

A “BOA RAZÃO UNIVERSAL” KANTIANA POR DETRÁS DO DISCURSO DOS “DIREITOS HUMANOS” E O IDEOLÓGICO PODER SIMBÓLICO DE IMPOSIÇÃO

Leonardo Alexandre de Souza¹

Perfilhando-se trilhos zetéticos,² “direitos humanos”, para nós, revela manifesto poder simbólico de imposição exercido pelo bloco hegemônico ocidental, pós Segunda Guerra Mundial. Valer-nos-emos do grandiosíssimo embate travado entre Hans Kelsen e Immanuel Kant acerca da relativização e universalização da moral. A esta árdua tarefa que não nos possibilita a desenvoltura de extensas laudas, cumpre-nos traçar peremptórias considerações acerca da evolução do pensamento político e jurídico em busca de se contextualizar histórica e politicamente o palco desencadeador dos “direitos humanos”.

A expansão do comércio propulsionada pela incipiente burguesia, concatenada ao lento declive do modo de produção servil, permitiu a unificação de territórios até então divididos em pequenos feudos à jurisdição una do senhor feudal. Não só os interesses da burguesia viam-se tutelados pela facilidade das translações mercantis ante a uniformização dos tributos, mas também os interesses da igreja e do monarca viam-se amparados à luz da unificação, propensos à expansão de seus respectivos domínios patrimoniais. Inicia-se, pois, o processo de nacionalização do direito, anos mais tarde consolidado pelas Cruzadas e pelas grandes Navegações.³

¹ Leonardo Alexandre de Souza é graduando do 5º ano da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Monitor na disciplina Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP desde 2013 (à supervisão da Dr^a. Márcia Conceição Alves Dinamarco). Monitor na disciplina Metodologia e Lógica Jurídica na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP desde 2012 (à supervisão do Dr. Luiz Sergio Fernandes de Souza). Estagiou por dois anos na 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (aos cuidados do Des. Getúlio Evaristo dos Santos Neto). Estagiou por seis meses na Procuradoria Regional Eleitoral no Estado de São Paulo (aos cuidados do Dr. André de Carvalho Ramos). Pesquisador-Colaborador do Código de Processo Civil comentado em www.direitocom.com. Autor de artigos jurídicos

² Contrapondo os conceitos de zetética e dogmática, Tercio Sampaio Ferraz Jr. em *INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO – TÉCNICA, DECISÃO, DOMINAÇÃO*, 6ª edição, Revista e Ampliada, Atlas, 2011, pgs. 18 e 19: “Zetética vem de *zetein*, que significa perquirir, *dogmática* vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar. (...) Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. (...) Parece-nos claro que no enfoque zetético predomina a função informativa da linguagem. Já no enfoque dogmático, a função informativa combina-se com a diretiva e esta cresce ali em importância...”.

³ Cf. SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *O Papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito*, 2ª edição revista e atualizada, Revista dos Tribunais, 2005, p. 50.

Sob as bases do jusnaturalismo teocrático, influenciado sobretudo pelas produções de São Tomás de Aquino e Thomas Hobbes, legitimara-se a figura do Estado Moderno ao lado do incontestável poder absoluto do monarca. Daí falar-se em Absolutismo⁴. A crença numa racionalidade de matiz teocrática, segundo a qual o monarca seria o representante da divindade na terra, revela-nos a íntima conexão dos conceitos jurídicos às constatações metafísicas, de cunho religioso e moral. Não se separava direito, moral e religião.

Num segundo momento do Estado Moderno, abdicando-se vagarosamente desses matizes religiosos, a laicidade toma as rédeas da produção jurídica. As leis, superando as constatações religiosas, começaram a obedecer a própria razão humana⁵. O homem, embebido da racionalidade, estaria apto a prescrever, em abstrato, direitos e obrigações. A igualdade formal e a liberdade de contratar, com plano de fundo na razão, seriam resguardadas *prima facie*, como expressão do “*interesse geral da sociedade*”⁶.

Os princípios da razão cominaram a grande transferência do Estado Teocrático ao Estado Antropocêntrico. A inversão filosófica é influenciada pelo jusnaturalismo racionalista em detrimento do absoluto poder monárquico. O dogma da razão passa, ilusoriamente, a conferir ao ser cognoscente a capacidade de conhecer a gênese do conhecimento humano, a partir de juízos de necessidade lógica e validade universal.⁷ Nesse contexto, fez-se necessária a codificação de regras jurídicas racionais, precisas e completas, com a finalidade de rechaçar qualquer direito anterior. O ideário da concretude, precisão e certeza dos direitos burgueses é ínsito ao racionalismo do século XVIII, tendo em Emmanuel Kant significativa expressão⁸. As grandes revoluções (Francesa de 1789 e Americana de 1776) enalteciam-se desses ideários. É nítida a ruptura com a explicação dos fenômenos jurídicos a partir da vontade divina.

