

Direitos das comunidades tradicionais: a construção de uma sociedade solidária como resultado de uma hermenêutica plural

Derechos de las comunidades tradicionales: la construcción de una sociedad solidaria como resultado de una hermenéutica plural

Rights of traditional communities: the construction of a solidary society as a result of plural hermeneutics

AUTOR

Marcelo Barros Jobim*

jobimar@gmail.com

* Doutorando pela Universidade Federal da Bahia (UFBA, Brasil). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE, Brasil). Professor de Direito Constitucional no Centro Universitário CESMAC (Brasil).

RESUMO:

Este artigo discute o alcance da efetividade da norma constitucional brasileira que prevê o objetivo fundamental de construir uma sociedade solidária (art. 3.º, I), através da crítica à ideia de "princípio da solidariedade" quando da aplicação da norma em questão pelos tribunais. Argumenta-se que a solidariedade na Constituição não se apresenta como uma categoria normativa, mas, sim, como uma meta de transformação social para a qual o Judiciário tem um papel fundamental. Pretende-se iniciar uma discussão que visa demonstrar que o Judiciário esvazia a meta constitucional de se construir uma sociedade solidária quando apreende a solidariedade como uma norma princípio, promovendo aplicações desta com base em um discurso retórico, de viés principiológico. Para superar esse cenário, sustenta-se que o Judiciário deve atuar em sintonia com o contexto latino-americano, principalmente a partir de métodos inclusivos, no âmbito da pluralidade sócio-política-cultural, estabelecendo uma visão anti-hegemônica do direito. Nesse sentido, a ordem jurídica brasileira, ao prever os direitos das comunidades tradicionais, impõe aos poderes públicos, e em especial ao Judiciário, por meio de uma hermenêutica plural, um resgate de uma dívida histórica e, conseqüentemente, a formação de uma cultura social da alteridade.

RESUMEN:

Este artículo discute el alcance de la efectividad de la norma constitucional brasileña que prevé el objetivo fundamental de construir una sociedad solidaria (artículo 3.º, I), a través de la crítica a la idea de "principio de la solidaridad" cuando la norma en cuestión es aplicada por los tribunales. Se argumenta que la solidaridad en la Constitución brasileña no se presenta como una categoría normativa, sino como una meta de transformación social para lo cual el Poder Judicial tiene un papel fundamental. Se pretende con este estudio iniciar una discusión que objetiva demostrar que el Poder Judicial brasileño vacía la meta constitucional de construir una sociedad solidaria cuando aprehende la solidaridad como una norma principio, promoviendo aplicaciones de ésta con base en un discurso retórico, de sesgo principiológico. Para superar este escenario, se sostiene que el Poder Judicial debe actuar en sintonía con el contexto latinoamericano, principalmente a partir de métodos inclusivos, en el ámbito de la pluralidad socio-política-cultural, promoviendo una visión anti-hegemónica del derecho. En ese sentido, el orden jurídico brasileño al prever los derechos de las comunidades tradicionales impone a los poderes públicos, y en especial al Judicial, por medio de una hermenéutica plural, el rescate de una deuda histórica y, en consecuencia, la formación de una cultura social de la alteridad.

ABSTRACT:

This article argues about the effectiveness of the Brazilian constitutional norm, which foresees the fundamental objective of building a solidary society (article 3.º, I), by criticizing the idea of "principle of solidarity" when that norm is applied by courts. It argues that solidarity in the Brazilian Constitution does not present itself as a normative category, but rather as a goal of social transformation for which the Judicial Power plays a fundamental role. The purpose of this article is to start a discussion that aims to demonstrate that the Brazilian Judicial Power empties the constitutional goal of building a solidary society when it grasps solidarity as a norm-principle, promoting its applications based on a rhetorical discourse, of a principled bias. In order to overcome this scenario, it is true that the Judiciary should act in harmony with the Latin American context, especially through inclusive methods, within the scope of socio-political-cultural plurality, promoting an anti-hegemonic view of law. In this sense, the Brazilian legal order imposes a redemption of a historic debt to the public authorities by predicting the rights of traditional communities, especially to the judicial power, through a plural hermeneutics and in the end the formation of a social culture of otherness.

“We’re one, but we’re not the same”.
(Bono Vox, *One*).

A Teoria do Direito é marcada não só por uma disputa metodológica ou pelos limites do conhecimento do fenômeno jurídico, como também pelas idas e vindas dos aportes teóricos mais significativos. Apenas para ilustrar essa observação, menciona-se aqui o exemplo do denominado pós-positivismo da segunda metade do século XX, quando do surgimento, para alguns, de um Neoconstitucionalismo, que teve como marco histórico o pós Segunda Guerra Mundial (Barroso, 2008).

Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e hoje ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso indica o pós-positivismo como o marco filosófico do Neoconstitucionalismo, cujo debate “situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”. Assim, para o autor:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais (Barroso, 2008).

