹⁵ Poderia se pensar aqui em outras parcelas da subjetividade humana, ou nela mesma como um todo, ou seja, a *consciência de si* que as pessoas possuem, ou mesmo a parcela atinente à própria *religiosidade*, enquanto fruto da personalidade que, ao que parece, também se constituiria em uma parcela da subjetividade humana.

⁹⁹⁶ Ibid. p. 155.

operativa de acordo com as exigências de certeza, segurança e controlabilidade que caracterizam o ordenamento jurídico.”⁹⁹⁷

Afora o fato das expressões *dignidade, vida e humanidade* guardarem estreita ligação, ainda que não exista um amálgama semântico necessário entre as mesmas,⁹⁹⁸ a amplitude de significação do conceito de *dignidade da pessoa humana* pode sugerir que a externalização de uma *expressividade comportamental típica*, entendida esta enquanto *expressão da subjetividade humana*, esteja abarcada no âmbito de proteção do referido princípio; afinal, tudo aquilo que toca a essência do ser humano⁹⁹⁹ deveria se cingir à dignidade humana. Além disso, há uma vinculação estreita entre a *dignidade da pessoa humana* e os direitos fundamentais, o que, em se reconhecendo a necessidade de fundamentalização do *direito da forma de ser dos povos*, entendido enquanto aquelas *expressividades comportamentais típicas* externalizadas e, assim, enquanto exteriorização da subjetividade humana, se estaria ante mais uma razão aproximativa entre aquele *princípio* e o referido *direito*.

Na continuidade do exercício metodológico, observa-se que em relação aos tipos de expressividades comportamentais que seriam passíveis de serem protegidas pelo *direito* que houvesse que albergar a *expressividade comportamental típica*, seriam somente aqueles comportamentos que pudessem ser aferidos tecnicamente, via laudo antropológico e, ainda, desde que comprovado que tais condutas se tratariam de expressividades comportamentais solidamente enraizadas na *forma de ser daquele povo* de origem da pessoa acusada. Tais formas de ser seriam aquelas passadas de geração para geração, indistintamente; ou seja, formas que foram *naturalmente* sendo absorvidas pelas pessoas daquele povo.

Outrossim, há que se ter em conta o período de tempo em que a pessoa se afastou de sua comunidade originária, seja em uma situação em que está na qualidade de sujeito passivo de uma conduta tida como reprovável, seja, ainda,

⁹⁹⁷ MACHADO, J. E. M.. Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 65**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 361.

⁹⁹⁸ Neste sentido, com uma análise histórico-evolutiva da noção de *dignidade da pessoa humana*: SARLET, I. W.. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 25.

⁹⁹⁹ Id.

naqueles outros casos em que está sendo acusada de uma suposta violação a um ordenamento normativo alheio ao seu. A depender do tempo decorrido da saída da pessoa de sua comunidade originária e do grau de enculturação que a mesma sofreu, só então se poderá atribuir algum tipo de responsabilidade por um comportamento que, desde sempre, teve como absolutamente normal/natural para seu povo originário. Em se tratando de um comportamento isolado, destoante da forma comportamental do povo de origem da pessoa analisada, há que se afastar o respectivo *direito da forma de ser dos povos*, pois se estará ante uma situação em que o *âmbito material*, que é extraído dos *dados reais do caso*, não estaria preenchido, devendo ser afastado, portanto, o correlato *âmbito normativo* do *programa normativo* do aludido *direito* e, conseqüentemente, não podendo o mesmo ser invocado.

A *expressividade comportamental típica* se externaliza tanto naquelas atitudes relacionais *individuais*, quanto naquelas relacionais *grupais*. Assim, uma primeira similitude entre o referido *direito* e o *princípio da dignidade humana* reside no ponto central do âmbito de proteção jurídica que os mesmos possuem, qual seja a *existencialidade constitutiva do ser humano*. Tratam-se, ainda, tanto a *dignidade humana* quanto a *expressividade comportamental típica*, enquanto *expressão última da subjetividade humana*, de características intrínsecas e indissociáveis do *ser humano*¹⁰⁰⁰ e, portanto, deve-se compreendê-las desde o prisma ontológico, todavia, sem deixar de ter em consideração que uma dada *forma de ser* trata-se de uma *expressividade comportamental típica* de um povo que vai sofrendo, lenta e gradativamente, mutações ao longo do tempo;¹⁰⁰¹ daí justificar-se o uso do qualificativo *típicas* para as expressividades comportamentais.¹⁰⁰²

¹⁰⁰⁰ Discorrendo especificamente sobre a *dignidade*, Sarlet aponta que o grau de vinculação e indissociabilidade dela em relação ao ser humano é de tal ordem que a destruição-abalo de um implicaria a destruição-abalo de outro, daí a proteção de ambos dever ser tratada como uma “meta permanente da humanidade”. Ibid. p. 27.

¹⁰⁰¹ Sarlet destaca que na concepção hegeliana, tendo em conta a perspectiva de São Tomás de Aquino, a dignidade humana é uma qualidade a ser conquistada. A condição de *cidadão* é que conferiria ao homem a dignidade. Ibid. pp. 36-37. Com a *forma de ser do povos* isto não ocorre, pois todas as *formas de ser* possuem a mesma relevância.

¹⁰⁰² O que se fez desde as formulações de Ernst Jünger: JÜNGER, E.. Op. cit.

Outra semelhança entre os referidos *direitos* reside no fato da *dignidade da pessoa humana* tratar-se de um conceito vago, impreciso e ambíguo,¹⁰⁰³ tal como ocorre com a *forma de ser dos povos*, entendida como aquelas *expressividades comportamentais típicas*. Além disso, ambas são qualidades inerentes a *todos* e quaisquer *seres humanos*, devendo-se ressaltar que, no caso da *expressividade comportamental típica*, esta só poderá ser admitida enquanto um *direito* em se tratando de uma expressividade comportamental já devidamente estabilizada dentro da comunidade de origem da pessoa e que já tenha sido introjetada ao nível das demais pessoas de seu povo originário, ou seja, desde que o comportamento analisado se trate de uma forma de ser *típica* de dado povo.

Todavia, ainda que se possa defender tratar-se a *dignidade da pessoa humana* como o valor identificatório do *ser humano* enquanto tal,¹⁰⁰⁴ a *expressividade comportamental típica*, mesmo que tocando a esfera constitutiva fundamental do ser humano, com essa não se confunde, pois traços comportamentais típicos podem existir que não se enquadrariam como sendo dignos por se referirem a um quadro axiológico distinto daquele orientador dos países adotantes da tradição jurídica de índole europeia-ocidental. Poderia haver casos, inclusive, que *expressividades comportamentais típicas* se traduzissem em verdadeiras afrontas ao *princípio da dignidade humana*, se pensado desde sua referida matriz civilizacional. Mesmo assim, em tais casos, fosse a *expressividade comportamental típica* externalizada o fundamento de uma possível responsabilização, a mesma fundamentaria o *direito da forma de ser dos povos* correlato, isentando o imputado de qualquer tipo de responsabilidade, desde que considerando a externalização da *expressividade comportamental típica* dentro do período mínimo de enculturação.

Ainda que a formação de uma explicação conceitual do que vem a ser a *expressividade comportamental típica*, enquanto *expressão última da subjetividade humana*, traga alguma dificuldade, tal como ocorre com a *dignidade da pessoa humana*, a qualquer homem médio é facilmente identificável quando ocorre uma

¹⁰⁰³ SARLET, I. W.. Op. cit. p. 39.

¹⁰⁰⁴ Alertando para a insuficiência de tal compreensão da dignidade da pessoa humana para fins de elucidação do que vem a ser o seu âmbito de proteção em termos jurídico-normativos: *Ibid.* p. 40.

agressão a ambos os direitos.¹⁰⁰⁵ Apesar de tal dificuldade em termos abstrato-conceituais dos referidos *direitos*, assim como uma moldura básica do conteúdo da dignidade já tenha sido produzida em termos jurisprudenciais e doutrinários, viabilizando-se, assim, a sua concretização, a *expressividade comportamental típica*, enquanto *expressão última da subjetividade humana*, entendida enquanto a expressividade comportamental devidamente sedimentada de dado povo, também pode seguir o mesmo caminho.¹⁰⁰⁶

Em sendo a *dignidade humana* e a *expressividade comportamental típica* que fundamenta o correlato *direito da forma de ser dos povos* categorias axiológicas abertas, tendo em conta o pluralismo e a diversidade de valores que as atuais sociedades apresentam, tratam-se de conceitos jurídicos em constante processo de mutação e aprimoramento, não se podendo esquecer que, no caso da *expressividade comportamental típica*, as práticas comportamentais sedimentadas somente muito lentamente vão se alterando. Assim, em um dado caso concreto, submetido à apreciação judicial, envolvendo o *direito da forma de ser dos povos*, há que se assegurar, sobretudo desde dados sócio-antropológicos, que a expressividade comportamental em apreciação se constitua em uma *forma de ser típica* do povo de origem da pessoa vitimizada ou acusada. Só então se conseguirá extrair o substrato fático que conterà os contornos jurídicos que interpelarão o sistema-fundamento, ou seja, só assim se estará, de forma metodonomologicamente adequada, encontrado o *âmbito material* orientador do *âmbito normativo* da futura *norma de decisão*.¹⁰⁰⁷

Valer-se de um subsídio técnico de matriz sócio-antropológica vai ao encontro das exigências que a busca do *âmbito normativo* de uma norma requer, pois esse sempre estaria exigindo a convocação de concepções de outros ramos do saber para a sua adequada construção.¹⁰⁰⁸ Os *âmbitos normativos* que fossem

¹⁰⁰⁵ Quanto à dignidade da pessoa humana: Id.

¹⁰⁰⁶ Sarlet destaca os papéis da doutrina e da jurisprudência na tarefa de definição dos contornos basilares do conceito de dignidade da pessoa humana e a consequente concretização, com isto, do referido *direito*. Id. Baseando-se em González Pérez e Peter Badura, alerta que "... quando se cuida de aferir a existência de ofensas à dignidade, não há como prescindir (...) de uma clarificação quanto ao que se entende por dignidade da pessoa, justamente para que se possa constatar e, o que é mais importante, coibir eventuais violações." Ibid. p. 42.

¹⁰⁰⁷ Cf. metódica jurídica estruturante de Friedrich Müller.

¹⁰⁰⁸ MÜLLER, F.. Métodos de trabalho... p. 90.

gerados de dados fornecidos diretamente pelo Direito seriam “... mais precisa e confiavelmente formuláveis no texto da norma do que os âmbitos de norma dos direitos fundamentais ou de normas principiológicas constitucionais.”¹⁰⁰⁹ A referida reflexão se amolda ao caso do *direito da forma de ser dos povos*.¹⁰¹⁰

Se a *dignidade humana*, por um lado, como qualidade intrínseca da pessoa humana, possui um carácter de *inalienabilidade* e *irrenunciabilidade*, qualificando o ser humano como tal, a *expressividade comportamental típica*, enquanto *expressão última da subjetividade humana*, de outro, ainda que se trate de algo intrínseco ao homem, não é a nota que assim o caracteriza. Trata-se, antes, de uma forma de expressividade comportamental que, naturalmente, foi-lhe sendo incorporada, não podendo, por isso, ser responsabilizado, pois constitui parte integrante da própria *existencialidade constituenda* do homem. Aqui reside mais um ponto aproximativo entre *dignidade humana* e o referido *direito*, qual seja o carácter de *insubstituível* de ambos, vez que se tratam de valores absolutos de cada ser humano.¹⁰¹¹

A *expressividade comportamental típica*, base fundamentante do *direito da forma de ser dos povos*, ao contrário da *dignidade humana*, ainda que ambas se tratem de atributos de todo ser humano, só poderá ser aferida juridicamente em casos concretos, desde circunstâncias concretas em que se tenha colocado em causa o referido *direito*, seja naquelas situações em que a pessoa encontra-se na qualidade de vítima de uma agressão/ofensa ao seu direito, seja naquelas outras em que está sendo acusada de uma possível violação a dada ordem jurídica em razão da externalização de sua *expressividade comportamental típica*. A *expressividade*

¹⁰⁰⁹ Ibid. pp. 57-58. A construção do *âmbito normativo* se daria diretamente desde o próprio Direito, tal como nos casos de prazos, datas, dados relativos à forma, regras processuais e institucionais, etc, ou mesmo a partir de dados não gerados pelo Direito. Quando o *âmbito normativo* fosse gerado pelo Direito ele acabaria desaparecendo no processo de concretização ante a presença do *programa normativo*, o que, consequentemente, afastaria qualquer auxílio adicional na prática. MÜLLER, F.. Tesis acerca... p. 124.

¹⁰¹⁰ Destaca-se, assim, o papel delimitador que a práxis constitucional, não somente desde os órgãos judiciários, mas dos demais poderes, exerce no processo de concretização de direitos com conteúdo variável. Para o *permanente processo de construção e desenvolvimento* que o conceito jurídico de *dignidade humana* possui: SARLET, I. W.. Op. cit. p. 41. Tal papel delimitador também irá se estruturar a partir do momento em que se inicie o reconhecimento, ao nível judicial, do *direito da forma de ser dos povos*.

¹⁰¹¹ Para a referida nota do viés da não substituibilidade da dignidade humana: Ibid. p. 42, citando LOUREIRO, J. C. G.. O direito à identidade genética do ser humano. Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Stvdia Ivridica** 40. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 280.

comportamental, ainda que se trate de um valor de todo ser humano, não permite uma análise *a priori*, descontextualizada de uma situação concreta específica, tal como ocorre com a *dignidade*, que todos possuem, independentemente da expressividade comportamental que tenham. A *dignidade humana*, assim, independe de circunstâncias concretas.¹⁰¹² Não se pode esquecer, porém, que o quadro axiológico em que se erigiu a *dignidade humana* não pode ser um fator impeditivo para o respeito de *expressividades comportamentais típicas* que destoem do mesmo, tal como muito provavelmente ocorrerá quando do reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, uma vez estando a pessoa imputada dentro do período de enculturação.

Se é a *consciência de si*, a *subjetividade humana*, portanto, que torna o homem apto a autodeterminar-se, a conformar-se a si próprio e à sua vida, sendo a *expressividade comportamental típica a expressão última da subjetividade*, tal como ocorre com a *dignidade humana*, a referida expressividade poderia sugerir tratar-se de um conceito jurídico que independeria de um realizar-se *in concreto*. Todavia, a abstratividade que permeia a *dignidade humana*, no sentido de uma autonomia *in abstracto*, que não depende de dada situação específica da pessoa, não pode guardar um paralelo com o referido *direito da forma de ser dos povos*. Este requer, necessariamente, a reprodução de dado comportamento comum ao povo de onde adveio a pessoa imputada; de uma *expressividade comportamental típica* derivada de uma forma de ser que fora sendo construída pela comunidade de origem gradativamente, ao longo do tempo; daí a conseqüente necessidade de se comprovar que toda a fase de formação, de construção da personalidade da pessoa, tenha se dado no seio comunitário originário da *expressividade comportamental típica* questionada.¹⁰¹³

A *dignidade humana* necessita ser entendida não somente desde o prisma *natural*, como algo ínsito à *natureza humana*, mas também desde seu viés cultural, *fenotipicamente*, pois que deriva do esforço humano empregado na sua construção ao longo do tempo. A *expressividade comportamental típica*, por sua vez, enquanto

¹⁰¹² SARLET, I. W.. Op. cit. pp. 43-44.

