

**As interações entre direito e filosofia no caso
Damião Ximenez Lopes x Brasil na Corte
Interamericana de Direitos Humanos-CIDH/OEA**

***The Interactions Between Right And Philosophy
in Case Damião Ximenez Lopes X Brazil in Inter-
American Court Of Human Rights - Iachr / Oas***

Rafael Lamera Cabral*

SUMÁRIO. I. Introdução. II. Caso Damião Ximenes Lopes x Brasil. III. O modelo liberal, a dignidade humana e suas interações filosóficas. IV. Considerações finais. V. Referências Bibliográficas.

* Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília-UnB, Brasil. Mestre em Ciência Política (UFSCar) e bacharel em Direito (UEMS). Docente do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido-UFERSA, Rio Grande do Norte, RN, Brasil. Advogado. E-mail: rafaelcabral@ufersa.edu.br.

Artículo recibido el 27 de mayo de 2013
Aprobado para publicación el 11 de septiembre de 2013

RESUMO: A filosofia política e moral passa a ser debatida com maior profundidade nas análises do Direito Constitucional após Segunda Guerra Mundial e, por isso, é necessário revisitar as formas jurídicas até então consagradas pelos cânones do Direito. Se este elemento da filosofia constitucional contemporânea é evidente no constitucionalismo brasileiro, as decisões jurídicas que aqui são produzidas, bem como aquelas ligadas aos direitos humanos no âmbito internacional, nem sempre são elucubrações diretas do mesmo paradigma. Para que seja possível a identificação desta observação, o objetivo deste trabalho é analisar a decisão judicial no Caso Damião Ximenes Lopes contra o Brasil, proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA.

Palavras-chave: Filosofia política; Filosofia Moral; Constitucionalismo; Direitos Humanos.

ABSTRACT: The political and moral philosophy happens to be discussed in more depth in the analysis of the constitutional law after World War II and, therefore, it is necessary to revisit the legal forms hitherto consecrated by the canons of law. If this element of the constitutional philosophy is evident in contemporary Brazilian constitutionalism, legal decisions that are produced here, as well as those relating to human rights at the international level, are not always the same paradigm musings direct. To be able to identify this observation, the objective of this work is to analyze the judgment in Case Ximenes Lopes against Brazil, issued by the Inter-American Court of Human Rights of the OAS.

Descriptors: Political Philosophy, Moral Philosophy; Constitutionalism, Human Rights.

RÉSUMÉ: La philosophie politique et morale se trouve être discuté plus en profondeur dans l'analyse de la loi constitutionnelle après la Seconde Guerre mondiale et, par conséquent, il est nécessaire de revoir les formes juridiques jusque-là consacrées par les canons du droit. Si cet élément de la philosophie constitutionnelle est évident dans le constitutionnalisme contemporain brésilien, les décisions juridiques qui sont produites ici, ainsi que celles relatives aux droits de l'homme au niveau international, ne sont pas toujours les mêmes paradigmes rêveries directs. Pour être en mesure d'identifier ce constat, l'objectif de ce travail est d'analyser le jugement dans l'affaire Ximenes Lopes contre le Brésil, émises par la Cour des droits de l'homme de l'OEA interaméricaine.

Mots-clés: philosophie politique, philosophie morale, le constitutionnalisme, droits de l'homme.

I. INTRODUÇÃO

Desde o término da segunda guerra mundial o direito constitucional tem se destacado mundo a fora e, devido seu aparente sucesso, talvez seja o ramo do direito que mais sofreu transformações econômicas e políticas nas últimas décadas. De fato, há inúmeras razões que podem ratificar essa assertiva: primeiro, porque o direito constitucional surge como uma resposta de institucionalização da política promovida pelo modelo liberal-burguês, que usou o ideário da Constituição como centro emanador do sistema jurídico e segundo, por se projetar nas Constituições a ideia de pacto fundante, capaz de ofertar segurança e legitimidade para a ação política de seus membros, monopolizando o uso da violência, institucionalizando procedimentos legislativos, decisórios e judiciais pelo Estado.

Com o advento das democracias contemporâneas, o direito constitucional passou por um novo ponto de inflexão, mas, que necessariamente, remonta a problemas filosóficos não resolvidos desde a antiguidade. Da mesma maneira que filósofos como Platão e Aristóteles se debruçaram para responder aos dilemas de sua época, tal “como permitir o convívio pacífico das facções de maneira em que elas não se autodestruam”, a atual engenharia institucional do direito constitucional, por meio de Constituições, também procura encontrar respostas ao questionamento “qual estrutura normativa é mais compatível com as sociedades contemporâneas?”. Dentre as possíveis, pode-se apontar que os modelos a) liberal, b) crítico-deliberativo e c) comunitarista são os principais encontrados nas Constituições pelo mundo afora. No entanto, por não ser possível dissociar a concepção liberal da comunitarista nas democracias contemporâneas, pode-se observar que, no Brasil, a Constituição de 1988 também segue a mesma padronização de modelos e é no modelo comunitarista que se vislumbra um sentido teleológico, como um projeto social integrado para um conjunto de valores éticos compartilhados, que marcou a transição política brasileira na década de 1980.

