

ANO I - NÚMERO 5 - OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2002

BRASÍLIA/DF

DESIGUALDADES JURÍDICAS – POVOS INDÍGENAS, FAVELADOS E SEM-TERRAS

*José Reinaldo de Lima Lopes**

Sumário: 1. O Estado de Direito e o Estado Social de Direito. 2. Memória das desigualdades. 3. O que está em jogo nestas três levas de “marginalizados” e o que está em jogo do ponto de vista do Direito?

Tendo em conta que índios, favelados e sem-terras têm acesso diferenciado ao sistema jurídico nacional, pretendo expor as origens históricas destas diferenças e, em seguida, dizer algo a respeito da natureza destas diferenças mesmas. Inicialmente, porém, tomo o tema da igualdade propriamente dita, postulando que a natureza da igualdade é tal que ela se constitui social e juridicamente. Ao longo da história brasileira, a construção da igualdade de indígenas, negros e atualmente os sem-terras é feita entre marchas e contramarchas. O Estado implantou-se no Brasil enfrentando certos obstáculos, tornando-o frágil em sua presença física no território (pela escassez e pela qualidade da burocracia) e pela própria estrutura social. Dadas as diferenças de tratamento, creio que mais do que pluralismo, existe na sociedade brasileira um diferente acesso ao sistema jurídico, provocando alternativas de caráter precário entre os grupos subalternos e marginalizados, com uma diferença para o caso dos povos indígenas que reivindicam sim certa autonomia jurisdicional.

1. O Estado de Direito e o Estado Social de Direito têm como fundamento, histórico e doutrinário, o princípio da isonomia ou da igualdade de todos perante a lei. A rigor, o princípio da isonomia, ou do tratamento igual perante a lei, é um princípio no sentido estrito de qualquer sistema de regras: tratar os casos iguais de maneira igual e os casos desiguais de maneira desigual. A discussão da igualdade pode ser colocada em termos inicialmente filosóficos e creio que o método jurídico é compatível, senão igual, ao método filosófico. Portanto, antes de discutir os grupos específicos de povos indígenas, habitantes de favelas e sem-terras como possíveis categorias de “desiguais” dentro da sociedade convém refletir brevemente sobre a igualdade do ponto de vista lógico e do pensamento.

1.1 Vamos a um clássico, Guilherme de Ockham. Diz ele: tudo que existe fora da

* José Reinaldo de Lima Lopes é professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

mente é singular. O mundo exterior à mente humana é um mundo de coisas singulares. Os universais existem na mente humana. Mas não existem apenas como fantasias e sim como possibilidade de experiência humana. De um mundo de coisas singulares cria-se humanamente, pela linguagem, um mundo de classes de coisas, de tipos, de conceitos, de artefatos institucionais.

A igualdade, portanto, tem esta natureza: é uma relação entre termos. A igualdade não é um fato e nem um “ser”, já que cada ser é único. A igualdade é um construído, é uma idealização, é uma regra. É igual aquilo que pode ser substituído por outro. Igualdade consiste em uma relação entre termos ou entre seres, se quisermos (Abbagno 2000).

Diz-se que dois termos, ou duas coisas, são iguais quando podem ser substituídos e, portanto, quando se equivalem. E esta equivalência é uma equivalência convencional. Quer dizer, as coisas se equivalem – valem igualmente, valem como iguais – quando, olhadas de um certo ponto de vista, compõem uma classe. A igualdade não é uma *coisa* da qual se pode predicar da mesma forma que se predica a existência ou as qualidades de um vaso, ou um carro ou um *ente*. A igualdade é um artefato mental. Falar de igualdade é pressupor, ou postular, se quisermos, que entre diversos entes pode-se usar uma medida, uma regra ou um padrão contra o qual todos são medidos.

Todo sistema cultural, toda apropriação conceitual do mundo, predica igualdades. A igualdade é uma relação e uma relação que os sujeitos estabelecem sobre os objetos, que os constitui. Os sujeitos constituem classes nas quais se enquadram os seres ou os indivíduos: as espécies são constituídas segundo critérios, ou seja, normas ou regras. Desta forma, podem mudar-se as classificações e as relações de igualdades: o homem partilha, com as galinhas, o ser bípede, mas com outros animais partilha o ser mamífero. Bípede e mamífero são classes dentro das quais se inserem os indivíduos ou as espécies.

Volto aqui ao tema filosófico, as classes ou grupos ou conjuntos pode-se dizer que *existem* de duas maneiras: (a) uma, como diziam os universalistas, quando existem em si mesmas e se transformam em “substâncias” ou “formas substanciais” que se realizam em distintas matérias. A humanidade seria uma substância, que se manifestaria em indivíduos humanos. Da mesma maneira poderíamos tratar *estruturas* desta forma e dizer algo mais ou menos assim: há uma estrutura lingüística nas línguas hindo-européias, que se manifesta diversamente em cada uma das línguas, sendo que a estrutura mesma é substancial. Posso também afirmar que há estruturas compondo o capital ou o capitalismo e estas estruturas se realizam em diversas sociedades capitalistas. É um modo de tratar as coisas de maneira substancialista, ou universalista ou realista.

O outro modo de tratar as coisas (b) é tradicionalmente chamado de nominalismo, às vezes aparecendo sob a forma do individualismo metodológico. A humanidade não existe, mas existem indivíduos – seres individuais – que podem igualar-se por certas características e por meio da linguagem são referidos, coletivamente, como “humanidade”. Neste sentido, a humanidade não tem substância, é apenas um nome – *flatus vocis*.

Falar de igualdade, digo eu nesta altura, é falar de regra ou padrão ou medida. A medida presta-se justamente a comparar coisas materialmente distintas – coisas singulares – e dizer que são, conforme a medida, iguais ou diferentes. A medida introduz a comensurabilidade: os iguais, se são os substituíveis, devem ser comensuráveis, ou seja, sujeitos a uma só medida.

De toda maneira, o pensamento segundo regras por definição abole diferenças. Dizer que há uma regra equivale a dizer que em algum ponto dois seres, ou duas circunstâncias, ou dois estados de coisa são iguais. O próprio conceito de regra implica uma pluralidade de casos sob uma unicidade de princípio, ou, como lembrava Wittgenstein no século passado:

198 – O que chamamos seguir uma regra é algo que apenas uma pessoa pudesse fazer apenas uma vez na vida? (...) Não pode ser que apenas uma pessoa tenha, uma única vez, seguido uma regra. (...) Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são hábitos (costumes, instituições).

E mais adiante:

224 – A palavra conformidade e a palavra regra são aparentadas, são primas. Se ensino alguém o uso de uma delas, ele aprende também o uso da outra.

225 – O emprego da palavra regra está entrelaçado com o da palavra igual (como o emprego de proposição está entrelaçado com o de verdadeiro).

Seguir uma regra é uma forma de agir, e uma forma de agir que só se dá quando se universaliza o caso e quando o caso apresentado à nossa consideração e nossa ação se define sob a regra. Assim como não há regras para um caso só, a definição de regra estipula que haja classes ou casos (tipos) universais. Na aplicação da regra, ou na qualificação do caso, podem surgir dúvidas. Estas dúvidas são naturais e não um defeito da regra. Daí a muito célebre afirmação de Aristóteles, que pela sua própria natureza universal uma regra é sempre objeto de uma aplicação a casos aos quais se aplica melhor ou pior, sem que isto signifique abrir mão da “racionalidade” da aplicação das regras. A aplicação ao caso concreto exige uma habilidade intelectual e prática diferente da habilidade da dedução lógica.

Trata-se sempre, porém, de uma habilidade racional, ou do pensamento, do *logos*, da linguagem. O juízo que predica do singular (o “caso”) sua inserção no universal (“a regra” ou o “tipo”) é propriamente uma *faculdade especial*, dizia Kant. O *juízo – a faculdade de julgar* – consiste exatamente nisto em predicar do singular uma qualidade universal, submetê-lo a uma regra e agir segundo esta regra.