⁴ Idem., p. 52.

⁵ Idem.

⁶ ROPPO, Enzo. *O CONTRATO*, tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, 2009, p. 35.

⁷ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Op. cit.*, p. 25.

⁸ À propósito, tratando da crise da metafísica, engendra Miguel Reale que “é com Kant que os ‘possíveis limites da cognoscibilidade’ tornarão o Ser opaco, insuscetível de determinação conceitual, assim como, paralelamente, se torna incognoscível a existência (*Dasein*) em si mesma: é afirmada, em suma, a *irreduzibilidade* do Ser ao plano do conhecer. ‘Possibilidade real’ (e sem esta noção não se abre o campo do real em si) é, segundo Kant, unicamente dada a partir de uma intuição sensível, o que quer dizer de uma experiência atual ou possível. Não há, pois, possibilidade de dizer nada, de afirmativo ou negativo, sobre o Ser em si, quer visto como Deus, quer pensado com ‘coisa em si’, presumindo suporte real dos ‘fenômenos’, único mundo cognoscível, por ser o mundo das relações referíveis às formas e conceitos *a priori* próprios do sujeito cognoscente.” – *INTRODUÇÃO À FILOSOFIA*, 3ª edição, Saraiva, São Paulo, 1994, pgs. 240/241.

O direito racional, aos poucos, sofre uma revisão. Surge a Escola Histórica do Direito, cujo expoente é Friedrich Karl von Savigny⁹. Para essa corrente, o espírito do povo (*Volksgeist*), e não o Estado, como diria Hegel, daria luz à razão¹⁰.

Antonio Frederico Justo Thibaut, segundo Bobbio, sustentava, à época, a necessidade de “ordenar sistematicamente o direito positivo (principalmente o privado).”¹¹. Surge daí, nos limites da Escola Histórica do Direito, a jurisprudência dos conceitos, como engenhosamente tratado pelo Professor Doutor, Luiz Sergio Fernandes de Souza, em “O papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito”¹².

Paradoxalmente, o aspecto histórico da Escola Histórica é deixado de lado em sobrelevação apenas do aspecto sistemático de aplicação do ordenamento jurídico. A partir do abandono da historicidade em primazia à sistematização e aplicação das regras jurídicas, surge “a dogmática como uma práxis jurídica, desvinculada da ideia de ciência”¹³. Daí falar em um conjunto de normas cuja interpretação esgota-se em si mesma.

É no contexto do Cientificismo do Século XIX que o austríaco Hans Kelsen lança mão de sua *Teoria Pura do Direito*. À luz da concreção, completude, perfeição, coerência e precisão dos conceitos jurídicos, propõe Kelsen um modelo hermético de ordenamento jurídico, por meio da qual as normas de conduta retirariam sua validade da norma hierarquicamente superior, expedida em conformidade à competência do agente normativo. O fundamento de validade deste ordenamento, ao topo da *pirâmide*, estaria circunscrito à imposição de uma pressuposição lógico-transcendental, impositiva e dogmaticamente indiscutível, de observância categórica e universal (norma hipotética fundamental).¹⁴

⁹ BOBBIO, Norberto. *O POSITIVISMO JURÍDICO: Lições de Filosofia do Direito*, Ícone, São Paulo, 2006, p. 45.

¹⁰ “No povo, e não no Estado, está o alicerce do fenômeno jurídico para a Escola Histórica” – MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do Direito*, 2ª edição, Atlas, São Paulo, 2012, p. 263.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 57.

¹² SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Op. cit.*, p. 57.

¹³ *Idem.*, p. 59.

¹⁴ Para Kelsen, “A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma norma fundamental se a sua validade objetiva já não pode ser posta em questão” (“*Teoria Pura do Direito*”, tradução de João Baptista Machado, Martins Fontes, 2009, p. 226).

Como se sabe, a *Teoria Pura do Direito* buscou afastar, de um lado, as concepções de ordem jusnaturalista antropocêntrica (fundadas em axiomas de necessidade lógica e validade universal) e, de outro, as constatações empíricas do juspositivismo sociológico de Augusto Comte e Émile Durkheim, dessa maneira isentando a Ciência do Direito de quaisquer valorações acerca da origem do conhecimento¹⁵.

Já adentrando ao cerne de nossa proposta, conquanto tenha o próprio Kelsen desconstruído sua hermética Teoria ao admitir o ato volitivo do ser cognoscente ao momento da interpretação do direito¹⁶, não se desautoriza o grandioso embate filosófico travado contra Emmanuel Kant acerca da moral.