Baseado em um valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal brasileira, o princípio da dignidade humana surge como

um fundamento ético para a ordem jurídica nacional, que se respalda na linguagem dos direitos humanos e da solidariedade social, que limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual.

Essa ordem de fatores que foram reintroduzidos pela filosofia política e moral para o campo de análise do Direito, pós-Segunda Guerra Mundial, impõe a necessidade de se revisitar as formas jurídicas até então consagradas pelos cânones do Direito.

Se este elemento da filosofia constitucional contemporânea é evidente no constitucionalismo brasileiro, ou seja, sua adequação às performances do constitucionalismo comunitarista, as decisões jurídicas que aqui são produzidas, bem como aquelas ligadas aos direitos humanos no âmbito internacional, nem sempre são elucubrações diretas do mesmo paradigma.

Para que seja possível a identificação desta observação, o objetivo deste trabalho é analisar uma decisão judicial proferida por um tribunal de direitos humanos e, na medida do possível, destacar possíveis contrastes existentes entre a perspectiva liberal no direito constitucional que remete à filosofia moral kantiana, por ser a mais frequente em decisões deste tipo.

A seguir, far-se-á a apresentação da decisão judicial no caso Damião Ximenes Lopes x Brasil, ocorrido no Estado do Ceará, em 1999, que por violações aos direitos humanos preconizados pela Convenção Americana, foi objeto de exercício da jurisdição internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA, com condenação em 04 de julho de 2006.

II. CASO DAMIÃO XIMENES LOPES X BRASIL

Damião Ximenes Lopes foi um brasileiro, natural de Varjota-CE, que internado em 01 de outubro de 1999, na Clínica de Repouso Guararapes (especializada em tratamentos psiquiátricos, vinculada ao Sistema Público Único de Saúde – SUS, do Governo brasileiro), em Sobral-CE, foi submetido a maus tratos, vindo a óbito em 04 de outubro de 1999, mediante tortura e outras práticas não apuradas.

O caso Damião poderia ser considerado mais um número a embasar estatísticas de mortes em clínicas psiquiátricas do país. Poderia ainda ser considerado comum, se não tivesse tomado proporções internacionais, como se pretende demonstrar.

Em apartada síntese, as informações apresentadas sobre o caso são subsidiadas pela Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de Julho de 2006. Segundo consta, Damião desenvolveu sua deficiência mental, de origem orgânica, na adolescência e fora internado na Clínica de Repouso Guararapes por duas vezes desde 1995 até o ano de sua morte.

Diante de uma agitação incomum, sua mãe, Albertina Viana Lopes, decidiu interná-lo, via SUS, na mesma Clínica. No dia 04 de outubro de 1999, segunda-feira, após ir a Casa de Repouso, por volta das 9 horas, a mãe de Damião o encontrou sangrando, com hematomas, com a roupa rasgada, sujo e cheirando a excremento, com as mãos amarradas para trás, com dificuldade para respirar, agonizante e gritando, pedindo socorro à polícia. Desesperada ao ver seu filho naquela situação clamou por ajuda entre os funcionários para que banhassem o paciente e após procurar o médico de plantão, este receitou remédios (sem manter contato com o paciente) e se retirou da Casa de Repouso. Damião falecera no mesmo dia.

Após não se conformar com a morte, a família denunciou o caso à polícia civil. Pediram necropsia do corpo, e este foi enviado até ao Instituto Médico Legal de Fortaleza-CE, mesmo local onde o médico de Sobral-CE também laborava. O laudo foi inconclusivo.

Em relatos encontrados sobre o caso, Borges (2008) apontava que na comunidade local era muito comum o desencorajamento à família de Damião em busca de Justiça, pois alegava que o proprietário da Casa de Repouso era primo do prefeito da Cidade de Sobral, Cid Gomes, e que este, era irmão do Governador do Estado, Ciro Gomes, ou seja, que as influências políticas não deixariam que o caso prosseguisse.

Ainda em outubro de 1999, a família apresentou uma denúncia junto à Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, em busca de auxílio para que as investigações policiais tivessem andamento sobre a morte de Damião. No mesmo período, as ações da família Lopes em busca de Justiça avançaram até a Organização dos Estados Americanos – OEA, em Washington-DC, EUA.

Em 22 de novembro de 1999, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA recebeu denúncia (protocolada sob o n. 12.237) da brasileira Irene Ximenes Lopes Miranda contra a República Federativa do Brasil, sob a alegação de que o país violou seus deveres de promoção e proteção aos direitos humanos, dentre outros direitos estabelecidos na Convenção Interamericana, pelo assassinato de seu irmão, Damião Ximenes Lopes.