Quero finalmente dizer que todo sistema jurídico – ou de modo geral todo sistema de regras – predica normativamente alguma igualdade. Todo sistema jurídico “constrói” igualdades e desigualdades. John **Searle** distingue adequadamente as regras *constitutivas* das regras *regulativas*: as primeiras estabelecem normativamente o que são as coisas, são as regras que fazem o jogo. As segundas, assumida uma conduta, predicam se é certa ou errada. As regras constitutivas, pode-se dizer, são semelhantes ao que Hart fala das regras de reconhecimento e das regras de adjudicação.

E **Aristóteles**, tratando do método das ciências, dizia que há *princípios* que são *estipulações* ou definições (dizem *o que é* uma coisa) e outros que são *hipóteses* ou *suposições* (dizem *se* uma coisa é ou não é). Um princípio que diz o que é uma coisa é uma regra constitutiva. Ora, a *identidade jurídica* está na esfera das primeiras regras: ao dizer que “todos são iguais perante a lei” e, sobretudo, que não se admitem discriminações por “idade, crença, sexo, origem racial” o sistema constitucional está dizendo – definindo ou constituindo – os iguais dentro deste sistema. A definição do princípio da igualdade, ou melhor dizendo, da isonomia, pela qual se determina quais as diferenças que se podem ou não aceitar, não é apenas lexical, mas sobretudo estipulativa (Scarpelli sdp 192).

Igualar ou desigualar é, portanto, em primeiro lugar uma atitude reflexiva. Será preciso ver se esta reflexão é de caráter *verificador* ou de caráter *criador*. Em outras palavras, é preciso perguntar se o juízo que predica a igualdade de dois termos apenas a *verifica* ou se ele a *cria*.

Em Direito estamos acostumados a lidar com as decisões judiciais classificando-as em duas espécies: *decisões constitutivas* ou *decisões declaratórias*. Uma decisão constitutiva existe, por exemplo, na sentença de divórcio, na decretação da falência e em vários outros casos. A decisão muda as coisas: o que existia – um casamento – deixa de existir. A sentença declaratória, diz-se, apenas reconhece o que já existia: uma demanda por terras pode terminar com uma sentença declaratória, o juiz reconhecendo o que já havia de direito, reconhecendo publicamente e dando força executiva a este reconhecimento. Embora seja discutível em cada caso se a sentença teve teor declaratório ou constitutivo, a distinção é analiticamente interessante para o argumento, pois ajuda a compreender que as igualdades – e as diferenças – se constituem.

É, pois, perfeitamente possível dizer que posso ter da igualdade uma percepção “declaratória”, verificadora, constatadora, ou uma percepção “constitutiva”, criativa. Nesta altura, a intersecção do Direito com outros saberes se torna cada vez mais importante. Saber se juridicamente algo é igual ou diferente pode implicar recursos a outras disciplinas e, sobretudo, exercer um juízo crítico sobre as igualdades e desigualdades pode exigir que nós juristas nos deparemos com as observações das ciências humanas.

A identidade cultural é construída, dizem-nos as ciências sociais, e construída contrastivamente. Sei o que sou, por oposição ao que não sou. Os grupos criam os mecanismos de inclusão e exclusão, toda comunidade é simultaneamente um grupo inclusivo e exclusivo (Walzer 1983). Hegel dirá que o concreto é dialético porque é simultaneamente o seu contrário: só me torno negro diante do branco, só me torno índio diante do branco, só me torno brasileiro diante do estrangeiro, só me torno judeu diante do gentio, só me torno muçulmano diante do infiel, e assim sucessivamente. Nesta perspectiva, a igualdade – a equivalência de um muçulmano diante de outro muçulmano – só se estabelece por contraste com o não-muçulmano. As ciências sociais desempenham, portanto, este papel crítico de “desnaturalização” das igualdades e desigualdades. E os juristas têm sua atenção chamada e voltada para esta “desnaturalização”.

Lembro que este papel de desnaturalização das desigualdades já foi historicamente exercido pelos juristas, quando outras disciplinas postulavam a “naturalização” das desigualdades. Foram os juristas do direito natural e do direito racional dos séculos 17 e 18 que postularam, em uma sociedade estamental, a igualdade de todos perante a lei. E embora conservassem a idéia

de que algumas desigualdades eram naturais, o princípio da igualdade universal provou-se de uma força histórica extraordinária. Contra os juristas do direito natural opunha-se uma tradição das desigualdades naturais: de nascimento e de sangue, de funções e classes, de corporações e de organismos, todos a exigir situações jurídicas desiguais. E ainda que se quisesse afirmar que para o cristianismo a igualdade fundamental de todos os seres humanos era um princípio próprio, a verdade é que a desigualdade fundamental entre criador e criatura se transferia para a vida humana em formas institucionais como a desigualdade entre santos e pecadores, entre clero e poder secular, entre os que escolhiam pelos outros na função de custódios da ordem e do bem alheio ou público, e os simples, os incapazes e os maus, cuja voz não se deveria ouvir. O direito natural moderno propõe como princípio a “comensurabilidade universal” dos seres humanos, embora sua realização seja um problema prático a se considerar sempre.

“Eis aí por que todas as coisas que são objeto de troca devem ser comparáveis de um modo ou de outro. Foi para esse fim que se introduziu o dinheiro, o qual se torna, em certo sentido, um meio-termo, visto que mede todas as coisas e, por conseguinte, também o excesso e a falta (...) Agindo o dinheiro como uma medida, torna ele os bens comensuráveis e os equipara entre si; pois nem haveria associação se não houvesse troca, nem troca se não houvesse igualdade, nem igualdade se não houvesse comensurabilidade.” (E.N. V, 5)

O Estado moderno liberal cria uma comensurabilidade especial. O estado de direito e o estado social de direito são, deste ponto de vista, sistemas de normas que constroem certas igualdades, e as constroem por meio de noções centrais, como a de *sujeito de direitos* e a de *cidadão*. O *sujeito de direito* é um conceito que permite a classificação: a rigor ele é a igualação de um grupo de seres humanos quanto à livre aquisição de propriedade. O *cidadão* é um conceito que permite a igualação de um grupo de seres humanos quanto à participação na esfera pública (da deliberação, dos ônus e dos benefícios de uma parte da vida).

Pode-se ter uma concepção restrita de ambas as coisas: alguns direitos apenas para alguns. Pode-se ter uma concepção mais alargada: todos os direitos para todos. Posso incluir como sujeito de direitos ou cidadãos todos os seres que reconheço como humanos, mas posso também excluir alguns deles. Não é impensável que a categoria dos sujeitos de direito se restrinja a apenas alguns seres humanos, nem é impensável que cidadãos sejam apenas alguns dos habitantes de um território (sob o domínio de um Estado). Assim é possível imaginar sujeitos de direito que não são seres humanos (as pessoas jurídicas) e seres humanos que não são sujeitos de direito ou cidadãos.

Igualar sujeitos de direitos com seres humanos é uma tarefa histórica cumprida a duras penas em nossa tradição moderna. E identificar todos os seres humanos como membros de uma só classe – uma classe universal – é também uma tarefa histórica cumprida a duras penas, que culminou em uma filosofia moderna e ilustrada, nomeadamente a de Kant. A rigor, trata-se de uma construção de caráter moral e não científico. A identificação de todos os seres

humanos como moralmente equivalentes e como sujeitos autônomos não procede de uma teoria social, mas de uma teoria moral (Tugendhadt).

Mas quem são “todos”? A humanidade? Os nacionais? Os europeus? A resposta a esta questão não é meramente “declaratória”, mas constitutiva.

2. Memória das desigualdades

Postulando, pois, que as igualdades são construídas, é preciso agora ver como o Estado liberal, democrático e posteriormente social e democrático foi capaz de conviver com certas desigualdades e sobretudo construir certas desigualdades sob a pregação genérica da igualdade universal.