No que toca especificamente aos princípios como categoria normativa, após superar o modelo jusnaturalista, cuja fase “dominou a dogmática dos princípios por um longo período até o advento da Escola Histórica do Direito” (Bonavides, 2013, p. 269), o positivismo surgiu “tão forte, tão dominante, tão imperial” que os cultores do jusnaturalismo pareciam se envergonhar de, ainda no século XX, “professarem uma variante da velha metafísica jurídica” (Bonavides, 2013, p. 269).

Mas eis que o rescaldo da Segunda Guerra Mundial, com toda a sua carga de desumanidade, deu um choque de valores nos juristas ocidentais. Autores como Dworkin, Alexy e outros contribuíram para o desenvolvimento de uma “teoria contemporânea dos princípios”, pontuando, segundo Paulo Bonavides, a crise da Velha Hermenêutica.

A consagração dos princípios como normas jurídicas, ao lado das regras, foi o ápice da construção de uma sustentada Nova Hermenêutica, onde a diferença entre ambas categorias normativas se dava apenas, dentre outros critérios, no campo referente ao grau de generalidade. Os princípios deixavam de ser vistos como inseridos no plano meramente político, para ingressar no universo do Direito. Dworkin, que polemizou com os positivistas, ao associar os princípios com o conceito de Direito, muito bem observou o quanto a Constituição funde questões morais e jurídicas, quando faz a validade de uma lei depender da resposta a problemas morais complexos (Dworkin, 1978, p. 185).

A partir daí tudo virou princípios, desde que não se pudesse identificar com precisão, na norma em questão, um suporte fático definido que permitisse o cômodo e tradicional método da subsunção. Dignidade humana, solidariedade, pluralismo etc. foram valores que se transformaram em normas jurídicas, mais especificamente constitucionais, mas que caíram na vala comum da principiologia normativa de forma um tanto assistemática e sem rigor metodológico.

PALAVRAS-CHAVE

**Constituição
brasileira;
interpretação
constitucional;
solidariedade;
pluralismo;
comunidades
tradicionais.**

PALABRAS CLAVE

**Constitución
brasileña;
interpretación
constitucional;
solidaridad;
pluralismo;
comunidades
tradicionales.**

KEYWORDS

**Brazilian
constitution;
constitutional
interpretation;
solidarity;
pluralism;
traditional
communities.**

Recibido:
11/02/2018

Aceptado:
27/06/2019

Virgílio Afonso da Silva identificou um “sincretismo metodológico” (Silva, 2005) nas discussões teóricas sobre interpretação constitucional no Brasil. É que, não bastasse a utilização ambígua dos princípios como categoria normativa, a doutrina brasileira se refestelou com uma aventada teoria de Konrad Hesse sobre os princípios da própria hermenêutica constitucional.

Segundo Silva, os constitucionalistas alemães Konrad Hesse e Friedrich Müller são críticos do sopesamento do Tribunal Constitucional alemão, bem como das teorias nele baseadas, principalmente a teoria dos direitos fundamentais do também alemão Robert Alexy. Entretanto, tanto o pensamento daqueles quanto a ideia de princípios como mandatos de otimização deste, “ainda que em grande parte incompatíveis, vêm sendo trabalhados em conjunto” (Silva, 2005).

Numa análise desse fenômeno jurídico dos princípios, Marcelo Neves, por sua vez, chegou a comparar os princípios à figura mitológica da Hidra, um animal em forma de serpente e muitas cabeças. Argumentou, o jurista pernambucano, que “na sociedade complexa de hoje, os princípios estimulam a expressão do dissenso em torno de questões jurídicas e, ao mesmo tempo, servem à legitimação procedimental mediante a absorção do dissenso” (Neves, 2013, p. XVIII). Ocorre que, como salienta o próprio Neves, o uso e abuso dos princípios partiu de um fascínio doutrinário inicial para aportar em “uma prática jurídica confusa em torno da aplicação de princípios constitucionais” (Neves, 2013, p. 196).

Sem adentrar em profundidade na discussão, até pela limitação que se impõe nesse trabalho, o que se pode especular é que uma das principais causas dessa confusão foi que a absorção dos valores do plano internacional pelas constituições dos Estados nacionais transformou juridicamente esse universo axiológico em normas-princípio. Houve, parece, a limitação dos valores, em sede de normatividade constitucional, à perspectiva de normas *fundantes*, *base* do sistema, *fonte* material à luz da qual se deve compreender as demais normas do ordenamento. Sempre, como se percebe, de um prisma inicial, ou seja, de um *princípio*. Mas, então, eis que surge o seguinte questionamento ora proposto: é possível identificar um valor constitucional que sirva não como ponto de partida (um princípio normativo), mas um ponto de chegada (um ideal de transformação)?

Pois bem. O objetivo do presente artigo é justamente discutir o alcance da efetividade da norma constitucional brasileira que prevê o objetivo fundamental de construir uma sociedade solidária (art. 3.º, I), através da crítica à ideia de “princípio da solidariedade” quando da aplicação da norma em questão pelos tribunais. Argumenta-se que a solidariedade na Constituição não se apresenta como uma categoria normativa, mas, sim, uma meta de transformação social para a qual o Judiciário, enquanto um dos poderes (funções políticas) da República Federativa, tem um papel fundamental.