¹⁰¹³ Para a idéia de que o indivíduo é o conformador de si próprio e da sua vida conforme seu projeto espiritual: CANOTILHO, J. J. G.. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., 7ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 225.

expressão última da subjetividade humana, sintetizável na fórmula *intersubjetividade baseada na subjetividade*, apreensível mais precisamente desde a tipologia *forma de ser dos povos*, todavia, é algo que deriva das relações travadas ao longo do tempo pelas pessoas de dado povo, servindo, assim, de modelos de conduta que se incorporaram, juntamente, mas não somente, com o arcabouço valorativo daquele povo, à forma de ser das pessoas. Trata-se de um conjunto complexo de fatores que culminam em comportamentos tidos como habituais de dado povo e que vão sendo assimilados pelas gerações vindouras, naturalmente. O resultado do conjunto de *expressões comportamentais típicas* da pessoa, dessa forma, constrói-se naturalmente ao longo de seu desenvolvimento físico-psíquico e espiritual, não podendo, por isso, ser passível de ensejar responsabilizações. O *cultural* aqui, na esteira de Roy Wagner, deve ser compreendido somente enquanto aquilo que é passível de responsabilização. Não há como responsabilizar uma pessoa por uma conduta que lhe é peculiar, habitual, natural ao seu povo de origem, ao menos que à pessoa tenha sido oportunizado um período mínimo de internalização das regras de convívio do novo ambiente.¹⁰¹⁴

A consequência da referida noção é que não se pode encontrar uma limitação em termos jurídicos mesmo naqueles casos em que a pessoa, já devidamente adulta e em plena capacidade mental, mas não ciente da reprovabilidade de sua conduta, acabe por ser acusada de violação a uma ordem jurídica estranha à sua por expressar um comportamento originário de seu povo.

¹⁰¹⁴ A noção de *natureza*, em oposição à *cultura*, é colocada em questão por Roy Wagner, na medida em que procura mostrar poder ser a *natureza* uma *construção cultural*. E se a *forma de ser de um povo* pode ser entendida como algo natural, que é dado àqueles que vão nascendo e se inserindo no meio de convivência, justifica-se aí o *cultural*, entendido por Wagner enquanto "... o reino dos assuntos sobre os quais os seres humanos podem exercer controle ou assumir responsabilidade." O outro domínio da experiência, o da *natureza*, seria o "... reino do inato, ou 'dado', daquilo que é inerente à natureza das coisas, ..." Tais domínios da experiência variam de uma cultura a outra, não podendo sequer serem tidos como verdadeiros quando representados, mas sim tão somente como as maneiras como são representados, seja no indivíduo, enquanto *personalidade*, seja na ordem social, enquanto *classe* ou *unidade coletivizante*, as formas-maneiras segundo as quais os mesmos são superados-transcendidos ou subvertidos é que constituem aquilo que Wagner denominou *invenção da cultura*. Assim, os fenômenos sociais ou culturais podem ser tidos como uma série de interações dialéticas entre os referidos domínios da *cultura* e da *natureza*. A *forma de ser de um povo*, portanto, transcende-se dia-a-dia, na medida em que novos valores, práticas, formas de expressão, condutas, etc, vão se incorporando à forma de ser daquele povo. É dentro destas duas searas, a do *inato* e a do *controle*, que Wagner fundamenta sua posição. Não há que se pretender controlar o *inato*, ao menos enquanto não se oportunize um período razoável para assimilação das novas regras. WAGNER, R.. Op. cit., p. 239.

E, ainda, mesmo naqueles casos em que a conduta interrogada tenha originado uma violação a um direito alheio, configurando-se, assim, situações-limite, se exigirão posturas que, numa análise não acurada, pareceriam desconformes ao Direito, daí decorrendo a necessidade de uma fundamentação rigorosa do que vem a significar a *forma de ser dos povos* enquanto a *expressão última da subjetividade humana*, redundando, com isto, em um *direito*. A depender do nível de contato que o indivíduo procedente de outra comunidade tenha com o povo em que se encontra inserido e, considerando já ter havida a enculturação, menor o peso a ser dado pelo julgador em um caso de colisão de direitos no sentido de inocentá-lo por uma conduta que às pessoas da comunidade do julgador haveria inequivocadamente a necessidade da sanção estatal.

Assim como a *dignidade humana*, que necessita ser concretizada histórico-culturalmente,¹⁰¹⁵ a *forma de ser dos povos* também se constitui em um conceito que, gradativamente, vai sofrendo mutações ao longo do tempo, possuindo, contudo, uma composição bastante multifacetada, fruto dos mais variados fatores co-constitutivos que a constroem, radicando aqui uma justificativa para a requisição de um laudo antropológico como subsídio decisório do julgador. Comparativamente falando, a *forma de ser dos povos*, em razão da amplitude de fatores co-constitutivos que possui, acaba sofrendo mais marcantemente a influência do meio, ao contrário da *dignidade*, que mais notavelmente se externaliza e, conseqüentemente, mais facilmente se percebe seu viés antroponaturalístico.

Tal como ocorre com a *dignidade humana*, que necessita ser analisada histórico evolutivamente, a *forma de ser dos povos* não possui uma pretensão de validade indeterminada; ela deverá ser vista nos termos em que o povo originário da pessoa que se está julgando concebe o comportamento questionado pela comunidade alienígena quando do cometimento do fato ensejador da apreciação judicial.

¹⁰¹⁵ SARLET, I. W.. Op. cit. p. 46. Baseando-se em Peter Häberle, Sarlet aponta que a *dignidade humana* possui um valor próprio, havendo, com isto, uma *constante antropológica*, daí possuir a dimensão cultural da dignidade apenas uma dimensão cultural relativa, pois que situada em um contexto cultural, sempre externalizando traços universalizantes. Id. Para o texto de Häberle: HÄBERLE, P.. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. Em: ISENSEE, J., KIRCHHOF, P.. (Orgs.) **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Vol. I. Heidelberg: C. F. Müller, 1987, p. 860.

Muito mais que tarefa dos poderes estatais, tal como ocorre com a *dignidade humana*, sobretudo desde o papel conformador que pode ser atribuído ao legislador,¹⁰¹⁶ a *forma de ser dos povos*, ao contrário, exige uma tarefa de abstenção do que propriamente de prestação, ainda que medidas de cunho político-administrativo sejam imprescindíveis no processo dialógico de encontro entre culturas diferentes, o que será viabilizado quando da positivação legislativa do referido *direito*. O que se busca é o respeito à determinada *forma de ser* traduzida em *expressividades comportamentais típicas* geradoras de condutas aparentemente reprováveis aos olhos de outros ordenamentos das pessoas que estão sendo julgadas por tais atos, quando ainda não passaram por um processo mínimo de enculturação.

Isto não significa que não haja ocasiões em que se exigirá do aparelho estatal atitudes pró-ativas no sentido de dar efetividade ao *direito da forma de ser dos povos*, tal como, por exemplo, o disciplinamento de regras de conduta a serem exigidas de agentes de controle migratório quando se depararem com pessoas possuidoras de comportamentos destoantes daqueles que são admitidos pelos padrões de conduta de seu povo. O mesmo deve se aplicar às Corporações Policiais, que estarão sempre na linha de frente, normalmente sendo os primeiros agentes do aparelho estatal a terem contato com as situações que poderão redundar em uma ofensa ao *direito da forma de ser dos povos*. O reconhecimento de tal *direito*, mesmo que inicialmente no âmbito judicial, poderá se configurar num fator despoletador de condutas pró-ativas do aparelho estatal no referido sentido.

Se a *dignidade humana* é algo ínsito ao *ser humano*, não podendo ser perdida,¹⁰¹⁷ a *forma de ser dos povos*, individualmente falando, enquanto a forma de ser de dada pessoa em específico, é algo que pode, com o passar do tempo, sobretudo quando se perde o contato com o meio de origem, ir se alterando, constituindo-se, assim, em um processo de enculturação/adaptabilidade, residindo aqui mais um sólido argumento para a presença de um laudo antropológico que subsidie o julgador no momento da formação de seu juízo judicativo-decisório.

¹⁰¹⁶ Baseando-se em decisão proferida pelo Tribunal Constitucional de Portugal no acórdão nº 90-105-2, de 29-03-90, Relator Bravo Serra, Sarlet alerta para o papel do legislador no processo de conformação dos princípios abertos da Constituição. Id.

¹⁰¹⁷ Ibid. p. 47.

Se a satisfação das necessidades básicas constitui requisito para o pleno exercício e fruição da *dignidade humana*, destacando-se, então, o papel do aparelho estatal e mesmo da comunidade em geral no referido processo,¹⁰¹⁸ a *forma de ser de um povo* não deixa de ser, se não propriamente uma necessidade humana básica, mas, para além disso, um componente essencial da *existência psico-física e espiritual* do homem e, assim, devendo ser entendida enquanto um *direito*, podendo vir a ser futuramente positivado, mesmo em termos constitucionais. Isto, porém, não afasta o reconhecimento, desde já, através das decisões judiciais, da índole jurídico-constitucional do referido *direito da forma de ser dos povos*.

Assim como a *dignidade humana* pode ser entendida desde uma perspectiva dita *prestacional*, enquanto o produto da própria *subjetividade humana*,¹⁰¹⁹ daquela consciência de si que torna o homem apto a reconhecer a si próprio e, portanto, tornar-se senhor de suas próprias vontades – autonomia e autodeterminação -, a *forma de ser* também não só deriva da *subjetividade humana*, como tem se procurado mostrar, mas, ainda, constitui-se a *expressão última da subjetividade humana* enquanto fundamento da própria *intersubjetividade*.

A ausência da capacidade de autodeterminação não pode afastar, em hipótese alguma, a exigência de proteção da *dignidade humana*, devendo, ao contrário, ser especialmente protegida.¹⁰²⁰ A *forma de ser* dificilmente poderá ser identificada em uma pessoa incapaz, pois que os comportamentos expressáveis pela mesma, a depender do grau da incapacitação, possivelmente não serão condizentes com a *expressividade comportamental típica* de seu povo de origem, devendo resolver-se a questão antes pela invocação da proteção à *dignidade* que propriamente pela *forma de ser*.

¹⁰¹⁸ Id.

¹⁰¹⁹ Sarlet, baseando-se em Hasso Hoffman, destaca que duas seriam as teorias que tratariam da dignidade. Uma delas a conceberia enquanto *dádiva*, constituindo-se aqui a dignidade em uma qualidade peculiar e distintiva do ser humano, inata ou fundada na razão ou em uma dádiva divina, sendo que a outra teoria conceberia a dignidade enquanto *produto da subjetividade humana*, daí serem denominadas de *prestacionais*. Não haveria, contudo, uma oposição fundamental entre ambas as teorias, vez que elas se assentariam, em último sentido, no postulado da *subjetividade e autonomia da pessoa*. Id. Para a obra de Hasso Hofmann: HOFMANN, H.. Die versprochene Menschenwürde. Em: **Archiv des öffentlichen Rechts**. N° 118 (1993), pp. 353-377. Haveria, ainda, uma terceira concepção teórica em Hofmann, conforme observação de João Carlos Gonçalves Loureiro, que vislumbraria a dignidade no *reconhecimento recíproco do outro*. LOUREIRO, J. C. G.. Op. cit. pp. 280-281.

¹⁰²⁰ SARLET, I. W.. Op. cit. p. 49.

Se para a *dignidade* o critério decisivo para a identificação de um caso de violação da mesma reside no objetivo da conduta reprovável, ou seja, na intenção que teve o agente em instrumentalizar o outro,¹⁰²¹ na *forma de ser*, desde a ótica de quem já reconhece o *direito da forma de ser dos povos*, se encontrará o critério apreciativo fundamental somente a partir da certeza de que a expressividade comportamental reprimida e, portanto, violada, constituía-se, antes, em uma forma de ser do povo originário da pessoa vitimizada - pense-se aqui nas expressividades típicas dos povos originários -. Afinal, se já se reconhecia o *direito da forma de ser dos povos* e se desrespeitou uma *expressividade comportamental típica* que sustenta um tal *direito*, significa que deve haver a imputação de responsabilidade ao ofensor. A depender das consequências que o desrespeito à dada *expressividade comportamental típica* possa causar, poderá a vítima buscar reparação cível e criminal e, em se tratando de um caso levado ao conhecimento do membro do Ministério Público, deverá este promover a conseqüente persecução criminal, daí decorrendo a necessidade respectiva de regulação no âmbito criminal da matéria para que se esteja ante um caso de ação penal pública incondicionada.

A *dignidade humana* deve ser considerada somente individualmente, desde uma pessoa em específico, e jamais *in abstracto*, salvo naqueles casos em que se deseje mencionar a *dignidade da humanidade* ou de uma *coletividade específica*, não podendo haver responsabilização por este fato.¹⁰²² A *forma de ser dos povos*, porém, merece um tratamento diferenciado. Pode haver uma dada situação em que uma grande empresa, por exemplo, queira se instalar numa certa comunidade e que, em razão de práticas relacionais da mesma, a empresa entenda estar sendo prejudicada, chegando-se ao ponto de um executivo-chefe declarar, publicamente, considerações preconceituosas e ofensivas àquela comunidade. Nesse caso poderia qualquer um dos habitantes ou mesmo uma representação institucionalizada daquela comunidade buscar uma reparação de cunho moral no âmbito cível e, no criminal, levando ao conhecimento das autoridades públicas o fato que, uma vez já existindo o respectivo tipo penal incriminador, mereceria a persecução criminal. Além disso, dado o bem jurídico tutelado – as *expressividades comportamentais típicas*

¹⁰²¹ Ibid. p. 51.

¹⁰²² Ibid. pp. 51-52.

que fundamentam o respectivo *direito da forma de ser dos povos* -, caberia ao representante do Ministério Público promover a respectiva ação penal pública, sendo desnecessária a representação da(s) vítima(s).

Não se pode tolerar o sacrifício da *dignidade* da pessoa individual em face da *dignidade* da coletividade.¹⁰²³ Para a *forma de ser dos povos* o caráter intersubjetivo, como se procurou mostrar, pode gerar repercussões jurídicas negativas àqueles que a ofendem de forma concomitante a uma ofensa pessoalmente individualizada.

Assim como a *dignidade humana* necessita ser compreendida intersubjetivamente, desde sua inserção em uma ordem comunitária, daí seu viés relacional, comunicativo e, portanto, político,¹⁰²⁴ a *forma de ser dos povos*, como apontado, não só deriva da subjetividade humana, mas se constitui na expressão última desta enquanto fundamento da própria intersubjetividade.

Se a *dignidade humana* deve ser vislumbrada de igual forma para todos os seres humanos, enquanto uma qualidade comum,¹⁰²⁵ no mesmo sentido a *forma de ser dos povos* também é algo ínsito a todos os seres humanos, diferindo somente em relação aos modos pelos quais se externaliza, pois cada pessoa, fruto das mais variadas comunidades, possui expressividades comportamentais específicas de seu povo de origem.

5.1.1 Brevíssimas notas justificadoras da adoção da fórmula *forma de ser dos povos*.

A propositura do que será o enunciado prescritivo-jurídico do *direito da forma de ser dos povos*, desde tal expressão, se justifica, em termos sintéticos e preponderantemente, seja pela atualização temporal que tal fórmula fornece àqueles

¹⁰²³ Ibid. p. 52.

¹⁰²⁴ Baseando-se nas formulações de João Carlos Gonçalves Loureiro, Hannah Ahrendt, Jürgen Habermas, Hasso Hofmann, Peter Häberle e Jónatas E. M. Machado, Sarlet destaca a importância da dimensão intersubjetiva da dignidade humana. Ibid. pp. 54-55.

¹⁰²⁵ Baseando-se em Francis Fukuyama, Sarlet destaca a nota característica da dignidade de ser comum a todos os seres humanos, radicando aí uma *humanidade comum* que é partilhada por todos os seres humanos. Ibid. p. 55.

que dela se valerão, pois as *expressividades comportamentais típicas* só serão consideradas ao tempo em que forem relevadas juridicamente num caso prático, seja pela atualização conteudística inerente à mesma, pois a *forma de ser* o será sempre em relação a um dado povo, situado historicamente, contendo, portanto, um conteúdo singular e específico. A plasticidade da expressão *forma de ser dos povos* possibilita albergar debaixo de seu manto semântico âmbitos de proteção absolutamente diferenciados, ou seja, *expressividades comportamentais típicas* as mais diversas, sem que com isto se corra o risco de um desvirtuamento do significado do conceito como um todo.