Com a abertura do procedimento para admissibilidade da denúncia, o país foi intimado para que se manifestasse em 90 (noventa) dias. Transcorrido “in albis” o prazo para resposta, somente em outubro de 2002 a CIDH deu andamento ao procedimento, promovendo, um ano após, o Relatório de Mérito n. 43/2003, onde o Brasil foi considerado responsável pela violação dos direitos consagrados na Convenção Americana, bem como no que se referia à hospitalização de Damião Ximenes Lopes em condições desumanas e degradantes, às violações a sua integridade pessoal e ao seu assassinato, como também às violações da obrigação de investigar, do direito a um recurso efetivo e das garantias judiciais relacionadas com a investigação dos fatos. Neste mesmo sentido, a Comissão recomendou ao país que, em prazo de dois meses, sanassem as violações observadas, inclusive, para ampliar um programa de políticas públicas para atendimento de pacientes psiquiátricos no país.

Diante da inércia do Estado brasileiro, a Comissão apresentou a demanda neste caso para que Corte Interamericana de Direitos Humanos, em São José, Costa Rica, decidisse se o Estado era responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, com relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento de Damião Ximenes Lopes, com deficiência mental, pelas condições desumanas e degradantes da sua hospitalização; pelos alegados golpes e ataques contra a integridade pessoal de que se alega ter sido vítima por parte dos funcionários da Casa de Repouso Guararapes; por sua morte enquanto se encontrava ali submetido a tratamento psiquiátrico; bem como pela suposta falta de investigação e garantias judiciais que caracterizam seu caso e o mantém na impunidade.

Após um longo processo judicial, a Corte Interamericana responsabilizou internacionalmente o Brasil pelas violações aos direitos humanos

previstos na Convenção Americana, para os fins de condenar o Estado ao pagamento de indenizações por danos materiais e morais (no total, condenação de US\$ 125.000,00), obrigação de que o Estado se compromettesse a aplicar a justiça interna e apurar, condenando os responsáveis pela morte de Damião, eis que o caso não havia sido julgado pela justiça brasileira, e na necessidade de ampliar, via SUS, a política pública CAPS, com a integração dos Centros de Atenção Psicossocial, com programas de capacitação de profissionais habilitados a esta modalidade de atendimento.

O reconhecimento internacional de que o Estado brasileiro deveria ser condenado pelas práticas violadoras de direitos humanos, no presente julgamento, guarda uma correção direta à violação da dignidade da pessoa humana (aliás, o princípio da dignidade humana constituiu como um dos fundamentos na ação condenatória do país).

O Estado, como bem observou o Juiz Sérgio García Ramírez, que também participou do julgamento, atua como garante dos direitos e liberdades dos que se acham sob sua jurisdição, devido normas da Constituição Política que se compromete a amparar os direitos humanos e, “ser garante não implica relevância o sujeito em suas decisões e atuações, mas proporcionar os meios para que possa decidir e atuar do melhor modo possível, desenvolver suas potencialidades e cumprir seu destino” (2006, p. 86). No entanto, é curioso observar como o juiz fundamenta a responsabilidade do Estado em relação à autonomia pessoal dos indivíduos, caracterizando que:

Naturalmente o desenvolvimento do ser humano não se sujeita às iniciativas e cuidados do poder público. Numa perspectiva geral, aquele possui, mantém e desenvolve, em termos mais ou menos amplos, a capacidade de conduzir sua vida, resolver sobre a melhor forma de fazê-lo, valer-se de meios e instrumentos para esta finalidade, escolhidos e utilizados com autonomia – que é virtude da maturidade e condição de liberdade – e inclusive recusar ou rechaçar de forma legítima a ingerência indevida e as agressões a ele dirigidas. Isso exalta a idéia de autonomia e descarta tentações opressoras, que possam ocultar-se sob um suposto desejo de beneficiar o sujeito, estabelecer sua conveniência e antecipar ou iluminar suas decisões (Corte Interamericana, 2006, p. 87).

Observa-se que no presente caso, a fundamentação apresenta um hiato teórico significativo, pois ao mesmo tempo em que se centra na violação da autonomia individual (neste aspecto, pode-se fazer referência à filosofia moral kantiana) diz que o Estado deve garantir um conjunto de prestações positivas que devem contribuir para o desenvolvimento do indivíduo (em contraposição a Kant, tem-se Hegel, para quem o Estado “não será uma instância que universalmente instaure um só conteúdo jurídico inexorável – um direito natural eterno, universal e individual aos moldes modernos e kantianos –, mas será o elemento processual de organização da própria vida do povo... mas Hegel insiste numa legitimidade do Estado que está acima dos preceitos morais ou racionais individuais” (Mascaro, 2010: 262).

Em que pese as razões filosóficas, políticas, sociais, econômicas e de direito propriamente dito, que racionalizam a sentença do caso *Damião Ximenes Lopes x Brasil*, a grande questão da decisão era justificar e reconhecer que o Estado brasileiro deveria ser responsabilizado internacionalmente por não ter preservado com dignidade a vida da vítima, violado as garantias judiciais ante um julgamento moroso e sem efetividade, bem como por violar a proteção judicial da Convenção Americana e por não respeitar os direitos consagrados na mesmo instrumento, ou seja, responsabilizar o Estado por ele ter deixado de cumprir prestações positivas.