Kant dirá que a boa vontade está ligada à racionalidade; que o homem, ao atingir a boa razão universal por meio dos juízos sintéticos *a priori*¹⁷, age com prudência e justiça. À luz do imperativo categórico kantiano – “*orientado ao cumprimento do devedor pelo dever*”¹⁸ e, por isso, independente de condicionantes concretas, sendo, pois, universal –, todo o homem, em sua essência, “*à medida que a razão se põe a priori para todos*”¹⁹, é bom, o que implica em afirmar que “*somente as ações ou as máximas que puderem ser universalizadas poderão ser consideradas como justas e boas*”²⁰.

Essa crença otimista de Kant o faz acreditar na legitimidade do direito com lastros na moralidade, afigurando-se como pressuposto da produção normativa. A coercitividade do direito legitimar-se-ia somente quando em assonância aos imperativos categóricos.

Kelsen, por outro lado, adepto do relativismo, mantém-se coerente a sua proposta de purificação da Ciência do Direito ao estatuir que “*em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si, que em*

¹⁵ Cf. a proposta desenvolvida por Kelsen no Prefácio à primeira edição de sua obra “*Teoria Pura do Direito*”. KELSEN, Hans. “*Teoria Pura do Direito*”, tradução de João Baptista Machado, Martins Fontes, 2009.

¹⁶ Cf. o capítulo 8 da *Teoria Pura do Direito*.

¹⁷ MASCARO, Alysson Leandro. *Op. cit.*, p. 214.

¹⁸ *Idem.*, p. 218.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

diferentes circunstâncias podem ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos..."²¹. Impossível pensá-la (moral) em descompasso às relações de poder existentes em cada sociedade.

Além disso, para Kelsen, a moral é algo que se encontra na *psique* do ser humano, não sujeita à coação pela ordem normativa. Defende o austríaco a rotatividade desses conceitos (bom e mau), ora como variante o tempo e a evolução da sociedade, ora os diferentes segmentos sociais dentro de uma mesma comunidade (diferentes sistemas de moral). Não nega, entretanto, a influência das questões morais quando da produção normativa²², apesar de dizer que a norma jurídica, quando incidente ao caso concreto, não retira sua validade da moral (como diria Kant), mas tão-só de outra norma hierarquicamente superior, validamente expedida em conformidade à competência do agente normativo. Vemos, aqui, a concepção puramente científica e normativa do direito, pela qual se considera válida toda norma que estiver positivada em atenção à produção legislativa.

Feitas essas considerações acerca da universalização e relativização da moral, impõe-se retomar peremptórias considerações históricas, para que possamos, em momento posterior, defender nossa tese inicial.

É sabido que o Cientificismo do Século XIX propulsionou a desenvoltura da tecnicidade, precisão e pureza dos conceitos científicos em diversos ramos do saber. O direito, particularmente, diante da sistematização proposta após a tomada do poder pela burguesia, passa a ter por fundamento de validade o direito posto; o direito positivo; imposto. A burguesia, embebida de uma racionalidade essencialmente técnica²³, tomado o poder nas mãos, passa, paradoxalmente, a defender uma filosofia jurídico-política juspositivista legalista.²⁴

²¹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 72.

²² Inclusive reconhece que "*uma ordem jurídica positiva pode muito bem corresponder – no seu conjunto – às concepções morais de um determinado grupo, especialmente do grupo ou camada dominante da população que lhe está submetida...*" – KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 77.

²³ MASCARO, Alysson Leandro. *Op. cit.*, p. 506.

²⁴ *Idem.*, p. 237.

É precisamente no século XX que as mazelas e contradições do Estado Liberal passam à notoriedade. A reação nazista, inspirada no *Volksgeist* da Escola Histórica, é expressão marcante dessas contradições. O capitalismo, “dotado de todo o cabedal de conhecimento técnico que possuía, com sua avançada reflexão teórica e mesmo filosófica, descamba numa luta fratricida entre povos imperialistas, impondo uma lógica fascista de exclusão do judeu, do negro, do louco, do homossexual, do estrangeiro, etc.”, como retrata Alysson Leandro Mascaro.²⁵

Segundo as lições de Flávia Piovesan, em caminho ao núcleo de nossa proposta, “a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial”²⁶, da qual se extrai por legado não só a máxima da legalidade, mas também a imperiosidade de se proteger e reestabelecer os valores humanos. A ruptura com valores humanitários fez emergir a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, “como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral”²⁷.