Historicamente, os estados americanos, filhos do século das luzes e da revolução liberal, tiveram de igualar-se a muitos. Igualar, porém, significou, como bem sabem os antropólogos, distinguir. Os de fora são diferentes, os de dentro são iguais. Igualar é criar classes, ou grupos. Como se criaram grupos com acesso diferenciado ao sistema normativo, grupos que hoje podem ser os sem-terras, os povos indígenas, os favelados? Uma pequena memória deste processo é o que proponho a seguir.

O estabelecimento de um Estado constitucional e nacional no Brasil enfrenta à partida duas ordens de problemas: (a) em primeiro lugar a incapacidade de estender geograficamente o poder sobre todo o território (pelas distâncias e pela falta de quadros e de uma verdadeira burocracia); (b) a desigualdade social institucionalizada pela existência da escravidão e pela sobrevivência de uma população de índios e caboclos mal integrados à “nação brasileira”, o que dificultará o exercício universal dos direitos de gozo da cidadania (universalização do estado de “cidadão passivo”, para usar a linguagem da época).

2.1 Em primeiro lugar ao ideal de um Estado territorial e universal – e não pessoal ou estamental – opôs-se a realidade geográfica das enormes distâncias e da falta de profissionais, burocracia e quadros suficientes. Opôs-se também o problema do regionalismo e da integração de todas as províncias, divididas pela própria distância, pelas dinâmicas internas próprias de cada uma delas e pelas diferentes alianças estabelecidas com Lisboa durante a revolução de 1820 a 1823. Distância e isolamento haviam também gerado em muitas partes poderosos grupos locais, ou “facções” na linguagem da época, indiferentes ou até contrárias a ideais políticos ilustrados e constitucionais.

O Estado não consegue estar em toda parte, do ponto de vista do território. Exemplo histórico disto é que quando se votava no Rio de Janeiro o projeto de Constituição do Império, em novembro de 1823, não haviam ainda chegado ali as notícias do sucesso da guerra de independência nas províncias do Norte. Ao contrário dos Estados Unidos da América, ou da República Argentina, que primeiro se consolidam como Estados em apenas uma parcela de seu atual território – os EUA na costa atlântica, a Argentina na região de Buenos Aires e das províncias do norte – e depois se expandem sobre áreas mais vastas, o Estado nacional brasileiro sucede a Coroa portuguesa em um vasto território quase igual ao atualmente ocupado pela República do Brasil. Como fazer chegar nos rincões mais distantes uma

ordem impessoal, burocrática e legal? As dificuldades são imensas e resultam, durante a maior parte do Império, em um arranjo pelo qual as elites locais exercem poderes que, formalmente, pertenciam ao Estado. A Guarda Nacional, criada em 1831, incorpora os potentados locais como seus comandantes, dando-lhes postos ou patentes de capitães e coronéis. O poder público instala-se, mas como refém do poder privado, fenômeno conhecido como “coronelismo”¹ (Leal), que durará até as primeiras três décadas do século 20. A “privatização” do público dá-se quase que naturalmente.

2.2 Em segundo lugar, ao ideal de cidadania nacional opôs-se a divisão profunda da sociedade brasileira, pela presença de escravos negros e de povos indígenas, pela presença de lavradores dependentes dos grandes senhores.

O Estado não apenas não chega a todos os pontos do território: ele também não atinge as muitas e distintas classes ou grupos culturais. Nestes termos é que os povos indígenas e as classes pobres não têm acesso ao ordenamento estatal como efetivos atores. Lembro que a generosa declaração de direitos contida na Carta Constitucional de 1824 (em vigor até 1889), repetida e expandida nas constituições republicanas seguintes, é afirmada em uma sociedade estratificada com a presença de escravos negros (os “africanos”) e de povos indígenas. Já que as diferenças estamentais não podem mais ser legitimamente invocadas, o que justificaria um acesso diferenciado aos direitos civis e políticos? Lembro também que durante boa parte do século 19 em todos os Estados liberais o sufrágio é restrito, dando origem à célebre e perfeitamente corriqueira divisão entre “cidadãos ativos” (que gozavam do direito de voto e de deliberação sobre a coisa pública) e os “cidadãos passivos” (que gozavam dos benefícios da liberdade civil, como eram a garantia de defesa judicial de seus bens e pessoa).

2.3 Começemos pelos povos indígenas e por um traço marcante da sociedade brasileira, que nisto distingue-se de algumas e iguala-se a outras. Há no Brasil uma cultura assimilacionista. O Brasil é desde sempre imaginado como o lugar onde todos cabem e encontram seu abrigo. Integrar-se no Brasil é, porém, aceitar certas formas de cultura e certas formas de interação social que nem de longe lembram as formas individualistas e calvinistas. Ser brasileiro não é simplesmente aceitar uma forma de convivência regrada segundo o direito (a forma estadunidense de integração dos imigrantes). O Brasil é, para usar o tipo ideal de Weber (1981, 102, 197-198), uma sociedade igreja: cabem todos, mas cada um deve conhecer o seu lugar. Integrados todos, mas hierarquicamente. Já se disse que o racismo brasileiro, diferentemente do norte-americano, não é de segregação, mas de inferiorização: não se quer os “outros” fora, mas “embaixo” (Guimarães). A sociedade norte-americana tende a ser a sociedade-seita:

¹ Para Vitor Nunes Leal, o coronelismo é um fenômeno típico da Primeira República (1889-1930), pois não era simples sistema de “mandonismo local”, mas verdadeiro sistema político, operando em função de duas instituições republicanas: o federalismo e pluralidade de partidos. Chamo aqui de coronelismo, de modo mais amplo, o fenômeno da aliança do poder público (mesmo da burocracia imperial) com os poderes privados locais. Fala-se de coronelismo por referência aos coronéis da Guarda Nacional, corpo criado em 1831 e que teria funções de defesa da ordem nacional no lugar de um exército profissional permanente. Os comandantes desta Guarda Nacional eram recrutados localmente e ganhavam as suas patentes sem se integrarem a uma corporação militar autônoma e profissional.

todos são iguais, mas cada um no seu gueto, no seu grupo. A igualação não se dá tanto pela absorção de uma “cultura” familiar e doméstica, quanto pela absorção de uma “ideologia” da liberdade e da vida civil.

Ora, esta tendência manifestou-se desde o início da vida nacional – e nisto não teve uma grande ruptura com o passado colonial – quando os povos indígenas foram considerados “bravos” que deveriam ser integrados. Ainda que de fato o encontro com os povos indígenas resultasse em massacres diretos ou indiretos, a idéia central das “políticas” sempre foi a de integrar os indígenas, civilizá-los e catequizá-los. Facilitou-se esta ideologia com a existência de uma Igreja de Estado associada à monarquia e à continuidade entre nós da Dinastia de Bragança, que teria a seu cargo a catequese de indígenas. A integração seria feita pela incorporação religiosa, pela incorporação à comunidade lingüística, pelo abandono das formas tribais de vida, inclusive da propriedade (?) tribal da terra. Função do Estado era catequizar os índios e transformá-los em bons e laboriosos cidadãos.

Não por acaso, José Bonifácio – o líder da unidade nacional sob a forma de uma constituição liberal monárquica – apresentou à Assembléia Constituinte de 1823 duas Memórias sobre os dois temas que destaquei (escravos africanos e povos indígenas): como progressivamente abolir a escravidão e como catequizar e domesticar os índios bravos. Em suma, como igualar e assimilar dois grandes grupos de habitantes? A linguagem usada por José Bonifácio é exemplar de uma idéia determinada de como se constrói uma nação: os índios, que não eram estrangeiros, precisavam ser integrados à comunhão nacional. Precisavam ser tornados *parte* e participar da vida nacional exigia que se convertessem à “santa religião” do Império, que fossem tornados “domésticos” (e não mais bravos – observe-se a linguagem do adestramento e da subalternidade que aqui se revela) e fossem finalmente feitos felizes (já que não poderiam ser completamente felizes no estado bruto em que se achavam). Boa parte das atitudes hostis dos índios se justificava, segundo o Andrada, por causa do tratamento cruel que lhes fora dispensado desde o início da colonização, tratamento que José Bonifácio resume referindo-se ao cativo, ao desprezo, ao roubo das melhores terras, aos enganos nos contratos, à separação das famílias, ao não-pagamento dos salários. Tudo isto era verdade, e os havia transformado em vagabundos, entregues à preguiça, temerosos de vinganças e, permanentemente, inimigos potenciais. Os índios viviam temerosos de abandonar seus modos tradicionais por causa da fome que adivinhavam, dos limites que seriam impostos à sua liberdade natural, à poligamia² a que estavam acostumados, ao fim do treinamento para guerreiros.