1. O caráter normativo dos Objetivos Fundamentais e a solidariedade social

Os Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil impressos no artigo 3º da Constituição brasileira de 1988 trazem, de forma bastante nítida, as metas constitucionais. Inspirada na Constituição portuguesa de 1976, que no artigo 9º prevê as “Tarefas Fundamentais do Estado”, a norma implica, assim como sua irmã lusitana, um caráter de dirigismo estatal inconfundível. Mas não se apresenta como uma mera programaticidade, típica das Constituições sociais da primeira metade do século XX, que padeciam da falta de reconhecimento de sua juridicidade, e se limitavam a uma perspectiva de políticas públicas pontuais.

Não. A normatividade dos “objetivos” ou “tarefas” fundamentais implica uma “mentalidade utópica” de viés transformador, no sentido que lhe foi conferido por Karl Mannheim (1986, p. 216). Difere frontalmente da “mentalidade ideológica”, também na concepção do pensador alemão, que, a contrário senso, embora baseada em ideias situacionalmente transcendentais, jamais atinge seus objetivos, o que, por fim, resulta na manutenção da ordem existente.

Eis, em síntese, a lição de Mannheim:

As utopias também transcendem a situação social, pois também orientam a conduta para elementos que a situação, tanto quanto se apresenta em dada época, não contém. Mas não são ideologias, isto é, não são ideologias na medida e até o ponto em que conseguem, através da contra-atividade, transformar a realidade histórica existente em outra realidade, mais de acordo com suas próprias concepções (Mannheim, 1996, p. 219).

Como se vê, partindo dessa orientação conceitual, os objetivos fundamentais possuem um caráter utópico de matiz revolucionário, mas sem rupturas significativamente comprometedoras das instituições vigentes. Tal orientação se afina com a caracterização do Estado Democrático de Direito apresentada por José Afonso da Silva:

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo* (Da Silva, 2007, p. 119).

Esse “componente revolucionário”, aliado à evidência de uma sociedade pluralista e multicultural, remete a um modelo de luta política capilarizada no seio dos movimentos sociais, e não um modelo clássico de revolução promovida por classes sociais homogêneas. A complexidade social contemporânea irá produzir, numa adequação ao conceito foucaultiano, o que pode se chamar de uma *microfísica da resistência*, podendo se utilizar das próprias instituições, inclusive. Com toda a sua subordinação aos valores pluralistas constitucionais, as instituições de um Estado Democrático de Direito, a exemplo do Brasil, combinada com a ideia de *Poderes* não como fins em si mesmos, mas como *Funções* instrumentalizadas para o interesse coletivo, devem servir como caixa de ressonância das reivindicações multiformes da sociedade, e não como imposição de um sistema jurídico hegemônico.

Ainda na esteira das lições de José Afonso da Silva, é de salientar que a democracia é “um processo dialético, que vai rompendo os contrários, as antíteses, para, a cada etapa da evolução, incorporar um conteúdo novo, enriquecido de novos valores” (Da Silva, 2013, p. 129). O autor capta de forma perfeita essa ideia da democracia como uma utopia concreta, cujo processo de transformação se apresente de forma contínua, sem que se pretenda atingir um fim último, já que democracia nunca se realiza inteiramente. E conclui: “[...] como qualquer vetor que aponta a valores, a cada nova conquista feita, abrem-se outras perspectivas, descortinam-se novos horizontes ao aperfeiçoamento humano” (Da Silva, 2013, p. 129). O mesmo se aplica aos objetivos fundamentais. Assim, fica clara a compreensão do sentido do ideal de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse momento, é preciso argumentar que a imperatividade da norma constitucional que prevê os objetivos fundamentais recai sobre os poderes estatais, quando define que tais objetivos fundamentais são voltados especificamente para a República Federativa do Brasil. Assim, parte-se da premissa, de todo sustentável, de que não existe propriamente uma obrigação (jurídica) do ato solidário em si a ser observada nas relações sociais, o que configuraria uma incoerência com aquele valor.

O imperioso aqui é reconhecer o quanto há de moral na Constituição, e que, na precisa observação de Dworkin, citada anteriormente, funde-se com as questões jurídicas. Essa fusão entre o moral e o jurídico leva ao tortuoso problema, aqui levantado, de saber se é possível, válido ou viável, buscar realizar metas morais com ferramentas jurídicas. Quanto à construção de uma sociedade solidária, não há como negar que estamos diante de um *ideal*, e não de um *princípio* normativo propriamente dito. E isso parece tautológico, pois se o objetivo é construir esse modelo de sociedade, então é porque ele não existe no momento presente. Ora, pois.

A solidariedade social parece pressupor, no mínimo, o respeito recíproco entre as pessoas, o que, sustentasse aqui, não se impõe coercitivamente. Assim, por mais que o Estado obrigue o ato de cooperação em si, seja com os demais membros da sociedade atual ou com as gerações futuras, não estará jamais impondo a solidariedade enquanto princípio, embora possa estar construindo a solidariedade enquanto virtude, em razão da mudança de comportamentos e de mentalidades que a superestrutura do Direito promove com o tempo.