Respeita-se, assim, a necessária vinculação do jurídico àqueles “... dados a que precisamente o jurídico se refere na sua função normativa, a que terá mesmo de dirigir-se nessa sua específica intenção para neles cumprir a juridicidade – aqueles factos que haverá juridicamente de predicar, ou de conformar *sub specie juris*, para neles e através deles afirmar a sua própria validade <<de direito>>.”¹⁰²⁶ Afinal, “... só *transcendendo* os factos, mas *para* os factos o direito é normativamente *direito*.”¹⁰²⁷ Só, assim, desde o recorte jurídico única e exclusivamente daquelas expressividades comportamentais *típicas* é que se poderá dizer estar ante um comportamento exemplar de uma dada expressão comportamental comum de um dado povo; do contrário, se trataria de exceções derivadas de condutas humanas apreciadas em termos jurídicos que fugiriam à regra do padrão comportamental do povo de origem da pessoa a quem se está pretendendo imputar algum tipo de responsabilização jurídica.

Resumidamente falando, pode-se dizer que serão os próprios casos jurídicos concretos que se encarregarão da tarefa determinativa e integrativa da expressão, desde a determinação axiológico-normativa que o sistema jurídico como um todo irradia sobre os referidos casos, sempre apresentando-se esses, portanto, como o *prius* metodológico; afinal, a *intencionalidade essencial da juridicidade* não pode ser outra que não aquela *intenção prática de sentido axiológico-normativo*.¹⁰²⁸

¹⁰²⁶ NEVES, A. C.. Questão-de-facto... p. 43.

¹⁰²⁷ Id.

¹⁰²⁸ Ibid. p. 223. (nota nº 73)

5.1.1.1 A forma de ser dos povos: em busca de uma delimitação conceitual mínima.

Se *definir* pareça ser uma das tarefas a que os juristas, por boas razões, procuram evitar, algo há que se dizer sobre as possíveis razões do referido comportamento; afinal, está se propondo o emprego não só de uma palavra, mas sim de uma expressão, passível, portanto, de admitir variados significados, daí a necessidade de algum enunciado explicativo da mesma, a título de complementação semântica.

Se *definir* sugere algumas dificuldades, não seriam essas decorrentes de um entendimento ofuscado do conceito que está por detrás da definição mesma? Afinal, no dizer de Heinrich Rickert, “... el grande error de la teoría de la definición se basa en una falsa comprensión del concepto.”,¹⁰²⁹ não tendo sido outra a intenção de Hegel quando alertara que fora dos conceitos não existiria verdade.¹⁰³⁰

A delimitação conceitual mínima da fórmula *forma de ser dos povos* permitirá se ter, também, uma melhor percepção das razões dos rumos fundamentantes da tese. As incursões analíticas efetuadas sobre *elementos co-constitutivos* das *formas de ser dos povos*, desde as mais variadas ordens, ainda que não explicitadas amiudemente na tese, se deram, sobretudo, em razão da necessidade de melhor se perceber alguns dos componentes que poderiam estar por detrás da expressão *forma de ser dos povos*. Buscaram-se elementos de natureza experiencial até construções analíticas rebuscadas em termos teóricos para tentar se perceber, em termos tão só suficientemente concludentes, o que pode albergar em seu significado a referida expressão. Afinal, como poderiam ter sido deixadas de lado as relações entre *experiência* e *pensamento* ou entre *intuição* e *conceito*,¹⁰³¹ se a pretensão era se aproximar, da forma mais ampla o possível, do

¹⁰²⁹ RICKERT, H.. **Teoría de la definición**. Traducción de Luis Villoro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1960, p. 07. (Cuaderno 9)

¹⁰³⁰ Sobre a observação de Hegel, a mesma servira de inspiração a Karl Larenz em suas formulações sobre a teoria do *conceito geral-concreto*. ENGISCH, K.. **La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica actuales**. Estudio preliminar y traducción de Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1968, p. 109 e nota n° 86.

¹⁰³¹ Sobre as relações controvertidas no processo de conhecimento humano: RICKERT, H.. Teoría... p. 09. “Cualquier verdad conocida o expresamente puesta ante la conciencia tiene la

que efetivamente pode vir a significar a expressão *forma de ser dos povos*?

Ainda que se tenha consciência de que a busca de um *conceito acabado* e, portanto, de uma *definição*,¹⁰³² muito provavelmente, não seja o caminho mais acertado, alguma delimitação conceitual é necessária; afinal, trata-se mesmo de um dos pressupostos de um Estado de Direito um mínimo de clareza conceitual.¹⁰³³ Ademais, para fins metodonomológicos, corre-se um grande risco em termos de justeza dos juízos judicativo-decisórios formulados buscar a fundamentação dos mesmos sobre conceitos não minimamente determinados, ainda que se saiba que tal exercício metodonomológico não deva se cingir a conceitualizações. De outro lado, sabe-se, também, que é da própria realização prática do Direito que este, desde seus conteúdos constitutivos, está em um contínuo processo de atualização em sua prática decisória, sobretudo. Dessa forma, uma das dificuldades reside no equilíbrio entre elementos de natureza intuitiva e discursiva que irão compor a conceituação ou, em termos mais precisos, como aproveitar os elementos de ordem intuitiva nas formulações discursivas.

Um ponto de partida pode ser extraído do fato de o Direito ser um *regulador social* e que, portanto, *ordena* a vida das pessoas. Trata-se, assim, de algo intrinsecamente ligado à realidade. Os *textos normativos* e as futuras *normas*

forma del juicio, y a su contenido lógico corresponde necesariamente tanto un momento 'intuitivo' como uno 'discursivo'. El uno es tan imprescindible como el otro (...) Caemos en error si creemos bastarnos de la sola intuición empírica o del sólo pensamiento racional para aprehender alguna verdad teórica." Id. A diferença fundamental para Rickert seria entre uma simples *visão* e a *formulação teórica*. Ibid. p. 10.

¹⁰³² Para a noção de *definição* enquanto *conceito acabado*: Ibid. p. 10. "... el concepto acabado o 'definido' no es anterior lógicamente al juicio, sino debe comprenderse, en cuanto a su contenido lógico, como un producto del juicio. Juicios formados científicamente enlazan entre sí formaciones que son ya resultado de juicios. Si hemos comprendido esto, desde esa particular perspectiva, debemos percatarnos cuán poco posible resulta en el conocimiento apoyarnos solamente en la intuición y tener luego por secundario el juicio, el cual no puede ser mera intuición. Mientras veamos en el juicio un enlace de conceptos como meras 'representaciones', podremos ciertamente creer en la necesidad de encontrar su contenido, esencial al conocimiento, en las representaciones que el juicio pone en referencia; entonces podremos considerar intuitivas las representaciones del juicio. (...) Por lo contrario, **si nos percatamos de que las formaciones referidas entre sí como conceptos de juicios solamente mediante juicios se originan como conceptos definidos, y están pues muy lejos de tener un carácter meramente representativo y, por ende, puramente intuitivo, (...) resultará patente cuán imprescindible es para cualquier conocimiento científico el momento discursivo, no intuitivo.**" Ibid. pp. 10-11. (grifo nosso)

¹⁰³³ "Mesmo na física, na astronomia, na biologia e noutras aprendeu-se que nas tentativas de conceptualizar o nosso mundo nunca chegamos totalmente a um fim, mas somos obrigados a testar e a corrigir continuamente os nossos conceitos; numa palavra, aprendeu-se que todos os nossos conceitos e teorias são apenas resultados provisórios do nosso esforço de conhecimento, que ficam permanentemente expostos a uma crítica e correção." ZIPPELIUS, R.. Filosofia... p. 21.

que dele se extrairão, os precedentes, a própria jurisprudência dogmática, devem ser ligados a atitudes concretas, ações perpetradas na realidade da vida. Também é um fator dificultador o fato de as relações travadas no cotidiano irem, por si mesmas, adotando vieses diferenciados ao longo do tempo. Daí que qualquer expressão que tente regular dada realidade da vida deva ter isto em conta.

O viés *metodológico* desenvolvido por Rickert para a delimitação conceitual das definições parece atender satisfatoriamente um caminho que vise a superação das aludidas dificuldades.¹⁰³⁴ O que se pretende é um *meio* para se atingir um *fim*, um *caminho racionalmente percorrido* para que se conheça algo. O objetivo sempre será no sentido de, ante as múltiplas opiniões possíveis sobre as coisas abarcadas pelo pensamento, encontrar a que mais se aproxima da *verdade*.¹⁰³⁵ O outro objetivo é que o pensado haverá que ser comunicado e, no Direito especialmente, isto é de capital importância; afinal, os destinatários das decisões haverá que conseguir entender, minimamente, o caminho percorrido para se ter chegado à decisão que os vincula, pois, do contrário, estaria quebrado outro pressuposto de um Estado de Direito. Dessa forma, a compreensão através das palavras é fundamental e imprescindível, e aqui o que as mesmas significam para o emissor e o receptor dos respectivos atos de fala é fundamental.¹⁰³⁶

O pensamento, em sua essência, não se encontra no campo das palavras e das orações, mas, sim, no das *significações e formações de sentido*. Porém, ainda que não seja possível pensar sem o *meio*, que é a *linguagem*, não se pode afirmar que esta seja um elemento inseparável do pensamento.¹⁰³⁷ Percebe-se, assim, que se em alguns casos uma definição se dirija a indicar a significação de uma palavra, em outros, diferentemente, visa determinar o conteúdo de um conceito. Neste segundo caso, que é o que se amolda à necessidade elucidativa da expressão *forma de ser dos povos*, há uma relação das significações e formação do sentido

¹⁰³⁴ Para a justificativa da adoção da submissão da *definição*, desde uma perspectiva metodológica: RICKERT, H.. Teoría... p. 18.

¹⁰³⁵ Ibid. p. 19. No Direito, dada a sua especificidade constitutiva e de realização, seria mais acertado tratar com a busca mais aproximada o possível da verdade, conforme os elementos disponíveis para tanto no momento realizatório.

¹⁰³⁶ Para o referido alerta ao segundo fim da busca de uma definição: Id e Ibid. p. 28. A lógica, com isto, enquanto mecanismo de suscitação no pensamento humano da própria consciência lógica, não poderia jamais ignorar a linguagem. Ibid. p. 21 e p. 28.

¹⁰³⁷ Ibid. p. 28.

atinentes às palavras empregadas. Tratam-se de significações que serão mentalizadas ou compreendidas ao falar/pronunciar a expressão, ou seja, o que está em jogo é o *conceito* pensado e relacionado à expressão. O desejo final sempre será no sentido de que os usuários da expressão possam, ao menos minimamente, aproximarem-se das representações que foram desejadas quando da criação da expressão. A simplicidade das palavras em si e da expressão como um todo, dessa forma, é imprescindível.¹⁰³⁸ A referida ideia se reforça, sobretudo, porque o texto normativo da expressão será endereçado à comunidade em geral e, sobretudo, a pessoas advindas de outros territórios dentro do mesmo país, que desconhecem o regramento, ou, ainda, aos estrangeiros em geral que se encontram no país onde a expressão os vincula.

Antes de alguém tentar indicar a significação de uma palavra que designa um conceito, precede-se um processo de pensamento no campo do sentido lógico. Só assim a expressão verbal da mesma será localizável. O referido processo nada mais é do que a formação de um conceito, que deve já estar formado previamente, para só então ser possível externalizá-lo. A linguagem, assim, será o veículo para a tradução dos *pensamentos*.¹⁰³⁹

Nesse ponto algum distanciamento de Rickert é necessário, pois suas preocupações foram voltadas a uma filosofia enquanto *ciência*, desde um processo de *sistematização* do conhecimento. Afinal, o Direito não se trata de uma *ciência*; é, antes, uma *dimensão prática do homem*, um dos vários reguladores sociais escolhido para disciplinar a vida em uma dada comunidade.¹⁰⁴⁰ Porém, o agregado

¹⁰³⁸ Ibid. p. 29.

¹⁰³⁹ Ibid. p. 33 e p. 56.

¹⁰⁴⁰ No dizer de Castanheira Neves, “Ora, por um lado, nem a normatividade jurídica a assumir pelos juristas na sua tarefa prático-normativamente jurídica se esgota nesse platonismo de significações que pura e simplesmente, e com estrita neutralidade teórica, lhes competisse apenas conhecer-determinar, mas antes se traduz numa normatividade de uma regulativa validade a intencionar numa problemática abertura e continuamente constituenda numa prática específica, e que eles tanto intencionam e assumem, ou intencionando assumem, como concorrem a constituir no seu específico assumir do problema prático-normativo do direito nessa prática – essa normatividade jurídica, enquanto traduz a validade jurídica problemática e praticamente constituenda, transcende também praticamente sempre o acervo das significações do direito positivo oferecido como dado e nunca será simplesmente na prática jurídica um mero ‘dado’. Com o que se reconhecerá que o direito não será, na sua normatividade ou no que na sua prática normativa significa, sem esse assumir constituinte ou continuamente reconstituente próprio da prático-normativa tarefa jurídica – a tarefa afinal dos juristas, tarefa prático-normativamente comprometida e não apenas de teoreticamente determinante conhecimento de significações dogmáticas. (...) As ‘teorias jurídicas’ não traduzem um

de conhecimentos que as pessoas em geral necessitam em suas vidas não podem ser o cabedal de informações, por si só, de que os juristas haverão de se valer nos processos de formação de seus juízos judicativo-decisórios. Se para o mundo *pré-teórico*, para as pessoas em geral, um conjunto de representações gerais é suficiente para explicar algo, em um plano mais rigoroso, como o que hão de transitar os juristas, há que se valer de *conceitos*.¹⁰⁴¹

É de se perceber que ao Direito a tarefa é mais árdua que aos outros ramos do saber, pois as construções verbais aqui são, ao mesmo tempo, utilizadas, interpretadas, compreendidas pelas pessoas em geral e pelos juristas em particular.¹⁰⁴² Agregue-se a isto o fato de que a maioria das construções, ao menos dos textos legais, serem fruto do trabalho legislativo, o que, ao menos quanto ao reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* no âmbito judicial, terá uma construção prévia com fundamentação diferenciada que facilitará o referido trabalho em um momento de sedimentação legal. Aqui também se justifica a explicitação conceitual da expressão. A diferença entre uns e outros, leigos e especialistas, é

estrito objectivo teórico, são simplesmente um instrumento normativo inserido numa prática normativa e ao serviço também normativo dessa prática – elas não valem porque são teoreticamente bem definidas, mas porque são jurídico-normativamente ‘justas’ ou juridicamente assumíveis e fundadas no seu sentido normativo (normativo-jurídico) e nas suas consequências práticas (prático-jurídicas). Isto por um lado. Por outro lado, e em que tudo se corrobora e reforça, há que considerar que o direito não tem sentido apenas numa sua pretensa existência abstracta e ideal (queremos dizer, num qualquer platonismo intencional que idealmente fosse objectivamente determinável nos suas significações), e unicamente na sua realização prática e em ordem a ela: a realidade do direito, e em que se decide a sua existência mesmo como direito, só a temos na sua problemático-concreta realização através das decisões judicativas e estas, bem se sabe hoje e como no-lo mostra a actual reflexão metodológica, não são uma mera dedução (subsuntiva) de um direito todo pressuposto e acabado antes delas, um direito de todo conhecido antes delas, e que apenas se tenha logicamente de ‘aplicar’ – nas concretas decisões judicativas manifesta-se, antes e indefectível, uma mediação normativo-juridicamente constitutiva pela própria exigência da concreta problematicidade, do *novum* concretamente problemático, dos casos decidendo. Mediação normativo-juridicamente constitutiva de que, uma vez mais, os juristas decidentes são em último termo e numa particular autonomia (...) efectivamente e verdadeiramente os autores.” NEVES, A. C.. **Entrevista concedida pelo Professor Doutor António Castanheira Neves ao Professor Doutor Paulo Queiroz**. Disponível em: < <http://pauloqueiroz.net/entrevista-concedida-pelo-prof-dr-antonio-castanheira-neves/> > Acesso em 09 out 2011.

¹⁰⁴¹ RICKERT, H.. Teoría... p. 36.