III. O MODELO LIBERAL, A DIGNIDADE HUMANA E SUAS INTERAÇÕES FILOSÓFICAS

Como se pode observar, os elementos/indícios que contribuíram para a racionalização das argumentações condenatórias no presente caso estão vinculados a teorias e conceitos abstratos que nem sempre são adequados ou suficientes para a superação de casos práticos.

Compreender o papel do Direito nesse estágio evolutivo, deveras, não é uma das tarefas mais fáceis, principalmente, se se levar em consideração os avanços teóricos e metodológicos que esta “ciência”¹ vem

¹ Castro (2012: 17) observa que o direito acadêmico se autoconcebe como uma “ciência”,

passando desde o surgimento do Direito Constitucional e seus desdobramentos com as justificações éticas produzidas pelo discurso dos direitos humanos e seus sistemas internacionais de proteção.

Em publicação recente, Marcus Faro de Castro, na obra “Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia”, tem destacado o risco que o direito se encontra em se tornar um instrumento de opressão, pois “declarar uma forma intelectual abstrata como fundamento de uma decisão prática, diante de uma ordem social perceptivelmente injusta, quando essa forma se mostra claramente inapta a apresentar um meio de mudança, é o ato que faz do jurista um opressor” (Castro, 2012: 16).

Considerando as novas premissas apresentadas pelo Direito Constitucional contemporâneo, em que se busca adequar à gramática dos direitos humanos, analisar-se-á uma chave filosófica racionalista construída no século XVIII que se constituiu como um dos principais parâmetros para a condenação do Brasil no caso em destaque, o princípio da dignidade humana.

Do caso em análise, algumas observações de ordem geral podem ser elencadas: (i) a denúncia do país junto a Comissão Interamericana (que, posteriormente, chegou a Corte – Tribunal da OEA) foi em decorrência das violações aos direitos fundamentais transgredidos pelo Estado nacional em não investigar o assassinato e não punir, na jurisdição interna, os responsáveis com a celeridade e Justiça que se espera em casos desse jaez (o que somente aconteceu em 2010) e (ii) o modelo de jurisdição exercida no Brasil, comprometida historicamente com um liberalismo do *modus vivendi*, como destaca Cittadino (2009), demonstrou no caso em tela que nem sempre se compromete com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada de todos os cidadãos; limitações ao acesso à justiça daqueles que são produtos do processo de naturalização de desigualdades sociais, como negros, indígenas, deficientes mentais e pobres de todo gênero, podem ser consideradas como apenas um dos pontos questionáveis em relação

o que sinaliza a sua vinculação fundamental a conceitos amplamente genéricos e abstratos como elementos definidores de sua validade enquanto disciplina e enquanto fonte de critérios para o exercício da autoridade dos juízes.

ao comprometimento do poder público com a doutrina dos direitos humanos.

No caso brasileiro, seria crível afirmar que o problema não se encontra isolado apenas na forma jurisdicional do Estado (perspectiva liberal-liberdades negativas), mas também no desenho institucional de suas políticas públicas, posto que na condição de Estado que deve reconhecer, respeitar e garantir os direitos e liberdades a todos os que se submetem ao seu domínio, cabe a ele próprio definir o alcance e as características dos cuidados e proteção que lhe são cabíveis (perspectiva comunitarista-liberdades positivas)².

A falta de fiscalização de entidades conveniadas ao sistema único de saúde, como no caso da Casa de Repouso Guararapes, pode ser considerada como um complexo exemplo de responsabilização indireta ao Estado, por omissão grave, geradora de violações aos direitos dos usuários.

Diante da ausência do Estado nacional em sanar as violações aos direitos fundamentais que lhe são imputadas, a decisão condenatória na Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA pode ser considerada razoável. No entanto, em que pese o comprometimento da Corte com os ditames da democracia, há neste julgamento uma dupla tendência ao modelo do constitucionalismo liberal, em relação ao indivíduo e sua família, vítimas das violações, ao modelo do constitucionalismo comunitário— já que neste, confere-se prioridade ao dever de ação e não ao dever de abstenção por parte do Estado (Cittadino, 2009). Contudo, como bem observa a autora, considerando ainda que em contextos de democracias contemporâneas (caso dos países vinculados a OEA) não é possível dissociar a concepção liberal da comunitarista, passa-se a analisar agora a tensão liberal proposta na fórmula abstrata da dignidade humana, uma vez que esta foi um dos principais argumentos que justifi-

² Segundo Cittadino (2009), e a título de esclarecimento, as principais estruturas normativas existentes podem ser referenciadas aos modelos: a) liberal, com a Constituição garantia, que por meio de liberdades negativas, mantém a autonomia moral dos indivíduos; b) crítico-deliberacionistas, onde a Constituição, por configurar um sistema de direitos fundamentais, tem a função de contextualizar princípios universalistas e, desta forma, se transformar na única base comum a todos os cidadãos (Habermas, patriotismo constitucional) e c) comunitários, em que a Constituição é estabelecida no sentido teleológico, como um projeto social integrado para um conjunto de valores compartilhados, com a defesa das liberdades positivas.

caram a condenação do Brasil por violação aos direitos humanos no caso Damião Ximenes Lopes.