Para Joseph Raz, não se pode negar que “o respeito por isso ou por aquilo, incluindo o respeito pelas pessoas, é não raro uma *exigência moral*” (Raz, 2004, p. 118; destaque nosso). Falando de uma “ética da reciprocidade”, Raz faz a seguinte observação:

Uma ética da reciprocidade, contudo, parece ser por demais restritiva e insensível àqueles que acreditam que temos deveres para com as gerações futuras (que não podem ter deveres recíprocos para conosco), com os membros das outras espécies animais e com o meio ambiente ou alguns dos seus aspectos (Raz, 2004, pp. 118-119).

Aqui Raz argumenta que a reciprocidade implicaria, para alguns, o retorno do bem ofertado, mas tal argumento não infirma o entendimento de que a eventual oferta não pode ser juridicamente imposta, quando se está diante de uma “exigência moral”. Por sua vez, Axel Honneth defende a tese de que a Solidariedade seria um terceiro padrão de reconhecimento intersubjetivo, precedido pelo Direito e pelo Amor. Estando o amor no campo emotivo do indivíduo, interessa saber os outros padrões, quais sejam, o direito e a solidariedade, o que, desde já, se percebe o quanto esses campos, para o pensador alemão, são distintos padrões de socialização.

Quanto ao direito, diz Honneth que em uma organização social definida pela divisão do trabalho, do papel socialmente aceito como membro dessa sociedade, “resultam para o indivíduo determinados direitos, cuja observação ele pode reclamar em casos normais, apelando a um poder de sanção dotado de autoridade” (Honneth, 2009, p. 180). Tal conceito de ordem jurídica, que o autor qualifica como “extremamente fraco”, se apresenta como “apropriado para caracterizar as propriedades gerais que competem ao reconhecimento jurídico em sociedades tradicionais” (Honneth, 2009, p. 181). Como observa o filósofo alemão mais adiante, o sistema jurídico é visto, na passagem para a modernidade, “como expressão dos interesses universalizáveis de todos os membros da sociedade, de sorte que ele não admita mais, segundo sua pretensão, exceções e privilégios” (Honneth, 2009, p. 181).

Numa síntese apresentada pelo próprio autor,

[...] assim como, no caso do amor, a criança adquire a confiança para manifestar espontaneamente suas carências mediante a experiência contínua da dedicação materna, o sujeito adulto obtém a possibilidade de conceber sua ação como uma manifestação da própria autonomia, respeitada por todos os outros, mediante a experiência do reconhecimento jurídico (Honneth, 2009, p. 194).

Ocorre que todo o padrão jurídico de reconhecimento tem o pressuposto da igualdade como um dos seus principais fundamentos. Como bem destaca Honneth, a relação jurídica não pode recolher em si todas as dimensões da estima social, pois esta só pode se aplicar quando os membros da sociedade se distinguem quanto às suas propriedades e capacidades. E, em seguida, arremata o autor: “uma pessoa só pode se sentir ‘valiosa’ quando se sabe reconhecida em realizações que ela justamente não partilha de maneira indistinta com todos os demais” (Honneth, 2009, p. 204).

Eis a base para o reconhecimento social em um padrão da solidariedade. A estima social a partir de sua própria realidade faz com que o indivíduo possa referenciar-se a si próprio, não precisando mais atribuir a um grupo inteiro o respeito que goza socialmente por suas realizações conforme os standards culturais. Isso promove o autorrespeito e a autoconfiança, o sentimento do próprio valor, e não o esforço de se espelhar em uma cultura estranha, ainda mais quando dominante.

Assim, fechando o raciocínio: “Na medida em que todo membro de uma sociedade se coloca em condições de estimar a si próprio dessa maneira, pode se falar então de um estado pós-tradicional de solidariedade social” (Honneth, 2009, p. 210). E é a partir dessa compreensão que se sustenta um outro significado hermenêutico a ser reconhecido para a solidariedade, pois esta deve ser vista, dentro do fenômeno jurídico, muito além de uma retórica principiológica, na forma como vem sendo aplicada pelos tribunais pátrios.

2. A justiça constitucional sob o prisma de uma hermenêutica plural

Pretende-se argumentar que o Judiciário esvazia a meta constitucional de se construir uma sociedade solidária quando apreende a solidariedade como uma norma princípio, promovendo aplicações desta com base em um discurso retórico, de viés principiológico. Disso resulta quase sempre na manutenção do caráter hegemônico do direito, como forma de impor os valores uniformes da classe dominante, e transplantados para a ordem jurídica. Ainda ligada ao senso comum de nítidas feições altruístas, como o alegado compromisso com gerações futuras, no âmbito do direito previdenciário ou do direito ambiental, o dever de contribuição, no direito tributário, ou mesmo a noção de um dever fundamental, a solidariedade requer uma melhor adequação ao real alcance de sua compreensão jurídica, principalmente no âmbito da justiça constitucional.

A ordem normativa deve ser encarada como um parâmetro de legitimidade, mas nunca um condicionante cultural, ideológico ou axiológico, permitindo a abertura para outras culturas, ideologias e valores. Aqui, o sentido de solidariedade se apresenta como substituto do sentido de totalidade, abstratamente imposta pelo direito, para, numa perspectiva da transmodernidade, reconhecer a legitimidade das diferenças inerentes a uma sociedade complexa.