¹⁰⁴² Sobre a distinção das notas essenciais e não essenciais a uma definição e a necessidade da ajuda de pontos de vista material às reflexões lógicas: Ibid. p. 47. Para a distinção entre *notas* e *elementos*, Rickert ressalta que “Podría hablarse de ‘elementos’ de los conceptos, a diferencia de ‘notas’ de los objetos. Sin embargo, tanto las notas de las cosas como los elementos de los conceptos, para ser designados verbalmente, tienen que ser *significaciones* de palabras y, en esa medida, coinciden los elementos conceptuales y las notas objetivas.” Ibid. p. 39 (nota nº 1).

apenas de grau em relação às representações gerais e aos conceitos.¹⁰⁴³ Não se esquecendo de que as preocupações de Rickert estejam voltadas ao conhecimento científico, no Direito pode-se dizer que a conceituação não necessita e mesmo, em muitos casos, *não deve* depender de uma rigorosa e estrita explicitação, fornecendo, portanto, uma absoluta certeza, de quais seriam os elementos que haveriam que ser compreendidos por um dado conceito.¹⁰⁴⁴ Todavia, isto não significa que se possa admitir uma abertura textual tal que permita abarcar debaixo de um mesmo conceito as mais díspares significações. A *constância conceitual* necessita, assim, somente ser mitigada no plano jurídico.

Ainda que as formulações de Rickert quanto às definições jurídicas não sejam aproveitáveis em sua totalidade, seja pelo fato do mesmo enquadrar o Direito enquanto uma *ciência analítica*, não sendo este uma ciência no sentido que o referido autor entende, seja por reduzi-lo a *um conjunto de proposições jurídicas*, o que de longe pode ser considerado como Direito, seja, ainda, por entender que as proposições jurídicas *sempre* conteriam um juízo hipotético, o que também não é o caso e, por fim, porque em seu entendimento seria a *vontade do legislador* que haveria que ser seguida, resta algo que pode, sim, ser aproveitado.¹⁰⁴⁵ É precisamente a importância dos conceitos, dada por Rickert, que pode ser acolhida na análise de formulações jurídicas, mas com as ressalvas que a realização prática do jurídico impõe. Os conceitos, para Rickert, permitem a implementação da tendência humana de busca de *unidade*, pois propiciam um ponto de vista para captar o essencial no domínio dos conteúdos de consciência.¹⁰⁴⁶ Porém, se o conhecimento da realidade quer progredir, não pode deixar que seu aparato conceitual se torne rígido.¹⁰⁴⁷

A síntese das notas essenciais do objeto, ou seja, o *conceito*, deve apresentar a devida plasticidade semântica.¹⁰⁴⁸ No Direito, os resultados

¹⁰⁴³ No dizer de Rickert, "... se há podido verlo [o conceito] como el perfeccionamiento del trabajo espiritual que ya había comenzado la conciencia precientífica al formar la significación verbal general." Ibid. p. 37

¹⁰⁴⁴ Para a explicação de tal exigência: Id.

¹⁰⁴⁵ Para a compreensão do Direito e das definições jurídicas: Ibid. pp. 42-47.

¹⁰⁴⁶ Ibid. p. 50.

¹⁰⁴⁷ Ibid. p. 51.

¹⁰⁴⁸ A preocupação de Rickert não é com a *expressão verbal mais adequada* que se produzirá, mas, antes, com o processo mental, com o problema lógico que está por detrás. As

preliminares de trabalhos *científicos*, na grande maioria dos casos, não existem, tal como é comum ocorrer nas ciências em geral. O que vai consignado em um conceito jurídico não são, assim, os referidos resultados, que haveriam que ser *conservados* pelo conceito. A definição no Direito, portanto, se entendida enquanto a síntese dos referidos resultados preliminares, expressada no conceito que a mesma abarca, é algo que pode ser temerário.¹⁰⁴⁹ Isto, porém, não significa que nada possa ser dito;

palavras sempre serão necessárias em qualquer tipo de definição; sempre corresponderão a uma *significação lógica*. Uma vez definido o conceito, a significação constará do conteúdo dos juízos pensados como fixos. Não se trata simplesmente de um *objeto* ou *nome*. O que se define, assim, é sempre o *conceito*. O essencial para Rickert é a relação entre as representações ou entre os elementos conceituais. O conteúdo lógico do juízo, que nada mais seria que a referida *relação*, seria a essência peculiar do conceito. Ibid. pp. 79-80 e Ibid. pp 81-82.

¹⁰⁴⁹ Algumas ideias de base para a referida formulação foram extraídas em: Ibid. p. 56. Rickert não se refere às definições analíticas e sintéticas conforme o emprego normalmente utilizado na lógica. Para ele, não se trata da distinção de duas espécies de ciências, uma começando suas investigações com uma análise de objetos dados e outra com construções livres, mediante a síntese de elementos. Para Rickert, tratam-se, antes, de dois atos de formação e divisão do conceito, que se efetuam igualmente em ambas as espécies de ciências – analíticas e sintéticas – e que operam da mesma forma também em qualquer ciência empírica. Há dois atos de pensamento: um que expressa uma síntese conceitual das notas essenciais do objeto e outro uma análise do conceito em suas notas. Evidentemente, neste sentido uma definição analítica só poderia efetuar-se caso fosse precedida à mesma uma definição sintética. A definição analítica implica a sintética. Rickert também entende que se pode falar de definição sem agregar nenhum adjetivo, onde seria para se designar o ato de pensamento em seu conjunto, que compreenderia tanto a síntese como a análise. O conceito mesmo seria, assim, fruto de um processo de sua própria divisão analítica, ou seja, o conceito se apresentaria enquanto um *juízo*. O *juízo*, por sua vez, seria toda formação de pensamento correspondente à oração expressada ou por ela mentalizada, ao contrário de uma palavra singular, que só representaria uma parte do conteúdo lógico. *Juízo* seria a oração/expressão como um todo. Daí Rickert entender que para a maioria dos casos se deveria chamar de um *complexo de juízos* às definições que enumerassem várias notas, pois a indicação de cada nota é um *juízo*. Os *juízos analíticos* de uma definição, desta forma, é que destacariam expressamente tudo o que antes estava pensado no conceito. Uma definição sintética que compõe as notas seria o ato de pensamento que a definição analítica só utilizaria para invertê-lo, ou seja, para dividir o conceito em seus juízos. A definição sintética, em razão disto, nada mais seria do que o trânsito do juízo ao conceito e, ao inverso, a definição analítica, que separaria novamente as notas, o trânsito do conceito aos juízos. Em termos alegóricos, Rickert explica que, se comparássemos a sistemização do saber humano com uma teia de fios, os nós seriam os conceitos e os ligamentos desde os fios aos nós as relações entre os conceitos, ou seja, os *juízos*. Quando se imagina os fios na direção dos nós, se estaria ante uma definição sintética, porém, imaginando os fios irradiando dos nós, se estaria ante uma definição analítica – o conceito se dividiria em seus juízos -. Para Rickert haveria que se libertar completamente da opinião de que a imagem intuitiva sensível representada tenha algo a ver com o conceito, ou seja, só conceberíamos efetivamente uma coisa quando pudéssemos prescindir da intuição sensível. O objetivo de Rickert, assim, não se trata de pretender apresentar uma teoria acabada do conceito, mas, antes, mostrar que se compreende falsamente o conceito se em seu lugar se coloca um esquema intuitivo ou um esboço imaginativo, onde ficariam registradas as notas singulares para logo serem repassadas. Isto porque, desde uma sistematização do pensamento humano, este jamais intuiria o conteúdo em sua totalidade, nem o captaria de modo imediato. Unicamente se poderia recorrer a ele de modo que tão logo seriam formados conceitos com os elementos relacionados entre si, ou seja, com os *juízos* que, de pronto converteriam novamente esses conceitos em juízos, ou seja, sempre se procederia de modo *discursivo*. Daí porque Rickert entender que, em sentido estrito, o pensamento só se moveria no *plano do juízo*. Daí ter que se considerar o conceito definido

ao contrário, alguma explicitação, algum esclarecimento, muitas vezes, acaba sendo salutar quando no momento de realização/concretização do Direito pelos juristas e mesmo pelos destinatários das formulações jurídicas, as pessoas em geral.

E é justamente o momento realizatório do Direito que traz a chave para a compreensão do problema. O Direito realiza-se mediante a formulação de *juízos*, mas *juízos práticos* que intencionam à própria validade do Direito. O que se busca nas formulações textuais nada mais é do que um *apoio em critérios positivos – textos normativos*, segundo Müller -, mas que são sempre ultrapassados. Os fundamentos e critérios mobilizáveis passarão por uma *autônoma mediação resolutiva*, no dizer de Castanheira Neves. A atitude, assim, não será de índole “... objectivo-teorética ou de ‘ciência’ (...) [, mas,] antes[,] (...) uma atitude práctico-normativa ou de ‘decisão judicativa’, de juízo prático.”¹⁰⁵⁰ Além disso, o que a tarefa realizatória do Direito exige é a formulação de *juízos práticos valorativos*, ou seja, *juízos de valor/juízos práctico-normativos*.¹⁰⁵¹

Nesse sentido, as formulações de Rickert novamente podem auxiliar a

cientificamente enquanto uma forma característica do *juízo*. O conteúdo essencial dos conceitos, com isto, não poderia se constituir em imagens intuitivas, que facilmente ocorreriam para compreender uma significação verbal, mas que tal conteúdo seria encontrado antes nas relações entre as intuições. O conceito não se trataria de *representações*, mas, sim, de *relações entre representações*. **As intuições não foram descartadas, mas somente assimiladas, para fins conceituais, desde as relações entre as mesmas.** Ibid. pp. 57-65.

¹⁰⁵⁰ NEVES, A. C.. Entrevista... O verdadeiro problema no Direito não seria “... o de explicitar e de determinar significações de textos e ainda que textos jurídicos, mas o de atingir, de modo metodológico-juridicamente específico, que nem é apenas semiótico ou hermenêutico em geral, a normatividade (não a mera significação textual) dos fundamentos e critérios jurídicos vigentemente pressupostos em ordem à decisão concretamente judicativa de casos jurídicos ...” Id. No dizer de Friedrich Müller, “O sentido da conceitualização jurídica não visa a descrição ou a compreensão, mas a obtenção de normas, a positivação normativa.” MÜLLER, F.. Teoria Estruturante... p. 36.

¹⁰⁵¹ NEVES, A. C.. Entrevista... Jhering já observara que seria uma incumbência do Direito *valorar praticamente e comprovar no particular*. IHERING, R.. ¿Es el derecho... p. 75. Não se pode esquecer a diferença que o emprego das expressões *valor* e *critérios de valor* trazem em termos de uma especificação mais rigorosa em relação à expressão *juízos de valor*, pois se aquelas *afirmam algo de objectivo*, esta designa um *acto subjectivo de pensamento*, daí o emprego da mesma por autores da Jurisprudência dos Interesses – Heck e Stoll -, pois para tais autores os valores não seriam “... assumidos enquanto tais, na sua ideal e objectiva validade.” NEVES, A. C.. As fontes do direito ... Volume LII. p. 212 e nota nº 580. Também explicitando que a Jurisprudência não pode passar sem os *juízos de valor*, mas apontando que os mesmos haveriam que ser racionalmente fundamentados: ALEXY, R.. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, pp. 20 e ss. Em razão da detecção de algumas inconsistências na referida tradução ao português foram confrontadas as traduções espanhola e inglesa. Para as mesmas, ver a lista de referências de obras consultadas no Anexo IV. Também sobre os *juízos de valor*: LARENZ, K.. Op. cit. pp. 163 e ss.; pp. 172 e ss. e pp. 406 e ss.

compreensão mas também mostrar como suas referências ao Direito enquanto *ciência* se trataram de equívocos. Para Rickert, as realidades são conhecidas em suas individualidades em razão da significação prática que possuem para as pessoas que as conhecem. Isto não teria nada a ver com a *conceituação científica*.¹⁰⁵² As avaliações práticas – *valorações* - introduzem fatores que não são mais puramente científicos.¹⁰⁵³ Em razão do Direito trabalhar com *valorações* não se trataria, assim, de uma *ciência* no sentido dado por Rickert.

A compreensão da forma de realização do Direito, orientada pelos casos práticos, pelas situações fáticas que geram repercussões jurídicas, que serão balizadas por fundamentos e critérios possuidores de um certo grau de plasticidade, por si só, já seria suficiente para se fazer perceber que, além de não se tratar o Direito de uma *ciência*, exige nos respectivos processos mediativos quando da análise dos casos *in concreto* a formulação de juízos de valor, *juízos prático-normativos*, no dizer de Castanheira Neves. Os objetivos, assim, ultrapassariam uma tarefa puramente *científica*.¹⁰⁵⁴

O sentido jurídico dos fundamentos ou critérios jurídicos convocados e interpretados quando da realização judicativa do Direito serão obtidos no próprio juízo onde operaram como fundamentos ou critérios "... (como que numa circularidade de ponderação jurídico-normativa em função do problema jurídico concreto julgando), assim como toda a interpretação será, já por isso, normativamente constitutiva em concreto, tal como normativamente constitutivo será sempre o concreto juízo jurídico."¹⁰⁵⁵

As regras de convívio de que as pessoas em geral se valem rotineiramente podem ser vistas como impressões particulares, pessoais, sobre a ordenação que o Direito impõe de forma muito mais sofisticada. Aquilo de que o homem médio se vale

¹⁰⁵² RICKERT, H.. **Ciencia natural y ciencia cultural**. Traducción de Manuel G. Morente. Buenos Aires: Espasa-Calpe S.A., 1943, p. 208. (Colección Austral)

¹⁰⁵³ RICKERT, H.. **The limits of concept formation in natural science. A logical introduction to the historical sciences**. Re-issued. Translated by Guy Oakes. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 96. (Texts in german philosophy) Muito elucidativo é o subitem "4", do Capítulo "5" do citado texto de Rickert, onde o mesmo trata da objetividade dos valores como requisito para um conhecimento científico. Ibid. pp. 215-236.

¹⁰⁵⁴ Castanheira Neves baseia-se em Rickert para tal observação. NEVES, A. C.. Entrevista...

¹⁰⁵⁵ Id.

para pautar sua conduta, na verdade, são *impressões de regras*, das regras jurídicas enquanto tais.¹⁰⁵⁶ Falta ao cidadão comum o *critério de correção*, que aos juristas é inafastável não só quando da formulação de juízos judicativo-decisórios, mas mesmo quando se posicionam, pautam seus comportamentos, no dia-a-dia.

Enquanto *dado de entrada* do processo de *concretização* do Direito - Friedrich Müller -, a expressão *forma de ser dos povos* parece atender à exigência da correspondência ao *jogo* que se joga quando do emprego da mesma, pois permite uma compreensão ante as diversas situações – *formas de ser* – que se lhe apresentem.¹⁰⁵⁷ Trata-se do direcionamento que será atribuído pela *situação linguística*, no dizer de Müller, valendo-se das formulações de Wittgenstein.¹⁰⁵⁸ A plasticidade que a expressão *forma de ser dos povos* possui possibilita albergar, debaixo de seu manto semântico, âmbitos de proteção absolutamente diferenciados – *expressividades comportamentais típicas* as mais diversas -, sem que com isto se corra o risco de um desvirtuamento das significações abarcáveis pelo conceito como um todo. Todavia, não se pode esquecer que o conceito de *jogo de linguagem* se refere também ao conceito de *regra*.¹⁰⁵⁹

Provavelmente esta não seja outra forma de olhar um problema jurídico somente com as lentes de um jurista, mas com o auxílio de lentes imprescindíveis ao jurista, as dos antropólogos. É olhar para a linguagem entendendo esta dentro de circunstâncias sociais, como ela é em cada uma das circunstâncias utilizada,¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁶ WITTGENSTEIN, L. J. J.. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, pp. 97-98. (§§ 258 e 259) (Os pensadores)

¹⁰⁵⁷ Nas palavras do próprio Wittgenstein: “Chamarei também de ‘jogos de linguagem’ o conjunto da linguagem e das atividades com as quais está interligada.” Ibid. p. 12. Sobre a *multiplicidade dos jogos de linguagem*: Ibid. p. 19. (§ 23) Cf. também ressalta Alexy: ALEXY, R.. Teoria da Argumentação Jurídica... p. 55.