O índio não foi considerado um estrangeiro. Ao contrário do que se passou nos Estados Unidos da América, onde a Suprema Corte definiu os indígenas como “nações domésticas dependentes”, os índios brasileiros não eram nações dependentes. Eram apenas grupos não-integrados, que, por definição, faziam parte da “unidade nacional”. O movimento romântico brasileiro foi indigenista, é bom frisar, dando dos índios uma visão relativamente positiva, exemplificada no Peri de José de Alencar, o herói do romance *O Guarani*. E um romantismo que foi patrocinado pelo Império. Desde o início da vida nacional o índio era visto como uma “criança”, que precisaria

² Note-se que segundo o Direito Canônico o divórcio constituía uma forma de poligamia no tempo (diferente da poligamia simultânea a que normalmente se refere).

de um tutor. Deu-se assim continuidade ao modelo colonial que levava os assuntos dos índios aos juizados de órfãos e ausentes. O índio era um cidadão, mas um cidadão incapaz, cuja tutela seria exercida por algum outro cidadão capaz. Este veio a ser o diretor da aldeia, o responsável pelos interesses dos indígenas. Os índios eram, pois, considerados brasileiros, cidadãos; apenas não dispunham da capacidade de exercício de seus direitos. E durante vários anos viveram num certo “limbo”. Só em 1845 foi aprovado o Regulamento das Missões (Decreto 426). Pelo decreto, os índios “mansos” eram organizados em aldeias governadas por eles mesmos sob a tutela de um “Diretor” ou de um “missionário”, caso a aldeia fosse cuidada por uma ordem religiosa. Eram equiparados a menores, mas tinham direitos próprios.

Como estes direitos serão respeitados é uma outra história. Como já foi dito, não se pode imaginar o Estado monárquico brasileiro como um Estado capaz de fazer-se efetivamente presente em largas extensões do território nacional, muito menos de fazer-se presente como um poder alheio aos interesses locais, impessoal e árbitro imparcial de disputas entre cidadãos. E como a ocupação efetiva do território não foi tanto expandida com a colaboração de um verdadeiro exército nacional – como será no caso dos Estados Unidos da América e na Patagônia argentina – mas sobretudo com aventureiros, posseiros e fazendeiros particulares, é evidente que a violência foi muita e um respeito efetivo à letra da lei não é imaginável.

A mesma ideologia assimilacionista vingou durante o período republicano. O índio é sujeito, mas é quase incapaz e precisa ser assistido. A assistência que já havia sido da Igreja e do Império, com o tempo passou a ser do Estado federal. A política da assimilação continuou. Continuaram também, e em grande medida se exacerbaram, os confrontos e disputas pela terra indígena. A expansão da “fronteira agrícola”, inicialmente com o café na primeira metade do século, depois com os outros produtos, significou novos contatos com populações assentadas tradicionalmente no interior e uma disputa sobre suas terras. De toda maneira, até recentemente não se imaginava que poderia ser índio aquele que falasse português e já tivesse os hábitos dos brancos.

Legalmente, os povos indígenas gozaram de uma proteção – de fato pouco eficaz – das terras historicamente ocupadas. Como a presença próxima dos brancos os obriga frequentemente a mudar-se, ou refugiar-se mais fundo nas florestas, os brancos vão ocupando suas terras e, não poucas vezes, mesclando-se com os próprios índios, dando origem à enorme população cabocla de extensas áreas. Na Primeira República (ou República Velha, de 1889 a 1930) houve uma clássica disputa jurídica sobre o estatuto das terras indígenas. A Constituição de 1891 havia transferido as terras devolutas para o domínio dos Estados federados, desincorporando-as do patrimônio nacional (do Império, para o regime anterior, da União, para o regime republicano). Os Estados federados começaram então a tratar as terras em que se achavam assentados os indígenas como terras devolutas e a tentar expulsá-los de tais terras, por pressão dos grupos econômicos “modernizadores”. Em uma série de conferências sobre o tema, que se tornaram clássicas, João Mendes Jr. (Mendes Jr.) argüiu a inconstitucionalidade deste tratamento. As terras indígenas não eram devolutas pois não haviam nunca entrado para o patrimônio de ninguém: se a definição de terra devoluta era a de terra abandonada por quem um dia a tivera como posse (ou sesmaria), as terras indígenas nunca poderiam entrar nesta categoria, pois o título dos indígenas sobre a terra era originário, reconhecido pela própria

Constituição. Eles não haviam recebido a terra do poder estatal (colonial, imperial ou republicano) para cultivá-la, mas a detinham como direito originário, cuja legitimidade não vinha senão da posse histórica e imemorial.

Eram os índios iguais ou diferentes e que diferença lhes foi reconhecida? Bem, segundo a lei eram iguais na sua humanidade, e eram iguais na sua pertença à “nação” brasileira. Mas eram diferentes na sua capacidade de exercício. Só deixariam de ser tutelados ao se tornarem culturalmente “brancos”, ao falarem português, ao aceitarem os costumes do trabalho e da agricultura dos “brancos”. Por este critério cultural e não “racial” é que deixavam de ser indígenas. E também por abandonarem o “modo de vida tribal”, ou seja, ao ingressarem no mundo dos “eus pontuais” (Taylor), dos *eus isolados* que formam o mundo moderno. As diferenças que lhes são reconhecidas pelo ordenamento brasileiro são diferenças provisórias. Isto gera uma permanente tensão entre a precariedade de seu estado e a permanência fática de sua subordinação social. Os textos da legislação mostram que a cultura do indígena é percebida como um estágio do qual eles sairão, por bem ou por mal. Cumpriria ao Estado zelar para que saíssem da forma mais branda, que não fossem exterminados fisicamente, que fossem assimilados.

Ao longo da história nacional há de se reconhecer que a situação dos indígenas sofreu alteração. Ainda em 1808 o Príncipe Regente, futuro D. João VI, havia declarado guerra (“justa”) a diversos povos indígenas, localizados em áreas ainda não totalmente exploradas (mesmo na costa). Tais guerras na prática não significaram grandes expedições militares – que naquelas décadas concentraram-se na Província Cisplatina – mas muito mais a liberdade para grupos privados se assenhorearem das terras dos índios e submetê-los à servidão pelo prazo – previsto na declaração de guerra – de até 15 anos. Só em 1832 a declaração foi revogada, decretando-se a imediata liberdade de todos os cativos. Logo, as primeiras décadas da vida nacional são marcadas pela guerra a certos povos indígenas, para em seguida aceitar-se nominalmente a idéia da assimilação. Já em 1845 passa-se ao regime de aldeias sob a tutela dos Diretores de Índios e não haverá mais declarações de guerra.

2.4 Os negros ficaram relegados a um outro, e verdadeiro, “limbo” jurídico. Não gozavam dos direitos civis, por serem sempre e totalmente incapazes. Não eram estrangeiros e não eram cidadãos. Se para os índios havia a idéia de que finalmente eles viriam a incorporar-se totalmente à “nação”, os negros só poderiam incorporar-se segundo a vontade de seus senhores, ou circunstâncias alheias a sua vontade. Poderiam converter-se em libertos, e a partir daí as diferenças jurídicas diminuiriam. Mas até então, até ser alforriado, sua sorte seria dependente do senhor. Se a grande divisão que o sistema constitucional fazia era entre nacionais e estrangeiros, os escravos eram os grandes ausentes. Não eram mencionados: para os juristas o caso era complicadíssimo.