Na perspectiva do pluralismo, os interesses, ou até mesmo as éticas não contempladas pelo processo hegemônico do direito, passam a ser reavaliados do ponto de vista mais amplo de uma justiça constitucional, superando sua avaliação sob o prisma estritamente normativo-constitucional. Por essa via hermenêutica plural, superando o modelo universalista abstrato do individualismo capitalista, o Judiciário estaria mais próximo de seu papel de promover a construção de uma sociedade solidária.

Mesmo na virada linguística, onde a filosofia hermenêutica ganha terreno, principalmente quando se transfere seus métodos para o universo jurídico, a preocupação com o real e o concreto aparece como um fator indispensável. Streck, na sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, partindo de Heidegger, propõe uma “revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem” (Streck, 2014, p. 10). Para o autor, por meio da “destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental”,

é possível descobrir um indisfarçável projeto de *analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a práxis humana, como existência e facticidade*, em que a linguagem – o sentido, a denotação – não é analisada num sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade. Enquanto baseado no método hermenêutico-linguístico, o texto procura *não se desligar da existência concreta*, nem da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada (Streck, 2014, p. 10; itálicos no original).

O raciocínio que se pode desenvolver, a partir destas lições, é que, ao surgirem novos valores, como a solidariedade, em sintonia com as dimensões dos direitos fundamentais, “no plano da historicidade”, vai se exigir uma redefinição hermenêutica que vise à libertação das amarras teóricas e práticas do fenômeno jurídico. É forçoso concluir que a efetividade daqueles direitos, e seus corolários, muitas vezes se encontra comprometida, dentre outros fatores, pelo apego a construções ainda formalistas do Direito.

Assim, o desafio agora é demonstrar como esse componente solidário se reveste de um sentido jurídico-concreto, associando-o ao modelo de Estado material de direito em cotejo com o surgimento de teorias jurídicas de feições realistas e críticas.

3. A solidariedade como a utopia do dissenso: a pluralidade no contexto latino-americano

Somente a partir de análises jurídico-críticas é que se permite conceber a real instrumentalização do processo transformador da sociedade, identificando o papel das instituições, seja no aspecto funcional ou procedimental. Pois bem. Uma das mais destacadas perspectivas críticas do direito se desenvolveu a partir da Teoria Discursiva, ou Ética da Discussão, com base no pensamento dos filósofos alemães Jürgen Habermas e Karl Otto-Apel. Essa teoria, contextualizada num ambiente europeu de flagrantes ofensas aos direitos humanos, foi confrontada pela Filosofia ou Ética da Libertação, que tem como principal teórico o filósofo argentino Enrique Dussel, a partir de um outro contexto histórico, qual seja, o das vivências coloniais latino-americanas.

A Teoria Discursiva evidencia o caráter dialógico do direito em sintonia com a ideia do “agir comunicativo” voltada para a produção de consensos, mas, numa perspectiva ainda formal procedimentalista. Essa concepção discursiva, no entanto, encontrou seu contraponto no pensamento de Dussel, podendo-se indicar divergências não só quanto ao contexto histórico de surgimento das duas teorias (Hurtado-López, 2007), como também, e principalmente, pelas diferentes abordagens de fundo teórico, a partir de diferentes percepções culturais.

Na entrevista com Fátima Hurtado, nos *Cahiers des Amériques latines*, Dussel sustenta que tanto Habermas quanto Apel têm uma “pretensão de validade” que eles confundem com a “pretensão de verdade”, e isto resultaria numa concepção consensual da verdade (Dussel, 2010). Contraditando os pensadores alemães, Dussel completa:

Moi non; moi j'ai une conception forte de la vérité, comme un accès à la réalité. Et l'accès au consensus, c'est ce que représente la validité. Ce sont deux choses différentes, la vérité et la validité [...]. Il y a une prétention de validité, qui n'est pas la prétention de faisabilité. Mais les trois, articulées, induisent une nouvelle prétention: celle de bonté, dont ils ne parlent absolument pas.

[...]

La prétention de bonté est une chose nouvelle, ils ne l'ont pas abordée. Mais bien que je puisse avoir une prétention de bonté, mon acte, puisqu'il est fini, limité, a inévitablement des effets négatifs [...]. Et cela, ils ne l'imaginent même pas, parce qu'ils ignorent ce qu'est la souffrance de la corporalité matérielle (destaque nossos).

Ao ser questionado sobre qual a falha na Ética da Discussão, defendida por Habermas e Apel, o filósofo argentino é taxativo ao afirmar que ela fala de princípios, “mas nunca de instituições ou de práticas” (Dussel, 2010). Na referida entrevista (nota nº 5), Fátima Hurtado observa que ao contrário da Ética da Discussão, cuja norma moral fundamental é de natureza procedimental e formalista, a Ética da Libertação de Dussel não parte da argumentação ou da “comunidade de comunicação” de Apel. É que, “como mostra a realidade histórica, mais de 75% da população do globo está excluída das discussões”. Sendo assim, “se empiricamente não existe simetria nem justiça na comunidade real de comunicação, não se pode atingir a validade prática perseguida”.