Já reconhecia o alemão Gustavo Hugo, em sua obra intitulada de “Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo”²⁸, segundo Bobbio, que o “direito internacional, como direito entre os Estados (e não posto pelo Estado) não é direito propriamente dito, mas uma espécie de norma moral...”²⁹.

Não se discorda, neste trabalho, da imprescindibilidade de reafirmação dos direitos inerentes à fraternidade; à solidariedade humana. Indaga-se, contudo, da pretendida imposição de conceitos universais, ao modo dos imperativos categóricos kantianos, fundados em juízos sintéticos *a priori*.

Em que pesem autorizadas opiniões em contrário, por ora, em nossos prematuros passos ao estudo Direito, aderimos à tese kelseniana acerca da relativização da moral. E assim o fazemos não em defesa ao positivismo metodológico, é claro, tampouco em defesa à *Teoria Pura Direito*, mas ao fato de ser inconcebível um conceito de moral

²⁵ Idem., p. 506.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *DIREITOS HUMANOS e o Direito Constitucional Internacional*, 13ª edição, revista e atualizada, Saraiva, 2012, p. 183.

²⁷ Idem.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 45.

²⁹ Idem, p. 46.

universal, absoluto, justo e incontestável para todos os homens, todos os Estados e todas as comunidades.

A Conferência de São Francisco de 1945, comumente denominada de “Conferência das Nações Unidas para a Organização Internacional”, ascendente da Organização das Nações Unidas, é palco de deliberações daqueles que lutavam contra o eixo na Segunda Guerra Mundial³⁰, revelando, por si, uma imposição do bloco hegemônico ocidental pós Segunda Guerra Mundial.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, expedida pela Assembleia Geral da ONU em 1948, consolida, inexoravelmente, uma ética universal.³¹ É inegável a retomada de uma projeção jusnaturalista acerca da concepção do direito. O conteúdo axiológico dos preceitos lá inserido é fruto de seu tempo, vale dizer, fruto da necessidade de se infirmar o positivismo em contraponto à sobrelevação do ideário da dignidade da pessoa humana.

O embate que se coloca está fundado em elucubrações de cunho filosófico. Ao nosso entender, conquanto concordemos que as atrocidades e a dizimação da própria espécie humana ao tempo da Guerra tenham colocado à tona a necessidade de se repensar as categorias jurídicas, afigura-nos impositiva a pretensão de se definir *prima facie* conceitos estritamente jurídicos de observância universal.

A regra do artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, como se possível fosse acreditar num direito ínsito à própria condição de ser humano. Revela-se manifesto o conteúdo axiológico burguês inserido no texto da Declaração. A justiça, com efeito, estaria comprometida, mais uma vez, à boa razão universal do ser cognoscente, capaz de conhecer e positivizar, em abstrato, direitos inerentes à própria condição de ser humano. E tal premissa, há anos, descansa em sepulcro.

³⁰ HUSEK, Carlos Roberto. *CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO*, 11ª edição, LTr, São Paulo, 2012, p. 217 (nota de rodapé nº 7).

³¹ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 203.

A universalidade dos “direitos humanos” leva, ao nosso entender, a subliminar imposição ideológica dos hegemônicos países do ocidente, com expressividade dos EUA, sobre demais países do ocidente, quanto mais sobre os do oriente.

Pretendida congregação da produção jurídica atrelada à consciência moral é uma retomada à filosofia kantiana. Discordamos. A moral há de ser aquilatada em vista de seus diversos ramos e segmentos de inserção. Aos passos kelsenianos, diversos são os sistemas nos quais incide a moral. Não há, por exemplo, mesma comunhão de vida entre indivíduos domiciliados no próprio Estado de São Paulo. Os valores são relativos. Não há uma justiça universal, boa para todos os indivíduos. A procedência de uma ação judicial poderá afigurar-se como injusta àquele que ocupa o polo passivo da relação processual, ao passo que a improcedência, por sua vez, poderá se afigurar como injusta na perspectiva do autor da demanda.

Há, por outro lado, sim, uma imposição do Estado, seja ele democrático de direito ou não, dizendo qual é o direito a ser observado; quais as regras jurídicas que nortearão a convivência entre os indivíduos. Não que a isso aderimos; mas é o que hoje se concebe à luz das máximas da justiça, da certeza e da segurança jurídica.

Ao que nos parece, em derradeiro deslinde, o monismo internacional relega a segundo plano os particularismos de cada sociedade; de cada Estado, em ideológica pretensão de ditar as rédeas da produção normativa dos Estados. Estariam retomando, por consequência, a *boa razão universal* kantiana, ora determinando em abstrato, pois, quais os valores a serem seguidos pela humanidade. E isso, ressalvando as opiniões em contrário, é poder simbólico de imposição.