Filosoficamente, é em Immanuel Kant que o conceito de dignidade da pessoa humana tem sido fundamentado. As obras de Kant são contemporâneas às principais revoluções liberais do mundo moderno (Revoluções americana e francesa) e foi na “Fundamentação metafísica dos costumes” que o autor formula o imperativo categórico, marcado pela máxima universal, que “deve ser pensado para si e para todos como se fosse uma lei universal da razão, de tal sorte que o indivíduo que pensa o imperativo e aquele que lhe sofre as consequências nunca são imaginados como meios, mas sim como fins” (Mascaro, 2010: 219).

A ética, como domínio da lei moral, impõe comandos que regeriam a vontade humana em conformidade com a razão. Para Kant (1964), há dois tipos de imperativos: os *hipotéticos*, que representam a necessidade de uma ação possível, como meio para alcançar alguma outra coisa que se pretende (ou que, pelo menos, é possível, como meio para alcançar alguma outra coisa que se pretende). Quando a ação não é boa senão como meio de obter alguma outra coisa, o imperativo é hipotético. Já o *imperativo categórico* seria aquele que representa uma ação como necessária por si mesma, sem relação com outro escopo, como objetivamente necessária.

Neste sentido, Kant (1964) assevera que um imperativo categórico não diz respeito à matéria da ação do indivíduo, muito menos às consequências que dela possam redundar, mas sim à forma e ao princípio de onde ela resulta. O adágio kantiano “*age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer, simultaneamente, como um princípio para uma legislação geral*” representa o imperativo categórico, “uma máxima moral da universalidade da conduta ética, válida em todo tempo e lugar; a afirmação da dignidade dos seres humanos como pessoas; e a atribuição à vontade humana de uma vontade legisladora geral” (Moraes, 2003: 113).

Nota-se que no imperativo categórico o *dever* não se apresenta através de conteúdos fixos, nem tampouco é uma lista ou catálogo de virtudes; antes, configura-se através de uma “forma” que deve valer universal e incondicionalmente, isto é, categoricamente, para toda e qualquer ação moral (Barroso, 2012; Moraes, 2003).

No entanto, o próprio Kant se questiona se seria possível uma lei necessária para todos os seres racionais, a julgarem sempre suas ações

segundo máximas que possam, eles mesmos, querer erigi-las em leis universais. Se tal lei existisse, compreende Kant (1964) que ela deveria, antes de tudo, estar ligada – inteiramente *a priori* – ao conceito da vontade de um ser racional em geral. Esse ser racional em geral é o homem, que existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento, mas em todos os seus tantos, tanto nos que se referem a ele próprio como nos que se referem a outros seres racionais (Kant, 1964).

Assim, o homem jamais poderia ser usado ou compreendido como meio para atingir outras finalidades. Os homens não possuem valor relativo como se observa nos demais seres cuja existência não depende precisamente da vontade humana, mas da natureza (e por isso são chamadas de coisa). Isso implica afirmar que ao próprio homem, há a necessidade de se impor um limite, em certo sentido, a todo seu livre arbítrio (e que é objeto de respeito). Logo, a legislação deve sempre promover a realização do valor intrínseco da dignidade humana. Na visão kantiana, a dignidade tem por fundamento a autonomia e a moralidade.

A moralidade consiste, pois, na relação de todas as ações com a legislação, a qual e só ela possibilita um reino dos fins. Esta legislação deve, porém encontrar-se em todo ser racional, e deve poder emanar de sua vontade, cujo princípio será o seguinte: agir somente segundo uma máxima tal que possa ser erigida em lei universal; tal, por conseguinte, que a vontade possa, mercê de sua máxima, considerar-se como promulgadora, ao mesmo tempo, de uma legislação universal. Mas, se as máximas não são já por sua natureza necessariamente conforme a este princípio objetivo dos seres racionais, considerados como autores de uma legislação universal, a necessidade de agir segundo aquele princípio chama-se coação prática, isto é, dever. No reino dos fins, o dever não compete ao chefe, mas sim a cada membro, e a todos em igual medida. A razão refere assim toda máxima da vontade, concebida como legisladora universal, a toda outra vontade, e também a toda ação que o homem ponha para consigo: procede assim, não tendo em vista qualquer outro motivo prático ou vantagem futura, mas levada pela ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a nenhuma outra lei que não seja, ao mesmo tempo, instituída por ele próprio. No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo preço e,

por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade. Tudo o que se refere às inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço de mercadoria; o que, embora não pressuponha uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, à satisfação que nos advém de um simples jogo, mesmo destituído de finalidade, de nossas faculdades intelectuais, tem um preço de sentimento; mas o que constitui a só condição capaz de fazer que alguma coisa seja um fim em si mesmo, isso não tem apenas simples valor relativo, isto é, um preço, mas sim um valor intrínseco, uma dignidade (Kant, 1964: 434).