Aduz, ainda, a professora, que o “universalismo de Dussel terá como principais características e diferença, face ao universalismo formal da ‘ética da discussão’, o fato de revalorizar e de tornar prioritário o aspecto material da ética” (Hurtado-López *apud* Dussel, 2010, nota nº 5). Aqui, são de fundamental importância os estudos críticos decoloniais, os quais visam superar o domínio secular de uma abordagem eurocêntrica, sempre distante da materialidade presente no contexto latino-americano. Nesse ponto, cabe destacar o pensamento de Santiago Castro-Gomez, que supera as análises centradas no pensamento euro-americano, e ao mesmo tempo atualiza os temas referentes à própria Ética da Libertação, acima mencionada. Para Castro-Gomez, que resgata os modelos utópicos do pensamento filosófico no contexto latino-americano,

Existen otro tipo de formas narrativas, que aunque siguen cumpliendo una función utópica, no enfatizan valores tales como la unidad, el consenso, la armonía, la homogeneidad, la ausencia de injusticia y la reconciliación. La utopía de un mundo policéntrico desde el punto de vista económico-político y pluralista desde el punto de vista cultural. La utopía de la coexistencia pacífica, aunque necesariamente conflictiva, entre diferentes formas de conocimiento y entre diferentes criterios morales de acción (Castro-Gómez, 1996, p. 45; itálicos no original).

E mais adiante, o autor arremata:

Por no estar ligados a pretensiones mesiánicas y sobrehumanas, estos modelos utópicos pudieran servir de base narrativa para políticas de carácter no totalitario. El "final de las utopías" anunciado por la posmodernidad no significa, entonces, el resecaimiento absoluto de la dimensión utópica, sino, todo lo contrario, la re-escritura y re-interpretación de viejas utopías según las nuevas necesidades del hombre contemporáneo (Castro-Gómez, 1996, pp. 45- 46).

Como se vê, em oposição a um modelo sistêmico e hegemônico, a ética da solidariedade se aproxima mais daquilo que Castro-Gómez indica como uma “coexistência pacífica, ainda que necessariamente conflitiva”. Supera-se aqui o conceito de totalidade que visa universalizar, por meio do direito, valores e culturas pretensamente uniformes em uma sociedade. A ideia da solidariedade como princípio normativo (“princípio da solidariedade”) parece ainda trazer o ranço desse último entendimento, pois se baseia no pressuposto de que é possível, ou necessário, impor desde já consensos, seja conciliando, seja harmonizando interesses em conflito. Dessa forma, é preciso compreender o paradoxo da democracia e seu modelo agônico (Mouffe, 2000), e o quanto o objetivo de construir uma sociedade solidária está em relação com este paradoxo.

Isso faz com que a norma constitucional que prevê o objetivo fundamental de construir uma sociedade solidária deva ser encarada por meio de uma mentalidade utópica, no conceito de Karl Mannheim apresentado anteriormente. Em contraste a um modelo utópico que enalteça o consenso, deve-se encarar a necessidade de se promover uma utopia do dissenso, na esperança de não apenas dialogar com as diferenças, mas, acima de tudo, reconhecer a legitimidade das várias expressões sociais no âmbito de suas próprias identidades.

4. A efetivação dos direitos das comunidades tradicionais como construção da solidariedade

Não se está afirmando aqui que a efetivação dos direitos das comunidades tradicionais seja o único caminho para a construção de uma sociedade solidária, na forma do artigo 3º, I, da Constituição brasileira. Outras devem ser a perspectiva dessa construção enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, especialmente no que toca aos demais grupos vulneráveis da sociedade. A hegemonização de valores por meio da ordem jurídica termina por criar um sentimento de indiferença em relação aos valores, culturas e identidades de outros grupos sociais não contemplados muitas vezes, e quase sempre, em razão de maiorias contingentes dos parlamentos, ou de uma aplicação formal do direito pelo Judiciário.

No plano social urbano, os muros das mansões, das fronteiras, dos quartéis, das prisões etc., representam o reflexo material dessa indiferença, oficializando a segregação, e criando na sociedade a percepção da fragmentariedade. Esta percepção é que, num terceiro momento, forma os padrões psicológicos de distinções recíprocas entre as classes, entre as culturas e até entre as pessoas. Em contraposição a esse estado de coisas é que se aposta na função política do direito, o qual se aplica em seus vários projetos políticos de transformação social, dentre eles o de construir uma sociedade solidária.

A ideia do direito como contendo uma função de transformação social conflita com o seu histórico como instrumento de dominação e de conservação dos valores da classe dominante. Mas isso parece ser uma abordagem superável, haja vista que sendo uma criação social, acredita-se que o direito possa também

ser convertido em outra realidade. Uma aposta política do direto com esse viés vem sendo sustentada por autores latino-americanos, como a professora colombiana Julieta Lemaitre Ripoll:

Las implicaciones de esta descripción del derecho – como hecho social y como proyecto político – para la comunidad jurídica progresista son principalmente dos. La primera es la necesidad de construir una teoría del derecho que dé cuenta de la existencia de zonas en las que la observancia del derecho no es la normalidad de las comunidades, y en consecuencia carece incluso de legitimidad, donde es muy posible que la violencia se viva como un hecho normal y cotidiano. Además de la necesidad de articular una teoría del derecho que incluya este fenómeno, la segunda implicación es la de articular una teoría de la justicia que también dé cuenta tanto de esta realidad como de los compromisos políticos que compartimos frente a ella (Ripoll, 2011, p. 65).

