

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS
SAN TIAGO DANTAS – UNESP, UNICAMP E PUC-SP

VANESSA CAPISTRANO FERREIRA

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: uma análise a partir das perspectivas de inclusão e
do reconhecimento das diferenças identitárias

São Paulo

2019

VANESSA CAPISTRANO FERREIRA

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: uma análise a partir das perspectivas de inclusão e do reconhecimento das diferenças identitárias

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp), da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência para obtenção do título de Doutor em Relações Internacionais, na área de concentração “Instituições, Processos e atores”, na linha de pesquisa “Integração regional”.

Orientador: Tullo Vigevani.

Co-orientador: José Geraldo A. B. Poker

São Paulo

2019

Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”
Instituto de Políticas Públicas e Relações Internacionais – Biblioteca
Graziela Helena Jackyman de Oliveira – CRB 8/8635

F383 Ferreira, Vanessa Capistrano.
Tribunal Europeu dos Direitos Humanos : uma análise a partir das
perspectivas de inclusão e do reconhecimento das diferenças identitárias /
Vanessa Capistrano Ferreira. – São Paulo, 2019.
252 f. : il.; 30 cm.

Orientador: Tullo Vigevani.

Co-orientador: José Geraldo Alberto Bertoncini Poker.

Tese (Doutorado em Relações Internacionais) –
UNESP/UNICAMP/PUC-SP, Programa de Pós-Graduação em Relações
Internacionais San Tiago Dantas, 2019.

1. Direitos humanos. 2. Tribunais internacionais. 3. Identidade social.
4. Racismo. 5. Discriminação. I. Título.

CDD 341.48

VANESSA CAPISTRANO FERREIRA

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: uma análise a partir das perspectivas de inclusão e do reconhecimento das diferenças identitárias

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp), da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência para obtenção do título de Doutor em Relações Internacionais, na área de concentração “Instituições, processos e atores”, na linha de pesquisa “Integração regional”.

Orientador: Tullo Vigevani

Co-orientador: José Geraldo Alberto Bertoncini Poker

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci (Universidade Estadual de Londrina)

Prof. Dr. Luís Alexandre Fuccille (Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”)

Prof. Dr. Marco Aurélio Nogueira (Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”)

Prof. Dr. Ricardo Antônio Silva Seitenfus (Universidade Federal de Santa Maria)

Prof. Dr. Tullo Vigevani (Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”)

São Paulo, 26 de março de 2019.

À minha avó, Margarida da Conceição Simões.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos aqueles que acreditaram no meu esforço e dedicação ao longo deste trabalho. Em muitos momentos, contei com a ajuda de familiares e amigos para que eu nunca desistisse dos meus sonhos. Começo por fazer referência à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP, processo nº 2015/04252-0), cuja bolsa de doutorado concedida, permitiu-me dedicar a esta tese com a exclusividade necessária.

Uma palavra de agradecimento ao Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas (UNESP, UNICAMP, PUC-SP), pelo acolhimento acadêmico e apoio. Especialmente, aos meus estimados orientadores, Prof. Dr. Tullo Vigevani e Prof. Dr. José Geraldo Alberto Bertoncini Poker. Sem eles, grande parte dessas reflexões não teriam sido possíveis. Eles me auxiliaram no vislumbre de novos caminhos profissionais e me motivaram quando momentos difíceis faziam com que eu simplesmente duvidasse da minha capacidade intelectual. Sou muito grata, pois não imagino tal trabalho sem a orientação fantástica que tive desde o início do meu mestrado.

Gostaria de agradecer também aos meus pais, tios, avós e amigos, por terem sentido tanto a minha ausência, sabendo dar o espaço necessário para a conclusão deste trabalho. Por terem compreendido as minhas necessidades de refúgio e pela paciência com que lidaram com os meus longos anos de formação. Ao meu noivo, por ter me apoiado incondicionalmente nos momentos finais da tese.

A todas/os que se sentiram felizes com mais esta conquista, o meu muito obrigada!

A história humana é ambígua [...] Nela, o bem e o mal se misturam, se contrapõem, se confundem. Mas quem ousaria negar que o mal sempre prevaleceu sobre o bem? A dor sobre a alegria? A infelicidade sobre a felicidade? A morte sobre a vida? Sei muito bem que uma coisa é constatar, outra é explicar e justificar [...] Apesar de minha incapacidade de oferecer uma explicação ou justificação convincente, sinto-me bastante tranquilo em afirmar que a parte obscura da história do homem (e, com maior razão, da natureza) é bem mais ampla do que a parte clara. Mas não posso negar que uma face clara apareceu de tempos em tempos, ainda que com breve duração. (BOBBIO, 1992, p. 51).

RESUMO

A partir da análise factual dos casos de intolerância e racismo (artigo 14º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos) julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, este trabalho pretende identificar os atuais quadros limítrofes da promoção da inclusão social e do reconhecimento das diferenças no continente europeu. Sob a perspectiva da Teoria Reconstitutiva do Direito de Jürgen Habermas e da Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth, será possível contestarmos a suposta aplicação exclusivista dos direitos humanos na Europa, com a exposição de suas lacunas jurisprudenciais, as quais comprometem, em sentido substantivo, sua efetividade e legitimidade democrática no escopo social. Arguir-se-ão ainda os efeitos colaterais de um sistema de direitos efetivado e legitimado pelas vias particularistas de uma cultura ocidental majoritária, que silencia a arbitrariedade e a opressão a que são submetidos os grupos constantemente inferiorizados e não incluídos no direito moderno. Por fim, espera-se questionar, a própria ordem jurídica do Estado democrático de direito, com vistas à superação de suas vicissitudes no âmbito internacional à luz das possíveis realizações emancipatórias do tempo presente. Já, no que tange aos procedimentos metodológicos, esta investigação utiliza-se do método da reconstrução racional para interpretar a jurisprudência do Tribunal Europeu. O enfoque perpassa sobre os casos mais emblemáticos, destinados ao combate da discriminação de identidades alternativas na Europa, tais como aparecem nos documentos oficiais: o *Country Fact Sheets (1959-2010)* e o *Factsheet – Racial Discrimination (2013)*. Os casos dos 35 Africanos Orientais contra o Reino Unido, de Abdulaziz, Cabales e Balkandali contra o Reino Unido, de Sander contra o Reino Unido, de Velikova contra a Bulgária, de Anguelova contra a Bulgária, de Nachova contra a Bulgária e de D.H e outros contra a República Checa, foram selecionados como amostras a serem consideradas por essa pesquisa. Analiticamente, procura-se esboçar uma crítica atualizada das interações dos sujeitos sociais com as instituições político-jurídicas de proteção ocidentais, sem perder de vista a exposição de suas lacunas acerca do reconhecimento das diferenças identitárias e dos obstáculos à inclusão social. Com a intenção de aprimorar o panorama teórico proposto, utilizar-se-ão também autores como: Hemme Battjes, Marie Dembour, Betty de Hart, Anuscheh Farahat, Yasemin Soysal, dentre outros. Assim, o desenvolvimento deste trabalho se baseia num tipo de investigação predominantemente bibliográfica e documental, focando-se num pluralismo metodológico e teórico para integrar e articular uma variedade de perspectivas e atitudes pragmáticas de pesquisa. Pretende-se como resultado esperado, problematizar as contínuas omissões do Tribunal Europeu acerca do reconhecimento de outras formas de vida, testando a hipótese de que os *marcos tradicionais* ainda estão presentes em suas deliberações, o que abala, não apenas as premissas

igualitárias existentes no interior da concepção político-filosófica do Estado democrático de direito, mas principalmente, a resolidarização dos laços sociais pautados no reconhecimento das especificidades de toda a pessoa e de todas as pessoas, sem que ocorra a inferiorização ou a discriminação. Deste modo, este estudo incide sobre a premência da ampliação dos direitos de igualdade e respeito, considerando o princípio da diferença como uma forma abrangente de inclusão do outro.

Palavras-chave: Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Exclusividade. Inclusão. Reconhecimento. Emancipação.

ABSTRACT

Based on a factual analysis of cases of racism and intolerance (Article 14 of the European Convention on Human Rights) tried by the European Court of Human Rights, this study seeks to identify the current limits to the promotion of social inclusion and the recognition of differences in Europe. Within the perspective of Jürgen Habermas's Reconstructive Theory of Law and Axel Honneth's Theory of Recognition, we are able to dispute the supposedly exclusivist application of human rights in Europe through the exposure of jurisprudential failings, which have substantially compromised their effectiveness and democratic legitimacy within the social sphere. We will also argue for the consequences of a system of rights put into effect and legitimized by the particularistic means of a majority-Western culture that hides the arbitrariness and oppression to which continually inferiorized groups not included in modern law are subjected. Finally, we also hope to question the very judicial order of the democratic Rechtsstaat in an attempt to see beyond its vicissitudes in the international context in light of the possible emancipatory consequences today. This investigation will use the rational reconstruction method as a methodological procedure in order to interpret the current jurisprudence of the European Court. The focus will include the most representative cases intended to combat identity-based discrimination in Europe (violations of Article 14 of the ECHR), such as those that are outlined in the official documents known as the Country Fact Sheets (1959-2010) and the Factsheet – Racial Discrimination (2013). The cases of *35 East African Asians v. the United Kingdom*, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, *Sander v. the United Kingdom*, *Velikova v. Bulgaria*, *Anguelova v. Bulgaria*, *Nachova v. Bulgaria*, and *D.H and others v. Czech Republic* were selected as examples of jurisprudence to be considered in this study. In terms of analyses, this study seeks to outline the most current criticisms of the interactions between European social subjects and Western political-legal institutions of protection while still exposing its failings in terms of recognizing differences in identity and hurdles to social inclusion. In order to improve the theoretical landscape proposed, authors such as Hemme Battjes, Marie-Bénédicte Dembour, Betty Hart, Anuscheh Farahat, and Yasemin Soysal will be considered. Thus, the development of this study shall be centered around a predominantly bibliographical and document-based investigation which focuses on a methodological and theoretical pluralism in order to integrate and articulate a variety of pragmatic attitudes and perspectives on research. The expected result is to show the problems of continued omissions by the European Court involving the recognition of other ways of life, thus testing the hypothesis that *traditional frameworks* are still present in the Court's deliberations. This presence affects not only the existing egalitarian premisses within the political and

philosophical conceptualization of the *Rechtsstaat*, but primarily the resolidarization of the social ties brought about in the recognition of the specificities of each person and of all people, without inferiorization or discrimination. Thus, this study focuses on the urgent need for the expansion of the rights of equality and respect by considering the principle of difference as a broad form of social inclusion.

Keywords: European Court of Human Rights. Exclusivity. Inclusion. Recognition. Emancipation.

RESUMEN

Utilizando el análisis factual de casos de intolerancia y racismo (artículo 14º de CEDH – Corte Europea de Derechos Humanos) juzgados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este estudio tiene como objetivo identificar las actuales limitaciones de promoción de la inclusión social y del reconocimiento de las diferencias en el continente europeo. Según la Teoría Constructivista de Derecho de Habermas y la Teoría del Reconocimiento de Honneth, será posible contestar la supuesta aplicación exclusiva de los derechos humanos en Europa, con la exposición de sus huecos jurisprudenciales, responsables por el comprometimiento, en sentido substantivo, de su efectividad y legitimidad democrática en el propósito social. Aún serán discutidos los efectos colaterales de un sistema de derechos efectuado y legitimado por vías particularistas de una cultura occidental en su mayoría, que silencia la arbitrariedad y la opresión a la cual son sometidos los grupos constantemente considerados inferiores y que no están incluidos en el derecho moderno. Por fin, es esperado el cuestionamiento, en propia orden jurídica del Estado democrático de derecho, incluyendo la superación de sus vicisitudes en el ámbito internacional a la luz de posibles realizaciones de emancipación del tiempo presente. Todavía, sobre los procedimientos metodológicos, esta investigación se utiliza del método de la reconstrucción racional para interpretar la jurisprudencia del Tribunal Europeo. El enfoque incluye casos más emblemáticos, con destinación a la lucha contra la discriminación de identidades alternativas en Europa, por ejemplo las que se ven en los documentos oficiales: el *Country Fact Sheets* y el *Factsheet – Racial Discrimination*. Los casos de los 35 Africanos Orientales contra el Reino Unido, de Abdulaziz, Cabales e Balkandali contra el Reino Unido, de Sander contra el Reino Unido, de Velikova contra la Bulgaria de Nachova contra la Bulgaria y de D.H y otros contra la República Checa, han sido seleccionados como muestras consideradas por este estudio. De forma analítica, intentase obtener una crítica actualizada de las interacciones de los sujetos sociales con las instituciones políticas y jurídicas de protección occidental, sin dejar de tener en cuenta la exposición de sus huecos sobre el reconocimiento de las diferencias de identidad y de los obstáculos ante la inclusión social. Con la intención de mejorar el panorama teórico propuesto, se utilizaran también autores como: Hemme Battjes, Marie Dembour, Betty de Hart, Anuscheh Farahat, Yasemin Soysal, entre otros. Además, el desarrollo de este estudio está basado en un tipo de búsqueda predominantemente bibliográfica y documental, con enfoque en el pluralismo metodológico y teórico para integrar y articular una variedad de perspectivas y actitudes pragmáticas de investigación. Como resultado esperado, será deseable problematizar las continuas omisiones del Tribunal Europeo sobre el reconocimiento de otras formas de vida, testando la hipótesis de que los marcos tradicionales

aún están presentes en sus deliberaciones, lo que hace temblar, no solamente las premisas igualitarias existentes en el interior de la concepción política y filosófica del Estado democrático de derecho, pero principalmente, la recuperación de la solidaridad de los vínculos sociales guiados en el reconocimiento de las especificidades de toda persona y de todas las personas, de manera que nadie sea considerado inferior o discriminado. Por lo tanto, este estudio trata de la ampliación de los derechos de igualdad y respeto, considerando el principio de la diferencia como una forma abarcada de inclusión del otro.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Exclusivo. Inclusión. Reconocimiento. Emancipación.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Organograma simplificado do acesso dos pedidos individuais ao TEDH..... 35

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CFS	Country Fact Sheets
CoE	Conselho da Europa
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECRI	Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância
ERRC	European Roma Rights Centre
FRD	Factsheets Racial Discrimination
ICMEU	Comitê Internacional de Coordenação dos Movimentos para a Unidade Europeia
ONU	Organização das Nações Unidas
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	AS INSTITUIÇÕES DE ESTRASBURGO: PROCESSOS E CONTRARIEDADES	23
2.1	Os dilemas acerca da criação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)	23
2.2	O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: as principais doutrinas sobre o princípio da não discriminação e suas modificações estruturais...	34
2.2.1	Breve panorama: as fases progressivas da infraestrutura legal da Corte Europeia	34
2.2.2	O antigo sistema “two-tier”	36
2.2.2.1	A Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI)	49
2.2.3	Novas definições e reestruturações: os protocolos nº 11 e 14	55
2.3	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: a ‘jurisprudência política’ do artigo 14º da CEDH	66
3	ARQUEOLOGIA DA ‘UNIVERSALIDADE’ E ‘INCLUSÃO’ NA TRADIÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO OCIDENTAL	99
3.1	A categoria central da teoria crítica: o processo reconstrutivo	102
3.2	Liberdade, igualdade e justiça: valores acima de quaisquer suspeitas? ...	106
3.3	A textura da justiça no procedimentalismo contemporâneo: progresso ou retrocesso?	133
4	INCLUSÃO SOCIAL E NÃO DISCRIMINAÇÃO: A TEORIA RECONSTRUTIVA DO DIREITO E A TEORIA DO RECONHECIMENTO PARA A RECUPERAÇÃO DA SOLIDARIEDADE EUROPEIA	155
4.1	O direito e a teoria habermasiana: um breve panorama epistemológico...	160
4.1.1	A solidariedade cívica e a relação co-originária entre a autonomia pública e privada	166
4.1.2	A relação entre direito e política: os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito	174
4.1.3	Esfera pública, lutas sociais e direitos humanos: para a identificação das injustiças de nosso tempo	180

4.2	A teoria da justiça de Axel Honneth: as instituições do reconhecimento e o ‘desrespeito’ como força motriz das lutas sociais	188
4.2.1	Uma teoria crítica em três eixos: identidade, direito e reconhecimento	193
4.3	O desrespeito e a dessimbolização do ‘Eu’: a discriminação e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos	203
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	221
	REFERÊNCIAS.....	232
	ANEXO – INTERVIEW EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE (ERRC).....	245

1 INTRODUÇÃO

A conformação do corpo jurídico ao conjunto de elementos jusfilosóficos ocorreu com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789. Regida pela doutrina dos direitos naturais, a declaração possibilitou o surgimento da aceção de que todos os seres humanos possuem direitos pela sua “[...] igualdade essencial, como seres dotados de liberdade e razão” (COMPARATO, 2009, p.11). Após a definição das perspectivas individuais e coletivas no campo jurídico, essa nova constelação de valores influenciou a aplicação dos direitos (vistos como fundamentais), no âmbito do exercício da cidadania nos Estados modernos e na criação de estruturas jurídicas eficazes para a implementação de tais diretrizes no escopo social. (ALEXY, 2011, p.12).

O sistema de direitos anteriormente restrito às fronteiras nacionais e ao desenvolvimento interno do Estado de direito foi ampliado com a proclamação da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948. No art.I da declaração, é reiterado que “[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, sendo ainda atribuído em seu preâmbulo, a aproximação dos direitos fundamentais ao novo conjunto de valores ascendentes. Isto é, na defesa “[...] [d]a fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana”, como sendo os princípios normativos a serem seguidos também no âmbito internacional. (HABERMAS, 2012, p.07).

Com a radicalização dos conceitos de ‘liberdade’, ‘igualdade’ e ‘justiça’, em 1950, sob o anseio de “[...] promover a unidade europeia, proteger os direitos humanos e fomentar o progresso econômico e social” (COMPARATO, 2009, p.264), é celebrada no seio do Conselho da Europa (CE), a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* (CEDH). A CEDH traduziu-se num mecanismo de reconhecimento universal dessa condição de igualdade essencial, visando a “[...] proteção e o desenvolvimento dos direitos humanos”, os quais passaram a constituir-se como “[...] as verdadeiras bases da justiça”, que repousam “[...] num regime democrático e no comum respeito aos direitos do homem”. (CONVENÇÃO, 2014, p.05).

Ao incipiente papel dos direitos individuais clássicos foram incorporados no seio da CEDH, os debates atinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, com a adição formal da *Carta Social Europeia* em 1961 e do *Protocolo Adicional* em 1988. No entanto, sua contribuição mais notória se deu a partir da criação dos órgãos destinados a julgar e a executar sentenças, acerca da transgressão dos direitos humanos na Europa, por meio do *Tribunal Eu-*

*ropeu de Direitos Humanos*¹ e do *Comitê de Ministros* do Conselho da Europa², respectivamente.

No que tange às competências do Tribunal, desde que foi instituído em 1959, pode-se considerar a preservação dos valores inspirados no Estado de Direito (para além de seus restritos projetos nacionais), a defesa da democracia pluralista e, acima de tudo, a proteção dos direitos do homem e de suas liberdades inteligíveis. Sua assistência passou a se estender a todos os cidadãos europeus membros da União Europeia e dos demais Estados que compõem o Conselho da Europa, bem como dos não cidadãos, os quais residem em seu espaço jurisdicional (BATTJES et all, 2009, p.199-200). Em suma, utilizando-se do argumento de Yasemin Soysal (2012, p.16), o Tribunal Europeu se apresenta hoje como um órgão de representação dos valores universalistas e de validação dos direitos humanos, sob a forma do exercício pleno de um modelo de cidadania transnacional.