O art. 6º da Constituição de 1824 estabelecia que eram cidadãos brasileiros os ingênuos e os libertos desde que nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros (quando estes não estivessem a serviço de sua respectiva nação). Eram os escravos então estrangeiros? Mas eram nascidos no Brasil...! No Brasil havia estrangeiros e nacionais, e os nacionais gozavam de direitos civis e políticos. E os escravos? De que situação jurídica gozavam? Não eram estrangeiros, mas também não eram cidadãos. Joaquim Nabuco (Nabuco, 1880) tenta mostrar

a contradição em que se enredava o Direito brasileiro: os escravos negros não poderiam ser cidadãos, pois a Constituição de 1824 proibia que se reduzissem os cidadãos brasileiros à escravidão. Se não fossem cidadãos seriam estrangeiros: mas neste caso, o Direito brasileiro (o Direito positivo que sancionava a escravidão) não poderia ser válido, pois estaria estendendo sua jurisdição sobre estrangeiros. Se se argumentasse que o Direito brasileiro poderia aplicar-se assim, perguntava Nabuco: por que então não se declaravam escravos os ingleses, franceses ou alemães, em caso de necessidade brasileira?

A quem se igualavam os escravos? Às coisas? Bem os juristas não aceitavam que se igualassem às coisas. Diziam mesmo alguns que o que o senhor possuía do seu escravo não era a pessoa, mas o trabalho. Ora, como o trabalho não podia ser fisicamente separado da pessoa, os poderes disciplinares do senhor sobre o escravo justificavam-se como defesa da propriedade deste bem – a força do trabalho – do escravo, não da sua pessoa mesma. De outro lado, esta compra – da pessoa ou do trabalho – era perfeitamente legítima. Lembravam os juristas que o tráfico não só era legítimo como fora, durante largas décadas, monopólio régio e nesta qualidade havia sido estabelecido no Brasil colonial (Mendes de Almeida).

Além de tudo isto, a própria “história natural” ou “ciência natural era invocada no século 19, o século do colonialismo europeu na África e na Ásia, para ‘naturalizar’ os tratamentos diferentes. O liberalismo revolucionário, herdeiro da ilustração, naturalizara a igualdade; o naturalismo científico do século 19 naturalizaria a distinção, insistindo nas diferenças dos negros.

Quando finalmente veio a abolição, em 1888, a distinção entre negros e brancos estava consolidada socialmente, já se havia estabelecido um lugar subalterno para os negros. De fato, prevendo a inevitabilidade da abolição, os próprios senhores de escravos prepararam políticas gerais de imigração, de modo que lavradores europeus assalariados – aqueles pobres que a Europa exportou para evitar ou viabilizar a reforma agrária em alguns países – iam tomando o lugar dos negros. De outra parte, a cessão do tráfico em 1850, os custos elevados da compra e a perda de produtividade do “trabalho servil” como se dizia, as fugas, as ações de liberdade e diversos outros fatores já mostravam o declínio da escravidão.

A abolição não teve, porém, como contrapartida nenhum esforço, para incorporar socialmente os libertos, como Joaquim Nabuco havia sugerido, e eles tiveram de vender seu trabalho por qualquer preço, ou mesmo em troca pura e simples de serem mantidos na casa do patrão, por “casa e comida”. Uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, datada de 1916, 28 anos após a abolição, dizia com todas as letras que, se o patrão havia dado ao trabalhador casa e comida, não haveria lugar para a reivindicação de salários. Isto naturaliza um estado social de inferioridade do qual até hoje a grande maioria ainda não saiu.

O sistema de propriedade fundiária que se desenhara também não facilitava em nada a aquisição da propriedade pelos libertos. Era complicado, pois desde 1864, com a Lei de Hipotecas, ou mesmo desde de 1850, com a Lei de Terras, preparava-se no Brasil o sistema de filiação de registros e a aceitação do princípio de direito alemão da “abstração”, ou seja, da transmissão da propriedade exclusivamente pelo registro cartorial do título de propriedade. Ora, este registro era caro e incompreensível para a maioria. Caro, pois as distâncias eram enormes e levar o título a registro requeria dias; caro porque as escrituras lavradas em tabelião

custavam muito. A situação do pequeno posseiro e do liberto ficava, pois, precária. Mesmo que a posse fosse aceitável, seu registro era um obstáculo às ignorantes e abandonadas populações do sertão, pois a idéia comum parecia ser a de que uma vez acertada a venda e pago o preço o comprador adquiria a propriedade.

2.5 Os favelados têm uma inserção mais recente na história brasileira. A favela é uma ocupação irregular e precária de um terreno urbano, seja em zonas centrais seja em zonas mais periféricas. Favelas surgiram quando a reforma urbana do Rio de Janeiro, na primeira década do século 20 – durante o governo do presidente Rodrigues Alves e a administração municipal do engenheiro Pereira Passos –, expulsou das zonas centrais populações pobres que habitavam cortiços ou outras residências. Sem ter para onde ir, foram para os morros que se elevam em meio às zonas centrais da cidade. Na segunda metade do século 20, cidade de São Paulo viu também as favelas surgirem, no lugar dos cortiços e das vilas operárias.

Os favelados vivem uma situação de cultura jurídica muito distinta e também muito tensa. São em grande parte gente de classe operária ou trabalhadores mais ou menos precários: estão precariamente ocupando um lugar na cidade, mas estão também inseridos – de forma subalterna – na dinâmica de uma cidade capitalista. São muitas vezes migrantes de zonas rurais de outras regiões do País, sobretudo após a industrialização de meados do século 20. Têm acesso a meios de comunicação, a bens de consumo, a serviços públicos (transporte, luz, água, etc.) ainda que sempre de forma subalterna. Têm, por isso mesmo, um entendimento do que é o sistema jurídico, mas não dispõem de informações, não dispõem de poder para negociar os contratos – nem o contrato social – e não dispõem de dinheiro para ter acesso a estes e outros recursos. Gostariam de ter casas regulares, mas não podem. Sabem, porém, que para ter casas é preciso pagar por elas. Por isso alugam os seus barracos, ou compram espaços na favela, compram o material com o qual vão construir seus abrigos, etc. Casam-se e têm a mesma consciência de deveres recíprocos entre maridos e mulheres, entre pais e filhos.

Os favelados não constituem um grupo cultural propriamente, e não desenvolvem formas jurídicas autônomas. Desenvolvem, por força das circunstâncias, “esquemas alternativos” marcados pela mesma precariedade da ocupação do espaço (Santos, Holston, 1991). Gostariam de sair da precariedade e admiram o direito formal. Por isso mesmo, sempre que podem querem um “papel”. Mesmo que o papel, diante do direito estatal, não valha nada, para um favelado vale – pode apresentá-lo na disputa com um vizinho. Não raras vezes, pagam por serviços públicos, dividem despesas entre si e se descobrem que o imóvel que ocupam está cadastrado na Prefeitura, procuram ratear entre si o pagamento do respectivo imposto territorial. Tudo isto, pensam, gera sinais de posse de boa-fé. E de fato, são situações de posse e de boa-fé, pois nem sempre a invasão se dá sobre terrenos de donos conhecidos ou localizáveis.

2.6 Os sem-terras formam um terceiro grupo que pode interessar hoje. Embora o êxodo rural e a precariedade dos camponeses seja tradicional no Brasil, pela muita violência e pobreza que existiu no campo, os sem-terras são uma novidade por dois lados. Como organização, são capazes de ação, ação coordenada e com pautas de reivindicação precisas. Como grupo social são uma nova mescla de gente de toda cultura e origem. Encontram-se entre os

sem-terras não poucos pequenos proprietários, freqüentemente descendentes de imigrantes europeus – sobretudo italianos e alemães de certas zonas do País – que perderam suas terras nas últimas décadas pelo processo de expansão da agroindústria, perdendo preços e capacidade econômica para manter-se como proprietários e agricultores (Martins, 1982). Outros, muitas vezes população cabocla estabelecida de longa data, perderam suas terras pela violência pura e simples de grupos de fronteira que continuam a grilar terras e vendê-las a outros grupos maiores. Os opositores dos sem-terras são, não poucas vezes, gente de sua mesma condição social, mas que foram capazes de sobreviver ao processo de expropriação ou de exploração. As reivindicações dos sem-terras formam um programa de reforma: agrária, social e jurídica.