¹⁰⁵⁸ MÜLLER, F.. **Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional I**. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995 pp. 36-38. Para Wittgenstein, as situações é que determinam o significado das palavras e não as palavras que determinam o significado. WITTGENSTEIN, L.. **Da certeza**. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 99. (§ 348) (Biblioteca de Filosofia Contemporânea – 13)

¹⁰⁵⁹ ALEXY, R.. Teoria da Argumentação Jurídica... p. 56. As regras, porém, são seguidas porque há um uso constante das mesmas, um hábito, um costume. Desta forma é que elas se *incorporam* no jogo de linguagem. WITTGENSTEIN, L. J. J.. Investigações... pp. 87 e ss. (§§ 198, 199, 200, 201 e 202)

¹⁰⁶⁰ Foi em Amartya Sen que buscamos inspiração para desenvolver a referida correlação. Sen explica a viragem em Wittgenstein a partir das influências recebidas de Piero Sraffa que, por sua vez, trazia consigo a bagagem de Gramsci. SEN, A.. A ideia ... pp. 178-181. Ou, ainda, de forma mais detalhada, explicando que o intuito de Sraffa, em suas discussões com Wittgenstein, teria sido o de mostrar ao mesmo que as convenções sociais podem contribuir para o significado das expressões e

como, portanto, inúmeros vieses poderão aparecer de um mesmo enunciado prescritivo. Eis mais uma boa razão para o emprego da expressão *forma de ser dos povos*, uma vez que esta permite necessária e inarredável plasticidade.

Para além disso, entendendo-se a doutrina como umas das *fontes* do Direito, não resta dúvida de que o papel chave de elucidação das ideias de uma determinada expressão encontre na reflexão acadêmica um relevante contribuinte. A sistemática de enfrentamento da questão dos problemas derivados dos (des)encontros das diferenças exige uma delimitação mínima da abrangência de significados que a expressão mesma pode admitir. O que se tem procurado mostrar, assim, é a importância de se buscar uma mínima *determinação conceitual*,¹⁰⁶¹ não deixando de ter em conta que nem se partindo do individual, do ponto de vista das estruturas lógicas, pode se alcançar o puramente conceitual, nem se partindo do conceitual pode se atingir o *puramente individual*.¹⁰⁶²

5.1.1.2 Intersubjetividade moral versus forma de vida imanente: como a expressão forma de ser dos povos pode contribuir?

Como conciliar o pressuposto de uma *intersubjetividade moral*, sobre o qual se assenta o Direito, com *formas de vida imanentes*? A questão traz consigo a exigência analítica do que estaria na base do projeto humano-cultural *Direito*, enquanto pressuposto de uma intersubjetividade que subjaz ao mesmo. Intersubjetividade essa que é assentada em uma moral de cariz propriamente europeu e ocidental e que, portanto, aponta para um *reino de fins transcendente*, no dizer de Rüdiger Bubner.¹⁰⁶³ Por detrás do referido projeto, assim, existiria um

gestos humanos. Enquanto o *Tractatus* tenta ver a linguagem de forma isolada das circunstâncias sociais nas quais as mesmas são usadas, nas *Investigações filosóficas* Wittgenstein enfatiza as convenções e regras que dão às expressões um particular sentido. SEN, A.. Sraffa, Wittgenstein, and Gramsci. Em: **Journal of Economic Literature**. Vol. XLI, n° 4, (December 2003), pp. 1241-1245. Disponível em: < <http://www.aeaweb.org/articles.php?doi=10.1257/002205103771800022> > Acesso em 02 nov 2011.

¹⁰⁶¹ Para o método utilizado por Rickert para a determinação conceitual: RICKERT, H.. Teoría... pp. 33-34.

¹⁰⁶² NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 169.

¹⁰⁶³ BUBNER, R.. Racionalidad, forma de vida e historia. Traducción de Román Garcia Pastor. Em: **Daimon. Revista Internacional de Filosofía**. Murcia: Ediciones de la Universidad de

direcionamento ético-moral kantiano, que guardaria em si um conceito de subjetividade que requer *identidade*.¹⁰⁶⁴

A dificuldade estaria em como conseguir anular a diferença fundamental entre um comportamento empírico mundano e a liberdade de cada pessoa. Para Bubner, tal diferença se expressaria no duplo carácter humano do fenomênico e do nomênico, que não poderia ser afastado sem deformar a intenção sistemática kantiana de pretender “... contrapor un mundo de cosas ordenado bajo leyes naturales a outra esfera de más estricto orden bajo leyes morales.”¹⁰⁶⁵

O direito à subjetividade, que acabou se gerando desde o referido percurso retratado por Bubner, não pode levá-lo à absolutização;¹⁰⁶⁶ ou seja, há que se buscar uma *subjetividade baseada na intersubjetividade*.¹⁰⁶⁷ A(s) subjetividade(s), assim, há(ão) que ser(em) vista(s) desde a práxis, não se olvidando que a pluralidade das atuais sociedades nem sempre permitirá olhar para uma possibilidade de solução desde possíveis consensos. Tamanha é a assimetria entre os referidos povos, a disparidade de interesses subjacentes, etc, que pensar a formação de um consenso mais amplo parece, antes, um belo sonho para um futuro distante. Porém, um respeito incondicional às particularidades exige, no mínimo, alguma reflexão sobre os *limites* que precisariam ser impostos, sobretudo quando o viés é o *jurídico*.

Para Bubner, uma saída seria buscar um processo de formação que mediasse os sujeitos em questão com o nível historicamente alcançado das formas de vida. Nesse caminho, as formas nas quais se refletiria a práxis intersubjetiva precederiam a liberdade do particular. As necessidades impostas pela práxis das pessoas é que apontariam para a forma de modos de vida onde cada sujeito

Murcia. I - 1989, p. 77. Disponível em < <http://www.revistas.um.es/daimon/index> > Acesso em 09 fev 2011.

¹⁰⁶⁴ Id. “La identidad práctica, es claro, sólo puede alcanzarse al precio de sacrificar la orientación práctica concreta a la imposición de la razón pura en lo práctico. (...) Con el ser si mismo al que obliga el imperativo categórico el sujeto práctico se ve colocado inmediatamente en la situación de coexistencia libre de conflictos de seres racionales que han abandonado sus particularidades respectivas.” Id.

¹⁰⁶⁵ Id. Para Bubner, haveria que se buscar uma filosofia atual que estivesse “... en contacto con la historia y las ciencias sociales, busca[ndo] descifrar la razón en la historia en lugar de cultivar teóricamente una racionalidad separada de la práxis concreta.” Ibid. p. 78.

¹⁰⁶⁶ Ibid. p. 79.

¹⁰⁶⁷ Expressão resgatada a partir das formulações do Prof. Dr. Fernando José Couto Pinto Bronze.

poderia, mediante sua ação, preservar sua identidade.¹⁰⁶⁸

De outro lado, um dos problemas é que nas atuais sociedades o encontro das diferenças é uma das marcas d'água, não comportando as mesmas uma moldura tão fechada, ancorada em termos institucionais, como sugere Bubner.¹⁰⁶⁹ Os contextos territoriais regionalizados, hoje, mais do que nunca, apresentam povos convivendo em um único espaço que, muito provavelmente, não vislumbram a racionalidade enquanto uma particular forma social de existência, tal como o projeto habermasiano pressupõe.¹⁰⁷⁰ O cenário sulamericano mostra isso.

Todavia, insistindo em um direcionamento de viés institucionalista, algum sinal luminoso a tal suscitação pode ser buscado justamente dentro do próprio *projeto Direito*.¹⁰⁷¹ Ocorre que um excesso regulamentativo pode ser um fator para conduzir à própria dissolução da interação regulada.¹⁰⁷² A tipologia *forma de ser dos povos* parece, também aqui, apresentar alguma vantagem quanto a isso, pois a atualização histórica que a mesma permite¹⁰⁷³ flexibiliza suficientemente ao ponto de que formas específicas de ser, ainda que de pequenas minorias, não sejam tidas

¹⁰⁶⁸ BUBNER, R.. Racionalidad... p. 79. "**Subjectividad práctica supone un sistema de instituciones que permita la autorrealización a distintos niveles de acción** sin que todos sean, en todos los respectos, iguales a todos y cada uno haga lo mismo que los otros." Id. (grifo nosso)

¹⁰⁶⁹ Ibid. pp. 81-82.

¹⁰⁷⁰ Para uma explicação da essência do mundo moderno enquanto possuidor de uma racionalidade tornada em uma forma de vida social de existência: BUBNER, R.. Razionalità come forma di vita: sulla <<Teoria dell'agire comunicativo>> di J. Habermas. Em: BUBNER, R.. **Azione, linguaggio e ragione. I concetti fondamentali della filosofia pratica**. Traduzione di Bruno Argenton. Bologna: Società editrice il Mulino, 1985, pp. 271-292.

¹⁰⁷¹ A proposta do reconhecimento institucional da *forma de ser dos povos* enquanto um *direito* representa um passo no domínio racional de um significativo problema prático. Na visão de Bubner, as diversas formas de se possibilitar coletivamente a práxis seria um passo no referido sentido. BUBNER, R.. Racionalidad... p. 82. "Sería pues precipitado rechazar por su naturaleza toda institución como cosificación que obstaculiza el derecho propio del sujeto libre." Id.

¹⁰⁷² Ibid. p. 83. Para Bubner, "En el caso de que la regla normativamente promulgada sea idónea, como una trazada por el mismo, puede concebirse lo deseado, lo necesitado, también como lo querido. La norma mantiene el carácter vinculante originario, perdiendo la ininteligibilidad del arbitrio o de lo meramente fáctico que parece incompatible con la razón práctica." Ibid. p. 85. Ocorre que muito raramente as pessoas em geral têm a possibilidade de ver seus desejos/vontades minimamente representados nos atuais Parlamentos. Ademais, o problema dos (des)encontros das diferenças mostra que conflitos de ordem prática podem envolver não só pessoas de um mesmo país. No cenário sulamericano as ações institucionalizadas no sentido de proteger as especificidades dos inúmeros povos que co-habitam tal território não têm sido suficientes. Falar de uma possibilidade de participação das pessoas dos vários países em um processo de formação de consensos sobre interesses comuns ainda é algo remoto.

¹⁰⁷³ Sobre a importância da "atualização histórica", mas em um plano "ético", que não difere no plano jurídico, distinguindo-se apenas em termos de grau – no Direito as atualizações se dão de uma forma mais lenta -, ver: Ibid. p. 86.

como fatores de imputação de responsabilidade jurídica, respeitado o período de enculturação.¹⁰⁷⁴

Mesmo a tentativa de atenuar a radicalidade da filosofia moral kantiana, desde os recursos da filosofia da linguagem e da teoria da ação, não parecem apontar para um terreno mais firme.¹⁰⁷⁵ Se é assim para o plano ético, para o *jurídico* o cenário apresenta dificuldades ainda maiores. A proposta apresentada do *direito da forma de ser dos povos*, portanto, se mostra como um divisor de águas para a referida problemática.¹⁰⁷⁶

6 DA CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO DA FORMA DE SER DOS POVOS: UMA ANÁLISE FINAL EM *SENTIDO POSITIVO*.

Se a analítica, vichianamente inspirada, em *sentido negativo* permitiu afastar soluções jurídicas que têm sido adotadas na tentativa de solucionar problemas de ordem prática envolvendo (des)encontros das diferenças, bem como mostrar equivocidades que poderiam ser geradas com outras construções teóricas

¹⁰⁷⁴ Evidentemente, não se pode deixar de ressaltar as necessárias limitações que o *projeto humano-cultural do Direito* apresenta. A proposta de Bubner funda-se no estabelecimento de *máximas* pelos *sujeitos práticos*, que orientariam suas ações. Ainda que a tais *máximas* lhes faltasse o caráter vinculante das normas, mesmo assim, para Bubner, as mesmas ofereceriam um meio inesgotável para o intercâmbio entre sujeitos acerca de questões de orientação de larga concreção, onde cada sujeito decidiria para si à luz da razão prática. Ibid. p. 84. O problema é que, em termos práticos, os problemas decorrentes da *forma de ser das pessoas*, enquanto comportamentos típicos de seus povos de origem, continuariam sem solução. Outro ponto de que talvez Bubner não tenha se apercebido reside na natureza da esfera de direito que está por detrás de tais problemas: trata-se de uma parcela da existencialidade humana, que toca a própria noção de *pessoa*, e que, portanto, merece uma proteção em termos jurídicos rigorosos. Bubner mesmo chega a admitir que, uma vez se tratar de uma proposta de cunho ético, a mesma pode ser quebrada pelo simples fato de não haver uma transparência no contexto em que as formas de vida se externalizam. O contexto é que possibilitaria um sujeito proteger sua identidade a níveis distintos de interação. Ibid. p. 85.

¹⁰⁷⁵ Ibid. p. 77.

¹⁰⁷⁶ Bubner aponta que a intangibilidade histórica em puros conceitos não passa de uma aparência, pois “Tras la abstracción actúan transformaciones externas, tanto más incontroladas, sobre el sistema de los conceptos.” Ibid. p. 81. “Lo que de ese modo no se hace posible en absoluto es una reliquia muerta del pasado que ya nada tenga que ver con la vida social actual, o la coacción exterior que no tiene con el sujeto más relación que la del poder. [Aqui vale lembrar da relevância que possui um laudo sócio-antropológico na constatação de um dado comportamento a que se está tentando imputar responsabilidade jurídica.] Las convenciones muertas no se submeten al contexto, el puro poder rehúsa la inclusión. En ambos los casos la irracionalidad se capta como distorsión, destrucción del contexto.” Ibid. p. 86. Isto não significa assumir um puro relativismo, pois o jurídico trabalha com *escolhas* e *escolhas* exigem *limitações*. A dificuldade está em encontrar o equilíbrio; daí a limitação ao período mínimo de enculturação se mostrar inafastável.

com o que se está propondo, tal método não afasta a exigência de uma caracterização final do resultado dos enfrentamentos fundamentadores do *direito da forma de ser dos povos*, ou seja, uma caracterização em *sentido positivo* de tal *direito*.

Pode-se dizer que o *direito da forma de ser dos povos* possui um viés de direito subjetivo de *defesa* e, assim, tem validade direta; ou seja, em caso de violação, pode ser imposto sem mais. No entanto, como também pode visar um objetivo jurídico fundamental, uma vez fundamentalizado, demandará ações estatais que permitirão sua implementação, ancorando-se aqui já num plano legal¹⁰⁷⁷ e adquirindo, então, também um viés protetivo. O reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, portanto, fundamentará o *dever* de respeito ao mesmo.¹⁰⁷⁸ Tal reconhecimento não pode ser enquadrado em mais uma tentativa de “... calling anything of value a right.”¹⁰⁷⁹ Trata-se de um *valor* especificamente *jurídico* e não, portanto, derivado de uma moralidade política geral. Tal *direito* é permeado por uma específica moralidade jurídica, pois que tocante a uma dimensão do humano, objetivável juridicamente desde a própria noção de *homem-pessoa*. Seu reconhecimento se dará de uma forma juridicamente institucionalizada.

Ao contrário do que pensa Joseph Raz, baseando-se na ideia de que *interesses* fundamentariam *direitos*,¹⁰⁸⁰ se poderia dizer, tentando enquadrar o *direito da forma de ser dos povos* na referida concepção, que o mesmo se trataria de “... an interest of great importance to the well-being of very many people.”¹⁰⁸¹ No

¹⁰⁷⁷ GRIMM, D.. El futuro de la constitución. Em: GRIMM, D.. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Traducción de José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006, pp. 206-207. (Colección Estructuras y Procesos – Serie Derecho)

¹⁰⁷⁸ Com o que há que se concordar com a conclusão de Joseph Raz nesse sentido: RAZ, J.. **The morality of freedom**. Oxford: Oxford University Press Inc., 1986, p. 171. Ressalte-se o *caráter dinâmico* dos direitos, pois podem advir circunstâncias imprevisíveis ao tempo do reconhecimento do direito que façam gerar novos deveres quanto ao mesmo direito. Ibid. pp. 185-186.

¹⁰⁷⁹ Cf. adverte Raz: Ibid. p. 165.

¹⁰⁸⁰ Particularmente elucidativo para o desenvolvimento da referida ideia é o Capítulo 7 da seguinte obra: RAZ, J.. The morality... Importa, no entanto, registrar os riscos da assunção pura e simples da noção de *interesses* enquanto fonte justificadora de *direitos* pode conter: “... nunca até então os interesses, na sua radical expressão económica, se tinham reconhecido como autónoma dimensão humana — ou melhor, como dimensão humana socialmente autónoma.” NEVES, A. C.. A imagem do homem no universo prático. Em: NEVES, A. C.. **Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros – Digesta -**. Volume 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 327-328.