Assim, dispõe Kant que nenhuma coisa possui valor a não ser o que lhe é assinado pela lei. Mas a própria legislação que determina todos os valores deve ter, justamente por isso, uma dignidade, isto é, um valor incondicionado, incomparável, para o qual só o termo *respeito* fornece a expressão conveniente da estima que todo ser racional lhe deve tributar. A autonomia é, pois, o princípio da dignidade da natureza humana, bem como de toda natureza racional (Kant, 1964).

A concepção liberal kantiana, especialmente quando desvelada pelas categorias da autonomia da vontade, da moralidade e da dignidade, são frágeis e, por isso, suscetíveis de críticas, pois não consegue escapar de premissas ideais e de presunções que não se coadunam com a realidade. No entanto, como bem destaca Mascaro (2010: 221), “a transposição da filosofia prática de Kant para o problema moderno do direito natural é imediata: somente poderão ser de direito natural (somente poderão ser direitos justos e racionais) os imperativos *universalizados*”. Ou seja, as críticas kantianas buscavam legitimar uma verdadeira metafísica, que levasse em conta a razão humana, afastada da teologia (pré-moderno). Kant passou a exigir certos requisitos para que a construção do conhecimento pudesse ser respeitada, como a autonomia da vontade e a diferença entre o sublume e o belo.

Neste sentido, é relevante destacar que, no período das revoluções liberais, os burgueses fundamentavam seus direitos, em relação às monarquias absolutistas, no substrato do jusracionalismo ou jusnaturalismo³ (que como destacou Castro (2012), era uma prolongação da filosofia natural para as áreas da filosofia moral e política).

³ As revoluções liberais dão nascimento empírico a instituições modernas e o discurso que justifica essas transformações é o jusnaturalismo (caracterizado pelo discurso metafísico,

Nos séculos XVII e XVIII, os mais importantes filósofos

... constroem seus argumentos aplicáveis à realidade prática imediata em termos de “direitos” naturais (e “direito” natural), e também em torno da ideia de contrato... É característico da teoria jusnaturalista que não se fale mais em “virtude” de alguns, mas sim em um “direito” natural como um conceito filosófico que designa uma qualidade de bondade moral presente na alma de todos igualmente. É também típico das formulações jusnaturalistas que não se fale mais em “formas” de governo, a serem comparadas e avaliadas em sua capacidade de contribuir para a materialização do bem (Castro, 2012: 113).

A materialização do bem será conectada, pelos jusnaturalistas, nos conceitos metafísicos do Estado de Natureza, do Contrato Social e Sociedade Civil, em que, da junção dos três, o indivíduo consentiria, via contrato social, a formação do Estado e da sociedade civil que o purificaria da tendência de praticar o mal e, ao mesmo tempo, legitimaria o Governo Civil a faculdade de agir mediante o emprego da violência (Castro, 2012).

Por outro lado, essas formulações, principalmente as baseadas em conceitos, entram em crise. Se as revoluções liberais (burguesas) criam as instituições modernas – que são coercitivas, como mantê-las com a ideia de um imperativo categórico que por essência é livre? Como tornar o direito como um modo de realização da liberdade e não de coerção?

Neste ponto inicial, importante é a crítica hegeliana a Kant. A filosofia do Direito de Hegel (idealista alemão) é muito peculiar e seu pensamento foi contemporâneo a um período em que

a própria burguesia, que defendia um direito universalista, consolidava-se no poder de cada Estado nacional e se adaptava às contingências específicas valendo-se do direito positivo que agora lhe pertencia. A burguesia, que passara séculos defendendo uma filosofia do direito jusracionalista, agora era juspositivista (Mascardo, 2010, p. 237).

centrada no indivíduo). Neste esforço intelectual para construir a ideia de indivíduo, nítidas serão as diferenças entre Kant e Hegel, onde para aquele, o sujeito é transcendental, e neste, o sujeito é histórico, que habita o tempo.

Essa distinção torna-se relevante porque o pensamento hegeliano passa a compreender a filosofia dentro de outro marco teórico, onde a filosofia só pode ser compreendida em razão da transformação, da história, da mudança⁴: “a missão da filosofia está em conceber o que é, porque o que é a razão. No que se refere aos indivíduos, cada um é filho do seu tempo; assim também para a filosofia que, no pensamento, pensa o seu tempo” (Hegel, 2012, p. 11).