A dicotomia entre cidadania e direitos humanos é cada vez mais insustentável [...], a institucionalização crescente dos direitos humanos é bem documentada. Não só o número de tratados e organizações internacionais dedicados à proteção dos direitos humanos aumentou, como também o número de ratificações e de adesões dos países. As normas legais e institucionais também passaram a incorporar os direitos humanos [...], mas o mais importante [...] é a expansão para além dos próprios termos da cidadania [...], tanto na gama dos requerentes contemplados quanto no leque de reivindicações aplicáveis. Amplos direitos para mulheres, crianças, idosos, minorias, para as

¹ [Também conhecido como Tribunal Europeu, Tribunal de Estrasburgo, Corte Europeia dos Direitos Humanos e/ou Corte de Estrasburgo. Constitui-se como órgão incumbido de julgar casos individuais de violação dos Direitos Humanos na Europa, tendo como base a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* e seus *protocolos adicionais*. Os casos são encaminhados por vítimas diretas ou indiretas, e analisados por um juiz singular, o qual é assessorado por um conjunto de relatores não judiciais. Se a queixa for considerada *admissível*, o caso é avaliado com base na jurisprudência anterior do Tribunal pelo comitê de juízes (formado por três membros) ou pela câmara (formada por sete juízes), sendo assim, atribuída a sentença. No entanto, se não houver precedência na história do Tribunal, o caso é encaminhado para o julgamento da “Grande Câmara” (composta por 17 juízes) e deliberado a sentença, que é obrigatória. Se a queixa for considerada *inadmissível* em qualquer uma das fases do processo, é impossível a apelação ou o pedido de reavaliação do caso, tendo como base o mesmo processo e/ou os mesmos fatos. Até 2010, cerca de 95% do casos avaliados, foram considerados *inadmissíveis* pelo Tribunal. Mais informações consultar: < http://www.echr.coe.int/Documents/Case_processing_Court_POR.pdf >, acessado em: 22 de agosto de 2014.].

² [Órgão responsável pela execução obrigatória das sentenças proferidas pelo Tribunal nos Estados parte. Por ele é encaminhado um dossiê que estipula o “pagamento de uma compensação”, ou a adoção de medidas gerais (como, por exemplo, a alteração da legislação no Estado parte), ou a adoção de medidas individuais (com a reabertura do processo ou restituição do processo), quando o processo se conclui como “execução satisfatória” é emitido uma resolução definitiva. Caso o Estado parte não cumpra o dossiê, uma nova apreciação é realizada pelo Comitê de Ministros, com a aplicação de penalidades. Mais informações consultar: < http://www.echr.coe.int/Documents/Case_processing_POR.pdf >, acessado em: 22 de agosto de 2014.].

questões de gênero e para a cultura, para as pessoas com deficiências, que colocam em prática a democracia social europeia, estendida aos residentes que não são cidadãos [...] foram definidos numa razão universalista e codificados na convenção internacional dos direitos humanos. (SOYSAL, 2012, p. 16).

No entanto, a enfermidade do otimismo mostra-se perceptível quando analisamos a jurisprudência do Tribunal, acerca de seu projeto sócio-normativo inclusivo e supostamente universal. Por intermédio dos casos que envolvem as leis e as políticas de não discriminação ligadas aos grupos minoritários, é possível delinear uma avaliação crítica sobre as contínuas ‘omissões’ do Tribunal no que se refere ao reconhecimento das *diferenças* e das garantias de acesso equitativo aos direitos de *inclusão social*, face às arbitrárias decisões estatais e ao abuso de poder na Europa. Pois, a situação dos estrangeiros e não cidadãos ainda varia conforme as noções de identidade construídas no interior dos Estados nacionais, nos valores étnico-culturais, nas questões de gênero, nas raças e nas lealdades nacionais. (BATTJES, 2009, p. 201).

Os casos dos *35 Africanos Orientais contra o Reino Unido (processo nº 4626/70)*, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali contra o Reino Unido (processos nº 9214/80; 9473/81; 9474/81)*, *Sander contra o Reino Unido (processo nº 34129/96)*, *Velikova contra a Bulgária (processo nº 41488/98)*, *Anguelova contra a Bulgária (processo nº 38361/97)*, *Nachova contra a Bulgária (processo nº 43577/98)* e *D.H e outros contra a República Checa (processo nº 57325/00)*, são exemplos nítidos de refutação das concepções correntes acerca do projeto universalista do Tribunal Europeu na atualidade. Esses casos expõem as ambiguidades e os pontos internos da crítica no que se refere às constantes violações do artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³, responsável pela condenação da discriminação com base na raça, na cor, na origem étnica ou em outras situações. Sobre esse direito é assegurado o parâmetro de cumprimento ético de proteção contra qualquer forma de intolerância ou de aplicação *exclusivista* de direitos, os quais comprometem o seu procedimento normativamente justificado de respeito e inclusão do *Outro*. (COMPARATO, 2009, p.20-22).

Com a utilização dessa amostra jurisprudencial, problematizaremos o fundamento último dos direitos humanos, acerca de seu ideal de abrangência universal e irrestrita, responsável pela viabilização de um projeto pautado no reconhecimento do pluralismo sociocultural, na consolidação dos espaços de luta pela preservação da dignidade humana, e na defesa dos

³ [ARTIGO 14 - Proibição de discriminação: O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.]

contextos sociais livres de relações assimétricas de poder e dominação. (HONNETH, 1999). Colocaremos em evidência os possíveis empecilhos sócio-jurídicos ao reconhecimento humano, o qual é continuamente subjugado pelo viés cultural e pelos males etnocêntricos, recorrentes na tradição ocidental.

A persecução deste trabalho visa testar a hipótese de que os *marcos tradicionais* ainda estão presentes nas deliberações do Tribunal, o que abala, não apenas as premissas igualitárias existentes no interior da concepção político-filosófica do Estado democrático de direito, mas principalmente, a ressolidarização dos laços sociais pautados no reconhecimento das especificidades de toda a pessoa e de todas as pessoas, sem que ocorra a inferiorização ou a discriminação. Condição essa, imprescindível para a realização da autonomia individual, base de edificação e desenvolvimento dos próprios parâmetros normativos do sistema moderno de direitos. (CRISSIUMA, 2013).

Logo, esse estudo pretende analisar – por meio da reconstrução racional e normativa –, as implicações sociais das práticas jurisprudências exclusivistas do Tribunal Europeu ligadas ao combate da discriminação, da intolerância e do racismo no continente, as quais presumivelmente ainda versam sobre prerrogativas de aplicação unilateral dos direitos, o que enfraquece seu ideal de universalidade, tornando-o controverso em sociedades cada vez mais complexas na modernidade. Isso facilitará uma reflexão acerca da realidade europeia, que ainda se caracteriza por relações sociais, culturais e diversidades étnicas, segmentadas e estruturadas por hierarquias de poder e submissões. Realidade essa, amplamente representada por conjuntos heterogêneos de políticas estatais e instrumentos jurídicos que ainda não chegaram num acordo (não discriminatório) acerca do reconhecimento identitário de minorias e coletividades alternativas de vida. Contexto esse, desenvolvido por um longo caminho de negação do *Outro* e da falsa promessa da igualdade pluralista, que “[...] são incompatíveis com a pluralidade de interesses, valores e discursos e a complexidade sistêmica da sociedade atual”. (NEVES, 2008, p. XX).

Por isso, o nosso ponto de partida consistirá no esboço das teorias de fundamentos normativos e das condições empíricas de realização da *proteção humana inclusiva* pressuposta no projeto do Estado democrático de direito, apresentado aqui através das formulações habermasianas e honnethianas. No presente trabalho, o sistema de direitos é visto como um *medium* essencial para a garantia da integração social (por intermédio do reconhecimento mútuo entre seus atores) e da confirmação das “[...] perspectivas reais e plausíveis de superação das injustiças e sofrimentos de nossas realidades”. (WERLE, 2012, p.192). Assim, ele deveria estar comprometido com a promoção da ‘justiça social’, da ‘liberdade’ e da ‘igualdade’, bem como com o enfrentamento das experiências de ‘desrespeito’ vividas, as quais ainda afetam

grupos de pessoas e não apenas indivíduos isolados. (RUDIGER, 2007, p.47). Pretende-se, por meio desses aparatos normativo-conceituais, traçar os limites e as possibilidades desses elementos em face dos desenvolvimentos *exclusivistas* que ainda se delineiam no sentido de permanência e até mesmo emergência de ordens jurídicas alheias a uma referência verdadeiramente democrática e procedimental, sensível às particularidades culturais e à abolição dos preconceitos sociais.

Com a intenção de reconstruir as perspectivas, as divergências e as complementariedades do próprio sistema de direitos contemporâneo e, torna-lo mais compatível com os princípios democráticos existentes no interior da concepção de Estado de direito, utilizaremos a *teoria reconstrutiva do direito* de Jürgen Habermas para apresentar a relação altamente problemática dos elementos constitutivos dos direitos humanos atuais – tais como, os princípios da soberania do povo, da autonomia pública e privada, da democracia e da moralidade. Eles são concebidos como sendo os fundamentos crítico-reflexivos necessários para a superação dos recentes entraves identitários da modernidade. Não se pretende aqui, compreender exaustivamente tal paradigma do discurso, apenas expor alguns dos seus aspectos mais relevantes para a compreensão das reflexões propostas.

Já Axel Honneth complementarizará a análise prescrevendo como as experiências de privação de direitos, inferiorização e degradação das prerrogativas de *reconhecimento recíproco* podem influir na consolidação das esferas de autorrespeito e autoestima. Nesse contexto, afeta-se não apenas as relações jurídicas responsáveis pela integridade social, mas principalmente, a consolidação da honra e da dignidade humana. Elementos esses, fundamentais para se pensar na própria efetividade dos direitos humanos e na contemplação das necessidades humanas vitais. Com o abalo das prerrogativas de autorrealização dos indivíduos, torna-se difícil pensar em ideais realmente igualitários e em concepções abrangentes de ‘justiça social’. Logo, a partir do aprofundamento dessas perspectivas teóricas, será admissível esboçarmos os fundamentos e as condições de realização horizontal dos direitos humanos na Europa, sem a instituição de subjugações ou privilégios.

Baseado nesse percurso crítico, será cabível também questionarmos as contínuas ‘omissões’ do Tribunal Europeu no que diz respeito às avaliações sociais acerca das formas de intolerância, racismo e outros tipos de discriminação, que culminam em processos de inferiorização social e de não reconhecimento do *Outro*. Uma vez que, a imbricação entre o contexto político-social em que o direito é formulado e a mediação da ordem jurídica nas relações sociais são imprescindíveis para a garantia da própria legitimidade social e efetividade do sistema de direitos nos Estados modernos europeus. (THIEBAUT, 1993, p.283-284).

Em suma, com a crítica das atuais lacunas jurídicas a respeito da proteção dos ‘ofendidos e degradados’, também será viável apresentarmos um canal jurídico de acesso universal aos direitos, que não acoberte poderes sociais assimétricos ou ainda políticas de poder inseridas numa lógica de dominação usual. Nessa perspectiva, os direitos humanos assumiriam sua função de “[...] realizar [seu] conteúdo moral transcendente que se impregnou na memória da humanidade”, levando à edificação dos ideais de emancipação sobre fenômenos da ordem da vida em sociedade. Pois, “[...] pior do que as tentativas legítimas malsucedidas é sua ambiguidade, que coloca os próprios padrões ético-morais na penumbra”. (HABERMAS, 2012, p.31-32). Contestaremos assim, as práticas jurisprudenciais do Tribunal Europeu que não apenas silenciam a arbitrariedade, a opressão e a humilhação de grupos constantemente inferiorizados e não incluídos no direito moderno, mas que negam a própria ordem jurídica, na qual se originou a concepção normativa do Estado de direito. (HABERMAS, 2012, p.11).

A partir de tais anseios, buscaremos responder: Seria o Tribunal Europeu o exemplo de maior eficácia no que tange a proteção dos direitos humanos justamente por silenciar as violações cometidas no âmbito dos Estados nacionais? As estruturas jurídicas supraestatais, criadas e inspiradas nas bases político-filosóficas do Estado de direito, seriam mecanismos incumbidos de reconhecer e simultaneamente omitir os direitos humanos? Por meio da análise dos casos jurisprudenciais, seria o suposto ‘universalismo’ categórico dos direitos humanos fruto de direitos exclusivistas, pautados no não reconhecimento de outras formas de vida? As omissões nos procedimentos jurídicos que garantem a ordem em detrimento do caos do reconhecimento do *Outro*, seriam casos nítidos de fracasso da aplicação dos direitos de cidadania sob uma perspectiva universal? De que forma, a corrente crítica do pensamento social poderia fornecer os elementos teóricos para se pensar na universalização do acesso aos direitos humanos e, finalmente, alcançarmos à concretização do projeto iluminista de emancipação da humanidade? Assim, com base em tais indagações, essa pesquisa foi desenvolvida e justificada.

Cabe salientar, por fim, que não buscamos refutar o importante papel do Tribunal Europeu na proteção dos direitos humanos no nível pós-nacional na atualidade, mas acima de tudo, reforçar a imprescindibilidade de uma política internacional dos direitos humanos, como resposta aos inúmeros mecanismos de inferiorização social e de não reconhecimento do *Outro*, ainda presentes nos Estados europeus e nos mecanismos ocidentais de aplicação do sistema de direitos. Por isso, no primeiro capítulo da tese, apresentaremos as principais doutrinas, acerca do *princípio da não discriminação* e suas modificações estruturais (ao longo da história de formação do Sistema *two-tier* e do Tribunal único e permanente), bem como a atual jurisprudência política do artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, nos casos

que envolvem as leis e as políticas de violação dos direitos dos grupos minoritários e alternativos na Europa.

No segundo capítulo, concentrar-nos-emos no mapeamento dos ideais de ‘universalidade’ e ‘inclusão’ que perpassam sobre a *matriz* do conhecimento jurídico europeu, enfatizando suas principais correntes filosóficas e projetos político-sociais. No plano da fundamentação dos direitos humanos englobaremos todas as suas principais variações, indo desde o direito natural clássico e o jusnaturalismo moderno até o positivismo. Os projetos liberais e comunitários também aparecerão como possíveis leituras do sistema de direitos hodierno. Nosso objetivo se assenta na planificação dos fatores ético-morais de ‘evolução’ e ‘realização’ dos valores tipicamente ocidentais, acerca da ‘liberdade’, da ‘igualdade’ e da ‘justiça’, mas que culminaram e ainda culminam em traços remanescentes de estruturas *reificantes* de vida.

Por isso, a fim de avaliar em maior ou menor grau as perspectivas de ‘inclusão’ e ‘reconhecimento do *Outro*’, esforçamo-nos em reunir as principais propostas político-filosóficas que foram entendidas como ‘imperativos de legitimação moral’ e ‘capacidades jurídicas’, mas que na realidade se converteram em hierarquias sociais imutáveis, políticas de poder e categorizações dos seres humanos face às suas respectivas vicissitudes históricas. A inexistência de uma verdadeira cultura universal dos direitos humanos se deve aqui basicamente à falta de sensibilidade da cultura dominante, que instrumentalizou e construiu uma vigorosa ideologia *exclusivista* ao longo da história de formação social e humana. Por isso, entendemos que a fundamentação dos direitos humanos fundamentais não pode ser separada de sua aplicabilidade político-institucional, seja no passado ou no presente.

Finalmente, no terceiro e último capítulo da tese, apresentaremos as perspectivas habermasianas e honnethianas para um melhor entendimento dos quadros europeus reificantes de vida, suas formas de superação prática e os resultados empíricos da pesquisa de campo – realizada no Centro Europeu pelos Direitos do Povo Cigano (ERRC). Habermas evocará a relevância dos direitos humanos para a produção da legitimidade do poder nos regulamentos das relações sociais existentes no Estado de direito atual, e os considerará a base de articulação e viabilização da cooperação social, da solidariedade, da democracia deliberativa e da emancipação humana. Assim, os direitos humanos se transformarão no único critério possível de ser empregado para avaliar o nível de efetividade das democracias europeias, da participação nas instituições público-políticas e do estágio moral de ‘libertação’ de seus atores. Sua tentativa se assentará na superação dos conflitos e divisões sócio-institucionais que ainda impedem a conquista de uma nova forma de universalismo, não mais focada em conceitos tradicionais e exclusivistas, mas sim na crítica sólida do papel e do comportamento do Estado e dos seus atores.

Já Axel Honneth irá trazer a importância das esferas do amor, do direito e da sociedade civil para a conquista da ‘liberdade social’, uma vez que essas esferas proporcionam sentido à autonomia dos sujeitos. Autonomia essa, basilar para a consolidação da dignidade humana e do próprio projeto normativo do Estado democrático de direito. Através das diversas facetas do processo de formação da personalidade humana e dos mecanismos democráticos de ‘inclusão social’, o autor ressaltará como as instituições de ‘reconhecimento recíproco’ transformam-se cotidianamente num bem único e primordial para a promoção da ‘justiça social’, dos laços comunitários de ‘solidariedade’ e da cooperação nas sociedades europeias contemporâneas.

As distorções nessas esferas de reconhecimento – através da discriminação, do desrespeito e da intolerância –, seriam os principais fatores patológicos que inibem a formação bem sucedida de sujeitos autônomos, individuados e de igual valor, fragilizando assim as perspectivas democráticas e igualitárias de nosso tempo. Em suma, a pesquisa aqui desenvolvida também abordará o tema da percepção identitária das ‘vítimas de discriminação’, através da pesquisa de campo realizada no ERRC, para compreender o atual fenômeno da *dessimbolização do Eu*, que acomete sujeitos negados e grupos desfavorecidos no bojo do Estado de direito moderno, fazendo com que eles interiorizem suas condições fáticas de inferioridade e não se concebam como parceiros dignos de interação e direitos. Portanto, esse trabalho partirá da análise institucional do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de discriminação, intolerância e racismo até a completa subjetivação da inferiorização pelos sujeitos violados, proporcionando ainda uma profunda reflexão sobre as possibilidades hodiernas de vencer ou não as assimetrias sócio-históricas, as discriminações e os preconceitos.

Em suma, o conhecimento aqui produzido foi fruto de um recorte particular da pesquisadora, que se insere num contexto específico de vida. No entanto, buscou-se uma análise objetiva e clara sobre as questões abordadas. Os julgamentos de valor foram excluídos da pesquisa e nos concentramos apenas nos mecanismos metodológicos que permitiram alcançar análises consistentes dos fatos sociais e da realidade social europeia em crise. As pesquisas realizadas envolveram análises bibliográficas, documentais e de campo, com visitas ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e entrevista na ERRC (Organização não governamental de assistência jurídica às minorias na Europa).

2 AS INSTITUIÇÕES DE ESTRASBURGO: PROCESSOS E CONTRARIEDADES

2.1 Os dilemas acerca da criação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)

“[...] Vocês, que vão emergir das ondas
em que nós perecemos, pensem,
quando falarem das nossas fraquezas,
nos tempos sombrios
de que vocês tiveram a sorte de escapar.”
(BRECHT, 1956).