A aplicação do direito em áreas comprometidas com a violência ou mesmo cujas normas jurídicas (estatais) não tenham ali legitimidade pode ser compreendida também como relacionada às comunidades tradicionais, como as indígenas e quilombolas, que vivem sob constante ameaça contra suas terras, que foram reconhecidas como “direitos originários” pela Constituição brasileira de 1988 (art. 231). Exatamente esse conceito de direitos originários implica o contraponto da histórica invasão promovida pelos colonizadores europeus, no caso dos indígenas, conceito que se estende às comunidades quilombolas em razão de sua fixação em suas respectivas terras em momentos históricos que precedem à formação do Estado brasileiro.

Na paisagem colombiana, a professora da Universidad de los Andes faz referência a esse triste cenário: “*La relación entre la nación imaginada en estas tierras y los indígenas es complicada desde el primer día, y parte de un dato básico: la colonización violenta de tierra ajena*” (Ripoll, 2009, p. 277). O mesmo pode ser observado no Brasil, país latino-americano com uma história de usurpação cultural semelhante, situação em parte mantida em razão da indiferença de parte considerável da sociedade.

No Brasil, a falácia do descobrimento, ainda hoje apresentada no ensino básico, faz com que o brasileiro não se identifique com os índios ou negros enquanto culturas diferenciadas, mas com o branco europeu, representada na figura do colonizador português. A realidade indígena ou afro-brasileira, embora presente da História do Brasil, é vista como epifenômeno, como um apêndice étnico na construção da identidade nacional, pois o brasileiro mediano e de classe alta puxa a linha do tempo, que leva até sua realidade atual, sempre a partir do europeu invasor, e não dos índios que aqui já estavam quando “eles” chegaram, e não também dos negros que foram trazidos de fora para ajudar na exploração que “eles” promoveram.

É forçoso reconhecer que essa distinção, essa separação cultural, essa não identificação com as questões indígenas e afro, associada à mentalidade individualista do modelo ideológico econômico do capitalismo em um país com uma democracia frágil como o Brasil, leva a impedimentos graves para a construção ou transformação social com vista à solidariedade.

O que se sustenta aqui é que para construir a sociedade solidária, enquanto objetivo fundamental previsto no artigo 3º, I, da Constituição brasileira, cabe aos poderes políticos, com destaque para o judiciário, uma hermenêutica plural que promova o reconhecimento dos sujeitos históricos marginalizados. E mais: na lógica da transversalidade, que se possa aprender com eles, inclusive. É válido observar que existe diferença entre o não previsto pela ordem jurídica e o contrário à ordem jurídica. Os chamados “espaços vazios” do Direito podem ser preenchidos por um processo tanto de descoberta de novas realidades com relevância jurídica ou mesmo o reconhecimento de antigas realidades agora como relevantes juridicamente. A pergunta que se faz é até que ponto essas descobertas podem implicar ou se de fato implicam uma contrariedade ao direito.

Tomemos como exemplo as decisões do Supremo Tribunal Federal (ADI 4277 e ADPF 132) em reconhecer a união homoafetiva como união estável, enquanto entidade familiar. A norma constitucional do artigo 226, § 3º, prevê a relação entre homem e mulher, mas até que ponto essa decisão do STF contraria a ordem jurídica? O que é preciso definir é se uma postura criativa do judiciário representa um complemento ou uma contrariedade à norma prevista, ou até que ponto esse complemento contraria a norma. A solução

parece estar na ideia de que, pelo papel político do judiciário, este não aplica a norma isolada, mas, sim, a ordem jurídica como um todo. E mais, a preocupação do juiz constitucional não deve se limitar à higidez do sistema, mas também e principalmente procurar observar os problemas concretos, sejam individuais ou sociais. Sob o enfoque do pluralismo, as dimensões éticas e os valores não contemplados pela ordem jurídica passam a ser reavaliados do ponto de vista mais amplo da justiça constitucional, superando sua avaliação meramente normativa-constitucional de caráter formal, típico do processo hegemônico do direito.

Como já aventado, a ordem normativa passa a ser um parâmetro de legitimidade, mas nunca um condicionante cultural, ideológico ou axiológico, permitindo a abertura para outras culturas, ideologias e valores. Nesse passo, a solidariedade substitui o sentido de totalidade, abstratamente imposta pelo direito, formando o conceito de um todo constituído não de partes formalmente iguais, mas reconhecendo a legitimidade das diferenças inerentes à uma sociedade complexa.