¹⁰⁸¹ RAZ, J.. The morality... p. 207.

entanto, ainda que se tenha consciência do fato de Raz autoproclamar-se *liberal* e que o mesmo não deixa de dar importância seja à comunidade seja às ações governamentais,¹⁰⁸² não se pode concordar que a satisfação de um *interesse*, por impor demandas de grande projeção na vida do conjunto das comunidades, teria o condão de afastar um correlato *direito*.¹⁰⁸³ Ademais, haveria, ainda, a consequência de ao se admitir que seriam *interesses* que fundamentariam *direitos*, se teria que concordar que *interesses* de uma *coletividade* justificassem correlatos *direitos* da mesma, como alerta Peter Jones,¹⁰⁸⁴ posicionando-se sobre a concepção de Raz. Apesar disso, não se pode negar, como Raz não o nega, que os direitos de um grupo possam ser fundados não somente nos interesses dos membros do grupo na sua cultura mas também no interesse de pessoas de outras culturas na existência continuada da cultura daquele grupo/povo.¹⁰⁸⁵ A configuração dogmática do *direito da forma de ser dos povos* deixa isso evidenciado, pois ao se reconhecer que *expressividades comportamentais típicas* de um povo devem ser respeitadas enquanto um *direito*, se está admitindo um incondicional respeito à referida dimensão do humano que todas as pessoas carregam consigo. Aqui também se justifica ter buscado uma fundamentação assente na exploração da noção de *homem-pessoa*, objetivável num correlato princípio jurídico e, portanto, fundamentada em termos valorativos e, assim, com caráter universal, diferenciando-se de um simples *interesse* que fundamentaria um correlato *direito* - como quer Raz -, que imporia *far-reaching duties* para toda e qualquer pessoa, independentemente de sua comunidade de origem. Não se pode analisar a questão reduzindo-a ao fato de, em razão de que em um certo caso jurídico houve a lesão de uma esfera de direitos, por si só, justificar uma pretensa responsabilização do suposto ofensor pela

¹⁰⁸² “... [pois] a possibilidade de florescimento individual dos cidadãos deve sempre estar na meta de ação dos governos, (...) [sendo que] projetos individuais (...) dependem [também] de estruturas sociais supraindividuais para que possam existir.” QUEIROZ, R. M. R.. Faz sentido um positivista escrever sobre temas morais? Em: Apresentação à seguinte obra: RAZ, J.. **A moralidade da liberdade**. Tradução de Carlos Henrique de Oliveira Becker e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2011. (Coleção Teoria e Filosofia do Direito)

¹⁰⁸³ Raz estava a se referir ao interesse de Yasser Arafat, falecido em 2004, quanto à autodeterminação do povo palestino.

¹⁰⁸⁴ JONES, P.. Group Rights. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring Edition, 2014. Disponível em: < <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/rights-group/> >. Acesso em 02 mar 2016.

¹⁰⁸⁵ Id.

simples externalização de uma *expressividade comportamental típica* do mesmo, ainda que dentro de um período mínimo de enculturação, entendendo tal conduta como tradutora de uma imposição de *deveres de grande projeção* não só sobre o ofendido que diretamente sofreu as consequências da ação do *ofensor*, mas também de sua comunidade como um todo. Afinal, podem haver casos em que a relevância da lesão acabe por se traduzir numa ofensa à toda a comunidade. Para Raz, o dever de respeito só existiria se ele viesse anular determinadas considerações contraditórias, caso essas existissem.¹⁰⁸⁶ E, ainda, a “... absence of actual conflict is not enough to justify a claim of a right. (...) [Daí Raz duvidar da] possibility of a justification for a fundamental individual right to a collective good.”¹⁰⁸⁷ Contudo, o reconhecimento de um direito baseado em valores fundamentais e, assim, assente em objetivações jurídico-principiológicas, impõe o dever de respeito a tal direito mesmo que tal respeito implique na não anulação de considerações contraditórias. E, ainda, mesmo que, por exemplo, uma única pessoa remanescente de um determinado povo externalize uma *expressividade comportamental típica* de seu povo de origem e isso venha ofender uma esfera de direitos de outrem, desde que dentro do período de enculturação, não se pode falar em responsabilização. Dessa forma, não é o número de indivíduos de um grupo que afeta ou realça o peso de um direito, ao menos enquanto direito de defesa, como quer Raz.¹⁰⁸⁸ No entanto, não se ignora, como alerta Jones, que políticas públicas possam ser mais bem justificadas quando forem direcionadas a um número significativo de pessoas.¹⁰⁸⁹ No mesmo sentido, há que se concordar que alguns bens ganham, necessariamente, uma forma coletiva.¹⁰⁹⁰ No entanto, quando se compreende, tal como ocorre ante o *direito da forma de ser dos povos*, que se está diante de um *direito individual fundamental* que é para um *bem coletivo*, resolve-se a questão.

São por essas razões que se pode dizer haver sim a possibilidade de justificação de um *direito individual fundamental para um bem coletivo*. É assim que, encampando a defesa da tradicional noção de *bens jurídicos*, Claus Roxin observa

¹⁰⁸⁶ RAZ, J.. The morality... p. 208.

¹⁰⁸⁷ Id.

¹⁰⁸⁸ Ibid. p. 209.

¹⁰⁸⁹ JONES, P.. Op. cit.

¹⁰⁹⁰ Id.

que as metas da garantia ao indivíduo de tanta proteção quanto seja necessária mas também tanta liberdade individual como seja possível, advindas da tradição liberal-ilustrada, de nenhum modo teriam ficado obsoletas, senão que continuamente teriam que ser protegidas frente tendências limitadoras da liberdade das mais diversas origens. Ademais, os bens jurídicos não teriam razão para ter realidade material, pois bastariam ser parte da realidade empírica; daí também serem considerados bens jurídicos os direitos humanos e os direitos fundamentais, tais como o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de consciência ou de culto, não se podendo deixar de observar a existência de *bens jurídicos coletivos*, que só seriam legítimos quando, em última instância, servissem ao cidadão individual, o que seria o caso dos tradicionais bens jurídicos universais, comumente aceitos. Tal compreensão se amolda à noção da *forma de ser dos povos*, entendida enquanto um *direito*.¹⁰⁹¹ Além disso, *demandas de grande projeção na vida das pessoas de uma dada comunidade*, desde o reconhecimento de um *direito individual fundamental para um bem coletivo*, como ocorrerá com o reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, só existirão em casos extremos, como aqueles que o território europeu tem vivenciado com a chegada de multidões de pessoas simultaneamente em tal continente. Afora essas situações excepcionais, o comum é que quantidades menores de pessoas, quando não pessoas isoladas, externalizem certas *expressividades comportamentais típicas*, dentro de um período em que ainda não houve a enculturação e que, em razão disso, acabem por violar direitos de um número mais restrito de pessoas da comunidade onde ocorreu o fato. Também não se pode esquecer que, em termos históricos, já houve casos exemplares de que o exercício de um direito – recorde-se do direito de propriedade no período medieval, mas que até hoje tem traços observáveis em países que não passaram por um adequado processo de reforma agrária – implicaram em *demandas de grande projeção na vida do conjunto das comunidades*. Ademais, Raz não explicita que mesmo para sua concepção, que fundamenta os *direitos em interesses*, só haveria que se falar de tais *direitos* quando fosse possível falar, conjuntamente, da exigibilidade da atuação da lógica da *autonomia* e da *responsabilidade*, o que resta

¹⁰⁹¹ Roxin, C.. ¿Es la protección... pp. 447-448.

afastado no caso do exercício do *direito da forma de ser dos povos*, enquanto ainda não houve um período mínimo de internalização das regras de convívio da comunidade receptora pela pessoa de outra cultura. Pode-se concluir também que, em relação à dúvida de Jones sobre a concepção de Raz que demanda ser necessário o pertencimento prévio do indivíduo a um grupo para este também ser titular de um direito coletivo, a mesma não prospera em relação ao *direito da forma de ser dos povos*. Afinal, só se caracteriza um enraizamento de uma certa forma de vida caso a pessoa tenha passado por um período de tempo significativamente grande de sua existência junto ao povo de origem.¹⁰⁹² Por essas razões, valendo-se da terminologia de Raz, ainda que num viés crítico, pode se qualificar o *direito da forma de ser dos povos* como sendo um *direito individual fundamental para um bem coletivo*.

A consequência direta e também concludente em decorrência das referidas reflexões críticas é que o proposto não se contrapõe à posição de Habermas segundo a qual a política de reconhecimento teria que "... cumprir seu papel sem direitos coletivos nem garantias de sobrevivência."¹⁰⁹³ Afinal, há que se reconhecer o *direito da forma de ser dos povos* como um *direito individual fundamental para um bem coletivo*. O que se propõe também afasta a crítica de Taylor à perspectiva liberal tradicional – *liberalism of rights* -, que, para o mesmo, em certa medida seria hostil às diferenças, mormente quando elas tivessem relação com a sobrevivência dos grupos e das comunidades. A proposta vem justamente apontar para a necessidade do reconhecimento de um *direito*, respeitando a *aplicação uniforme das regras que definem esses direitos*, sem que, no entanto, se suspeite dos objetivos coletivos, pois o referido *direito da forma de ser dos povos*, ainda que seja de natureza *individual e fundamental*, aponta para um *bem coletivo* – formas de ser específicas de cada povo -.¹⁰⁹⁴ A proposta, portanto, não afasta o *viés individualista do sistema de direitos*, como Habermas supôs em sua crítica a Taylor.¹⁰⁹⁵

¹⁰⁹² Para a dúvida de Jones: JONES, P.. Op. cit.

¹⁰⁹³ HABERMAS, J.. Prefácio... p. 09.

¹⁰⁹⁴ Para a posição de Charles Taylor: TAYLOR, C.. The Politics... pp. 60-61.

¹⁰⁹⁵ HABERMAS, J.. A luta... p. 235.

De outro lado, o entendimento de Souza Filho,¹⁰⁹⁶ no sentido do reconhecimento de *direitos coletivos* por parte da Constituição do Brasil, de 1988, enquanto um dos principais fundamentos do êxito de algumas demandas de povos indígenas em face do Estado brasileiro,¹⁰⁹⁷ fragiliza-se diante do modo de configuração dogmática que a propositura do *direito da forma de ser dos povos* carrega consigo, pois se mantém aqui o criticado *paradigma individualista* sem, no entanto, desconsiderar o viés coletivo do bem jurídico *forma de ser de um povo*. Reforça-se, em termos eminentemente jurídicos, uma dimensão fundamental do *humano* que está por detrás do âmbito a ser protegido pelo referido *direito*, resguardando-se, assim, um *bem coletivo* não só dos povos indígenas, mas de qualquer povo.

O reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* não implica assumir que um grupo cultural pleiteie a defesa e o respeito de sua cultura desde um suposto *group right*,¹⁰⁹⁸ pois o viés *coletivo* do bem jurídico *forma de ser de um povo* afasta uma tal compreensão,¹⁰⁹⁹ uma vez que configura um *direito individual fundamental para um bem coletivo*. Ainda que se diga que um grupo só seria potencialmente capaz de suportar direitos caso ultrapassasse o limiar da unidade e da identidade,¹¹⁰⁰ a externalização de uma *expressividade comportamental típica* pode ser levada às barras de um tribunal, mesmo que a pessoa imputada não se identifique totalmente com seu povo de origem.

¹⁰⁹⁶ SOUZA FILHO, C. F. M.. Multiculturalismo... p. 74.

¹⁰⁹⁷ Souza Filho fala da *quebra do paradigma individualista*, bem como da constitucionalização dessa quebra em vários países latino-americanos. Ibid. pp. 87-95.

¹⁰⁹⁸ Peter Jones elucida que "A group right is a right held by a group as a group rather than by its members severally. The "group" in "group right" describes the nature of the right-holder; it does not describe the mere fact that the right is confined to the members of a group rather than possessed by all members of a society or by humanity at large." JONES, P.. Op. cit. Ademais, "Group rights should not be confused with rights that people possess in virtue of being members of groups." Id.

¹⁰⁹⁹ Para a posição de Jones: Id. Há que existir um *entendimento compartilhado* de base que "... may be related to and promoted by shared objective characteristics, such as a common history, language, system of belief or social condition, but it is still the subjectivity of the group rather than those objective features that is crucial to its being a group." Id. Podem ser identificadas, ainda, relações de solidariedade que seriam impossíveis de serem consideradas individualmente em relação a cada pessoa do grupo. Id.

¹¹⁰⁰ Id.

No mesmo sentido, a propositura também se afasta dos chamados *group-differentiated rights*, como propôs Will Kymlicka.¹¹⁰¹ O vínculo subjetivo, a subjetividade comum que une as pessoas de um povo parece ser o mais acertado para se delimitar a pertença ou não a um dado povo,¹¹⁰² ainda que isto possa se verificar na prática em termos não absolutos. Tudo isso não implica, no entanto, ter de assumir que há, conseqüentemente, a imprescindibilidade de reconhecimento de direitos coletivos a um dado povo. O que une as pessoas de um dado grupamento humano pode ser um vínculo meramente moral.¹¹⁰³ No entanto, não se pode concordar com o argumento de Jones de que aqueles que são céticos em relação à ideia de direitos de grupos “... simply deny that there is reason to ascribe to groups, however unified and however significant, the moral standing that they must possess if they are to be independent right-holders.”¹¹⁰⁴ Fatores de ordem moral, uma moral fortemente enraizada e compartilhada entre os membros de um grupamento humano, portanto, podem ser decisivos na justificação da externalização de uma *expressividade comportamental típica*. Ademais, há que saber se o *direito da forma de ser dos povos* pertence ou não a uma dada pessoa e, assim, a um dado povo, pois só então será possível dar o passo seguinte no sentido de identificar se a *expressividade comportamental típica* externalizada advém daquele povo ou não. O fator de ordem moral é imprescindível para tal processo de aferição. Isso só seria afastável caso a conduta externalizada se ligasse a comportamentos típicos do povo de origem sem um liame diretamente atribuível a fatores dessa índole, o que, apesar de possível, seria pouco provável de ocorrer. Frise-se que a relevância de um fator

¹¹⁰¹ Jones explica que “That term has been coined (...) to describe a right that is accorded to a particular group but not to the larger society within which the group exists.” Id. Para o texto de Kymlicka a que Jones se refere: KYMLICKA, W.. **Multicultural Citizenship**. Oxford: Clarendon Press, 1995. Para Kymlicka, os direitos dos povos indígenas se enquadrariam na referida categoria de *group-differentiated rights*. Jones esclarece, desde Kymlicka, que “That term is now sometimes abbreviated to ‘group right’, which is unfortunate since a group-differentiated right may or may not be a group right in the ordinary sense (a right possessed by the group qua group rather than by its members severally). For example, if the group-differentiated right is the right of a group to be self-governing, it will be a group right. But if it is, for example, a right unique to the members of an indigenous minority to fish in certain waters and if that right is vested in, and is exercisable by, the several individuals who make up the minority, it will be a group-differentiated individual right.” JONES, P.. Op. cit. As passagens do texto de Kymlicka são: KYMLICKA, W.. Multicultural... pp. 45-48.

¹¹⁰² “What matters is that the individuals who make up the group feel themselves strongly bound together as members of a group with which they identify.” JONES, P.. Op. cit.

¹¹⁰³ Como também observa Jones, desde exemplos de posições de autores tidos como comunitaristas. Id.