O fragmento acima intitulado ‘Aos que virão depois de nós’, é um trecho extraído da obra de Bertold Brecht, **Poemas 1913-1956**, que aborda a ampla desolação instaurada no continente europeu após as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários⁴, durante a Segunda Guerra Mundial. O sofrimento social – experimentado pela difusão da violência e dos genocídios em massa –, criou uma espécie de trauma coletivo na Europa, desencadeando, paulatinamente, reivindicações público-políticas por uma maior proteção e respeito aos direitos e deveres dos indivíduos, pela preservação das liberdades humanas e pela instituição de um modelo democrático pacífico e, acima de tudo, mais duradouro. (AROLD, 2007, p. 06).

Frente a um período de crescentes incertezas em relação ao futuro, as sociedades europeias sentiam-se ainda ameaçadas pela possível opressão e pela guerra, mediante ao incremento das prelações que especulavam sobre a progressiva instalação dos regimes socialistas na Polônia, na Checoslováquia, na Hungria, na Romênia e na Bulgária. A Europa havia sido dividida pela ‘cortina de ferro’, e em 1948, seus povos presenciavam novamente uma guerra civil que se desenrolava na Grécia, o bloqueio de Berlim e o golpe de Praga. A crença de que os Estados democráticos europeus precisavam se unir para ‘sobreviver’ e proteger suas tradições assumiu o palco das discussões políticas naquele instante. (BATES, 2011, p.18).

Mediante a esse clima de instabilidades político-econômicas e lustrosos massacres, as sociedades ocidentais pareciam finalmente compreender o ‘valor moral supremo’ do conceito de dignidade humana, que embora estivesse presente desde a ‘lição luminosa da sabedoria grega’, havia sido manipulado, restringindo-se, ao longo da história, aos grupos seletos de indivíduos e coletividades. (COMPARATO, 2009, p.55). Como lembra Christoffersen e Madsen (2011, p.01), a acepção de dignidade humana e a defesa dos direitos do homem e de suas liberdades fundamentais haviam sido “[...] instrumentalizados como parte de uma missão

⁴ [Relacionados ao nazismo de Hitler na Alemanha e ao fascismo de Mussolini na Itália.].

civilizatória”, e agora incidiam novamente na legitimação de uma nova ‘Era dos Direitos’, ainda que marcada por traços nítidos de fragmentação e exclusão.

Consequentemente, com o aumento das dificuldades dos governos ocidentais de lidarem com os conflitos que ameaçavam subjugar seus povos e nações, tornou-se imperioso o aprimoramento da cooperação europeia como a ‘única forma de superação’, seja do acometido sofrimento humano ou da devastação financeira que assolava o continente. (MEDEIROS, 1996, p.95). A internacionalização dos direitos humanos pela ONU com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH* de 1945, também foi responsável pela difusão dos ideais de ‘liberdade’, ‘igualdade’ e ‘justiça’, que se tornariam, a partir de então, a fonte moral de legitimidade de todo Estado de direito que se pretendesse democrático, do ponto de vista substancial. A Declaração continha ainda, em síntese, a ‘universalidade’ abstrata já proclamada pelos direitos naturais, a ‘particularidade’ concreta dos direitos positivos e a inspiração para o futuro, isto é, “[...] o ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações”. (BOBBIO, 2004, p. 19).

A necessidade de resgatar a dimensão político-democrática perdida no decorrer das duas grandes guerras, de promover a unificação econômica europeia – para evitar a dominação soviética –, e a atribuição de um papel central à preservação da dignidade humana – que assumia uma dimensão internacionalizada e institucionalizada–, mesclaram-se num novo projeto regional, inspirado na “[...] euforia de superação e na busca por ideais e tradições em comum.” (AROLD, 2007, p. 07). Como argumenta Christoffersen e Madsen (2011, p. 01), no Congresso da Europa – ocorrido em Haia em 1948 –, evidenciou-se de modo contundente que “[...] não havia uma clara distinção entre a Europa de mercado e a Europa como um dos pilares centrais dos direitos humanos. [...] [Assim], a ideia de integrar a Europa através dos direitos humanos tomava seu caminho próprio na história.”.

Sob a égide do *Comitê Internacional de Coordenação dos Movimentos para a Unida-de Europeia – ICMEU*⁵, o Congresso presidido por Winston Churchill, reuniu cerca de oitocentos participantes, dentre eles, estadistas, deputados, empresários, sindicalistas e cientistas (CVCE, 2016a)⁶. A visão que predominou no encontro foi de concretização do ideal de uma ‘Europa Unida’, com a generalização do modelo da social democracia e da cooperação, prioritariamente, intergovernamental. (BATES, 2011, p. 19-20).

⁵ [Posteriormente conhecido e denominado de Movimento Europeu.].

⁶ [CVCE. *The Congress of Europe in The Hague (7-10 May 1948): the establishment of and the first steps taken by the European Movement*, 2016. Disponível em: <<http://www.cvce.eu/en/recherche/unit-content/-/unit/04bfa990-86bc-402f-a633-11f39c9247c4/272166ae-84b2-466b-9cfa-4df511389208>>, acessado em: 06 de out. de 2016.].

Como se pode notar na *Resolução Política* de 07 de maio de 1948, a meta declarada dos governos engajados se assentava na realização gradativa da “[...] democracia social, cujo objetivo [seria] libertar os homens da escravidão e de toda a insegurança econômica, tal como da democracia política que tend[ia] a protegê-los contra o poder arbitrário”⁷. Convocou-se uma Assembleia Consultiva, para estabelecer medidas políticas, econômicas e legais compartilhadas, isto é, um verdadeiro plano de ações, com vistas a consolidar não apenas a unidade europeia, mas edificá-la segundo as premissas democrático-ocidentais. Preconizou-se também a adoção de uma *Carta Europeia dos Direitos do Homem* e a criação de um futuro *Tribunal de Justiça*, que garantiria o cumprimento de suas diretrizes também no âmbito supraestatal. (BATES, 2011, p.20).

Após a realização do Congresso, o Movimento Europeu produziu um anteprojeto intitulado a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, um documento inicial de trinta e duas páginas que já continha uma proposta de criação de um Tribunal e listava onze direitos e liberdades a serem garantidos pelos Estados-membros do recém-formado *Conselho da Europa – CoE*⁸. Os três redatores do anteprojeto foram o ex-ministro francês Pierre-Henri Teitgen, o conservador britânico David Maxwell Fyfe e o jurista belga Fernand Dehousse.

O anteprojeto mencionava como adição a “[...] criação de um sistema coletivo de segurança contra a tirania e a opressão”, possuindo ainda a função de preservar os fundamentos básicos que diziam respeito às liberdades humanas mais elementares, o acesso equitativo à ‘justiça social’ e ao Estado de Direito (para além de suas restritas fronteiras nacionais). Em seu preâmbulo, os preceitos morais e os princípios democráticos apareciam como prerrogativas de valor imensurável e parte da herança comum das nações europeias, os quais deveriam ser resgatados, promovidos e constantemente reafirmados. (BATES, 2011, p.20).

No texto integral da *Convenção do Movimento Europeu* foram elencados, respectivamente; i) o direito à vida e à integridade física; ii) a proteção contra a prisão, a detenção ou o exílio arbitrários; iii) o direito à liberdade da escravidão e à revogação do trabalho obrigatório ou discriminatório de algum tipo; iv) o direito à liberdade de expressão e de opinião em geral; v) o direito à liberdade de religião, crença, prática e ensino; vi) o direito à liberdade de associação e de reunião; vii) a proteção dos direitos naturais decorrentes do casamento e da paterni-

⁷ [Íntegra da versão original da *Resolução Política* de Haia de 07 de maio de 1948, disponível em: < http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_17920.doc >, Acessado em: 06 de out. de 2016.].

⁸ [O Conselho da Europa é uma organização intergovernamental e não deve ser confundido com a Comunidade Europeia/ União Europeia. Foi criado em 1949, através de várias iniciativas para garantir a ‘paz’ e a ‘segurança’ na Europa. Segundo suas próprias premissas, ele visa proteger a ‘democracia pluralista’ e os ‘direitos humanos’, incentivando ainda o desenvolvimento da ‘identidade europeia’ e a preservação de suas ‘tradições culturais’ (DEMBOUR, 2006, p. 19).].

dade, bem como os relativos à família; viii) o direito à propriedade; ix) a igualdade perante a lei; x) *o direito à proibição da discriminação em razão da religião, raça, nacionalidade, opinião política ou outra*; e, finalmente, xi) a proteção contra a privação arbitrária da propriedade. (European Movement *apud* BATES, 2011, p. 20).

Nas palavras de Ed. Bates (2011) sobre a similaridade desse projeto embrionário com a versão final da CEDH, no que tange ao propósito de suas garantias elucidadas,

The scope of rights protection was similar to the final version of the Convention itself, albeit the rights were merely listed. Also included was a broader provision by which each State would pledge, ‘faithfully to respect the fundamental principles of democracy’, in particular by holding free and fair elections, and by taking ‘no action which [would] interfere with the right of political criticism and the right to organise a political opposition’. Articles 3° and 4° were general limitation clauses for the operation of the aforementioned rights. Articles 5° and 6° were of particular note since they pointed to the longer and shorter term aspirations of the European Movement. Article 5° referred to a ‘Supplemental Agreement’ to be concluded at a later date; as a first step, however, Art 6 would apply. By this provision each signatory would undertake to maintain intact the rights and liberties selected for protection under Art 1, ‘to the extent that (they) were secured by the constitution, laws and administrative practice *existing in each country at the date of the signing of the Convention*. The commentary, as well as the reference to a Supplemental Agreement itself, suggested, somewhat vaguely, that the longer term plan was to create a much more substantial and detailed European human rights code of some type. But it was also recognized that that was an ambitious goal, one that might never be realized, so in the meantime the imperative was to protect the status quo – hence Art 6 as a type of ‘freezing’ provision. (BATES, 2011, p. 20, grifos do autor).

Como apresentado, o anteprojeto esboçado em julho de 1949, foi muito parecido em suas disposições com a Convenção Europeia, a qual entrou em vigor apenas em 03 de setembro de 1953. Embora os direitos aparecessem somente enumerados e sem teor vinculativo imediato – com uma proteção humana mínima –, ele buscava alcançar o consenso entre os Estados-membros e diminuir as futuras tensões políticas para a redação do documento final.

Em suma, a proposta visava definir a essencialidade de alguns direitos e deveres dos cidadãos, com a incorporação do sufrágio livre e universal, a ampla e desimpedida formação de oposições políticas partidárias e, principalmente, a preservação do *status quo* dos Estados signatários – como modo de atenuar os temores sobre as prováveis incursões de poder em suas respectivas soberanias nacionais. Entretanto, sobre os direitos de propriedade e de educação, de modo específico, não houvera consenso, sendo seus conteúdos remanejados para serem abordados em sessões futuras⁹. (CVCE, 2016b)¹⁰. Tudo isso foi assegurado sob a diretiva

⁹ [Esses direitos aparecerão como parte do texto oficial da Convenção Europeia dos Direitos Humanos apenas no Primeiro Protocolo Adicional (referente aos direitos de propriedade, educação e a eleições

geral, da “[...] proibição da discriminação em razão da religião, raça, nacionalidade, opinião política ou outra”, uma vez que ela contribuiria para “[...] forjar uma personalidade europeia rica da diversidade de todas as suas tradições”. (European Movement *apud* BATES, 2011, p. 20).

Apesar disso, no questionamento sobre a real inclusão de pessoas deslocadas, imigrantes, refugiados e apátridas ao ordenamento jurídico europeu – tema levantado pelo senador belga Étienne de la Vallée Poussin –, a Assembleia decidiu adiá-lo indefinidamente, focando-se apenas nos debates mais gerais sobre os direitos civis e políticos de seus cidadãos. Como podemos observar, no que diz respeito ao atual artigo 14º da CEDH – sobre a proibição da discriminação –, ele já aparecia elencado como um ‘direito não independente’ no âmbito da Convenção do Movimento Europeu. Ou seja, só poderia ser acionado desde que associado à violação de outro direito básico (*free-standing*), sendo de uso exclusivo dos cidadãos europeus (CVCE, 2016b).

Segundo Bates (2011, p.21) a ambição do Movimento Europeu foi de evitar a regressão dos direitos humanos no continente – ainda que centrado em velhas ‘virtudes políticas’ e cercado por ‘antigas lealdades’ e ‘tradições’. Por essa razão, foi proposta a criação da Comissão Europeia dos Direitos Humanos, que deveria selecionar os casos de violação dos direitos humanos mais visíveis e, em conjunto com um Tribunal, apontar a forma mais apropriada de reparação por meio de indenizações imateriais¹¹. (SEIBERT-FOHR; VILLIGER, 2014, p.18-19).

Ambas as instituições – a Comissão Europeia e o Tribunal – serviriam como uma maneira de manter “[...] a consciência de uma Europa livre, agindo como um sinal de alerta às outras nações da Europa democrática contra o totalitarismo.” (BATES, 2011, p. 21). Para o autor, a proteção dos direitos humanos condensava-se em pretensões humanas demasiadamente minimalistas, uma vez que sua intenção se resumia apenas em conter novas tentativas de governos autoritários e não representava, de fato, a concretização de uma autêntica tutela jurisdicional. Por isso, os redatores do anteprojeto não estavam convencidos que a criação de

livres) formulado em março de 1952 e ratificado por dez países em maio de 1954, com o objetivo de ampliar seu escopo de direitos protegidos. Mônaco e a Suíça o assinaram, mas nunca o ratificaram (FULL LIST, 2016). Disponível em: < <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/009/signatures> >, acessado em 14 de out. de 2016.].

¹⁰ [CVCE. *The first organisations and cooperative ventures in post-war Europe: the establishment of the European Convention for the Protection of Human Rights*, 2016b. Disponível em: < <http://www.cvce.eu/en/education/unit-content/-/unit/026961fe-0d57-4314-a40a-a4ac066a1801/e5143a50-1a43-4a26-8ffd-7a5aaa12ecf7> >, acessado em 06 de out. de 2016.].

¹¹ [Além da restituição, o governo deveria garantir que a mesma violação não ocorresse novamente. (SEIBERT-FOHR; VILLIGER, 2014, p. 18).].

um tribunal significaria uma ameaça às soberanias nacionais dos Estados europeus, considerando-o um instrumento necessário contra fontes arbitrárias de poder. (BATES, 2011, p.22).

Em agosto de 1949, Teitgen buscou – através de seu discurso na Assembleia Consultiva –, conquistar o apoio dos Estados europeus mais relutantes em assumir o acordo para a proteção dos direitos humanos no continente. O apelo ideológico do ex-ministro francês se pautou na obrigatoriedade moral da proteção humana e na importância dos experimentos coletivos de cooperação internacional para o sucesso da Convenção.

We should need years of mutual understanding, study, and collective experiments, even to attempt after many years, with any hope of success, to formulate a complete and general definition of all the freedoms and all the rights which Europe should confer on the Europeans. Let us therefore discard for the moment this desirable maximum. Failing this, however, let us be content with the minimum which we can achieve in a very short period, and which consists in defining the seven, eight or ten fundamental freedoms that are essential for a democratic way of life and which our countries should guarantee to all their people. It should be possible to achieve a common definition of these. (TEITGEN *apud* MOWBRAYa, 2007a, p.04).

O pronunciamento foi bem recebido, sendo concedido ao ex-ministro o auxílio de um corpo jurídico especializado para a reformulação do projeto embrionário a ser apresentado para votação subsequente. Após esse episódio, foi divulgado o Relatório de Teitgen¹², com propostas concretas para serem debatidas e votadas sobre a resolução que comporia os principais detalhes da Convenção. (RAPPORT, 2014).

Entretanto, como menciona Bates (2011, p. 26), “[...] Teitgen [também] implorou aos seus colegas para que não exagerassem na extensão dos direitos da Convenção, para que todos os Estados-membros a assinassem”. Com a ênfase de que todos os direitos e liberdades deveriam ser aceitos sem prolongamentos pela Assembleia, foi retirado do texto da Recomendação 38, o trecho que se referia à prevenção do totalitarismo, uma vez que tal menção conduziria a extensas discussões sobre o real significado dos regimes políticos europeus e sobre as formas de governo. Apesar disso, as propostas de criação de uma Comissão Europeia e de um Tribunal Europeu foram mantidas, e a segunda instituição permaneceu como foco central para o regime democrático de execução da Convenção.

Em novembro de 1949, o Comitê de Ministros aceitou a Recomendação 38, convocando um Comitê Jurídico especializado para avaliar as propostas que integrariam a Convenção, de modo a intensificar a confiabilidade do documento e aumentar as pressões políticas

¹²[RAPPORT Teitgen – 19 novembre 1954 (CVCE), 2014. Disponível em: http://www.cvce.eu/en/obj/teitgen_report_19_november_1954-en-e5e7e6e8-035d-4c40-a04d-6d747a74b198.html >, acessado em 12 de nov. de 2016.].

sobre os Estados para que a aprovassem. Também foi convocado a Conferência dos Altos Funcionários do Conselho da Europa, para debater sobre as questões políticas mais importantes que não poderiam ficar a cargo somente dos juristas selecionados. Essa conferência foi solicitada com o propósito de preparar o terreno político para as principais decisões, que abarcariam a aceitação ou não do Tribunal Europeu e da Comissão Europeia.

Como fruto desse debate, optou-se pela supressão temporária do direito às eleições livres e, principalmente, pela ausência imediata de mecanismos e instrumentos incumbidos de fiscalizar e controlar as diretrizes da Convenção. Logo, o artigo mais controverso foi o direito de ‘petição individual’ contra os Estados, já que dentro dessa proposta se encontrava a implementação do Tribunal de Justiça. Tanto a Holanda quanto o Reino Unido lideraram a oposição contra a aceitação da jurisdição do Tribunal. A Convenção, nesse primeiro estágio, só seria capaz de fixar quais seriam os direitos que ela abrangeria, pois não havia nenhum dispositivo legal de controle por incumprimento.

O direito de ‘petição individual’ só foi aceito depois de uma série de modificações na sua proposta original, dentre elas, que a ratificação da Convenção não implicaria na aceitação simultânea do Tribunal, tornando-se assim uma ‘cláusula facultativa’. O representante irlandês, Sean MacBride declarou que “[...] uma Convenção Europeia que não tivesse o direito de petição individual não valeria o papel em que foi escrita” (MACBRIDE *apud* BATES, 2011, p. 29). Após a pressão dos apoiadores do projeto, composto por oito países¹³, a questão da petição individual foi finalmente votada e aprovada por doze votos. Em associação a essa temática também foi redigido o artigo 25º da CEDH que se referia à criação de uma Assembleia Plenária para o estudo das propostas que integrariam o opcional Tribunal de Justiça.

Bates (2011, p. 31) nota que a ausência do reconhecimento coletivo dos Estados signatários sobre a importância da criação do Tribunal Europeu evidenciou o grande ceticismo que perpassava sobre a eficiência política e a credibilidade da Convenção. Para ele, na melhor das hipóteses, a Convenção era considerada um mecanismo ‘quase judicial’, pois os Estados estavam mais preocupados com a extensão de suas obrigações na ratificação do acordo, do que de fato, com a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais de seus cidadãos. As atividades implementadas na Europa, de modo algum, representaram a substituição das garantias nacionais pelas internacionais, sendo os direitos do homem – sua promoção, controle e garantia – mais imagináveis politicamente do que efetivos.

Tendo em conta as inúmeras cláusulas de exceção que negam o valor da Declaração de Direitos, e as dificuldades crescentes associadas à criação da

¹³ [Bélgica, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Suécia e Turquia.].