Como se vê, a hermenêutica plural pode ser vista sob dois aspectos quanto à temática afro e indígena no Brasil. De um lado, a questão de proteção dos direitos constitucionalmente previstos, ou mesmo com disposição legal infraconstitucional, com destaque para os direitos originários às terras, o que implica uma leitura do direito, como o de propriedade, sob o enfoque da multiculturalidade. Por outro lado, a questão da desformalização do direito, visando a transformação social pela sua função política, o que implica, por sua vez, a inovação legal e mesmo judicial das concepções jurídicas que envolvam a diversidade étnica.

5. Conclusão

O que se pretendeu demonstrar é o quanto o objetivo fundamental, na qualidade de norma constitucional do artigo 3º da Constituição brasileira, está relacionado com o ideal de transformação da sociedade pelo direito. Junto a esse entendimento, procurou-se apresentar uma crítica ao sentido de “princípio da solidariedade” de uso corrente na doutrina e na jurisprudência, propondo uma avaliação mais adequada quanto ao alcance normativo daquele dispositivo.

Assim, foi dito que o ideal de um comportamento solidário é inadequado a um imperativo jurídico no âmbito das relações intersubjetivas, mas, de forma diversa, enquanto objetivo fundamental, e como meta de transformação da sociedade, aquele deve ser visto no sentido da construção de uma *ética da solidariedade*. O aspecto jurídico (coercitivo) da norma constitucional do artigo 3º da Constituição brasileira, está voltado de forma clara não para a sociedade, mas para os poderes estatais (o Judiciário dentre eles), os quais estão vinculados, no tema em discussão, ao escopo de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, enquanto objetivo fundamental. Nesse passo, o papel do Judiciário, com base nos conceitos gerais de uma *Ética da Libertação*, é o de promover essa transformação (construção) da sociedade para uma ética da solidariedade, por meio não só de uma hermenêutica dialógica, mas principalmente a partir de métodos inclusivos, no âmbito da pluralidade sócio-política-cultural.

Mais especificamente num contexto latino-americano, a *Ética da Libertação* de Enrique Dussel, que se baseia em uma filosofia da *práxis* e em uma ética material, é que possibilita um melhor entendimento do objetivo fundamental de construir uma sociedade solidária enquanto ideal de transformação da sociedade pelo direito. É por esse viés hermenêutico pluralista, no contexto latino-americano, de caráter marcadamente transformador, que se pode apontar os rumos de uma análise teórica a ser desenvolvida de forma mais consistente em outro momento. Tal análise, no sentido aqui demonstrado, aponta para um possível reconhecimento de valores jurídicos enquanto ideais constitucionais como *ponto de chegada* de uma mentalidade utópica em constante transformação. Tudo isso, para além de uma esgotada sistemática principiológica de base retórica, que não só engessa e trava a evolução social, como muitas vezes se apresenta com uma velada função ideológica.

No Brasil, para a construção de uma sociedade solidária, as questões jurídicas devem ter a percepção do pluralismo, reconhecendo e valorizando as comunidades tradicionais, a saber, a cultura indígena e seus direitos originários à terra, bem como os temas relativos à cultura afro-brasileira e as comunidades quilombolas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barroso, L. R. (2015). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240, 1-42. Recuperado de [<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>]. Consultado [14-12-2016]. DOI: doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>
- Bonavides, P. (2013). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros.
- Castro-Gómez, S. (1996). *Crítica de la razón latinoamericana*. Barcelona: Puvill Libros.
- Comisión Andina de Juristas (2000). *Reforma judicial en la Región Andina: ¿Qué se ha hecho, dónde estamos, adónde vamos?*. Lima: CAJ.
- Da Silva, J. A. (2007). *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros.
- Dussel, E. (2010). De la philosophie de la libération: Entretien avec Enrique Dussel. *Cahiers des Amériques latines*, 62. Recuperado de [<http://cal.revues.org/1525>]. Consultado [22-06-2016].
- Dworkin, R. (1978). *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Honneth, A. (2009). *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34.
- Hurtado-López, F. (2007). Éthique de la discusión et éthique de la libération: un dialogue philosophique Nord-Sud. *Philonsorbonne*, 1. Recuperado de [<http://philonsorbonne.revues.org/116>].
- Mannheim, K. (1986). *Ideologia e utopia* (4ª ed., Trad. S. Magalhães Santeiro). Rio de Janeiro: Guanabara.
- Mouffe, C. (2000). *The democratic paradox*. Londres/ Nova York: Verso.
- Neves, M. (2013). *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. Martins Fontes: São Paulo. Recuperado de [<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5460648.pdf>]. Consultado [16-08-2016].
- Ripoll, J. L. (2009). *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Ripoll, J. L. (2011). ¿Constitución o barbarie? Cómo repensar el derecho en las zonas “sin ley”. In C. R. Gravito (Coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Silva, V. A. da (2005). Interpretación constitucional e sincretismo metodológico. In V. A. Silva da (Org.). *Interpretação constitucional* (115-143). São Paulo: Malheiros.
- Streck, L. L. (2014). *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Teixeira, J. P. A., & Alves A. V. C. (2015). Democracia, complexidade e pluralismo: A construção da legitimidade no controle Jurisdicional de constitucionalidade das leis. *Derecho y cambio social*, 12(39), 1-24.