2.7 Gostaria de insistir na dificuldade de acesso ao sistema jurídico: o problema da terra e da propriedade imóvel. Não quero dizer que o problema se resolve com a mudança da legislação, mas apenas indicar que mudanças de legislação, justificáveis e justificadas em certas circunstâncias, têm efeitos perversos, quando somadas a outros fatores presentes na interação social, como analisaria Renner em seu famoso estudo da propriedade capitalista (Renner, 1949).

O início da modernização do sistema de propriedade no Brasil pode ser datado de 1850, ano de promulgação da Lei de Terras, dando por encerrado o sistema anterior que vigorara longos tempos, o sistema das *sesmarias* e da *posse*. Desde 1822 estavam suspensas as concessões de sesmarias e o meio aceito para adquirir propriedade fora dos títulos reconhecidos passou a ser a posse. Esta posse permitiu a muitos cafeicultores avançar sobre terrenos não cultivados – mesmo que anteriormente ocupados – e ali instalar as fazendas de café. Permitiu que fossem também apropriadas terras de índios e de aldeias. De toda maneira, a posse permitiu que a propriedade se estabelecesse como “domínio útil” e, por causa disto, fosse tratada como propriedade exclusiva. Sobre esta posse-propriedade seriam concedidos arrendamentos e parcerias a posseiros menos abastados até chegarmos a formas totalmente precárias de detenção. Esta sucessão de posses articula-se em torno do sujeito de direito moderno, sujeito individual já contemplado na Constituição imperial de 1824. Mas daí a pergunta: como vai o sujeito moderno agir, se as exigências de registro vão se tornando mais fortes? Como obter títulos a partir da simples posse, como registrá-los? O registro exige despesas, exige contato com gente letrada capaz de instruir o posseiro a requerer o registro. Com a Lei Geral das Hipotecas, de 1864, mais um passo é dado para distanciar o posseiro do proprietário legítimo e, finalmente, com o advento do Código Civil de 1916 fica consolidada a transmissão “abstrata da propriedade”, nos moldes do sistema alemão, ou seja, a propriedade só se transmite por meio da sucessão regular dos registros no cartório próprio.

Como reage a população a esta abstração? Bem, os posseiros mais pobres têm da posse uma idéia parecida com a de propriedade e praticam, o quanto podem, atos que formalizam sua posse. Compram e pedem um “papel”. O “papel” que lhes é dado é normalmente um compromisso de venda e compra que não produz juridicamente, por si, nenhum direito real. Na cidade, os possuidores de boa-fé tomam ainda o cuidado de pagar os impostos sobre a propriedade imobiliária (o tradicional Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU). Uma

das defesas que mais se escutam no ambiente forense é: “eu paguei os impostos todos estes anos...!”. Em termos jurídicos o possuidor está dizendo: eu exerci todos os atos do proprietário, menos o registro...

Esta distinção entre quem entra e quem não entra na propriedade formal acaba sendo socialmente estruturante.

3. O que está em jogo nestas três levadas de “marginalizados” e o que está em jogo do ponto de vista do Direito?

3.1 Para que se fale de marginalizados deve-se presumir que há um centro do qual eles foram afastados. Este centro, creio, é o conjunto de bens que a vida social produz e que podem ser: (1) a auto-estima, a imagem de si, o reconhecimento (Frazer, Sandell, Taylor, Honneth), o respeito, um bem primário (*os direitos de reconhecimento*); (2) os bens materiais da vida (*os direitos sociais*, que dizem respeito a isto). Indígenas são privados de ambas as coisas, e para adquirir isto devem deixar de ser indígenas. Só a Constituição de 1988 reconheceu coletivamente direitos aos povos indígenas e reconheceu-lhes capacidade para os defender, sem necessidade da tutela do Estado. Sem-terras e favelados são privados dos bens da distribuição material em primeiro lugar. Quem reivindica respeito, reivindica diferença específica e igualdade universal. Quem reivindica distribuição, reivindica igualdade específica e universal.

Não creio que sem-terras ou favelados reivindiquem ou pratiquem um sistema alternativo no essencial. Creio que partilham muitas das idéias modernas do sujeito e do objeto do direito, de propriedade e obrigação. Simultaneamente, as formas de interação social são, provavelmente, diferentes das formas puramente impessoais do mercado. E certamente por razões variadas, que incluem o fato de perceberem que sua inserção subalterna no mercado não lhes dará controle sobre alterações de preços e outras condições de vida. Assim, contar com relações pessoais e familiares é uma estratégia certamente mais segura para eles. O sistema normativo de que fazem uso só pode ser considerado alternativo à medida que substitui o acesso aos mecanismos públicos e estatais de solução de controvérsia. Mesmo assim, um dado importante nos movimentos organizados dos povos indígenas, dos sem-terras e dos favelados (quanto a estes últimos, pelo menos nos anos 80 e inícios dos anos 90) é que sempre reivindicam o acesso ao sistema público.

Esta reivindicação tem um duplo aspecto a ser considerado: (a) reforça, simbolicamente, a importância do Estado e (b) altera o perfil do próprio sistema estatal.

Reforça-o porque a reivindicação é feita em nome da *cidadania* ou pertença a uma *comunidade política* – o Brasil. Isto é evidenciado pelo fato de as organizações chamarem como grande guarda-chuva conceitual de suas reivindicações a Constituição federal de 1988, ou seja, a própria norma instituinte do sistema jurídico nacional. O que está em jogo não é o estabelecimento de uma autoridade ou jurisdição separada da jurisdição estatal. Até hoje estes grupos não reivindicam autonomia – como soberania: reivindicam na verdade a universalização da presença do Estado, ou de uma autoridade que possa ser minimamente neutra para arbitrar conflitos.

Por outro lado estes movimentos alteram o perfil do sistema estatal em termos quantitativos e qualitativos. Em termos quantitativos obrigam a extensão de serviços judiciários a

lugares e pessoas (ou classes) que antes não tinham acesso ou entrada no sistema. Em termos qualitativos obrigam o sistema jurídico, judicial e político, a aceitar novas condições efetivas de funcionamento, especificamente a publicidade dos atos e a incorporação de justificativas ético-jurídicas nas decisões e no processo argumentativo. A publicidade, que antes se restringia ao diário oficial (uma gazeta de atos do governo), converte-se em uma publicidade midiática, e as audiências, os movimentos na frentes dos fóruns e a discussão jornalística dos eventos dá aos casos e a seus protagonistas uma visibilidade geral. Quanto à argumentação, os princípios constitucionais, ainda que tenham seu caráter moral ignorado pela tradição jurídica nacional, são debatidos em termos muito mais éticos do que dogmáticos. Não creio que o debate ético seja aquilo que poderia ser, pois a falta de costume e o desprezo tradicionalmente voltado pelas muitas vertentes positivistas à racionalidade prática comprometem os argumentos.

Visto que o acesso ao sistema é desigual, a inclusão de tais grupos entre os beneficiados pela ordem jurídica provocará inevitavelmente transformações. Volto ao exemplo da propriedade fundiária. Desde a segunda metade do século 19 – com a lei de terras de 1850 e a lei geral de hipotecas de 1864 – a propriedade fundiária vem se formalizando e sua aquisição tornando-se custosa e complicada. Adotamos em nosso Código Civil a teoria alemã da abstração, de modo que a compra e venda e a transmissão da posse física não representam transmissão de propriedade. Isto gerou todo o tempo uma série infindável de conflitos, pois as pessoas compram em boa-fé e só anos mais tarde descobrem que não compraram bem: ou pior ainda, compram e não registram seus títulos, sem entender como a falta de registro pode afetar sua propriedade. Assim, uma simplificação, ou barateamento do sistema deverá, mais cedo ou mais tarde, aparecer. Deverão também aparecer novidades, como a cessão de uso do solo público para finalidades sociais, regularizando ocupações de favelas, ou mesmo permitindo ao poder público usar áreas para assentamento de favelados.