Hegel não construirá sua teoria sob a base de uma dicotomia entre o mundo da racionalidade e o mundo da realidade. Daí a máxima “o que é racional é real e o que é real é racional” (Hegel, 2012). Com a identificação do real com o racional, Hegel não deduz sua filosofia de um princípio geral, tal como realizou Kant (filosofia do *a priori*), mas sim da própria realidade. Logo,

Dizer que a realidade é a racionalidade e vice-versa representa, no mundo em que vivia Hegel, uma verdadeira transformação. Em Kant, havia interesses e ideais que não se cumpriam nem se verificavam na realidade. O sonho burguês de um direito estável e de acordo com suas necessidades negociais, controlado por suas próprias mãos, só existia, para Kant, na teoria, numa espécie de direito natural. Em Hegel, a realidade histórica vai conformando sua própria razão, concretizando-a. (Mascaro, 2010: 240).

E é a partir desta constatação que Hegel, na obra “Princípios da filosofia do Direito”, que o autor fará uma crítica ao formalismo kantiano, porque a ideia de conceito engessa o conhecimento. Para Hegel, Kant só consegue articular a defesa da liberdade com uma fórmula (o imperativo categórico (forma), do qual não é possível expressar um conteúdo) que pode destruir a própria liberdade. A defesa da liberdade kantiana seria, na realidade, a liberdade do vazio.

⁴ Mascaro (2010, p. 238) observa que essa concepção hegeliana é “muito diverso, pois, de Kant, à medida que para este- imbuído dos propósitos iluministas e racionalistas de busca de orientações universais e eternas – as questões filosóficas a serem trabalhadas eram sempre compreendidas em termos de estruturas que se assentavam de maneira necessária e não histórica. Para Hegel, a diferença está justamente em tratar de compreender o porquê e a forma das mudanças, pois é na mudança que se pauta o mundo”.

Diferentemente de Kant, o sistema filosófico hegeliano —que somente se completa quando a própria realidade for necessariamente real— observa no Direito e no Estado a racionalidade realizada, “o sistema do direito é o império da liberdade realizada” (Hegel, *apud*. Mascaro, 2010: 246).

Isto implica constatar que a filosofia hegeliana vislumbra no direito não apenas questões jurídicas, mas também questões éticas, morais, políticas e econômicas, ou seja, seu pensamento está assentado na ação política e não na subjetividade racionalizante. Essas reflexões ficam claras quando Hegel (2012) expõe suas análises na articulação entre (i) direito abstrato, (ii) moralidade subjetiva (moralidade) e (iii) moralidade objetiva (eticidade) como alternativa ao direito liberal⁵, isto é, para Hegel, a forma da política seria jurídica.

É curioso observar que, o Estado, no pensamento hegeliano (que será objeto de inúmeras críticas) seria um momento dialético superior ao plano da moralidade e da individualidade (Mascaro, 2010). O grande

⁵ Segundo Castro (2012) e Mascaro (2010), no *direito abstrato* há em seu conjunto a expressão (forma) imediata da vontade livre (liberdade), diz respeito ao direito natural moderno, ligado ao interesse do indivíduo, e cujo cerne principal é a propriedade privada e a autonomia da vontade nos contratos, na *moralidade subjetiva*, é o lado real do conceito de liberdade, subordina o espírito humano ao dever e à lei, como realização subjetiva do indivíduo — a modernidade, com Kant, por exemplo, constrói a noção de subjetividade e da autonomia moral do indivíduo, e a moralidade objetiva seria a dupla libertação da vontade em face da natureza física e da “prisão” do formalismo kantiano; a moralidade troca-se pela ética e esta não está na conta da mera individualidade, por que o indivíduo pode ou não concretizá-la por sua vontade. As etapas da moralidade objetiva seria a família (como espírito moral objetivo, imediato ou natural, onde os pais educam os filhos para sua autonomia), a sociedade civil (como associação de indivíduos independentes numa universalidade formal, através de suas carências e através da ordem jurídica como meio exterior de segurança da pessoa e da propriedade — liames da economia); entretanto, como observa Mascaro (2010, p. 252), essas duas primeiras formas de eticidade (família e sociedade civil) que já escapa à vontade individual, ainda não são totalmente plenas, mesmo que já consigam dar conta do dever como necessidade. A terceira etapa seria o Estado, que é a finalidade e a realidade em ato da substância universal e da vida pública nela consagrada; o Estado funda-se em si mesmo, em sua própria substancialidade e não como resultado do acordo de vontades dos indivíduos. “O Estado é um momento dialético superior ao plano da moralidade e da individualidade. O Estado não está em função do indivíduo, nem é resultante das vontades individuais”, destaca Mascaro (2010, p. 253). No entanto, Hegel não nega o indivíduo; para ele, “é justamente o Estado que garante o sujeito como cidadão, com seus direitos, e ao mesmo tempo, sendo o Estado a razão, o indivíduo não se apresenta como o ápice da hierarquia dos interesses públicos” (MASCARO, 2010, p. 254).

contraste entre Hegel e Kant, neste ponto, pode ser especificado da seguinte maneira:

O século de Kant assentou-se na luta contra o Estado Absolutista, cujos interesses eram contrários aos da burguesia. No entanto, quando a burguesia toma o poder dos Estados, na virada para o século XIX, percebe-se que a manutenção da valorização da instância da individualidade contra o Estado absolutista não é mais necessária. A partir desse momento, o Estado, controlado pela própria burguesia, é burguês. Melhor do que a aposta na boa vontade harmônica dos indivíduos, o Estado se apresenta então como o momento posterior e a razão plenificadora da história. (Mascaro, 2010: 254).