Comissão e do Tribunal – empecilhos que nenhum Estado parece disposto a superar – e à falta de vontade dos membros do Conselho da Europa em ratificarem a Convenção, apliquemos a este documento as palavras de Horácio: *‘parturiunt montes, nascetur ridiculus mus’*. [...] A frase em latim significa: “as montanhas estão em trabalho de parto e um rato ridículo irá nascer”. (GREEN *apud* BATES, 2011, p. 33).

Nesse ínterim, em novembro de 1950, os governos da Bélgica, da Dinamarca, da França, da Alemanha, da Islândia, da Irlanda, da Itália, de Luxemburgo, da Holanda, da Noruega, da Turquia e do Reino Unido, por fim, assinaram a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais¹⁴, no palácio de Barberini em Roma (BATES, 2011, p. 29). Como forma de demonstrar o falso entusiasmo que resvalava sobre os líderes europeus, Bates (2011, p. 31) recorda a fala do presidente da Assembleia, Paul-Henri Spaak, sobre a redação do documento: “[...] não é uma boa Convenção, mas é um belo Palácio!”.

A enfermidade do otimismo esteve presente, portanto, em grande parte dos debates político-jurídicos que precederam a criação da Convenção Europeia e do Tribunal Europeu, dando continuidade a um caminho posterior deverás sinuoso e debilitado. As instituições de Estrasburgo pautaram-se mais no compromisso dilatatório que é o de adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais. A sua conciliação implicou na manutenção do *status quo* e, perante ao público-espectador, numa encenação coerente dos grupos políticos divergentes, acerca da ilusória defesa dos direitos humanos. (NEVES, 2013, p.54).

Pois, para cada nova questão surgida – no âmbito da proteção humana inclusiva e das sanções dirigidas aos Estados transgressores –, mostrava-se a difícil tarefa de conciliar a ‘justa satisfação’¹⁵ individual dos direitos com as soberanias nacionais, servindo apenas para expor simbolicamente como as novas instituições político-europeias eram merecedoras da confiança pública e intimamente atreladas às demandas sócio-históricas por mais direitos sociais. (BATES, 2011, p.36). O acordo se fundou, particularmente, na manipulação de um ideal de eficiência dos seus mecanismos de controle, que eram capazes de produzir um sentimento coletivo de bem-estar e imunizar, acima de tudo, seus sistemas políticos de formas alternativas de dominação. (NEVES, 2013, p. 39-40).

¹⁴ [O Conselho da Europa não deve ser reduzido apenas à Convenção Europeia. Paralelamente ao Tribunal Europeu, ele é formado por três grandes instituições em Estrasburgo: o Comitê de Ministros, o Secretariado e a Assembleia Parlamentar. (DEMBOUR, 2006, p. 20).].

¹⁵ [A ‘justa satisfação’ aparece como uma nova subjetividade política, isto é, capaz de considerar a satisfação das necessidades humanas mais básicas como critério para serem pensadas as novas formas de legitimação no âmbito jurídico. “A estrutura das necessidades humanas que permeia a coletividade refere-se tanto a um processo de subjetividade, modos de vida, desejos e valores, quanto à constante ausência ou vazio de algo almejado e nem sempre realizável”. (WOLKMER, 2007, p. 102).].

Por vezes, a Convenção Europeia e o Tribunal Europeu tornaram-se insígnias de um notável projeto, mas ainda fadado às relações assimétricas de poder nacional e interinstitucional, sendo ainda camuflado por discursos morais em prol da defesa simbólica dos direitos universais do homem e da preservação das tradições de suas sociedades (SCHEECK, 2011). As ambivalências estiveram presentes em seu momento de criação, aprofundamento e concretização, sendo partes constitutivas do que é hoje considerado umas “[...] das mais altas competências judiciais” em questões de proteção e soluções para os indivíduos violados no continente. (AROLD, 2007, p.12).

De acordo com Bates (2011, p.36), a Convenção Europeia da década de 1950, foi ainda ambígua em sua missão, ora fundada com a intenção de se constituir como um ‘pacto para ação coletiva e de segurança’ dos Estados ocidentais, ora como um instrumento facultativo de ‘garantia dos direitos individuais’ (ou seja, um verdadeiro Tratado Europeu dos Direitos Humanos), mas sem mecanismos de controle e garantias eficazes – o que colocava em dúvida seu real intento de se constituir como um instrumento genuíno para a proteção humana inclusiva e para a promoção da ‘justiça social’.

À Convenção Europeia, inicialmente, coube à função de preservar os direitos humanos e as liberdades acordadas em seu texto – sem direito de expansão posterior –, reafirmando às crenças público-políticas de que somente a defesa desses direitos poderiam garantir as verdadeiras bases da paz e da justiça que a Europa tanto precisava. (AROLD, 2007, p. 20-21) (CONVENÇÃO, 2016)¹⁶. No entanto, ela ainda compactuava com a antiga lógica quase exclusiva do ‘Estado *versus* Estado’. O direito de petição individual – a grande inovação do projeto –, era opcional e restrito apenas a um número limitado de países. Desde a sua criação, cabia somente ao Comitê de Ministros sua supervisão. No ano seguinte à sua implementação, veio à primeira aquisição do acordo: a criação da Comissão Europeia dos Direitos Humanos – responsável por filtrar os casos de violação dos direitos humanos nos Estados signatários e formular pareceres avaliativos a serem direcionados ao Comitê. (AROLD, 2007, p. 22-24).

Entretanto, a Comissão Europeia não se constituía como um órgão permanente em Estrasburgo, apenas estabelecia reuniões mensais. Em seus estágios iniciais – assim como a Corte Europeia –, ela se pronunciava somente sobre a harmonização das legislações nacionais ao ordenamento jurídico europeu, com o objetivo de estabelecer medidas profícuas para a incorporação dessas diretivas nos textos legislativos dos Estados nacionais. Sua notoriedade dependia das decisões do Conselho da Europa, que até então, era o único órgão responsável por manter politicamente os Estados dentro das normas acordadas. (AROLD, 2007, p. 24).

¹⁶ [Preâmbulo].

Apesar desse estopim inicial, para alguns autores, foi somente com a aceitação majoritária¹⁷ da jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos¹⁸, em janeiro de 1959, que a “[...] Convenção Europeia foi trazida à vida [...] através da criação da jurisprudência de Estrasburgo, tendo como base os casos de apelação individual”. (BATES, 2011, p. 38-39). Quando foi inaugurado, parte dos Estados do Conselho da Europa se comprometeram com a função de nomear uma lista com três juízes nacionais que seriam votados pela Assembleia para compor o quadro de especialistas da instituição. Quanto ao processo de eleição dos juízes, os candidatos precisavam possuir “[...] as qualificações necessárias para o exercício de altas funções judiciais ou serem competentes de jurisconsultos reconhecidos.” (BATES, 2011, p. 39).

Ao Tribunal Europeu coube o dever de julgar e implementar a Convenção, decidindo sobre as possíveis transgressões dos direitos do homem e do cidadão no escopo de seus Estados signatários. Foi ressaltado, desde o princípio, que as decisões agissem de acordo com as particularidades nacionais, e que levassem em conta as principais constituições democráticas modernas. Recentemente, no caso de *Rekvenyi versus Hungria* (processo nº 25390/94)¹⁹ – sobre a garantia do direito de livre associação (artigo 11º da CEDH) –, o Tribunal Europeu consolidou o seu papel internacional contraditório como uma instituição jurídica de defesa dos direitos humanos, mas ainda centrado em características político-tradicionais (VOETEN, 2011, p. 61)²⁰, por adotar – a partir da década de 1990 – a *doutrina da margem de apreciação*. (AROLD, 2007, p.20).

¹⁷ [O Reino Unido só aceitou a cláusula opcional do direito de petição individual e, conseqüentemente, a jurisdição do Tribunal Europeu em 1966. Em 1973, foi a vez na Itália e da Suíça de seguirem o exemplo. A França aceitou sua jurisdição apenas após a morte do Presidente Pompidou em 1974. Em 1975, foi a vez da Grécia, Espanha e Portugal de se integrarem à estrutura da CEDH, após seus regimes autoritários de Franco e Salazar e dos ‘coronéis gregos’. Muitos analistas como Madsen (2011, p.58) consideram que o maior impulso à legitimidade da jurisdição do TEDH tenha ocorrido em meados da década de 1970 com a incorporação de novos e importantes membros à CEDH e ao direito de petição individual.]

¹⁸ [Ao sistema de articulação entre ambos os mecanismos, Comissão e Tribunal, foi instituído reuniões não permanentes em Estrasburgo, no chamado “*two-tier system*”. Nesse processo, a Comissão ficaria encarregada de filtrar as demandas a serem levadas ao tribunal. Os casos individuais poderiam ser apresentados previamente à Comissão, e caso ela não alcançasse a plena satisfação das partes por intermédio de uma solução amigável, o processo era encaminhado ao Tribunal. Em seus primeiros estágios, Nina-Louisa Arold (2007, p. 22-24) menciona que ambas as instituições se pronunciavam em relação à legislação nacional dos Estados-membros, e quais seriam as medidas legais mais apropriadas para a incorporação da Convenção Europeia em seus ordenamentos jurídicos internos. Desde sua fase inicial, cabia ao *Comitê de Ministros* do Conselho da Europa emitir sanções para o cumprimento das recomendações.]

¹⁹ [O caso na íntegra está disponível em: < www.legislationline.org/documents/id/18443 >, acessado em 07 de out. de 2016.]

²⁰ [Voeten (2011) examina a política interna do TEDH, observando que a interpretação dos textos legais permanece como uma “questão de opinião política”. Para o autor, grande parte da jurisprudência

Por meio desse dispositivo, o TEDH reconheceu uma ‘maior concessão discricionária’ aos tribunais nacionais, com a alegação de que esses ocupavam um lugar de destaque e mais próximos de suas sociedades tradicionais do que os juízes de Estrasburgo. Estabeleceu-se assim, legalmente, um maior poder de manobra aos Estados Europeus, na medida em que a Convenção se tornou subsidiária dos sistemas nacionais de salvaguardas dos direitos. (LAWS, 2014, p. 192). No entanto, as principais doutrinas do TEDH serão abordadas mais adiante.

Assim como as outras duas instituições, os dilemas acerca da coerência e efetividade do Tribunal Europeu se mantêm, sendo improvável a definição de uma única cultura legal, com ideais, valores, expectativas e atitudes harmoniosas no seu escopo de atuação. (FRIEDMAN, 1996, p.66). Por isso, propomos um estudo seletivo dos fatos fundamentais que estiveram associados ao aumento da confiabilidade do Tribunal Europeu durante o seu período de evolução no que tange à proibição da discriminação, da intolerância e do racismo.

As doutrinas e os conceitos incorporados, que passaram a integrar as premissas de interpretação do atual artigo 14º da CEDH serão essenciais para abordarmos as condutas, as lógicas jurídicas e, finalmente, delinear uma jurisprudência política, hábil em fornecer um conjunto de variáveis causais a serem confrontadas, posteriormente, com as análises críticas de Jürgen Habermas (*Teoria Reconstitutiva do Direito*) e de Axel Honneth (*Teoria do Reconhecimento*). Objetiva-se, por fim, apresentar um diagnóstico do tempo capaz de problematizar a efetividade do Tribunal Europeu no que tange ao reconhecimento humano inclusivo e a promoção da igualdade com sensibilidade às diferenças.

Por isso, buscaremos responder: Como se dispõe a infraestrutural legal do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos? Seus mecanismos e instrumentos de proteção são facilmente acionados? Quais são os trâmites legais? Para além dos dados objetivos de acesso ao sistema de direitos moderno, quais são e foram as doutrinas que perpassaram sobre o *direito de não discriminação*? Seriam elas, garantias de proteção, coordenadas e compatíveis com as demandas histórico-sociais? Ou ainda se encontram pautadas em cenários sociais marcados pela influência das tradições e de antigas lealdades nacionais? Qual o padrão legal de prova da Corte Europeia no que diz respeito às identidades alternativas na Europa e à proteção contra as atitudes discriminatórias baseadas na etnia de minorias nacionais?

Através desses questionamentos, pretendemos delinear os limites e as possibilidades da jurisprudência política do Tribunal Europeu, acerca do artigo 14º da CEDH de *não discriminação*, seus debates e problemas, além ainda de conceber um estudo científico rigoroso que

servirá de base para as análises subsequentes das políticas de proteção social e inclusão dos grupos sociais constantemente inferiorizados e não incluídos no sistema de direitos moderno.

2.2 O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: as principais doutrinas sobre o princípio da não discriminação e suas modificações estruturais

2.2.1 Breve panorama: as fases progressivas da infraestrutura legal da Corte Europeia

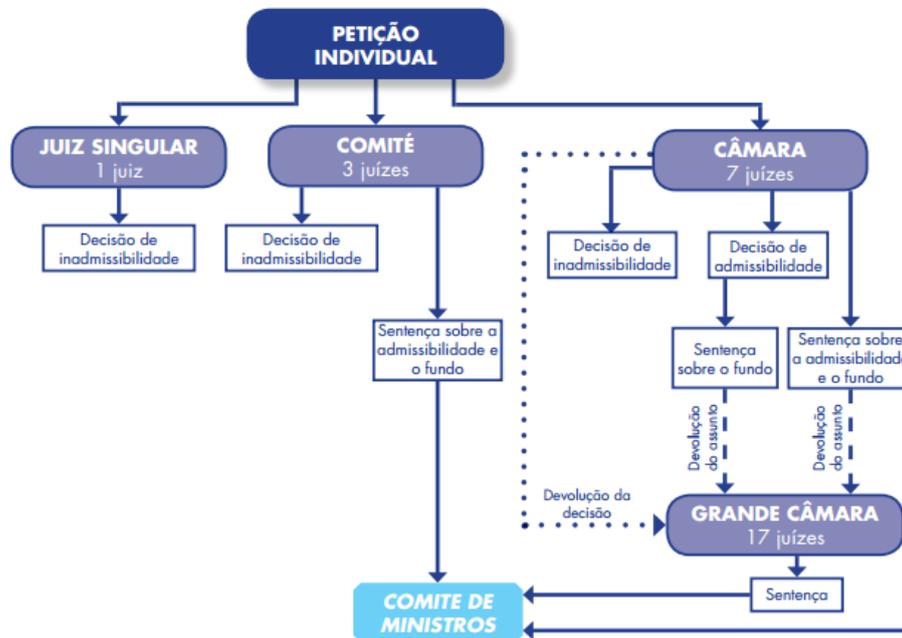
A primeira fase de formação da infraestrutura legal, que marca o antigo sistema de Estrasburgo²¹, ficou conhecida como *two-tier*. Ela vigorou até novembro de 1998, quando as principais modificações introduzidas pelo *Protocolo nº 11* (STE nº 155), substituíram os dois níveis da estrutura, composta pela Comissão Europeia e pelo Tribunal Europeu – de tempo parcial –, num único Tribunal permanente. (ESQUEMA, 2014, p.09).

Essas mudanças desencadearam a extinção da Comissão Europeia, e apresentaram-se como um meio – oficialmente declarado – de garantir um maior dinamismo ao processo e democratizar o acesso ao Tribunal. O *protocolo nº 11* evitou considerações político-jurídicas mais amplas, acerca do papel ou da finalidade da Convenção, concentrando-se apenas na mecânica institucional e nos modos de garantir um melhor funcionamento das instituições com a redução, sobretudo, dos custos operacionais. Ele demarcou o novo estágio da infraestrutura legal da Corte e foi considerado, por muitos especialistas, como um pacote de reformas radicais. (HARMSEN, 2011, p.121-122).

Outra modificação se deu pelo aumento considerável do número de casos individuais, após a tendência democratizante que introduziu mudanças políticas vultosas no Conselho da Europa. Ou seja, a adesão dos antigos Estados soviéticos ao quadro de membros da Convenção. Com o intuito de combater a lentidão do sistema, a entrada em vigor do *Protocolo nº 14* (a partir do ano de 2010), definiu que apenas um juiz singular poderia “[...] declarar a inadmissibilidade ou arquivar qualquer petição” (art.7, parágrafo 1). Caso o pedido fosse considerado admissível, o juiz o transmitiria ao Comitê jurídico (composto por três juízes) ou à Câmara (composta por sete juízes), para a emissão da sentença final a ser executada pelo Comitê de Ministros. No entanto, caso não houvesse precedência na jurisprudência do Tribunal, a petição passaria a ser avaliada pela Grande Câmara (composta por dezessete juízes), conforme é exemplificado no organograma abaixo:

²¹ [Originalmente três instituições foram confiadas a possibilidade de supervisão, aplicação e interpretação da *Convenção Europeia*: a Comissão Europeia dos Direitos Humanos (criada em 1954), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (criado em 1959) e o *Comitê de Ministros* do Conselho da Europa (criado em 1949). (AROLD, 2007, p. 24).].

Figura 1 - Organograma simplificado do acesso dos pedidos individuais ao TEDH



Fonte: OVERVIEW, 2015, p. 11.

Na hipótese da queixa ser considerada inadmissível – em qualquer etapa do processo –, a apelação tendo como base as mesmas evidências, não seria mais exequível. Segundo dados apresentados pelo relatório *Overview 1959-2014*, o Tribunal Europeu já decidiu sobre, aproximadamente, 627.000 aplicações até o ano de 2014. Isso equivaleria a apenas 5% dos casos aplicados, uma vez que se estima que 95% das queixas tenham sido consideradas inadmissíveis ao longo de sua história. (OVERVIEW, 2015, p.04).

Para Robert Harmsen (2011, p. 126-127), “[...] em relação ao *Protocolo nº 11*, o *Protocolo nº 14* foi um acordo marcadamente mais modesto”. Pois, versou sobre um conjunto limitado de alterações, com a meta de permitir um funcionamento mais ágil do sistema, “[...] à luz das primeiras experiências do novo Tribunal e do crescimento contínuo do número de casos”. Para desenvolver suas críticas, o autor defende que as discussões prévias ao *Protocolo nº 14* englobavam noções constitucionalistas e visões mais amplas sobre o papel da justiça na Corte e na vida dos indivíduos, o que foi deixado de lado na redação do documento final. (HARMSSEN, 2011, p. 127).

Para além de sua disposição estrutural, o Tribunal juntamente com as demais instituições de controle e execução da Convenção – isto é, a Comissão Europeia e o Comitê de Ministros –, desde sua criação, proporcionaram uma sequência de reformulações no bojo de suas competências, com a incorporação formal de novos princípios, lógicas judiciais, doutrinas ju-

risprudenciais e padrões de prova para a interpretação dos seus dispositivos legais, como é apresentado nos relatórios anuais desde 1959.

Tendo como parâmetro o alcance de tais medidas e reestruturações, propõe-se uma apreciação aplicada para a definição de seus principais fundamentos históricos e organizacionais, aderindo à análise suas premissas constitutivas, axiomas e marcos, que possibilitarão a compreensão de suas sentenças emitidas nos casos que envolveram as *leis e as políticas de não discriminação* (foco vital desse estudo).

2.2.2 O antigo sistema “two-tier”

Durante os anos de 1952-1958, o Comitê Jurídico da Assembleia Consultiva, destinou-se, majoritariamente, ao refinamento das normas presentes na CEDH e, à implementação de novas competências à recém-criada Comissão. O primeiro protocolo adicional foi integrado ao corpo do ordenamento jurídico europeu em março de 1952. Suas providências visavam complementar alguns direitos civis e políticos, que já haviam sido reconhecidos pelas Nações Unidas²², mas cujos direitos ainda não faziam parte da Convenção. (CONVENÇÃO, 2016).