Já os povos indígenas reivindicam a diferença e esta normalmente vem acompanhada de jurisdição. Julgar os seus próprios membros segundo as suas próprias regras e, caso haja conflito com os brancos, tomar como parâmetro ou regra algo que vá além do direito dos brancos. Não apenas seus costumes e ordenamento, o que é uma possibilidade, mas também regras universais, que todos possam entender.

Nada disto é fácil.

As exclusões, ou as desigualdades, só podem ser reconhecidas por critérios normativos (Tugendhadt). E o ponto de partida da discussão da exclusão está, agora sim, na igualdade. A pergunta que se coloca é sempre de caráter moral (Sen): porque a igualdade? e porque esta igualdade específica? Para responder à primeira pergunta é importante reconhecer que dizer que alguém pertence ao grupo de sujeitos de direito sob uma mesma ordem jurídica equivale a dizer que se trata de cidadãos e, portanto, que pertencem simultaneamente a uma sociedade. Se igualdade significa pertença a uma classe ou grupo, qualquer tratamento segundo regras, qualquer inserção de um indivíduo em uma classe é um juízo de igualdade. Claro que se pode ir simultaneamente pensando na cidadania mundial, velho sonho iluminista que levava o simpático e estóico nome de “cosmopolita”. Trata-se sempre de reimaginar a pertença à ordem jurídica, que pode ser global, mas pode ser também local, como a extensão aos residentes de uma localidade de certos direitos que se imaginavam, na ordem estatal do século 19 como exclusiva

dos nacionais. Cada vez mais a ordem atual é uma ordem de *residentes*, e não de *nacionais*. Pode-se mesmo falar em uma cidadania “disjuntiva” em que a cidadania local e a cidadania nacional não se sobrepõe ou equivalem. Por que igualdade? Porque é ela que nos torna associados de alguma coisa, obra ou vida comum, voluntária ou involuntariamente.

Qual igualdade? A igualdade nos bens primários, bens fundamentais ou bens públicos (coletivos). Igualdade proporcional, certo, igualdade da distribuição do comum. Este é o nível de discussão que chamo moral. Não se trata da reforma dos corações dos homens, mas das instituições. Postular que há coisas comuns e que a participação nestas coisas comuns é devida. Creio que o Direito moderno – com crescente clareza em autores como Hobbes, Locke ou Pufendorf – afastou-se de um tema em que direito e moral confluem. Trata-se da justiça distributiva. Ela é logicamente anterior à justiça comutativa. O seu de cada um pode ser determinado por diversas regras de justiça distributiva: a cada um segundo sua necessidade, a cada um segundo seu valor próprio, a cada um segundo sua capacidade, e assim por diante. Mas este cada um deveria ser entendido como cada um dentro de determinados grupos, que têm algo em comum a ser partilhado. Torna-se assim perfeitamente compreensível distinguir esferas públicas – em que todos contarão igualmente – e esferas privadas, em que a pertença ao grupo pode ser voluntária. Em resumo, dar a cada um o que é seu depende de uma definição de qual é o seu de cada um. Ora, é isto que a distribuição faz quanto às coisas comuns. Aquilo que é comum a uma associação voluntária de filatelistas não é o mesmo que o comum aos membros de uma sociedade involuntária, como uma ‘nação’, um ‘povo’, uma ‘sociedade’. O problema é que o direito moderno transformou-se em um direito das trocas, assumindo como naturais as distribuições aleatórias, lotéricas ou historicamente determinadas.

Ora, a distribuição é o primeiro degrau da escala normativa, pois ali é que se define quem está dentro e quem está fora e em que termos se está dentro ou fora (Walzer). As regras de distribuição são regras constitutivas dos grupos, das sociedades. Nestes termos é que o direito e a ética reencontram-se e este reencontro não tem o caráter moralista ou moralizante que as prédicas assumem. Este reencontro deverá dar-se no foro político-jurídico dos grandes arranjos institucionais. Não creio que a pulverização de poderes locais, identidades ou comunidades possa dar uma resposta adequada ao problema da distribuição. Em última instância, a aceitação da particularidade só é um problema se quisermos vê-la funcionando ao lado de estruturas, instituições e regras de alcance universal. Logo, é a conservação da universalidade que se faz objeto de preocupação. De outro modo, seria simples e fácil estabelecer cidadanias de *apartheid* ou de guetos. O que está em jogo é uma nova arquitetura, chamemos assim, do espaço público, na qual se reconheçam simultaneamente as diferenças e as igualdades. Para retomar os termos com que abri esta reflexão, trata-se de reinventar as igualdades e as diferenças.

Um Direito “pós-moderno” pode ainda assim salvar ou tentar salvar alguma racionalidade universal? Ou será que as diferenças serão tantas a ponto de destruir qualquer pretensão de universalidade? Minha resposta é ainda um voto de confiança na universalidade, entendida de uma certa maneira. Como disse no início, pensar segundo regras é pensar construindo igualdades, isto é, relações de equivalência entre termos. Creio que a modernidade gerou uma linguagem das igualdades que não será abandonada e não é mesmo abandonada nem mesmo por quem reivindica a diferença.

O discurso da igualdade moderna assenta-se na igual dignidade de todos os seres humanos e é esta a base sobre a qual a discussão da distribuição – nos exemplos históricos aqui tratados, o caso dos sem-terras e dos favelados – de recursos materiais às classes de trabalhadores. A reivindicação de distribuição assenta-se, em última instância, no fato de não se reconhecer intrinsecamente nenhum valor superior a determinados sujeitos humanos (esta outra invenção moderna?) pelo simples fato de terem nascido em uma classe social ou a ela terem se incorporado. O respeito igual e universal, fundado na autonomia moral de cada ser humano, é o que dá à linguagem do direito – mesmo do direito do trabalho e dos direitos sociais – uma base para reivindicar esta “participação” de qualquer ser humano nos benefícios da cooperação social em geral. A defesa da distribuição de riqueza e mesmo de poder – econômico, social e político – está fundada em uma premissa de universalidade. Não se vêem os líderes dos movimentos de sem-terras ou de favelados reivindicarem coisas sob a justificativa de que são melhores moral e intrinsecamente do que os proprietários de terras. O objetivo das reivindicações é sanar formas de injustiça historicamente específicas mas contingentes. John Rawls disse com clareza e com razão, seguindo a linhagem moderna de argumentos, que riqueza e talento não são merecidos por ninguém, do ponto de vista moral, ou melhor como pontos de partida para o raciocínio moral. A sorte, a fortuna, a história, o acaso ou a Providência é que distribuem isto de forma aleatória e sem nenhum merecimento. O merecimento moral de todos é igual, e uma sociedade justa deveria partir de tal princípio para instituir distribuições de bens coletiva e socialmente produzidos.

O mesmo vale para as reivindicações de minorias étnicas ou outras, como as “minorias sexuais”, visto que também aqui o que está em jogo é o reconhecimento universal do valor intrínseco de cada ser humano (a *dignidade humana*, na frase de Kant). Como no caso da distribuição das riquezas, na distribuição do “respeito” joga papel importante a consideração de violências e injustiças passadas sofridas por grupos social e culturalmente minoritários, que não reivindicam hoje a segregação, autarquização, *apartheid*, *guetos* ou isolamento. Reivindicam, ao contrário, participação sob o signo do respeito igual. Também aqui, portanto, a universalidade do valor moral é o fundamento para a diferenciação jurídica.