¹¹⁰⁴ Id.

de índole moral estar na base do *direito da forma de ser dos povos* não significa que tal direito seja expressão da moralidade em geral do povo de origem. O aspecto moral do *direito da forma de ser dos povos* decorre da parcela moral já juridicizada desde a noção de *homem-pessoa*, também se relacionando com a relevância jurídico-moral da esfera que está sendo protegida. Talvez esteja aqui umas das razões para que James Morauta, posicionando-se criticamente sobre a proposta de Denise Réaume, tenha dito que há também “... a moral assumption about the relative standing of the individuals who have interests in, or who lay claim to, a participatory good.”¹¹⁰⁵

Pode-se afirmar, ainda, que o *direito da forma de ser dos povos*, uma vez que se trata de um *direito individual fundamental para um bem coletivo*, acaba por requerer como seu pressuposto a geração e desfruto do mesmo compartilhadamente pelos membros de um povo em sua origem.¹¹⁰⁶ No entanto, ainda que Jones, com base em Réaume, observe que o relevante não seja nem o direito-liberdade de participar no bem nem o direito-pretensão de ser impedido por outras pessoas de participar, já que ambos seriam considerados direitos individuais,¹¹⁰⁷ não se pode dizer que tal ressalva se aplique ao *direito da forma de ser dos povos*. Afinal, por ser esse um *direito individual fundamental* não afasta a relação do mesmo com um *bem coletivo*. Aqui o direito será para o *bem participativo* em si mesmo, como quer Réaume,¹¹⁰⁸ não se podendo falar, ao contrário do que ela propõe, que haveria uma vinculação a um *group right* entendido como um *direito coletivo*. Afinal, concordando-se com Jan Narveson, “... only individuals can make decisions, can literally have values, literally engage in reasoning and

¹¹⁰⁵ Id. Para o texto de James Morauta citada por Peter Jones: MORAUTA, J.. Rights and Participatory Goods. Em: **Oxford Journal of Legal Studies**. 2002, 22 (1): 91–113.

¹¹⁰⁶ Concorda-se aqui com a posição de Jones: JONES, P.. Op. cit. Jones analisa tal ponto sobretudo desde a posição de Denise Réaume desde a noção de *participatory goods*, desde os seguintes textos: Réaume, D.. Individuals, Groups, and Rights to Public Goods. **University of Toronto Law Review**. 38 (1): 1–27, 1988 e Réaume, D.. The Group Right to Linguistic Security: Whose Right, What Duties? Em: Baker, J. (Ed.) **Group Rights**. Toronto: Toronto University Press, 1994, pp. 118–141. Outros autores, segundo Jones, comungam da ideia de Réaume. Contudo, valem-se dos seguintes designativos para *goods*: *communal*, *shared* e *common*. JONES, P.. Op. cit.

¹¹⁰⁷ Id.

¹¹⁰⁸ Id.

deliberation”.¹¹⁰⁹ Há que se concordar com Réaume, porém, quanto ao fato de não se poder atribuir deveres a membros de um dado povo ao manterem suas *expressividades comportamentais típicas*.¹¹¹⁰ Isso não impede, como observa criticamente Jones em relação à Réaume, que possa haver direitos para grupos/povos “... to non-participatory goods, such as safe walkways or community health safeguards or coastal defences.”¹¹¹¹ Outro ponto ressaltado por Jones e que é relevante para se afastar da possibilidade de se atribuir direitos a grupos reside no fato de que grandes grupamentos humanos podem possuir subgrupos internos que poderiam também pleitear direitos com base nos mesmos fundamentos usados pelo grupo majoritário.¹¹¹² Interesses grupais de toda sorte poderiam ser alçados à categoria de direitos sem mais.

O *direito da forma de ser dos povos*, ao não se confundir com um *group right*, impede que um direito do grupo se sobreponha aos direitos de seus membros, pois somente as *expressividades comportamentais típicas* que estão na base desse é que o sustentarão, sendo que tais expressividades, ainda que se alterem com o tempo, poderão adquirir uma atualização de conteúdo do *direito da forma de ser dos povos* respectivo. Ademais, reconhecer um *direito da forma de ser dos povos* não implica impossibilitar que membros dissidentes de um dado povo busquem novas formas de vida. Isso, portanto, atenua os efeitos da possibilidade de que direitos individuais possam ser sobrepujados por direitos grupais. Uma consequência que pode ser gerada ao nível político-administrativo quando do reconhecimento, ao nível legal, de um *direito da forma de ser dos povos* é a viabilização, desde políticas públicas, de condições de acolhimento de pessoas de outros povos. Isso minimizaria a preocupação de autores como Kymlicka e Marmor.¹¹¹³ O reconhecimento do *direito*

¹¹⁰⁹ Citado por Jones: JONES, P.. Op. cit. Para o texto de Jan Naverson invocado por Jones: NAVERSON, J.. Collective Rights? **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**. 1991, 4 (2): 329–345. A posição de Naverson é descrita como *value-individualism*. Outros autores comungam da referida posição, tais como Anthony Ellis, Michael Hartney e Chandran Kukathas. JONES, P.. Op. cit.

¹¹¹⁰ Para a posição de Réaume, citada por Jones: Id. Consequentemente, há que se concordar, também, que “... participatory goods are rights against ‘outsiders’ rather than ‘insiders’.” Id.

¹¹¹¹ Id.

¹¹¹² Id.

¹¹¹³ Cf. observado por Jones: Id. Para a posição de Kymlicka: KYMLICKA, W.. Multicultural... pp. 34-48. Para a posição de Andrei Marmor: Marmor, A.. Do We have a Right to Common Goods? Em: **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**. 2001, 14 (2): 213–225.

da forma de ser dos povos como um *direito individual fundamental para um bem coletivo*, mesmo para o caso de povos indígenas, não traz nenhum prejuízo para a proteção coletiva de que tais povos necessitam, pois o bem coletivo que está por detrás continua resguardado, e agora, em termos eminentemente jurídicos enquanto um *direito*. Afinal, contrariamente do que pensa Jones, quando tenta justificar *group rights*, “... pensar em referência em homem é a própria condição essencial de possibilidade – é o pressuposto constitutivamente irreduzível da juridicidade, já que sem a subjectivação e a imputação no homem, na sua liberdade-autonomia e na sua responsabilidade, não estaremos no universo jurídico e não poderemos falar de direito.”¹¹¹⁴ Não se trata, portanto, de que “The claim here might be either that a group right is conducive to, or, more strongly, that it is essential for, the realisation of an individual right.”,¹¹¹⁵ mas, antes, de que existe um direito fundamental individual que tem sua relevância potencializada justamente porque se refere a um bem coletivo.

Ainda que os preâmbulos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, caracterizem os direitos estabelecidos em tais pactos como direitos humanos e que os primeiros artigos de ambos os diplomas atribuam a todos os *povos* o direito de auto-determinação, o direito de dispor livremente das suas riquezas e recursos naturais e o direito de não serem privados dos seus meios de subsistência, como lembra Jones,¹¹¹⁶ isso não significa que *direitos dos povos* tenham que ser caracterizados como *group rights*. Afinal, tais direitos são direitos que cada as pessoas de tais povos possuem individualmente, mas que, por terem como objeto um bem que é *coletivo*, acabam por gerar certa dúvida quanto à caracterização mais adequada que deva se dar aos mesmos.¹¹¹⁷ Igualmente, a classificação geracional dos direitos humanos não tem o condão de afastar a caracterização de tais direitos. Mesmo os chamados direitos de terceira geração – os *solidarity human rights* -, se bem observados, acentuam a ênfase na responsabilidade com o coletivo que todas

¹¹¹⁴ NEVES, A. C.. O direito interrogado... p. 75.

¹¹¹⁵ JONES, P.. Op. cit.

¹¹¹⁶ Id.

¹¹¹⁷ Ademais, não pode ser somente a declaração por uma autoridade internacional que caracterize um direito como sendo um *direito humano*. Id.

as pessoas têm.¹¹¹⁸ Quanto aos direitos dos povos indígenas, que poderiam se enquadrar em uma quarta geração de direitos humanos,¹¹¹⁹ a caracterização dogmática do *direito da forma de ser dos povos* evidenciou a irrelevância de determiná-lo como um *group right*. Reconhecer os direitos de tais povos, individualmente, não implica alçá-los a uma categoria inferior ou relativizar a importância e cogência dos mesmos. É de se concordar, contudo, que, falar de direitos *humanos* é se referir a *human individuals*.¹¹²⁰ A posição crítica também se justifica porque “... the language of human rights has become the lingua franca of international standard setting, there has been an unfortunate tendency to present every significant international standard in that language.”¹¹²¹ E, ainda, “We do not have to reinvent group rights as human rights for groups to have rights or for their rights to be morally significant.”¹¹²²

Não há que se temer que com o reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* se esteja criando algo que não permitirá delimitar a quem se imporá a responsabilidade e o conseqüente dever de respeito,¹¹²³ pois a propositura se cinge a povos adotantes da concepção europeia-ocidental, greco-romana e judaico-cristã de Direito ou a quem estiver disposto a encampar os valores desenvolvidos por modelos societários adotantes de uma tal concepção de regulação da vida em comum.

No mesmo sentido, não é porque certos direitos morais individuais existem que terão de existir certos direitos morais coletivos.¹¹²⁴ Igualmente, não se pode pretender que certos interesses específicos que fundamentariam deveres seriam tão significativos que poderiam ser cumpridos apenas na condição de que certos

¹¹¹⁸ Afora o fato de tais bens se constituírem mais como *objetivos políticos* para a raça humana do que objetos de direitos humanos, como observa Jones. Id.

¹¹¹⁹ Id.

¹¹²⁰ Id. Ainda que se tenha consciência de que “... some of the goods that are fundamental to human life and human well-being can be enjoyed only collectively and that, if we ignore that fact, our conception of human rights will not match the reality of the human condition ...” Id.

¹¹²¹ Id.

¹¹²² Id.

¹¹²³ Como alerta Jones: Id.

¹¹²⁴ Como pensa Dwight G. Newman: NEWMAN, D. G.. Collective Interests and Collective Rights. Em: **American Journal of Jurisprudence**. Volume 49, Issue 1, Article 6, 2004, p. 158 e pp. 161-162. Disponível em: < <http://scholarship.law.nd.edu/ajj/vol49/iss1/6> > Acesso em 10 mar 2016.

interesses coletivos também fossem considerados direitos.¹¹²⁵ Quando se reconhece a existência de direitos individuais fundamentais relativos a *bens coletivos*, uma tal argumentação não se sustenta. No caso do *direito da forma de ser dos povos*, o bem coletivo que foi *valorado* positivamente é a forma específica de ser daquele povo, ou seja, aquele conjunto de *expressividades comportamentais típicas* que são externalizadas pelos seus membros.

7 SÍNTESES.

Os problemas-controvérsias dos (des)encontros das diferenças - como desde o início se procurou identificar - têm apresentado soluções jurídicas deficitárias em termos de fundamentações jurídicas com o devido grau de justeza judicativo-decisória. Isso tem se dado, justamente, em razão da ausência de critérios ou mesmo fundamentos jurídicos que possibilitem a formação de tais juízos. Dessa forma, pode-se concluir que o problema terá de exigir uma reformulação em tal plano, qual seja o *dogmático*. Afinal, se a solução fosse alcançável num outro plano, a exemplo do plano metodonomológico, que é *metadogmático*, haveria que se concluir que não seriam necessários outros critérios e fundamentos jurídicos senão aqueles que correspondessem ao Direito vigente, não havendo que se falar em um novo *direito*. O que seria necessário em tal plano *metadogmático* seria uma reflexão desde o plano metodonomológico que, ao fazer justiça a esses (des)encontros, ao nível das controvérsias práticas, fosse capaz de mobilizar os princípios jurídicos, as normas legais, a jurisprudência judicial e os critérios dogmáticos que já existem, no sentido de com eles possibilitar a construção de soluções adequadas a esses problemas; se mobilizariam as possibilidades do princípio da autonomia, da responsabilidade comunitária, da autodeterminação, fazendo caber esse exercício das diferenças nos princípios suprapositivos já disponíveis. E, assim, através dos instrumentos da reflexão metodonomológica, se conseguiria resolver tais problemas.

Contudo, se as soluções ancoradas em um tal plano *metadogmático* não têm se mostrado suficientes é porque são necessários outros critérios no sistema,

¹¹²⁵ Ibid. pp. 158-159.

nomeadamente através da consagração jurisprudencial ou legislativa ou até mesmo legislativa-constitucional de um *novo direito*, o *direito da forma de ser dos povos*. Isto não impede que tais critérios, uma vez consagrados, não possam ser posteriormente fundamentados no plano metadogmático que tem sua fundamentação última na própria compreensão ocidental da *pessoa*.

Ainda que as soluções tradicionais do Direito Criminal sejam dogmáticas, essas soluções são diversas, pois jogam com os critérios e fundamentos vigentes bem como com as possibilidades que existem ao nível da própria dogmática jurídico-criminal para introduzir exclusões de ilicitude ou de culpa. A investigação mostrou a insuficiência das referidas saídas quando se está dentro do período mínimo de enculturação. No entanto, restou evidenciado que a aplicação subsidiária das construções jurídico-criminais é inafastável também dentro do período de enculturação, pois haverá casos em que poderá existir o risco de uma reiteração de certa *expressividade comportamental típica* que possa continuar a lesar esferas de direitos de outras pessoas. Aqui a sugestão do emprego das medidas cautelares da prisão preventiva e da medida de segurança, com os devidos ajustes quanto à compreensão dessa última, mostrou que se tratam de soluções satisfatórias.

Ao se buscar o fundamento para o problema dos (des)encontros das diferenças, centrou-se a procura numa certa compreensão que vem de uma certa matriz do Direito que é ocidental; é aqui que se buscou, no *plano metadogmático*, o *fundamento do direito da forma de ser dos povos* desde a exploração da noção da *personalidade* em sentido jurídico. No entanto, ainda que tenha se tratado de um exercício *metadogmático*, tal exercício foi referido à consagração de um *direito*.

Nesse sentido, a caminhada investigativa, valendo-se de uma *análise em sentido negativo*, vichianamente inspirada, entreteceu-se refutando o uso de algumas categorias-chave do Direito, a exemplo dos tipos de *erros* de que o viés jurídico-criminal tem procurado se valer para a solução de problemas de ordem prática de (des)encontros das diferenças, quando ainda não houve uma enculturação mínima, bem como a própria contra-argumentação à noção de *natureza das coisas*, com o que se pode dizer ter transitado pelo *plano jurídico-*

filosófico propriamente dito. As duas referidas partes se dirigiriam à *estrutura da investigação*.¹¹²⁶

A solução, portanto, procurou respeitar o que a arte da invenção jurídica requer, pois o construído é plenamente conciliável com os dogmas fundamentais estruturantes do Direito. A proposta erigiu-se em harmonia com o que já estava estatuído juridicamente; respeitou-se o requisito primordial que a inventividade jurídica demanda, a conformidade imanente que reveste o pensamento dogmático,¹¹²⁷ vindo a se estabelecer de forma coerciva, podendo sugerir, uma vez consolidada em termos jurisprudenciais, até mesmo uma reforma aos níveis legal e constitucional.