Essas ‘novas liberdades’ buscavam assegurar os direitos individuais de proteção da propriedade privada, a garantia das eleições livres e democráticas e o comprometimento dos Estados em aplicarem territorialmente as diretrizes do acordo. (YEARBOOK, 1962, p. 138-140). O Conselho da Europa intencionava ainda conceder certos direitos recíprocos e obrigações em conformidade com os interesses nacionais dos Estados signatários, consolidando o seu ideal de uma ‘união mais estreita’, como modo de estabelecer uma “[...] ordem pública de democracias livres”, e o respeito ao seu “[...] patrimônio comum de ideias e tradições”. (CONVENÇÃO, 2016, p.05) (YEARBOOK, 1962, p.139-140).

Esse posicionamento fez com que o autor, Andrew Moravcsik (2000, p. 248-249) apontasse a Convenção como um mecanismo que possibilitaria a difusão da democracia liberal no continente. Com uma tentativa conjunta, de “[...] bloquear a governança de seus adversários políticos futuros”, não sendo considerada, portanto, uma forma “[...] de conversão ao altruísmo moral”. Durante seus primeiros quinze anos de vigência, como argumenta Mikael Madsen (2011, p. 44), “[...] o resultado foi que muitas medidas legais [...] proporcionaram uma espécie de justiça aos indivíduos, sendo ainda cuidadosamente equilibrada com os interesses geopolíticos dos Estados”.

²² [Através do *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*.].

Já, utilizando-se da reflexão de Marcelo Neves (2013, p. 01-07), podemos atribuir à Convenção, o papel de se constituir como um possível ordenamento de representações, com referências explícitas aos termos da semântica tradicional. Pois, os apelos à existência de um ‘patrimônio comum’, de uma ‘herança europeia’ e da preservação das ‘tradições’, apareceriam como mecanismos de intermediação entre os anseios políticos do documento jurídico e a realidade social europeia. Nas palavras do autor, “[...] o simbólico encontrar-se-ia aqui [...] tanto na linguagem quanto nas instituições. Embora as instituições não se reduzam ao simbólico, elas são inconcebíveis sem ele”. (NEVES, 2013, p. 13).

Podemos notar tal entrelaçamento no discurso do presidente e juiz Lord Arnold Macnair²³, na inauguração da Corte Europeia em 20 de abril de 1959. Ele menciona que o Tribunal foi estabelecido como uma ‘fonte natural’ de sua própria jurisdição. E, quando as ‘constituições nacionais’ falhassem em garantir os direitos e as liberdades mais elementares aos indivíduos –, caberia ao Tribunal o dever de reparar os equívocos e resguardar os direitos do homem e do cidadão. (YEARBOOK, 1960, p.154). Pois,

[...] o conflito pode crescer entre indivíduos e governos. E, se eu puder usar uma frase medieval para exemplificar “[...] há um poder demasiadamente grande de um lado em detrimento do outro”, mas apenas como a paz é única e indivisível, assim também o é o respeito à vida e à dignidade humanas. *Como Jesus Cristo declarou essa verdade quando disse, ‘porquanto o fizestes isto a um dos seus pequeninos irmãos, vós o fizestes também a mim’.* Foi nessa concepção em que se inspirou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948. [...] Quase imediatamente, o Conselho da Europa criou uma proteção internacional dos direitos humanos como sendo seu maior objetivo. E em 1950, a Convenção Europeia foi adotada contendo em detalhes a elaboração desses direitos. A CEDH, no que diz respeito aos seus autores, *foi [concebida] como uma expressão comum de suas tradições [...] e o preâmbulo da Convenção descreve a manutenção e a realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais como um método de alcançar uma maior ‘união e coesão entre os membros do Conselho da Europa’* [...] Senhores, posso assegurar que eu e meus colegas estamos orgulhosos de termos sido autorizados a participar deste movimento e que nos comprometemos em fazer o nosso melhor para garantir o seu sucesso”. (MACNAIR *apud* YEARBOOK, 1960, p. 154-156, grifo nosso).

Nesse caso, o aspecto simbólico foi associado aos meios difusos da garantia da proteção humana inclusiva e particularista das tradições, com referências explícitas até mesmo aos ideários cristãos. No domínio do direito, tratar-se-ia de uma linguagem aparentemente ‘universal’, ‘flexível’ e ‘solidária’. No entanto, que se chocaria, em seguida, com a alusão de sig-

²³ [Juiz e o primeiro presidente do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, com mandato de 1959 até 1965.].

nos de filtragem, os quais estabeleceriam critérios restritos de pertencimento, exclusivos e até mesmo excludentes. (NEVES, 2013, p.101).

Foi reafirmado ainda pelo Relatório de 1961 que todos os Estados europeus possuíam “[...] a mesma opinião e [tinham] uma herança comum de tradições, ideais, liberdades e Estado de Direito, dando assim os primeiros passos para a criação coletiva de alguns direitos”. (YEARBOOK, 1962, p. 138). Atrélaram-se, portanto, aos mecanismos judiciais perspectivas simbólicas que permeavam, principalmente, as instituições políticas europeias. (NEVES, 2013, p. 27). Nas palavras do autor, “[...] definiu-se uma atividade coletiva que tranquilizava os seus participantes da inexistência de dissenso entre eles. [Os símbolos], por sua vez, foram concebidos como crenças socialmente comunicadas e inquestionadas”. Por meio de tais reivindicações, o significado que prevaleceu foi o “[...] político-ideológico latente em detrimento do seu sentido normativo-jurídico aparente.” (NEVES, 2013, p.29).

Como sequência, após a criação do Tribunal Europeu em 1959, foi aprovado como adição ao texto da Convenção, o segundo protocolo adicional: o *Protocolo nº 4*. Conforme consta no parecer de 1963, esse projeto além de incorporar mais dispositivos – no que tange ao reconhecimento de certas garantias civis e políticas –, também ampliou as atribuições do próprio sistema de Estrasburgo. De modo diferenciado, essas novas medidas possibilitaram a recepção de petições tanto individuais ou de grupo de particulares, quanto ações conduzidas por organizações não governamentais²⁴. (CICHOWSKI, 2011, p.77).

Já no que se refere aos direitos conquistados, o *Protocolo nº 4* agregou à Convenção, a proibição da prisão por dívidas, a liberdade de circulação, o impedimento da expulsão arbitrária de nacionais, bem como da ‘expulsão coletiva’ de estrangeiros (CONVENÇÃO, 2016), sendo todas essas medidas amparadas pela normativa legal da ‘igualdade perante a lei’, sob a garantia do gozo da ‘não discriminação’. (YEARBOOK, 1960, p.168).

O *princípio da não discriminação* foi claramente influente na elaboração dos documentos produzidos pelo Tribunal e pela Comissão. (HANDBOOK, 2011, p. 14-15). Como parte integrante de seu arcabouço, a promoção da ‘igualdade plena e efetiva’ (CONVENÇÃO, 2016, p.51), não excluía ainda a “[...] possibilidade de uma das partes contratantes operarem segundo o princípio da diferença” (YEARBOOK, 1960, p.505), desde que, tais medidas fossem “[...] objetivas e razoavelmente justificadas”. (CONVENÇÃO, 2016, p.51-52).

[...] um Estado não discrimina se conferir uma *vantagem*, um *privilégio* ou se posicionar *a favor* de um determinado grupo ou indivíduo [...] a questão

²⁴ [Cichowski (2011) aborda o papel do ativismo dos grupos da sociedade civil europeia na expansão dos direitos humanos em Estrasburgo, sendo essas organizações, importantes mecanismos de transformação da jurisprudência do TEDH.].

de uma eventual discriminação surge apenas se a diferença de tratamento em causa equivale a uma “dificuldade” infligida a outras pessoas. Além disso, é necessário que as “dificuldades” não sejam justificadas tendo como base o interesse geral [...] A “apreciação” do “interesse público” não é “isento de avaliação pelos órgãos estabelecidos para a implementação da Convenção” [...] com relação ao artigo 14º: se for aceito que “certas diferenciações possam ser justificadas com motivos razoáveis e legítimos”, a ideia de uma “revisão internacional” requer que a Comissão e o Tribunal tentem verificar os motivos do órgão legislativo, bem como os objetivos e os efeitos da legislação. (YEARBOOK, 1970, p. 854-856, grifo nosso).

Assim, os Estados poderiam introduzir medidas desiguais de tratamento, desde que, não fossem consideradas ‘arbitrárias’ ou se constituíssem como um ‘impedimento’ a outros indivíduos membros da sociedade. Esta distinção legítima referia-se às ações dos Estados para a correção de desigualdades estruturais de origem histórica, econômica, social ou de natureza política. No entanto, é necessário ressaltar que uma distinção, à primeira vista, concebida como ‘legítima’ – em longo prazo –, pode se transformar numa discriminação injusta. Uma vez que tenha alcançado seu objetivo inicial de igualitarização, a diferença de tratamento pode se converter em graves preconceitos, que derivam, quase sempre, da vontade deliberada dos governos e de suas sociedades (YEARBOOK, 1968, p.846). Por isso, as instituições de Estrasburgo também destacaram a pertinência de uma apreciação constante do interesse público, bem como a necessidade de avaliar os efeitos, os objetivos e a plausibilidade dessas legislações.

Com base no relatório sobre a jurisprudência europeia sobre o princípio da não discriminação, o *Handbook on European non-Discrimination law* (2010, p. 21-21), “[...] a lei da não discriminação proíbe cenários em que pessoas ou grupo de pessoas, em situações idênticas, sejam tratadas diferentemente [ou ainda que], pessoas ou grupo de pessoas, em situações diferentes, sejam tratadas de modo idêntico”. Apesar disso, o Tribunal Europeu passou a condenar somente as formas de ‘discriminação direta’, ou seja, quando existiam diferenças no tratamento de indivíduos em situações análogas ou semelhantes, sem que fossem objetivamente legítimas ou justificáveis.

O parecer aponta que o Tribunal raramente apresentou o conceito de ‘discriminação indireta’ em sua jurisprudência (HANDBOOK, 2010, p.38-39), não a reconhecendo até recentemente²⁵. Embora tenha atestado a possibilidade de ações afirmativas como formas de reverter às assimetrias históricas ou às desvantagens estruturais – com a promoção da participação de grupos desfavorecidos –, ele foi relutante em reconhecer, por um longo tempo, a ‘discrimi-

²⁵ [Caso *D.H e outros* contra a República Checa (processo nº 57325/00), trabalhado mais adiante.].

nação inversa'²⁶. Ou melhor, que “[...] um mesmo tratamento para pessoas que estão em situações diferentes” poderia se converter num ato discriminatório ou generalizado de inferiorização. (HANDBOOK, 2010, p.29).

Para Marie-Bénédicte Dembour (2009, p.223-231) a recusa do Tribunal em aderir ao princípio da ‘discriminação indireta’ por tantas décadas, evidenciou que o reconhecimento do racismo e da discriminação pela instituição se traduziu em “[...] pequenas concessões num espaço onde o racismo cresce mais a cada dia”. Para a autora, a leniência em aprová-la foi uma decisão de cunho predominantemente política, que se tornou legítima nos requisitos legais. Referiu-se apenas ao “[...] não reconhecimento cotidiano do racismo e no seu contínuo silêncio”. Afinal,

[...] as normas legais nunca são neutras, pois elas refletem certos valores e premissas que podem ser alteradas conforme a história social. Tanto a [sua] jurisprudência quanto os recentes desenvolvimentos internos do Tribunal demonstram que estes dados técnicos não eram de fato um dado, mas resultado de uma escolha política deliberada pela Corte. (DEMBOUR, 2009, p.226).

De acordo com a autora, competiria ao sistema de Estrasburgo a função de reduzir ou eliminar os efeitos sociais dessas duas formas de domínio hierarquizado, no sentido de diminuir a subordinação, a marginalização e a exclusão. Caberia assim ao Tribunal e à Comissão, a proteção de indivíduos contra modos velados de desrespeito – neste caso, de padrões legalmente institucionalizados – que ainda reproduzem relações assimétricas de poder nas sociedades europeias. (DEMBOUR, 2009). No entanto, aprofundar-nos-emos nessas críticas mais adiante.

No que se refere à adição das diretivas de ‘igualdade’ e ‘não discriminação’, o *sistema two-tier* também inviabilizou discursivamente a possibilidade de “[...] invocar o fato de que um ato não foi abusivo ou *contra bonos mores*, porque foi conformado numa ideologia dominante sobre a discriminação contra pessoas em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, ideologia ou oposição política”. (YEAKBOOK, 1960, p. 260). Sob essas circunstâncias se buscou evitar discursos discriminatórios salvaguardados em vieses culturais de grupos majoritários. Tal norma definiu o escopo de aplicabilidade do artigo 14º da CEDH, apresentando os seus possíveis efeitos práticos. (YEARBOOK, 1970, p. 882).

²⁶ [São elementos de uma ‘discriminação indireta’, “(...) critérios, práticas ou regras [à primeira vista concebidas como] neutras, [mas] que afetam um grupo ‘vulnerável’ de um modo significativamente mais negativo do que em comparação com outros grupos em situação similar”. (HANDBOOK, 2010, p.29). Em resumo, são práticas rotineiras que colocam numa situação de desvantagem grupos ‘vulneráveis’ .].

Em 1963, o Tribunal Europeu ainda atestou que a “[...] discriminação mais flagrante é suposta a ocorrer no domínio internacional”. (YEARBOOK, 1964, p.450). A partir dessa constatação, a Comissão Europeia em associação com o Tribunal passaram a intensificar os esforços para incluírem uma revisão internacional das realizações nesse campo. Às organizações intergovernamentais regionais e às organizações não governamentais assumiram um papel de destaque na cooperação e participação desse projeto político em construção. (YEARBOOK, 1968, p. 68-70).

Três anos depois, a Comissão Jurídica da Assembleia Consultiva apoiou a *Recomendação 453*, sobre as medidas a serem tomadas contra a incitação ao ódio racial, nacional e religioso, nos âmbitos nacionais e internacionais. Foi sugerido ao Comitê de Ministros que: i) convidassem os Estados signatários da Convenção para iniciarem uma “[...] legislação eficaz contra a incitação ao ódio racial, nacional e religioso”, e onde essa legislação já estivesse em vigor, que o Comitê estimulasse a verificação de seu ‘alcance’ e ‘efetividade’, “[...] à luz das circunstâncias do tempo presente”; ii) que o Comitê transmitisse aos governos nacionais uma ‘lei modelo’ para assistência, conveniência e utilização de tal diretriz contra a incitação ao ódio nas legislações nacionais, incorporando ainda os princípios jurídicos que a Assembleia considerasse como essenciais para a ‘boa convivência’ democrática; e, finalmente, iii) que instruisse o Comitê de Peritos para esboçar um projeto relativo a uma lei uniforme contra o ‘incitamento ao ódio racial, nacional e religioso’ na Convenção. (YEARBOOK, 1968, p. 66).

A ‘lei modelo’ definiu, sobretudo, que uma pessoa seria culpada de crime ou infração pelo Tribunal ou pela Comissão,

Artigo 1º

- a) se chama[sse] publicamente ou incita[sse] o ódio, a intolerância, a discriminação ou a violência contra pessoas ou grupo de pessoas distinguidas pela cor, raça, etnia, origem nacional ou religiosa;
- b) se insulta[sse] pessoas ou grupo de pessoas, se as prende[ssem] arbitrariamente, ou despreza[ssem]-[n]as, calunia[ssem]-[n]as em conta de suas particularidades mencionadas no parágrafo (A).

Artigo 2º

- a) [...] se publica[ssem] ou distribui[ssem] matéria escrita que visa[sse] alcançar os efeitos previstos no artigo 1.
- b) ‘matéria escrita’ inclui qualquer escrita, sinal ou representação visível.

Artigo 3º

Uma pessoa será culpada de infração nos termos dos Artigos 1 e/ou 2.

Artigo 4º

As Organizações cujos objetivos ou atividades se insiram no âmbito dos artigos 1 e 2 serão processadas e proibidas.

Artigo 5º

- a) Uma pessoa deve ser culpada de um delito se ela utiliza publicamente insígnias das organizações proibidas, nos termos do Art.4.

b) “insígnias” são, em particular, bandeiras, emblemas, uniformes, slogans e formas de saudação. (PARLIAMENTARY, 1966, p.02).

Por meio dessas diretivas, o sistema buscou obter o apoio para uma ação conjunta no campo da proteção dos direitos humanos, com o compartilhamento das responsabilidades com os Estados nacionais. Em conjunto com as Nações Unidas, foi decidido que 1968 seria também considerado o Ano Internacional para a Proteção dos Direitos Humanos, como forma de celebrar o êxito desses esforços políticos comuns²⁷ na arena internacional. (YEARBOOK, 1968, p. 70).

Paralelamente, entrou em vigor, a *Recomendação 434* sobre a concessão do ‘direito de asilo aos refugiados europeus’, formulada pelo Comitê de Peritos em 1965. Essa proposta declarava que o direito de asilo “[...] era parte integrante do patrimônio comum das tradições europeias”, e ligava-se, inevitavelmente à proibição de “[...] tratamentos desumanos [...] como o retorno dos refugiados aos países onde suas vidas ou liberdades estivessem ameaçadas”. Refutaram-se, pois, os acontecimentos do período em que “jovens haviam procurado a concessão de asilo e foram expulsos [...] como resultado de um erro quanto ao verdadeiro motivo da decisão”. O Comitê de Ministros declarou “profunda preocupação com essa questão”, sendo instruído que os peritos elaborassem um “[...] reconhecimento completo para a prática da concessão de asilo político em todos os Estados-membros”, sob os princípios da proibição da expulsão arbitrária e, principalmente, da ‘não discriminação’. (PARLIAMENTARY, 1965, p.01-02).

Apesar disso, Hemme Battjes (2009, p. 205-209) recorda que ainda hoje os “[...] Estados tem o direito de controlar a entrada, a permanência e o afastamento dos estrangeiros, estando sujeitos ao direito internacional, decorrentes da própria Convenção”. O Tribunal Europeu, nesta ocasião, apenas formulou direitos de ‘uso exclusivo’ dos cidadãos europeus, proibindo a expulsão dos estrangeiros apenas em “[...] casos de riscos reais de maus-tratos físicos durante a sua remoção ou punição degradantes”. Logo, a expulsão não foi proibida, ao contrário, passou a ser considerada como um ‘dano reparável’, resultado do raciocínio político-jurídico deliberado pelos Estados nacionais. O Tribunal ainda sugeriu que não era de “[...] sua competência aliviar as disparidades através da prestação de cuidados [...] ilimitados aos estrangeiros sem direito de permanecerem dentro de sua jurisdição”²⁸. Além disso, em toda a sua história, nem a Convenção nem seus protocolos adicionais conferiram, de fato, o direito de asilo político aos estrangeiros. (BATTJES, 2009, p.209-219).

²⁷ [Essas conquistas são apresentadas na *Recomendação 458* de 1966.].

²⁸ [ECtHR 2 May 1997, *D v UK*, Rep. 1997-III.].

Para o autor, os direitos que proíbem a expulsão, a extradição e as garantias de asilo repousam sobre critérios jurisprudenciais escusos, os quais atestam os limites do próprio Tribunal em relação à regra da soberania dos Estados nacionais. Mais do que isso, Battjes (2009) questiona: “[...] por que a regra de preservação da soberania dos Estados não sofre exceção em casos nítidos de violação dos direitos fundamentais?” (BATTJES, 2009, p. 213). A resposta é que as assistências provenientes do Estado de direito e dos direitos humanos vão além do raciocínio meramente legal, resultando em situações que apenas alguns direitos podem ser invocados e protegidos. “[...] Ao fazê-lo nega-se aos candidatos a possibilidade real de demonstrar que, em suas circunstâncias particulares, a expulsão é desproporcionada ao respeito dos direitos humanos”, e em outros casos não. (BATTJES, 2009, p. 219).