Um sistema jurídico em que diferenças possam ser incorporadas pela justificativa de que seu reconhecimento é uma garantia de universalidade é também um sistema em que a deliberação casuística volta a ter um papel. Casuística e casuísmo são palavras carregadas de conotação pejorativa: na política significam a feitura de regras *ad hominem* e de soluções de privilégio e não de direito. O casuísmo a que me refiro, talvez impropriamente, consiste, no entanto, na valorização do particular dentro de um regime de regras universais. A volta da consideração do particular – mesmo aos trancos e barrancos – faz-se de modo privilegiado pela judicialização da política, como dizem alguns. Quer isto dizer que a reivindicação individual ou coletiva de direitos na arena judicial impõe um estilo de decidir e de lidar com as regras que escapa do estilo das declarações de direitos em que boa parte da tradição universalista da modernidade se incorporara. Muito discurso contra a modernidade toma como adversário exemplar as declarações universais de direitos, do homem e do cidadão, tanto as nacionais, contidas em constituições, quanto as internacionais. Na medida em que a reivindicação de tais direitos sai da luta pelos textos nas assembleias e se realiza em reivindicações judiciais, o caso, suas circunstâncias e o processo de interpretação

ganham o palco. O estilo exegético de fazer direito não se presta a resolver as disputas judiciais e cede espaço, bem ou mal, aos processos hermenêuticos, a um estilo hermenêutico de tratar do ordenamento. E é desta confluência de universalismo e hermenêutica que nascem debates teóricos a juntar novamente filósofos e juristas.

Há outro aspecto da questão a ponderar e a situação brasileira presta-se a uma discussão exemplar. É certo que o Estado brasileiro constrói-se com o discurso da modernidade, da igualdade e da liberdade. Ocorre, porém, que há uma prática social, ou há estruturas de interação social, que se revelam na cultura jurídica brasileira. É preciso admitir que a cultura jurídica não se conhece apenas pelos textos dos juristas ou pelos discursos, mas por práticas reveladoras de interpretação. A cultura jurídica é o que dá vida ao ordenamento. Tullio Ascarelli dizia, nos seus ensaios de comparatista, que os ordenamentos jurídicos contêm “premissas implícitas”. Ninguém fala delas, porque para os membros daquela cultura elas são naturalizadas, são dados sobre os quais não faz sentido discutir. Os comparatistas superficiais tampouco falam delas, porque não as percebem enquanto não se voltam para a prática. Ora, a cultura jurídica brasileira é contraditória com relação ao postulados do sistema jurídico. Apenas alguns exemplos podem ilustrar o que digo.

Um primeiro foco de tensão dá-se na noção mesma de direito. O postulado moderno de direito – e de direitos fundamentais ou direitos humanos – é que o ordenamento jurídico presume-se proteger a todos igualmente e os direitos valem igualmente para todos. A prática política, jurídica e cultural no Brasil revelam, porém, que direito significa privilégio. Conseguir um direito significa conseguir para si um tratamento favorecido. Por isso as reivindicações por direitos são normalmente taxadas de “corporativistas” ou de privilégios: os direitos humanos são chamados de “privilégios de bandidos”, como já disse com propriedade e clareza uma pesquisadora brasileira (Caldeira 1984). Os direitos garantidos pelo Estado são percebidos por boa parte dos brasileiros como concessões dadas pelo soberano aos grupos que conseguiram fazer ouvir a sua voz. Logo, a relação com o Estado é sempre uma relação de suspeita e de uso estratégico instrumental. Esta percepção do direito solapa boa parte das possibilidades de cooperação social, gerando custos sociais e mesmo econômicos consideráveis.

Um segundo exemplo mais empiricamente determinado vê-se na forma como opera o princípio de direito público da “presunção de legalidade dos atos da Administração”. De fato passou-se a uma presunção de ilegalidade dos atos da Administração, de tal modo que as condenações do Estado em litígios judiciais ocorrem inúmeras vezes na fase preliminar do processo – com concessões de liminares e tutelas antecipadas com bastante frequência – e condenações patrimoniais astronômicas em diversos casos. Pode-se dizer que todos os juristas sabem que o ordenamento impõe que se presuma a legalidade dos atos, ou a constitucionalidade das leis, mas na prática tendem a ignorar tais princípios por presumirem que o Estado é realmente o reduto de interesses particulares e de corrupção.

Assim, uma cultura nacional de origem católica, colonial e periférica, adota formalmente princípios de Estado de direito desenvolvidos e operantes em ambientes calvinistas ou laicos, colonizadores e centrais e os adapta a um uso que de diversos modos pode torná-los disfuncionais.

Se estiverem certos alguns críticos da globalização, como Zygmunt Bauman (1999) ou Holston e Appadurai (1996), por exemplo, estas hordas de deslocados, trabalhadores

migrantes, asilados, exilados, refugiados e, para nosso exemplo, favelados, índios e os sem-terras, são um paradoxo constante em sociedades que se querem descrever como sistemas ordenados de direito. São um paradoxo porque virão, mais cedo ou mais tarde, reivindicar sua inclusão, e podem vir a manter relações de suspeita e desconfiança para com os mesmos sistemas dos quais pretendem obter reconhecimento.

É por tudo isto que a pretensão universalizante – e inacabada – da justiça é sempre mais um ponto de referência para os juristas do século que se abre.

Bibliografia

- ABBAGNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALMEIDA, Rita Heloísa. *O Diretório dos Índios: um projeto de “civilização” no Brasil do século XVIII*. Brasília: Ed. UNB, 1997.
- ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Pronunciamentos parlamentares*. (org. Aurélio Wander Bastos). Brasília: Senado Federal, 1982.
- ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. *Projetos para o Brasil*. (org. Míriam Dolhnikoff) São Paulo: Cia. das Letras, 1998.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *A Política dos outros*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. *Legislação indigenista do século XIX*. São Paulo: Comissão Pró-Índio/Edusp, 1992.
- FRASER, Nancy. *Justice interrupts*. New York/Londres: Routledge, 1997.
- GUIMARÃES, Antônio Sérgio. *Preconceito e discriminação*. Salvador: Novos Toques, 1998.
- HOLSTON, James. *The Misrule of law: land and usurpation in Brazil*. *Comparative Studies in Society and History*, 33 (4), 1991.
- HONNETH, Axel. *The Struggle for recognition*. Cambridge (Ma): MIT Press, 1996.
- HOLSTON, J. and Appadurai, Arjun. *Cities and citizenship*. *Public Culture*, v. 8, n. 2, Winter, 1996.
- LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975.
- MARTINS, José de Souza. *Expropriação e violência*. São Paulo: Hucitec, 1982.
- MENDES JR., João. *Os Índigenas do Brazil: seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typografia Hennies Irmãos, 1912.
- MONTEIRO, John M. *Os Negros da terra*. São Paulo: Cia. das Letras, 1994.
- NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/ Massangana, 1988.
- O'BRIEN, David M. *Constitutional Law*. V. 2. 2ª Ed. New York: W. W. Norton, 1995.
- OCKHAM, Guilherme de. *Seleção de textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- RENNER, Karl. *The Institutions of private law and their social functions*. London: Routledge & Kegan Paul, 1949.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o poder*. Porto Alegre: Sérgio A Fabris Ed., 1988.
- SCAREPELLI, Umberto (sdp). *Diritto e linguaggio*. Milano: Edizioni di Comunità.
- SEARLE, John. *The construction of social reality*. Nova York: Free Press, 1995.

- SEN, Amartya. *Inequality reexamined*. Cambridge (Ma): Harvard Univ. Press, 1992.
- TAYLOR, Charles. *Sources of the self*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1996.
- TUGENDHADT, E. *Lições sobre ética*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- KAWASHIMA, Yasuhide. *American citizenship for minorities: the case of native Americans*.
Paper. Law and Society Annual Meeting, Budapest, 4-7 July, 2001.
- WALZER, Michael. *Spheres of justice*. New York: Basic Books, 1983.
- WEBER, Max. *A Ética protestante e o espírito do capitalismo*. Brasília: Ed. Da UnB, 1981.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Abril Cultural, 1991.