Com isso, é possível compreender que a dialética hegeliana fará uma profunda contraposição à imutabilidade da filosofia do direito moderno com a introdução da história, “a esfera de uma racionalidade eterna e plena, imutável e racional, que partisse do indivíduo e apenas nele se contivesse – em Kant, nos imperativos categóricos -, está superada em Hegel... E o momento da racionalidade plena hegeliana não é a razão individual, é o Estado” (Mascaro, 2010: 260).

Ao se abandonar a filosofia do indivíduo, e com a nova situação teórica do Estado no pensamento contemporâneo, o positivismo proporá a separação entre Direito e Moral. O positivismo surge como meio para barrar as revoluções nas instituições liberais e, por mais que possa ser considerado conservador, há movimentos de defesas dessas instituições, como as criações do direito administrativo, direito constitucional e direito internacional.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Produto de um embate teórico entre dois modelos que não se coadunavam com sua realidade histórica, o Direito Constitucional, resultado das transformações que ocorreram no século XIX, foi construído sob uma base filosófica que sustentou a ordem burguesa e seus projetos políticos.

As influências desse período são claras quando se vislumbra a manutenção de suas formas na produção do Direito atual. Nietzsche foi

um grande crítico desta filosofia que sustentava a ordem burguesa. Castro (2012) observa que essa crítica se destina a filosofia da “suficiência das formas racionais”, “daquelas “formas” das quais os indivíduos podem tornar-se logicamente conscientes. Essa filosofia criticada por Nietzsche exclui muitas possibilidades de busca da liberdade, como, por exemplo, por meio de referenciais ou estímulos poéticos ou estéticos adotados como guias para o pensamento e para a ação.

Por mais distante que essas experiências tenham ocorrido, esses projetos políticos sempre retornam quando, pela via constitucional, os países democráticos revisitam aquela pergunta filosófica (e também contemporânea) apresentada no início deste texto: qual a estrutura normativa é mais compatível com a sociedade atual?

Em que pese no caso brasileiro haver, conforme Cittadino (2009), uma clara tendência a seguir o modelo de constitucionalismo comunitarista (mesmo com a observação de que não é possível separar nas democracias recentes o ideal liberal do comunitário), as instituições internacionais de defesa aos direitos humanos, as quais o Brasil está vinculado, são construções do projeto liberal (influenciados pela ideia de Constituição-garantia, típica do modelo norte-americano), mas que, também se abrem, no século XXI, para as concepções comunitaristas.

Dentre as perspectivas do Direito Constitucional contemporâneo, as considerações finais deste trabalho podem ser desveladas no seguinte sentido: (i) manter o funcionamento de instituições políticas que se identificam com interesses de uma pequena parcela da população em detrimento de sua maioria e (ii) não resignificar o excessivo apego a formalismos e conceitos jurídicos vagos, que impõe limites às inovações da realidade social e econômica, pode significar um aprisionamento da função social do Direito com graves consequências para a construção de novas formas de organização social.

Em certa medida, é possível identificar na decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA a continuidade de um modelo em crise, que nem sempre se conforma com a realidade global, regional e local, que se encontra em um estágio profundo de mudança social.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto, *Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana e no direito contemporâneo e no discurso transnacional*, Mensagem pessoal – e-mail, recebido em 20.04.2012.
- BORGES, Nadine Monteiro, *O Caso Damião Ximenes: uma análise sócio-jurídica do acesso à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Niterói, Universidade Federal Fluminense, Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, 2008.
- CABRAL, Rafael Lamera, *Constituição e sociedade: uma análise sobre a (re) formulação da arquitetura do Estado-Nação na Assembleia Nacional Constituinte de 1933*, São Carlos, UFSCar, Dissertação de mestrado em Ciência Política, 2010.
- CASTRO, Marcus Faro de, *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- CITTADINO, Gisele, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, 4a. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich, *Princípios da filosofia do Direito*, E-book, Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, Disponível em: <http://www.visionvox.com.br/biblioteca/p/Princ%C3%ADpios-da-Filosofia-do-Direito-Hegel.pdf>. Acesso em: 10.mai.2012.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, tradução Antônio Pinto de Carvalho, Lisboa, Companhia Editora Nacional, 1964.
- MASCARO, Alysson Leandro, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Atlas, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de, “Conceito de dignidade humana: subtrato axiológico e conteúdo normativo”, in Sarlet, Ingo, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Para a genealogia da moral: uma polêmica*, E-book, Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Disponível em: <http://www.visionvox.com.br/biblioteca>. Acesso em: 22.ago.2012.