Dando sequência ao âmbito doutrinário-discursivo, contraditoriamente, através do parecer emitido pela Comissão dos Assuntos Jurídicos em 1970, a Assembleia Consultiva aprovou a *Recomendação 583*, sobre a supressão da garantia contra a discriminação injustificável, que preteriu “[...] todas as formas de discriminação injusta, seja por raça, religião, sexo, cor, língua, nascimento ou outras circunstâncias”, que distinguem as pessoas ou grupos sociais. Lamentou-se “[...] todas as manifestações de hostilidade e preconceito em relação aos grupos minoritários, sejam eles nativos ou imigrantes”, como sendo opostos “[...] aos princípios consagrados pela Convenção e em outros acordos internacionais”. Instruíram, por fim, que os Estados signatários aderissem à *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, proposta pelas Nações Unidas em novembro de 1963 (Resolução 1.904 – XVIII da Assembleia Geral). Sob essas alterações foi sugerido que, os Estados membros do CoE:

- A) Reexaminassem suas legislações e práticas com vistas ao reforço e à melhoria dos seus sistemas para a supressão de práticas discriminatórias, particularmente nas áreas de direitos políticos – incluindo as idades em que a capacidade política é adquirida –, direitos civis, emprego e habitação, bem como à revogação de quaisquer leis nacionais que tenham efeitos discriminatórios;
 - B) Empreendessem ou intensificassem as campanhas de educação pública projetadas para combater a discriminação e fizessem estudos sociológicos sobre as causas e soluções;
 - C) [Que tivessem], especialmente em conta os *interesses particulares das minorias* dentro de suas fronteiras e as necessidades especiais dos imigrantes e trabalhadores migrantes;
 - D) Acelerassem o processo de fornecer tratamento justo e igual para as trabalhadoras, incluindo a igualdade de remuneração e fixassem as políticas dos direitos da mulher;
 - E) Garantissem que as indústrias controladas pelo Estado e as autoridades públicas dessem um exemplo especial em evitar a discriminação e promovessem a *integração de grupos minoritários*;
- [E, finalmente],

F) Informassem regularmente ao Secretário-geral sobre as medidas adotadas sobre as referidas matérias. (YEARBOOK, 1972, p. 66-70).

Embora a proteção dos direitos das minorias²⁹ fosse destacada como algo crucial, a Convenção Europeia jamais incluiu “[...] disposições específicas sobre as minorias, [apenas] os direitos à igualdade de tratamento e a não discriminação”. (PAMPHLET, s/d, p. 01). Portanto, não há nenhuma maneira direta dos membros dos grupos minoritários reivindicarem seus direitos coletivamente perante o Tribunal, desde que, não seja por meio das normas estritamente individuais acordadas no texto da Convenção. A posição dominante em Estrasburgo perpassa a ideia de que as críticas – quanto aos direitos coletivos das minorias –, só são admissíveis em termos nacionais, isto é, as ações discriminatórias devem estar sujeitas somente ao escrutínio das autoridades legislativas e judiciais dos Estados, assim como susceptíveis à opinião pública europeia em geral. (PAMPHLET, s/d, p.03).

Utilizando-se do raciocínio de João Costa Neto (2014, p.63), as medidas jurídicas que não reconhecem grupos minoritários tomados coletivamente afiguram-nos como desprovidos de personalidade jurídica. “Não possuem direitos de personalidade precisamente por não serem pessoas nem juridicamente nem na acepção não jurídico-ficcional do termo”. Por isso – por não portarem ‘personalidade’ –, os grupos minoritários “[...] não possuem também honra subjetiva [...] no que tange estritamente à dignidade humana, não se lhes faz frente um dever mútuo de respeito e consideração”. A partir desse reconhecimento previamente negado “[...] é impossível que um grupo étnico seja, enquanto coletivo, violado em sua dignidade”. (NETO, 2014, p.63-64). No que diz respeito ao Tribunal, especificamente, ele considera que a dignidade é um direito individual, e “[...] não funda a proteção de indivíduos enquanto grupos”. Um conjunto de indivíduos são portadores de outras formas de proteção, mas “[...] não são titulares da dignidade humana, que, como tal, por mais tautológico e truístico que possa soar, restringe-se apenas aos seres humanos”, e não aos grupos coletivamente organizados – minoritários ou não. (NETO, 2014, p.64).

De modo antagônico à concessão do princípio de dignidade aos grupos coletivamente formados, o sistema de Estrasburgo reconheceu que a discriminação baseada na raça ou na etnia, sob certas circunstâncias graves, poderia equivaler a um ‘tratamento degradante’ nos termos do artigo 3º da CEDH. Já que, um tratamento diferencial – tendo como base o precon-

²⁹ [Termo demarcado pelo relatório de 1968, “Quando falamos de *minorias*, nós devemos definir exatamente o que elas significam. Uma minoria é um grupo étnico que vive dentro de uma estrutura singular com um ou mais grupos étnicos. Não é uma combinação de pessoas, como os imigrantes, mas um *grupo nacional, uma nação*, distinta em sua língua, cultura, tradições e modos de vida.” (YEARBOOK, 1970, p. 1058, grifo nosso).].

ceito racial ou étnico –, poderia se constituir como uma forma especial de afronta à dignidade humana de um indivíduo.

Leaving aside Article 14° of the Convention, discrimination founded on race may, under certain conditions, constitute in itself degrading treatment in the sense of Article 3° of the Convention. The Commission considers it generally recognised that a particular importance is attached to discrimination founded upon race and that the fact of publicly imposing on a group of persons a special regime founded on their race can, in certain circumstances, constitute a special form attack on human dignity. (YEARBOOK, 1972, p. 1052).

O conceito de ‘dignidade’ assumiu assim uma escala de valor jurídico relevante no interior do escopo do artigo 14° da Convenção. E, a noção de ‘degradação’ passou a ser possível também na definição de uma posição de rebaixamento da honra e da estima, o que afetaria o próprio princípio de constituição da autonomia individual –, de pessoas em situações sociais vulneráveis. Segundo João Neto (2014, p. 21) o fato mais importante dessa medida foi não transformar a dignidade numa concepção vaga a ser “[...] utilizad[a] conforme o mero arbítrio de cada julgador”, mas sim concebê-la como um escudo indevassável ao indivíduo no combate à discriminação racial.

No ano seguinte, a Comissão de Assuntos Jurídicos aprovou a *Resolução 468* – relativa ao *Ano Internacional pela Ação contra o Racismo e a Discriminação Social* (1971) –, com o objetivo de apoiar “[...] programa(s) para a observância internacional de medidas de combate ao racismo e à discriminação racial”. (YEARBOOK, 1973, p. 70). A Assembleia Consultiva recomendou que os Estados signatários do Conselho estabelecessem comissões especiais de relações raciais com a missão de eliminar as causas da discriminação, suas tensões e seus efeitos. Foi solicitado que as Organizações Não-Governamentais que possuíam vínculo com o Conselho da Europa que enviassem informações sobre programas de combate ao racismo e à discriminação, bem como planos de ação que encorajassem os Estados europeus a agirem politicamente também no nível internacional. (YEARBOOK, 1973, p. 70-74).

Em 1972, o Comitê de Ministros adotou a *Resolução 72* sobre a ‘supressão e a garantia de combate à discriminação injustificável’, que recomendava que todos os Estados membros reexaminassem suas legislações e suas condutas jurídicas, com vistas a “[...] reforçar e a melhorar os sistemas para a supressão de práticas discriminatórias, particularmente nas áreas dos direitos políticos, civis, de emprego e habitação”. Aconselhou-se que todas as leis nacionais que possuíssem efeitos discriminatórios fossem revogadas e os Estados intensificassem a promoção de estudos sociológicos sobre as causas e os remédios destinados ao combate da

discriminação. Deu-se uma atenção especial à recomendação de que todos os governos tomassem,

[...] medidas adequadas de acordo com as circunstâncias para promover o respeito pelo princípio da não discriminação pelas autoridades públicas, por empresas controladas ou subsidiadas pelo Estado ou por outras entidades públicas, para que essas autoridades dessem o exemplo neste domínio. (YEARBOOK, 1974, p.66-68).

A Comissão Europeia em 1973 considerou que o “[...] combate à repressão, à discriminação e à injustiça social em diferentes Estados, seria a condição prévia para o estabelecimento de relações pacíficas e estáveis entre os seus membros”, cabendo, portanto, à Convenção ser mais detalhada nesse âmbito, como forma de assegurar suas prerrogativas democráticas. (YEARBOOK, 1976, p. 625). Um ano depois, foi aprovada a *Recomendação 741* sobre a posição legal das mulheres na Europa, com a admissão de que a discriminação com base no sexo ainda pairava sobre as sociedades europeias, sendo até mesmo sancionada por disposições legais e corroborada cotidianamente por “fatores psicológicos, sociais e econômicos”. (YEARBOOK, 1976, p. 108-110). Nessa diretiva, foi sublinhado a ‘igualdade [fundamental] entre os homens e as mulheres’, e o dever dos Estados membros em executarem projetos em coordenação com o princípio da não discriminação – em áreas como o direito à nacionalidade das mulheres casadas; o direito à família; o direito à segurança social e; finalmente, o direito ao trabalho igualmente remunerado no nível regional. Foi reivindicado que as mulheres que trabalhassem em casa fossem consideradas como economicamente ativas, dando-lhes o “[...] direito imediato aos benefícios de segurança social”. (YEARBOOK, 1976, p. 110).

Em 1979, as instituições de Estrasburgo também apoiaram publicamente a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres*, proposta pelas Nações Unidas. O Conselho Europeu solicitou que todos os Estados membros que ainda não a tivessem assinado ou a ratificado que o fizessem, tendo como eixo principal o direito previsto pelo artigo 14º da CEDH e da diretiva da ‘igualdade perante a lei’. Buscou-se frisar a relevância da política da igualdade “plena e efetiva no nível nacional” dos Estados signatários e na arena internacional. (RACISMO, 2001, p. 139).

Logo, até o final da década de 1970 e início dos anos de 1980, o sistema de Estrasburgo (formado pelo Conselho da Europa, pela Comissão Europeia e pelo Tribunal Europeu) concentrou-se nos fundamentos político-discursivos mais elementares para a interpretação dos dispositivos legais da Convenção – com a definição dos seus principais axiomas, pressupostos teóricos e entendimentos normativos. Os acordos internacionais endossados pela Assembleia Consultiva e pelo Comitê de Peritos, também influenciaram na formação da cultura jurídica

do *sistema two-tier*, assim como na sua abordagem política de poder ‘multi-nível’ (embora mantivesse publicamente que essa tutela estivesse fora de suas competências e jurisdições). (AROLD, 2007, p. 12-14).

Alguns elementos tradicionais foram igualmente identificados na análise. A exposição paulatina de símbolos historicamente condicionados, tais como a ‘herança europeia’, as ‘tradições’, o ‘patrimônio comum’ e até mesmo a elucidação dos ‘ideários cristãos’, apareceram como justificativas ‘naturais’ para a proteção humana inclusiva na Europa. Num sentido estrito, o simbolismo serviu para reduzir as tensões de um sistema político-jurídico de alta complexidade em busca de legitimação, implicando ainda em gestões de coesão que apontaram para a glorificação de um determinado conjunto de crenças. (NEVES, 2013, p. 35).

Ademais, em abril de 1983, foi adicionado ao texto da Convenção, o *Protocolo n° 6* relativo à abolição da pena de morte, com exceção dos “tempos de guerra ou de perigo iminente de guerra”. (CONVENÇÃO, 2016, p. 42). Um ano depois, foi aprovado o *Protocolo n° 7*, que trouxe mais conquistas processuais, com o direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal, à indenização em casos de ‘erros jurídicos’, a garantia de não ser julgado ou punido pelo mesmo crime mais de uma vez e, finalmente, a igualdade entre os cônjuges. (CONVENÇÃO, 2016, p.46-47).

Para Madsen (2011, p. 45), todos esses processos combinados se traduziram em discursos políticos orientados para a preservação do *establishment* regional. O *sistema two-tier*, sobretudo, apoiou-se no direito moderno para constituir-se como um “instrumento para a civilização do ordenamento político e da paz”. (MADSEN, 2011, p.47). Nesse decurso, a preocupação central foi de legitimar suas funções e tarefas, possibilitando ainda que suas competências fossem aceitas pelos Estados nacionais. Como consequência, “[...] a indagação dos direitos humanos [...] foi mais uma questão de política do que de fato de lei”. (MADSEN, 2011, p. 50-51).

O simbolismo entraria, nesse sentido, como um acoplamento estrutural entre dois sistemas sociais, à primeira vista, concebidos como ‘autônomos’, “[...] a *política* e o *direito*, na medida em que ele possibilita uma solução jurídica do problema de autorreferência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de autorreferência do sistema jurídico”. (NEVES, 2013, p. 65-66). Para além do questionamento da interferência desses dois sistemas, as diversas recomendações, resoluções e protocolos³⁰ – firmados pelas instituições

³⁰ [Até a presente data, cerca de duzentas convenções para além da Convenção Europeia, foram adotadas. Outros instrumentos significativos, como já mencionados, foram a *Carta Social Europeia* de 1961, a *Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e dos Tratamentos Degradantes e Desumanos* de 1987 e a *Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais* de 1994. A criação da *Comissão Europeia Contra o Racismo e a Intolerância* de 1993 também merece menção (DEM-

de Estrasburgo – foram pautados numa lógica, predominantemente ‘discursivo-voluntária’, não possuindo obrigatoriedade fática ou ainda sendo acompanhados por verdadeiras sanções jurídicas. Ao contrário, grande parte dos julgamentos e das deliberações da Corte e da Comissão – conforme apresentaremos a seguir nas análises dos casos que envolveram as leis e as políticas de ‘não discriminação’ – apoiaram-se em garantias legais para omitir-se em relação ao obscurecimento rotineiro de determinadas formas de vida em detrimento de outras, contradizendo grande parte dos discursos até agora descritos e proclamados internacionalmente.

A capacidade de gerenciamento dada à Convenção também não foi devidamente assegurada pelas suas estruturas organizacionais, sendo apenas um “[...] produto simbólico das habilidades políticas de uma pequena elite encarregada de institucionalizar e juridificar os direitos humanos na Europa”. (MADSEN, 2011, p.60). Nesse jogo por disputas de influência abriram-se “[...] múltiplos espaços para as ambiguidades que imperavam a respeito desses direitos [e] para a distância entre o que se³¹ diz e o que se faz, o que os poderes constituídos dizem e fazem, acerca dos direitos do homem” na Europa. (GALLARDO, 2014, p. 20).

Apesar disso, com a progressiva mobilização das consciências individuais e coletivas, e das agências – governamentais e não governamentais – os direitos humanos passaram a ser cada dia mais ardorosamente proclamados e postulados na Europa, expandindo-se e se diversificando nos discursos político-jurídicos. Não obstante, ainda coexistiam com as dificuldades sistêmicas para serem efetivamente respeitados, viabilizados e usufruídos pelos indivíduos e, principalmente, pelas coletividades minoritárias.

Ao mesmo tempo em que as manifestações simbólico-discursivas acerca dos ‘valores democráticos’, da ‘liberdade’, e da ‘igualdade’ triunfavam em detrimento dos atos ‘bárbaros do passado’, a depreciação dos direitos humanos nos contextos sociais europeus – decorrentes de fatores múltiplos, tais como as políticas assimétricas de poder e dominação, dos preconceitos arraigados, da exploração econômica, da desigualdade social, da fragmentação dos laços sociais de solidariedade, dos crescentes fluxos migratórios e dos efeitos colaterais de uma globalização excludente –, continuavam se intensificando. Esse era o divórcio dos termos político-jurídicos – afirmados idealmente pela Convenção Europeia e suas instituições –, das contradições sociais e as reproduções de seus dissensos e inferiorizações. O sistema de Estrasburgo não ficou imune a essas transformações sociais, avançou-se, portanto, no processo com muitas distorções, como veremos adiante.

BOUR, 2006, p. 20). Esses documentos, embora não vinculativos, acrescentaram jurisprudência à Convenção, incluindo opiniões judiciais e novas disposições.]

³¹ [A expressão *o que se diz e o que se faz* oculta por trás do impessoal *se* práticas diferenciadas de poder”. (GALLARDO, 2014, p. 21).].

2.2.2.1 A Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI)

Após a Conferência de Viena de 1993, o Conselho da Europa empreendeu-se em algumas ações institucionais para combater os fenômenos do racismo, da xenofobia e do antissemitismo que ganhavam força no continente. Com o aumento do apoio social aos partidos de extrema direita, a difusão político-midiática dos discursos de ódio, o recrudescimento das aversões ao estrangeiro, e o ressurgimento dos atos de violência e das práticas discriminatórias no interior das comunidades políticas dos Estados nacionais europeus, ficou claro que se tornava imprescindível a criação de um “[...] organismo independente para o monitoramento dos direitos humanos de forma prática e progressiva”. Nesse contexto foi criada a *Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância – ECRI*, que entrou em funcionamento em março de 1994. (SCHWIMMER, 2004, p.11).

A ECRI foi incumbida de analisar e propor soluções aos problemas da discriminação e do sectarismo que ainda pairavam sobre os Estados europeus. Ela ocupou um lugar de destaque na formulação de novas recomendações e resoluções que seriam apresentadas às instituições de Estrasburgo. (KELLY, 2004, p. 13). Como um órgão consultivo, a ECRI manteve-se ligada, prioritariamente, aos impactos das ações políticas dos Estados membros do CoE nos domínios do racismo e da intolerância, bem como na garantia de um intercâmbio permanente com a sociedade civil europeia. Foi destinada, portanto, ao alargamento do escopo das disposições judiciais da Convenção – principalmente, no que se refere ao artigo 14º da CEDH –, sendo considerada um programa de combate às várias formas de intolerância social.

ECRI actively monitors the ratification and incorporation by member States of the key international human rights instruments concerning racism and intolerance. These include: the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols; the Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities; the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and other international instruments elaborated by the Council of Europe, the United Nations and the International Labour Organisation. (KELLY, 2004, p. 20).

Durante a 2ª Cimeira do Conselho Europeu, a ECRI expôs seu primeiro plano de ações e atividades que seria reforçado nos anos subsequentes e integrado ao seu estatuto em 2002³². Adotado em outubro de 1997, o plano previa o fortalecimento “[...] da democracia pluralista, o respeito aos direitos humanos e a promoção do Estado de direito” (SECOND, 1997, p. 01).

³²[Council of Europe – Committee of Ministers, *Resolution Res(2002) on the statute of the European Commission against Racism and Intolerance*. Disponível em: < http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/about/ECRI_statute_en.asp >. Acessado em 04 de nov. de 2016.].

Apelou-se também à abolição universal da pena de morte e à defesa dos mecanismos de prevenção e combate à tortura, aos tratamentos desumanos e às práticas degradantes. A luta contra o racismo, a xenofobia e a intolerância apareciam ainda como elos primordiais para o “progresso contínuo com vistas à igualdade efetiva”. (SECOND, 1997, p.05).