A relevância jurídica da proposta não se assenta, portanto, numa índole jurídico-criminal originária que, por não se tratar de uma questão de impossibilidade de responsabilização criminal, ficaria *suspensa* dentro do período de enculturação por não se poder atribuir tal responsabilidade a quem ainda não tivesse internalizado certas regras de convívio. O que está por detrás e, assim, fundamenta o *direito da forma de ser dos povos* é algo que está para além do plano da responsabilização, pois toca profundamente uma esfera constitutiva da *existencialidade humana*, revestindo-se, dessa forma, de uma índole *constitucional*, que servirá de fundamento para o desencadeamento também de ações pró-ativas do aparelho estatal no sentido de assegurar o referido *direito*, uma vez esteja o mesmo assimilado *legislativamente*. Afinal, se está reconhecendo um *direito* aos sujeitos, um *direito* pré-determinado como um todo, portanto, que o situa num *plano jurídico-constitucional*. Se a relevância do problema dos (des)encontros das diferenças é que o qualifica, também há que se qualificar a sua solução, que é de *índole jurídico-constitucional*. Isto porque o que se identifica quanto à solução dos problemas dos (des)encontros humanos é que os sujeitos em causa são cada uma das pessoas enquanto titulares de um *direito* e a própria comunidade como um todo, seja num nível nacional ou mesmo supranacional, que têm o dever de reconhecer esse *direito*,

¹¹²⁶ VIEHWEG, T.. Problemas sistémicos en la dogmática jurídica y en la investigación jurídica. Em: VIEHWEG, T.. **Tópica y filosofía del derecho**. 2ª edición. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 76. (Colección Estudios Alemanes)

¹¹²⁷ VIEHWEG, T.. Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica. Em: VIEHWEG, T.. **Tópica y filosofía del derecho**. 2ª edición. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 16 e p. 28. (Colección Estudios Alemanes)

ainda que não se encontre reconhecido textualmente numa carta jurídico-política. A consagração do referido *direito*, num primeiro momento ao nível jurisprudencial, não afasta a sua *índole jurídico-constitucional*.¹¹²⁸ Enfim, a normatividade, no âmbito do direito vigente, “... se manifesta em decisões práticas [, não estando] orientada linguisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizanda.”¹¹²⁹

Além disso, quando se toca o cerne bio-psíquico e espiritual do homem, se está ante um *valor específico superior*, que será transportado quando das normas de decisão que vierem a consagrar o *direito da forma de ser dos povos* enquanto um *momento axiológico* dotado de *bondade material*, revestindo tal *direito*, assim, de uma intrínseca *índole jurídico-constitucional*.¹¹³⁰ A conformidade imanente que a proposta respeita permite concluir que o novo *direito* vem *vivificar o direito constitucional escrito*¹¹³¹ nos países que possuem constituições com vieses europeu-ocidentais. Ademais, se as constituições devem ser vistas como *conjuntos estruturantes/estruturados abertos à evolução ou desenvolvimento*, a ideia de *desenvolvimento constitucional*, hodiernamente, permite admitir que, ante a *pluralização dos mundos*, já não seja mais possível admitir que uma dimensão jurídica autônoma do homem e do humano que esse carrega consigo não se revista de uma *índole jurídico-constitucional*.¹¹³²

¹¹²⁸ Não é através de uma *particular racionalidade metodológica de concretização*, centrada no *texto normativo*, que a solução pode se sustentar, antes, desde o respeito à diferenciação e, assim, àquela “... autonomia correlativa entre as autonomias política e jurídica materialmente consideradas. Uma vez afirmada e viável essa diferenciação, terá de definir-se então, mas só então, o *modus* de a preservar e realizar – o que não deixará de ser decerto uma implicação metodológica do sentido mesmo da diferenciação. Se, pelo contrário, houver ela de negar-se, também não terá a metodologia possibilidade de a recuperar, pois seria sempre política a intencionalidade que metodicamente se assumiria.” NEVES, A. C.. **Teoria do Direito. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, pp. 117-118. (mimeo, versão A4) Decorrencia esta da própria impossibilidade de centrar “... a autonomia do jurídico, ainda que actuada por uma particular racionalidade metodológica de concretização, no *texto legal* (...), além de que seria isso manter afinal um dos elementos capitais do positivismo metódico já sabidamente insustentável.” Ibid. p. 117.

¹¹²⁹ MÜLLER, F.. **Metodologia do Direito Constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 4ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 55. Igualmente, em: Ibid. pp. 124-125 e p. 128.

¹¹³⁰ CANOTILHO, J. J. G.. *Direito constitucional*... p. 1131.

¹¹³¹ Ibid. p. 1139.

¹¹³² Ibid. pp. 1140-1141.

Dessa forma, tendo em conta a referida diferenciação entre os planos convocados pela proposta apresentada, pode-se dizer que a presente investigação permitiu extrair as seguintes sínteses:

1) há um risco crescente nas atuais sociedades plurais e fragmentadas, acompanhado por um aumento dos níveis de (des)encontros das diferenças, que tem colocado em xeque as conquistas históricas que o modelo regulatório da vida em sociedade de tipo europeu-ocidental angariou com o tempo;

2) o território sulamericano, se por um lado mostra significativos exemplos em que se pode perceber um convívio harmonioso entre diferentes povos, sobretudo em termos religiosos, por outro tem apresentado sinais cada vez mais contundentes de que, não tomada alguma providência em termos eminentemente jurídicos, desde o Direito, aumentarão as já significativas situações de lesões de esferas que haveriam de estar devidamente protegidas; afinal, a solução jurídica que se pretenda deve se dar desde o Direito de matriz europeia-ocidental que para tal continente foi levado, pois é este o mecanismo de regulação do convívio que prepondera na região e é desde o mesmo que os casos práticos são solucionados quando chegarem às barras dos tribunais;

3) a empreitada jurídica demanda uma compreensão do *jurídico*, a partir de sua específica matriz civilizacional, na perspectiva dos *valores*, pois é através da exploração de cunho axiológico que se pode vislumbrar uma solução eminentemente jurídica que melhor pode servir à solução de conflitos de ordem prática envolvendo (des)encontros das diferenças. A adequada valoração à noção de *pessoa humana* é decisiva para a apresentação de uma solução jurídica aos problemas dos (des)encontros;

4) significativa parcela das abordagens da temática da investigação transita por searas que, apesar de tatearem positivamente a questão, não dão conta de apresentarem soluções com um suficiente grau de justeza judicativo-decisória e com um cunho especificamente *jurídico*, tal como os casos práticos requerem. Dessa forma, a dimensão comunitária pode ser pensada sem que isto implique numa consagração coativa dos *mores* de uma dada comunidade, pois uma adequada compreensão do Direito demanda que tais *mores* também sejam confrontados com

as próprias exigências que o Direito impõe. Ademais, a análise da proposta de Charles Taylor, desde seu específico *liberalismo comunitarista*, permite concluir que atribuir um sentido específico ao liberalismo, compreendendo-o como uma *forma de vida*, com seus valores próprios,¹¹³³ abre as portas para se considerar todas as formas de vida. Isso vem ao encontro do que se propôs quanto à *forma de ser dos povos*, porém tendo em conta a *natureza comum* que cada *forma de ser* possui;

5) inúmeros são os elementos co-constitutivos dos modos de ser que os seres humanos possuem. Contudo, o mecanismo de formatação, a *forma* como tais *modos* vão se construindo é única, diferenciando-se apenas quanto ao grau de incidência de um ou outro elemento co-constutivo em tal formatação. Algumas ordens de fatores podem ser citadas como decisivas no processo de modelação do agir humano. O estudo da história natural e da antropologia, por exemplo, podem fornecer uma visão mais espalhada do referido fenômeno da evolução que possibilitou ao homem alcançar o *status* de *humano*. Outros fatores, contudo, também mostram o grau de enraizamento no espírito humano que padrões comportamentais possuem. Aqui, incluem-se estudos da bio-psicologia motora, da genética, da genética de populações e mesmo da sociobiologia. A neurociência, a psicologia social, os estudos sobre a capacidade humana de crença, a linguística e a filosofia da linguagem, dentre outros variados ramos do saber analisáveis, também deixam de todo evidenciado o quão profundas são as raízes das *expressividades comportamentais típicas* de um povo. Todos os referidos elementos, contudo, são permeados pela ação de um fator que pode ser qualificado como *sintetizador*, qual seja o *tempo*. No entanto, todos esses fatores tratam-se de um pequeno número de particularidades da configuração humana que, apesar de participarem de *substancial proporção da miséria humana evitável*,¹¹³⁴ também não deixam de ser imprescindíveis para uma aproximação mais honesta daquilo que constitui a *forma* de funcionamento do homem, em sua inarredável *unidade bio-psíquica e espiritual*, ou seja, em sua *natureza comum da forma de ser*.¹¹³⁵ Tal raciocínio, por extensão,

¹¹³³ TAYLOR, C.. The Politics... p. 44.

¹¹³⁴ Cf. PINKER, S.. **The better angels of our nature. The decline of violence in history and its causes**. Great Britain: Allen Lane/Penguin Books, 2011, p. 570.

¹¹³⁵ O antropólogo Donald E. Brown fala tão somente de uma *unidade física da humanidade*, uma vez que todas as pessoas de todas as sociedades teriam todas as faculdades

levou à conclusão da existência de uma *natureza comum da forma de ser dos povos* decorrente da referida dimensão, que é a base fática à qual há que se valorar positivamente desde um *ato humano de atribuição de sentido* que alce à categoria de um *direito*, justamente por tocar profundamente a esfera da personalidade humana;

6) o estudo da *natureza das coisas* permitiu perceber que tal temática não se confunde com o que se está propondo, ou seja, com a fundamentação do *direito da forma de ser dos povos*; não se trata de uma tentativa de buscar um suposto critério de uma *objetivação axiológico-normativa existencialmente fundada*, como as propostas sobre a *natureza das coisas*, sobretudo as de Maihofer e de Radbruch, tentaram o fazer;

7) a análise do *ato da constituição social das realidades normativo-culturais* ou do *ato humano que põe o Direito ao mundo* serviu como prova de fogo não só à proposta de defesa de um *direito da forma de ser dos povos* mas também da própria consistência teórica do modelo de racionalidade jurídica encampado na tese diante de situações-limite, que mais profundamente colocam à prova um modelo, tendo-se observado, ainda, um ajustamento entre a propositura e a referida concepção jurisprudencialista do Direito, nos termos desenvolvidos por Castanheira Neves;

8) *expressividades comportamentais típicas* externalizadas por uma pessoa que ainda não vivenciou um período *mínimo* de enculturação e, portanto, que não pode ser encarada como um *membro socialmente competente de uma cultura*,¹¹³⁶ não podem ser passíveis de responsabilização jurídica. A inspiração nas formulações de Roy Wagner, desde *A invenção da cultura*, quanto às articulações entre os “... dois domínios universalmente reconhecidos da experiência: o reino do inato, ou ‘dado’ (...) e o reino dos assuntos sobre os quais os seres humanos podem

humanas básicas e que a mestiçagem recente de populações não teria revelado diferenças qualitativas inatas entre elas. Para os textos de Donald E. Brown consultados, ver: BROWN, D. E.. **Human Universals**. Nova York: McGraw-Hill, 1991; BROWN, D. E.. Human universals and their implications. Em: ROUGHLEY, N.. (Org.) **Being humans: anthropological universality and particularity in transdisciplinary perspectives**. Nova York: Walter de Gruyter, 2000, pp. 156-174, e BROWN, D. E.. **Human universals, human nature, human culture**. Disponível em < <http://www.humiliationstudies.org/documents/BrownUniversalsDaedalus.pdf> > Acesso em 03 abr 2015.

¹¹³⁶ Nas palavras de Steven Pinker, “To be a socially competent member of a culture is to have assimilated a large set of these norms.” PINKER, S.. Op. cit. p. 629.

exercer controle ou assumir responsabilidade.”,¹¹³⁷ foram decisivas para se perceber a impossibilidade de responsabilização pela externalização de *expressividades comportamentais típicas* dentro do período mínimo de enculturação;

9) a *forma de ser dos povos* deve ser reconhecida como um *direito*, seja num primeiro momento no âmbito judicial, seja num momento já de sedimentação jurisprudencial em termos legislativos. Trata-se de uma esfera da própria *pessoa humana*, entendida essa enquanto aquela *aquisição axiológica*, de que fala Castanheira Neves. Tal reconhecimento só é defensável nesta quadratura da história porque fatores de constrição, das mais variadas ordens, não permitiram tal atitude em tempos anteriores;

10) a lógica da *responsabilidade* e da *autonomia*, corolário performativo do Direito, resta prejudicada quando ainda não houve um *período mínimo de enculturação*, sendo exigível somente a partir do momento em que se possa comprovar uma internalização *mínima* das regras de convívio. A consideração do período *mínimo* de enculturação mostrou-se decisiva para a refutação de certas abordagens de cunho jurídico-criminal;

11) as abordagens comumente verificáveis, que tentam relacionar um *direito* a *necessidades humanas* correlatas, pecam por não considerarem a questão em um viés *valorativo* das necessidades, normalmente vislumbrando-as tão somente como meros *fins* e não *fins orientados por valores*. A compreensão da *forma de ser dos povos* enquanto uma *necessidade humana básica*, entendida como uma esfera singular constitutiva da própria existencialidade humana, ancorada pelo valor da *pessoa humana*, entendida enquanto uma *aquisição axiológica*, equacionou tal relação;

12) abstraído-se tanto da concepção dos *princípios* de Alexy quanto da metodologia de resolução de conflitos entre direitos fundamentais, não deixando, também, de entender que tal perspectiva se assenta, precipuamente, no plano das normas *in abstracto*, verificou-se que a análise do *direito da forma de ser dos povos* apresenta tanto uma insegurança de saber de tipo *estrutural* quanto *epistêmico*, aqui seja em relação às *premissas empíricas* seja às *normativas*;

¹¹³⁷ WAGNER, R.. Op. cit. p. 239.

13) a fórmula *forma de ser dos povos* mostrou-se superadora e suficientemente apta enquanto qualificadora do seu respectivo *direito*;

14) o *direito da forma de ser dos povos* compreende aquele *conjunto de expressividades comportamentais típicas de um povo*; se constitui na *expressão última da subjetividade humana, baseada na intersubjetividade*. O estudo de casos práticos mostrou que até mesmo cosmovisões são representáveis em condutas externalizadas pelos membros de um povo, sendo identificáveis como *típicas* justamente por representarem um padrão comportamental esperável daquelas pessoas diante de certas situações que ponham em causa referidas cosmovisões;

15) a análise em sentido negativo, sob a inspiração vichiana, mostrou-se proveitosa tanto em relação à aferição da consistência teórica do modelo de racionalidade jurídica encampado – o *jurisprudencialismo* de Castanheira Neves – quanto à reflexão crítica que visou dirimir possíveis confusões com soluções jurídicas já propostas para a temática dos (des)encontros das diferenças. Tal viés investigativo não impediu construções delimitadoras do *direito da forma de ser dos povos* e, assim, em *sentido positivo*;

16) ainda que os enfrentamentos de ordem jurídico-criminal tenham significado um avanço no sentido de minimizar ofensas a esferas de direito das mais elementares, continuam com um elevado déficit de justiça judicativo-decisória as decisões que se fundamentam somente em tal viés, quando dirigidos a casos em que a pessoa incriminada ainda não passou pelo processo de enculturação mínima, pois mesmo que tais julgamentos procurem minimizar os efeitos sancionatórios sobre os imputados, continuam penalizando-os. A investigação mostrou que o emprego de medidas acautelatórias de índole jurídico-criminal só reforçam a tese defendida, pois a salvaguarda de esferas de direitos de potenciais vítimas de *expressividades comportamentais típicas* lesivas das mesmas reafirma a própria noção de *pessoalidade* que também está na base dos referidos *direitos*. Não se trata de um caso de mera *suspensão* da índole jurídico-criminal dentro do período mínimo de enculturação, mas do reconhecimento e consagração de um *direito de índole constitucional*. O reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* não colide, no geral, com as construções jurídico-criminais aplicáveis pós-enculturação mínima;

17) verificou-se, ainda, que o âmbito material a ser protegido pelo *direito da forma de ser dos povos* não se confunde com o âmbito material do *direito da dignidade humana*;

18) para além do *direito da forma de ser dos povos* possuir um viés de direito subjetivo de defesa, ficou caracterizado que o mesmo é um *direito individual fundamental para um bem coletivo*;

19) o reconhecimento e consagração do *direito da forma de ser dos povos* servirá de elemento jurídico-fundamentante de base, impulsionador de pressões jurídico-performáticas expansivas do âmbito de proteção da própria *tolerância*, uma vez superado o período mínimo de enculturação.

Tudo ao fim e ao cabo para se concluir que o direcionamento *direitos* → *políticas*, em se tratando de dimensões que tocam mais profundamente o *cerne bio-psíquico e espiritual* do homem, em correlação com a estrutura constitutiva do Direito de matriz europeia-ocidental, ainda é um caminho defensável.¹¹³⁸ Afinal, em sociedades laicas (dessacralizadas) e plurais (eticamente fragmentadas), herdeiras da matriz civilizacional de tipo europeia-ocidental, “... a única instância intencionalmente vocacionada para convocar os valores fundamentais de que o homem não quer prescindir, e, portanto, para instituir o consenso axiológico comunitariamente possível.”,¹¹³⁹ é o Direito.

¹¹³⁸ Inspirando-se na reflexão crítica desenvolvida por Canotilho. CANOTILHO, J. J. G.. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. Em: CANOTILHO, J. J. G.. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 115-136, especialmente o subitem “IV”, às pp. 130-134.

¹¹³⁹ BRONZE, F. J.. Lições... p. 299.