Na proposta, foi reafirmado o papel relevante da preservação dos direitos das minorias nacionais e, acima de tudo, o aumento dos “[...] esforços para promover um escopo comum de normas jurídicas em toda a Europa”. A decisão de utilizar como referência a *Carta Social Europeia* também no domínio da Convenção se fez presente, considerando-a como um instrumento de combate a “[...] todas as formas de exclusão e como modo de assegurar uma melhor proteção aos indivíduos mais fracos da sociedade, baseando-se [ainda] no princípio da solidariedade”. (SECOND, 1997, p. 05).

Recordou-se também das questões relativas ao refúgio e ao asilo, assim como do dever dos Estados signatários da Convenção e do *sistema two-tier* de executarem todas as medidas judiciais possíveis – tendo como fundamento o direito internacional –, para proteger as vítimas dos conflitos, aprimorar suas forças armadas e a polícia. A proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes legalizados e a integração de suas famílias nos países de acolhimento também foram mencionadas como foco de ação institucional. (SECOND, 1997, p.05).

O estabelecimento de um Tribunal Europeu único e permanente foi elencado como um componente proeminente do plano, assim como: a) a necessidade de criação de um cargo de comissário para avaliar as aplicações submetidas a esse Tribunal; b) um acordo dialógico confidencial e não discriminatório no âmbito do Comitê de Ministros; c) a cooperação entre a ECRI e a União Europeia; d) e, finalmente, a relevância da entrada em vigor da *Convenção-quadro para a proteção das minorias nacionais*. (SECOND, 1997, p. 06-07).

Essas diretrizes foram garantidas tendo como eixo principal a conquista de uma nova estratégia de coesão social, o incremento da educação cidadã e a promoção dos direitos humanos, cumprindo ainda com o objetivo final de sanar as deficiências de produtividade que já eram perceptíveis no âmbito do Tribunal Europeu e da Comissão. (SECOND, 1997, p. 08-09). O enriquecimento da ‘herança europeia’ também apareceu dentre os demais propósitos da ECRI. Isto é, referia-se à preservação dos valores sociais e simbólicos essenciais para conquistar mais solidez ao sistema de ações e, traduzir os sentimentos e interesses que estavam sendo incorporados no direito e sendo por ele garantidos. (NEVES, 2013, p.53-54).

A reforma estrutural dos mecanismos institucionais de Estrasburgo foi considerada, portanto, “[...] indispensável para adaptar [o sistema] às suas novas tarefas e melhorar o processo de tomada de decisões”. (SECOND, 1997, p. 09). Logo, além da ECRI sugerir alterações em seu arcabouço normativo e fornecer elementos simbólicos ao pleito, ela também ma-

nifestou apoio às negociações políticas internacionais que já estavam em curso, lideradas, principalmente, pela Suíça³³ – que seriam concretizadas pelo *Protocolo nº 11* em novembro de 1998.

A *Convenção-quadro* apoiada pela ECRI também foi um compromisso de natureza político-jurídica relativo à ‘proteção das minorais nacionais’ dos Estados europeus. Sua finalidade foi agregar o domínio cultural à CEDH, com a inserção de disposições que garantissem os direitos individuais, “[...] em particular, os direitos das pessoas pertencentes às minorias nacionais”. (ETS157, 1995, p.03). Algumas de suas cláusulas “[...] exigiam uma arbitragem política e aquelas que tinham a ver com a supervisão da aplicação da Convenção-quadro, foram elaboradas pelo Comitê de Ministros [...] em 07 de outubro de 1994”. (ETS157, 1995, p. 03). Essas medidas,

[...] não são diretamente aplicáveis, deixarão aos Estados interessados uma *margem de apreciação* na concretização dos objetivos que se comprometeram a atingir, permitindo-lhes, desse modo, tomar em conta situações particulares. [...] A aplicação dos princípios inscritos na presente Convenção-quadro processar-se-á através da legislação nacional e das políticas governamentais adequadas, *não implicando o reconhecimento de nenhum direito coletivo*. A Convenção-quadro visa assegurar a proteção das pessoas pertencentes a minorias nacionais, permitindo-lhes exercer seus direitos, *individualmente ou em conjunto com outras*. (ETS157, 1995, p. 03-04, grifo nosso).

Com efeito, esse texto complementar limitou-se em incluir a pertença a uma minoria nacional à cláusula da não discriminação, concentrando-se na garantia da “igualdade efetiva com as pessoas pertencentes à maioria”. (ETS157, 1995, p. 07). As instituições de Estrasburgo buscaram responder positivamente às queixas dos grupos minoritários no âmbito da CEDH, em especial, aquelas que diziam respeito à discriminação, à ausência de reconhecimento das autoridades públicas, à urgência de maior participação na vida público-política e à liberdade de expressão e religião. (GREER, 2006, p. 32-33).

Apesar dessa normativa se pautar na relevância da proteção dos direitos das minorias nacionais, ela continuou não reconhecendo, de modo explícito, os direitos coletivos, sendo

³³ [As discussões sobre as reformas nas instituições de Estrasburgo começaram a surgir, originalmente, em 1983. Na ocasião, a Comissão Europeia manifestou preocupação com o “atraso grave” dos casos, o que comprometia o seu empenho e sua credibilidade. Como lembra Harmsen (2011, p.18) “(...) era chegada a hora de fornecer aos órgãos da Convenção os meios para lidar com essa situação, mantendo a qualidade do seu trabalho e a confiança que haviam conquistado”. No período, as instituições de Estrasburgo recebiam uma média de 400 novas petições por ano, a partir de 1990 (até a entrada em vigor do *Protocolo nº 11*), o número perpassava 50 mil novos casos, com um atraso acumulado de mais ou menos 100 mil petições. A primeira proposta de alteração do Sistema foi feita pela Suíça na *Conferência Ministerial Europeia de Direitos Humanos*, que lançou as deliberações formais sobre a necessidade de reforma, sendo amplamente aceita por especialistas e funcionários, tais como a ECRI. (HARMSSEN, 2011, p. 123).].

sua efetividade atrelada somente às reivindicações de cunho estritamente individual. Essa proposição se apoiou também na doutrina da margem de apreciação, que determinava que questões controversas – no que se refere aos grupos minoritários coletivamente formados –, fossem debatidas e solucionadas apenas pelas comunidades dos Estados nacionais. Não caberia assim aos juízes de Estrasburgo apreciá-las ou julgá-las. Em última instância, os limites ou as restrições dos direitos violados seriam definidos e analisados pelos próprios Estados acusados de infração.

Segundo John Laws (2014, p. 188-189), esse tipo de abordagem não conseguiu evitar o cerne da dificuldade, sendo seus valores práticos e efetivos questionados ao permanecerem na legislatura daqueles que estão sendo indiciados por crimes contra os direitos humanos. Essa alta dose de jurisprudência nacional – no âmbito do artigo 14º da CEDH –, expressa a tensão permanente entre o discurso político-jurídico de respeito irrestrito aos direitos e a suas reais deficiências de exequibilidade. Ao fazer isso, as instituições de Estrasburgo estão fazendo política, “[...] mas esse não é o papel dos juízes. É o papel dos governos democráticos. Se o Tribunal de Estrasburgo faz isso, perde a fé”. (LAWS, 2014, p. 192).

Independentemente dos questionamentos já apresentados, o Tribunal Europeu considera que os direitos das minorias são contraproducentes, uma vez que tendem a promover divisões dentro dos Estados em termos étnicos, linguísticos e religiosos, levando ao secessionismo no pior dos casos. Para Steven Greer (2006, p.30-32), a abordagem do Tribunal, apenas no plano individual, garante que tais direitos sejam aceitos pelos Estados e acomodados nas reivindicações não discriminatórias dos marcos culturais. “O problema com isso, [no entanto] é que a igualdade pode muitas vezes ser referenciada à identidade cultural da maioria dominante de qualquer Estado.” (GREER, 2006, p.31).

Nesse sentido, utilizando-se dos apontamentos de Charles Taylor (2000, p. 72), podemos lembrar dos obstáculos inerentes à garantia dos direitos coletivos nos moldes de propagação dos direitos individuais liberais. O autor defende que esse tipo de tratamento não possui qualquer espaço para o reconhecimento da integridade de indivíduos enquanto ‘grupos coletivamente formados’, levando sempre a formas de discriminação, distorções identitárias e principalmente, a imposição de uma cultura hegemônica que aliena e fragmenta as coletividades.

Segundo Taylor (2000, p.72), o que está em jogo é a urgência de medidas legais ou prerrogativas jurídicas que realmente preservem as culturas historicamente negadas e não reconhecidas, com a garantia não apenas de sua existência, mas sua sobrevivência no bojo das culturas majoritárias. O que, de fato, as instituições de Estrasburgo têm fracassado.

[...] uma das maiores necessidades do Estado democrático moderno é recobrir um senso de diferenciação significativo, de modo que suas comunidades parciais sejam elas geográficas, culturais ou ocupacionais [...] se tornarem novamente centros de interesse e de atividade para seus membros de uma maneira que os conecte com o todo. (TAYLOR, 2005, p.149).

[...] o não reconhecimento [...] pode ser uma forma de opressão, que aprisiona alguém num modo de ser reduzido, distorcido e falso. Além de simples falta de respeito, pode infligir uma ofensa grave, sobrecarregando as pessoas com uma autoaversão incapacitante. O reconhecimento justo não é apenas uma cortesia, mas uma necessidade vital. (TAYLOR, 2000, p. 46).

Para além das críticas comunitaristas – que serão aprofundadas no próximo capítulo –, a *Convenção-quadro* definiu uma ‘nova’ e ‘velha’ agenda para o combate do racismo e da intolerância regional. (KELLY, 2014, p.14). ‘Nova’ por incorporar ao escopo do artigo 14º da CEDH as questões relativas às minorias nacionais, concebidas como grupos de risco mais susceptíveis de sofrerem discriminação. ‘Velha’, pois essas diretrizes já haviam sido apresentadas pela *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* da década de 1970. Por isso, não foram agregadas novas lógicas judiciais de acesso ao Tribunal Europeu. Os grupos coletivamente formados continuaram não sendo titulares da dignidade humana e portadores de honra subjetiva, por não possuírem personalidade jurídica no âmbito da Convenção. (NETO, 2014, p. 50-51).

A ECRI também atuou no apoio formal do *Protocolo nº 12*³⁴, de novembro de 2000, sobre a ‘interdição geral da discriminação’, com o objetivo de atribuir à “[...] igualdade de todas as pessoas [...] reafirmando o princípio da não discriminação”. A partir desse ordenamento, foi sugerido que o artigo 14º fosse “[...] alargado de modo a incluir uma proibição mais geral de direitos adicionais³⁵” que ainda não haviam sido enumerados na Convenção, mas que já estavam presentes nas legislações nacionais dos Estados signatários e em outras disposições internacionais. (KELLY, 2014, p.15-16).

Houve o reconhecimento comum que “[...] existia pouca margem para uma maior expansão de sua jurisprudência [...] uma vez que a proibição do artigo 14º era claramente acessória às outras garantias substantivas da Convenção Europeia”. (EXPLANATORY, 2000, p. 01-02), sendo necessário ampliá-lo à luz das legislaturas domésticas e internacionais, desde

³⁴ [Interdição geral de discriminação: 1. O gozo de todo e qualquer direito previsto na lei deve ser garantido sem discriminação alguma em razão, nomeadamente, do sexo, raça, cor, língua, religião, convicções políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou outra situação. 2. Ninguém pode ser objeto de discriminação por parte de qualquer autoridade pública com base nomeadamente nas razões enunciadas no número 1 do presente artigo. (CONVENÇÃO, 2016, p.52).].

³⁵ [Referiam-se aos direitos econômicos, sociais e culturais típicos do ordenamento jurídico nacional.].

que, ainda se mantivesse conjugado à violação de outro direito fundamental³⁶. (KELLY, 2014, p.15-16).

Não obstante, o *Protocolo nº 12* demorou aproximadamente cinco anos para entrar em vigor, não sendo ratificado, até a presente data, por vinte e oito países³⁷ do Conselho da Europa. Segundo Anthony Lester (2011, p.105), a lentidão na ratificação do acordo e a ausência de verdadeiros esforços políticos para a sua aprovação integral perpassam, especialmente, sobre a previsão de que caso seja aceito e ratificado por todos, o número de processos dirigidos ao Tribunal aumentaria cerca de quatorze por cento ao ano, o que tornaria o trabalho dos juízes ainda mais insustentável.

Todavia, distante das previsões puramente quantitativas, demonstram-se também omissões politicamente dirigidas que se ligam à permanência de condutas jurídicas passivas e lenientes no que tange à ampliação da jurisprudência do atual artigo 14º da CEDH. Utilizando-se do pensamento de Alastair Mowbray (2007b, p.610) – quando discute o tema das reformas e reformulações em Estrasburgo, destinadas a simplificar os procedimentos judiciais e a simplesmente reduzir o número de casos julgados pelo Tribunal –, “justiça atrasada é justiça negada”, por desviar-se de qualquer sentido na tentativa de denunciar uma situação de violação ou abuso de direitos, processo esse, que se alastra constantemente no domínio social e impõem mecanismos de dominação e negação do *Outro*. Logo, apesar da proibição da discriminação ter sido lapidada paulatinamente nas últimas décadas e aprimorada, ela “ainda permanece na grande nebulosidade” político-legal da Corte Europeia e nas demais instituições de Estrasburgo. (DEMBOUR, 2009, p. 222).

Em suma, a *Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância* se constituiu como um “[...] órgão de direitos humanos do Conselho da Europa, composta por peritos judiciais independentes, que monitora os problemas do racismo, da xenofobia, do antissemitismo, da intolerância e da discriminação”. (COUNCIL, 2016). Suas atribuições foram desenhadas para exercer prerrogativas jurídico-políticas, devido à preparação e à formulação de relatórios especializados destinados às instituições de Estrasburgo e aos Estados membros do CoE.

O autor, Mark Kelly (2004, p. 137-138) considera que muitos das recomendações da ECRI passaram a ser usadas como tentativas de “[...] fazer *lobby*, na medida em que elas acabaram impactando em decisões políticas importantes” para o futuro da Convenção. Portanto, a *direção política* também se tornou um aspecto da função de seu domínio. Enquanto alguns

³⁶ [Manteve-se, portanto, o seu caráter de direito não independente, não podendo ser acionado sozinho, seja no âmbito da CEDH como em outros documentos legislativos (nacionais ou internacionais).].

³⁷ [Apenas a Albânia, Andorra, Armênia, Bósnia, Croácia, Chipre, Finlândia, Geórgia, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Holanda, Romênia, San Marino, Sérvia, Eslovênia, Espanha e Ucrânia o ratificaram. (COUNCIL, 2016).].

analistas preferem atribuir essa ‘política’ evidente à vitória da conquista por mais justiça social, outros claramente a aceitam como um discurso precário de pequenas concessões indignantes.

2.2.3. Novas definições e reestruturações: os protocolos nº 11 e 14

Como apresentado anteriormente, durante a década de 1950, a proposta original de criação da Comissão Europeia versava sobre a tentativa de resguardar o Tribunal da possibilidade – oficialmente declarada –, de “[...] ser inundado com litígios frívolos e explorado apenas para fins políticos” (LESTER, 2011, p.100). A Comissão foi assim estabelecida como uma espécie de ‘filtro’, capaz de verificar fatos e posicionamentos e delegar quais aplicações eram consideradas admissíveis ou passíveis de denegação.

Robert Harmsen (2011, p.125) recorda que as primeiras restrições no âmbito do direito de petição individual foram consideradas como salvaguardas políticas necessárias, utilizadas para evitar incursões nas soberanias nacionais dos Estados membros, os quais ainda se mantinham relutantes em aceitar a jurisdição do Tribunal. No entanto, a partir de 1990, essas limitações no acesso à justiça passaram a ser caracterizadas como possíveis anomalias que impediriam, em longo prazo, a evolução do sistema e os seus respectivos êxitos judiciais. Os custos operacionais também se tornavam progressivamente mais notórios, o que afetava o interesse dos Estados em manter seus compromissos com as instituições de Estrasburgo.

Na 8ª Reunião do Comitê de Peritos para a revisão dos procedimentos previstos na Convenção Europeia de julho de 1982, foi apresentado a relevância de melhorias no bojo da infraestrutura legal do Sistema *two-tier*. (EXPLANATORY, 1994, p.04). Um ano após esse episódio, a Comissão Europeia reconheceu com apreensão o atraso grave dos julgamentos, que num futuro próximo, poderia arriscar sua credibilidade. Foi sublinhado naquele momento, “[...] que era chegada a hora de fornecer ao sistema da Convenção os meios propícios para lidar com esta situação, mantendo ainda a qualidade do seu trabalho e a confiança conquistadas” (MEMORANDUM *apud* HARMSEN, 2001, p. 119).

Entretanto, foi na Conferência Ministerial Europeia sobre os Direitos do Homem de Viena em março de 1985, que a ideia de fusão entre as duas instituições (Comissão e Tribunal) foi levantada pela delegação da Suíça. A partir disso, as discussões repercutiram em outros foros multilaterais, sendo objeto de análise também no Colóquio da Universidade de Neuchâtel, em 1986. (EXPLANATORY, 1994, p.04).

Com o aumento das pressões internas³⁸ por reforma, foi produzida pelos representantes neerlandeses e suecos uma proposta formal prévia ao *Protocolo nº11*. Ela se baseava na premissa de que os pareceres fornecidos pela Comissão – no que dizia respeito às aplicações individuais – fossem convertidos em decisões juridicamente vinculativas, transformando-a num tribunal de primeira instância. Os peticionários individuais e os Estados também poderiam recorrer sobre o mérito das decisões diretamente ao Tribunal, caso não tivessem alcançado a ‘justa satisfação’. (EXPLANATORY, 1994, p.05-06).

Com a aprovação do *protocolo nº 9*³⁹, em junho de 1990, esse projeto de reforma assumiu novas proporções, uma vez que o direito de petição individual recém-institucionalizado já vislumbrava a possibilidade de acesso direto ao Tribunal, caso a Comissão falhasse na conquista de uma solução amigável. Este protocolo concedeu jurisdição obrigatória à Corte, retirando sua inicial aceitação facultativa pelos Estados membros da Convenção. Atribuiu-se à Corte à competência de avaliação do mérito de todas as sentenças (até então conduzidas somente pelo Comitê de Ministros). Já ao Comitê, foi relegada a função de supervisionar o cumprimento dos acordos firmados pelos Estados, sem versar novamente sobre seus respectivos êxitos deliberativos. (COUNCIL, 1990).

Em 1992, na Recomendação 1194⁴⁰ da Assembleia Consultiva do CoE, as reformas dos mecanismos de controle da Convenção apareceram como temas políticos de “[...] maior importância para o Conselho da Europa”. Sendo indicado ao Comitê que, “[...] toma[ssem]

³⁸ [O grande impulso foi o aumento maciço do número de casos, em 1981 as instituições de Estrasburgo lidavam com 404 casos e em 1993 esse número subiu para 2.037. O relatório oficial aponta que o sistema se tornou mais conhecido pelos cidadãos dos Estados membros, e novos Estados (com a dissolução da União Soviética) também se tornaram signatários da Convenção. O número de juízes também aumentou o que não foi acompanhado com um ajuste significativo das verbas destinadas ao sistema. A média para a avaliação de um caso perdurava cerca de cinco anos. Num ano a média de casos julgados perpassava de 25 até 52, um número relativamente baixo (EXPLANATORY, 1994, p.06). Para Lester (2011, p. 109), “o Tribunal era uma fábrica, dominada pelo registro administrativo, que tenta alcançar alta produtividade na entrega da produção em massa de decisões, principalmente negativas (...) quando os advogados entram com um processo, estão dizendo simplesmente que podem esperar”].

³⁹ [Nos termos do artigo 25º da CEDH, que qualquer pessoa que afirma ter sido vítima de uma violação dos direitos humanos de poder fazer um pedido junto à Comissão Europeia contra o Estado responsável. Se a Comissão, depois de ter declarado o recuso *admissível*, não conseguir garantir uma solução amigável, que elabore um relatório sobre os fatos afirmando a sua opinião quanto à existência de violação da Convenção. Sob o esquema da Convenção original, só a Comissão e os Estados podem remeter casos ao tribunal, desde que o Estado contra o qual a denúncia foi apresentada reconheça a competência do Tribunal. Este protocolo permite que um candidato cuja petição foi objeto de um relatório da Comissão, solicite diretamente ao Tribunal que lide com o caso, independentemente da Comissão ou do Estado” (COUNCIL, 1990).].

⁴⁰ [Íntegra da *Recomendação sobre a Reforma dos Mecanismos de Controle da Convenção Europeia*, disponível em: < <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15228&lang=en> >, acessado em 08 de nov. de 2016.].

todas as medidas necessárias para reformar seus organismos sem demora; e ao fazê-lo [que dessem] clara preferência à proposta de criação de um Tribunal único e permanente como organismo em substituição da Comissão e do Tribunal existentes”. (EXPLANATORY, 1994, p.06). A rejeição explícita a soluções paliativas igualmente se fez presente, sendo a reorganização intensa das estruturas de Estrasburgo considerada uma prerrogativa basilar para encurtar a duração dos processos, reduzir seus custos, manter sua autoridade, e principalmente, a qualidade de sua jurisprudência.

Since the Convention entered into force in 1953 the number of contracting States has almost tripled and more countries will accede after becoming members of the Council of Europe. We are of the opinion that it has become urgently necessary to adapt the present control mechanism to this development in order to be able to maintain in the future effective international protection for human rights. The purpose of this reform is to enhance the efficiency of the means of protection, to shorten procedures and to maintain the present high quality of human rights protection. (EXPLANATORY, 1994, p.07).

A criação de um Tribunal único e permanente também se destinou a evitar a sobreposição de um número crescente de trabalhos, bem como o atraso inerente ao antigo Sistema *two-tier*. A nova Corte se tornaria assim competente em “[...] todas as questões relativas à interpretação e aplicação da Convenção Europeia, incluindo os processos interestatais e os pedidos individuais”. Foi vinculado ao seu ofício o dever de emitir pareceres consultivos e explicativos, quando solicitado pelo Comitê de Ministros. Os juízes seriam ainda auxiliados por secretários jurídicos (durante um período específico do processo), para trabalhar nos casos que exigem maior aprofundamento e análise. O Tribunal atuaria por meio de Comitês (compostos por três juízes), Comissões (compostas por sete juízes) e a Grande Câmara (composta por dezessete juízes). (EXPLANATORY, 1994, p.07). Os trâmites do pleito passaram a ser conduzidos da seguinte maneira:

As soon as an application is registered, a judge rapporteur will be designated by a Chamber. The individual application will normally be examined by a committee, including the judge rapporteur. The committee will have the power, exercisable by unanimous vote, to declare an application inadmissible or strike it from its list of cases if such a decision can be taken without further examination. If an application is not considered inadmissible by the committee, the case will be transferred to a Chamber, which will examine both the admissibility as well as the merits of the case. Details concerning the procedure may be dealt with in the rules of the Court. The rules of the Court may provide for the immediate transfer of applications to the Chamber, when appropriate. The admissibility criteria remain unchanged. Thus the intention is that the Court will continue to exercise an effective filter func-

tion, as presently performed by the Commission. Subject to powers specifically attributed to committees and the Grand Chamber, Chambers will have inherent competence to examine the admissibility and the merits of all individual and inter-State applications. (EXPLANATORY, 1994, p. 08).

Por se tratar de um documento de legalização das mudanças estruturais dos mecanismos de controle da Convenção, designou-se que todos os Estados membros o ratificassem obrigatoriamente. Portanto, em maio de 1994, o texto foi aberto à votação, entrando em vigor somente a partir de novembro de 1998. Para Harmsen,

[...] a característica mais marcante das discussões em torno do *Protocolo nº II* foi o seu alcance relativamente limitado. Claramente, o próprio protocolo foi de substancial importância por efetuar a revisão do mecanismo institucional do sistema da Convenção que substituiu as duas estruturas – Comissão e Tribunal – de tempo parcial, para um Tribunal de tempo integral, ‘*single-tier*’. No entanto, apesar de produzir uma grande mudança e, fazê-lo no contexto de uma expansão dramática, co-temporal dos membros da comunidade, as discussões e negociações em torno do protocolo assumiram uma forma marcadamente restrita em grande parte no que diz respeito às perguntas institucionais, e correspondentemente, evitaram-se considerações políticas mais amplas [...] as discussões permaneceram focadas no nível de como garantir um melhor funcionamento das instituições, num contexto em que ainda parecia não haver a necessidade de representar questões mais profundas, como os efeitos que essas instituições provocavam na vida dos indivíduos e foram destinadas a servir. (HARMSEN, 2011, p. 121-122).

Em síntese, a principal linha de atuação do *Protocolo nº II* se assentou na fusão das duas antigas instituições do Sistema *two-tier* e reforçou o seu caráter jurisdicional, contribuindo ainda para o incremento do sistema – através da melhoria na acessibilidade e na visibilidade simplificadora do novo Tribunal único e permanente. (EXPLANATORY, 2004, p.01). Outras modificações também foram desencadeadas com a sua adoção, como por exemplo, os governos nacionais não possuiriam mais o controle absoluto sobre seus candidatos judiciais, pois cada Estado, a partir de então, poderia escolher até três candidatos, que seriam selecionados conforme o equilíbrio de gênero e suas qualificações para o cargo. (VOETEN, 2011 p.64).

Apesar das alterações, Voeten (2011) recorda que dificilmente os candidatos escolhidos diferiram dos preferidos pelos Estados nacionais. Cabendo ao sistema de Estrasburgo à defesa mais rígida de uma postura jurídica independente, para que seus juízes fossem capazes de “[...] aplicar sentenças até mesmo contra seus governos”. Uma vez que essas influências políticas claramente restringem seu ativismo jurídico, tornando seu potencial mais restrito no campo da proteção humana, justamente por se vincular demasiadamente próximo às satisfa-

ções políticas dos Estados em detrimento dos direitos dos indivíduos ou grupo de indivíduos. (VOETEN, 2011, p.70).

A autora Rachel Cichowski (2011, p. 78) afirma ainda que após 1998, as reformas também garantiram mais participação de terceiros nos processos judiciais, com a adição formal deles às cláusulas do regimento interno do Tribunal e no artigo 36º da Convenção – acerca da ‘intervenção de terceiros’. Essa reformulação levou ao aperfeiçoamento da presença das organizações não governamentais nas aplicações judiciais, remodelando, até mesmo politicamente, os tipos de casos que poderiam ser impetrados em Estrasburgo.

Como consequência, em 1998 o número de aplicações perpassava em torno de 18.164 casos, subindo para 34.546 em 2002, um aumento total de 90%. As medidas tomadas pelo *Protocolo nº 11* permitiram que pelo menos 1.500 novos pedidos fossem aplicados por mês à Corte. No entanto, esse número continuava sendo drasticamente inferior ao número de decisões e pedidos considerados admissíveis. Estima-se que para cada 2.300 pedidos, apenas uma decisão seja atribuída pela instituição. (EXPLANATORY, 2004, p. 02).

Segundo o relatório explicativo nº 194⁴¹, o acréscimo do número dos casos deveu-se não apenas à adesão dos novos Estados membros ao Conselho da Europa e à ampliação da jurisdição do Tribunal, mas também à maior abrangência dos dispositivos da Convenção, com valores crescentes de recursos interpostos contra os governos nacionais. Em 2004, o sistema da Convenção englobava mais de 800 milhões de pessoas na Europa, sendo sua credibilidade e autoridade seriamente ameaçadas pelo fluxo massivo de aplicações individuais e a alta taxa de inadmissibilidade⁴² nos processos. (EXPLANATORY, 2004, p.02).

Dois anos após a entrada em vigor do *Protocolo nº 11*, na Conferência Ministerial Europeia em Roma, o Comitê de Ministros solicitou um novo conjunto de medidas para “[...] manter a eficácia do Tribunal em relação à situação em que esse se encontrava. Esse processo levou à elaboração do *Protocolo nº 14*, contendo um pacote de reformas adicionais destinadas a garantir o funcionamento mais oportuno do sistema da Convenção” (HARMSSEN, 2011, p. 120). Medidas judiciais concretas precisavam ser adotadas para preservar o futuro da instituição, por isso, o *Protocolo nº 14* introduziu novos critérios de admissibilidade, referindo-se, especialmente, à filtragem dos casos por meio de processos repetitivos, manifestadamente infundados, ou que o requerente não tenha sofrido uma desvantagem significativa. O tratamento subsequente dos pedidos também foi facilitado, tornando as justificativas de inadmissibilidade menos densas. (EXPLANATORY, 2004, p.04).

⁴¹ [Íntegra do relatório explicativo nº 194 – sobre o protocolo nº 14 da CEDH –, Disponível em: < <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900016800cb5e9> >, acessado em 19 de nov. de 2016.].

⁴² [Estima-se que 95% dos casos avaliados são considerados *inadmissíveis* pelo Tribunal.].

Os debates que abarcaram a elaboração do *Protocolo nº 14* foram caracterizados por posicionamentos políticos sobre os principais objetivos e finalidades das instituições de Estrasburgo e seus respectivos limites no âmbito da justiça social. Como nota Harmsen (2011, p. 126-127), “[...] a maioria dos debates foram tanto sob a forma dos novos aspectos do protocolo, quanto claramente sobre o seu papel constitucionalista e a função da justiça individual da Corte”. Embora tenha se concentrado, por fim, apenas na dinâmica institucional, tal como o *protocolo nº 11*, o *protocolo nº 14* buscou atuar na capacidade de transformação do Tribunal, com a superação de algumas das dificuldades em que esse se encontrava.

No entanto, como considera Greer e Wildhaber (2012, p.660-661), “[...] o projeto final acabou sendo tímido e se converteu numa falta de visão” dos funcionários de Estrasburgo, demonstrando a relutância da instituição em reconhecer a importância das reivindicações em torno da constitucionalização e da justiça social para evitar a estagnação ou o colapso total de suas competências, sob o peso inexorável das petições individuais. Para os autores, as reformulações foram mais simbólicas do que, de fato, substanciais, e em breve, será fundamental uma nova reavaliação de suas funções primárias, tanto no que diz respeito ao seu papel quanto à sua natureza. Uma análise completa levará inevitavelmente a mudanças mais profundas do que apenas a diminuição do número de casos a serem julgados pelo Tribunal (por meio de novos critérios de admissibilidade, como foi realizado). Devem-se, portanto, considerar suas próprias ambivalências no âmbito da justiça social, indo além de meras declarações pecuniárias ou processuais. (GREER; WILDHABER, 2012, p.661-665).

Como mencionado, as discussões prévias ao *protocolo nº 14* já haviam transcorrido sobre a imperatividade da vigência de um modelo de justiça individual, que sustenta que as reparações das violações da Convenção sejam dirigidas especificamente aos indivíduos, com avanços constitucionais e sistêmicos também no nível nacional. O termo designa, em sentido mais abrangente, a garantia que a vítima sempre receba um julgamento individual a seu favor, por mais leve que seja a infração e qualquer que sejam os custos burocráticos desses trâmites legais. A conduta e a prática dos Estados também seriam susceptíveis de análise, assim como os impactos dessas medidas na vida dos indivíduos. (GREER; WILDHABER, 2012, p. 663-666).

Greer e Wildhaber (2012, p. 664) ressaltam que essa questão “[...] continuará central para o futuro do Tribunal, [mas] a justiça individual nunca foi objetivo crível para o sistema da Convenção”, muito pelo contrário, tratava-se mais de uma justiça simbólica politicamente afirmada pelas instituições de Estrasburgo. Pois, após a aprovação do *protocolo nº 14*, foi comprovado que elas se recusam sistematicamente em protagonizar reformulações realmente

radicais e profícuas, sendo esse tema considerado até mesmo arbitrário às prerrogativas reais do Tribunal e da Convenção.

[...] not surprising, therefore, that those who support it have never sought to offer a full and coherent argument in its favour. It has, instead, merely been implicitly invoted, in both pre- and post-Protocol nº 14 debates, by those opposed to any reconsideration of the admissibility criteria for individual applications. The first reason is that this was not what the Convention system was originally set up for. At its inception the ECHR was intended to prevent a recurrence of the atrocities of the Second World War, and to contribute to the Peace of Western Europe in the context of the Cold War by providing an independence, transnational judicial forum mediating international disputes about rights violations [...] the Convention's fundamental role and rationale continue to be the defence of the character and integrity of national political, constitutional and legal systems in European democracies through the language and medium of human rights, rather than benefiting individual applicants per se. Secondly, in view of the changes to the past half century there is simply no realistic prospect of justice being systematically delivered to every applicant with a credible complaint about a Convention violation. And unless it is systematic, individual 'justice' risks becoming arbitrary. [...] As already indicated the ECtHR rejects as inadmissible about 95% of the applications it receives [...] *the 'justice' delivered tends to be more symbolic than instrumental.* (GREER; WILDHABER, 2012, p. 664-666).

Ou seja, os opositores alegam que a justiça individual nunca foi o objetivo imediato da Convenção no pós-guerra, mas sim a defesa da integridade dos sistemas políticos e jurídicos das democracias europeias. Essas eram as premissas centrais dos organismos constituídos em Estrasburgo, concebidos como fóruns político-judiciais independentes, focados na defesa do Estado de direito e da herança comum europeia. Embora essa independência política seja ainda hoje contestada por analistas, a justiça individual aparece mais como uma conquista histórica arbitrária do que realmente um avanço fundamental para o sistema. Greer e Wildhaber (2012, p. 66) defendem que os apoiadores também não têm corroborado com a alteração desses discursos contrários, pois não sinalizam argumentos completos e coerentes, retardando ainda mais o progresso das discussões em prol do aprimoramento dos instrumentos de promoção da justiça social.

Já no que se refere à justiça constitucional, as discussões se limitaram às atribuições de que os acordos e as decisões dos tribunais nacionais seriam subservientes aos emitidos por Estrasburgo. Reduzir-se-iam assim as grandes ênfases jurisprudenciais das doutrinas da 'margem de apreciação' e de 'subsidiariedade', que atribuem maior peso às decisões dos sistemas domésticos vigentes. Elas atestam que as deliberações sejam tão próximas quanto possíveis das contingências oferecidas pelos níveis nacional e local. (SEIBERT-FOHR; VILLIGER, 2014, p. 20). Anular-se-iam, portanto, as decisões dos tribunais inferiores em hierarquia,

quando direitos constitucionais houvessem sido claramente infringidos. O Tribunal Europeu passaria a ser identificado como um tribunal constitucional ou quase constitucional, alterando sua missão para corrigir questões de interesse comum e proporcionar o alívio individual – como adição – das violações humanas acometidas. (GREER; WILDHABER, 2012, p. 670).

Na reunião do alto nível da Conferência de Brighton em 2012, essa problemática da justiça constitucional apareceu novamente em pauta. Foi proposto, que a nova incumbência da Corte seria a de agir como uma salvaguarda aos indivíduos, cujos direitos e liberdades não tenham sido garantidos no nível nacional. Mais do que isso, atenções judiciais renovadas deveriam ser atribuídas às violações generalizadas de problemas sistêmicos, dificuldades estruturais e interpretação ou aplicação limitadas dos dispositivos da Convenção⁴³. (EUROPEAN, 2012, p.08-09).

Inherent in the notion of ‘constitutional justice’ in the ECHR context is the idea that the Convention system should ensure that cases are both selected and adjudicated by the ECtHR in a manner which contributes most effectively to the identification, condemnation, and resolution of violations, particularly those which are serious for the applicant, for the respondent state (because, for example, they are built into the structure or modus operandi of its public institutions), or for Europe as a whole (because, for example, they may be prevalent in more than one state). (GREER; WILDHABER, 2012, p. 671).

Greer e Wildhaber (2012, p. 772) advertem que alguns desenvolvimentos internos indicam que a constitucionalização nesse sentido já está em andamento. Pois, a Corte passou a conferir uma única decisão a grupos de pedidos semelhantes, atuando efetivamente como uma ação judicial coletiva. Deu-se prioridade a alguns casos meritórios dignos de serem examinados no âmbito internacional, e por fim, problemas específicos passaram a ser identificados de modo comum nas legislações domésticas dos Estados membros. Esses padrões foram designados como julgamentos pilotos⁴⁴, os quais possibilitam a alteração de normas internas (con-

⁴³ [Declaração de Brighton, parágrafos 33 e 35 (c).].

⁴⁴ [Até janeiro de 2010, seis ‘julgamentos-piloto’ foram completados, sendo entregues à Polônia, à Rússia, à Moldávia, à Ucrânia, e à Bósnia-Herzegovina. Uma série de problemas foi relatado, incluindo o sistema de indenização dos Estados, inadequações no direito de preservação da propriedade privada, de execuções judiciais de sentenças judiciais domésticas e a duração excessiva dos procedimentos legais. Nesses termos, o Tribunal europeu invocou o termo de ‘julgamento piloto’ para descrever sua abordagem e identificou violações coletivas da Convenção Europeia. Os Estados correspondentes foram lembrados de suas obrigações nos termos do artigo 46º – acerca da força vinculativa e a execução das sentenças –, estipulando que medidas gerais das autoridades nacionais precisavam ser adotadas para a solução dos mesmos problemas identificados. Não foi prescrito medidas gerais, mas foi suspenso todos os casos semelhantes, os quais passaram a aguardar ‘considerações práticas e políticas, bem como os fatores jurídicos’ nacionais para serem alterados. As questões mais críticas se ligam, necessariamente, à falta de vontade política para reconhecer um problema constitu-

forme orientações da própria Convenção), viabilizando assim que milhares de queixas potenciais deixem de existir ou se dirijam somente às autoridades nacionais.

Apesar dessas conquistas mais recentes, os debates que precederam o *protocolo n° 14* acabaram sendo rejeitados, principalmente, no que tange a essas duas alternativas apresentadas acerca das justiças individual e constitucional. As alegações se fundamentaram na defesa de que a Convenção Europeia faz parte de uma pluralidade de sistemas e, cabe às instituições de Estrasburgo garantir um modelo de direitos baseados em indivíduos e não apenas em ‘cidadãos’. Admitiu-se também que embora fosse difícil conceber o Tribunal Europeu como um organismo essencialmente ‘constitucional’, cabia a ele a responsabilização dos Estados membros quando fosse constatada uma violação dos direitos humanos. (GREER; WILDHABER, 2012, p.677).

Por isso, o *protocolo n° 14*, concentrou-se apenas em três questões principais: 1) a prevenção das violações nos níveis domésticos com melhorias no acesso aos recursos internos; 2) novas medidas para aperfeiçoar o sistema de filtragem das candidaturas em relação às aplicações consideradas como ‘não meritórias’; e finalmente, 3) a implementação e execução mais rápidas dos acordos propostos pelo Tribunal de Estrasburgo. (EXPLANATORY, 2004, p. 07). A estrutura da instituição foi preservada, dirigindo-se especificamente apenas ao funcionamento do sistema de controle da Convenção.

A capacidade de filtragem foi assim potencializada ao tornar um único juiz competente para declarar a inadmissibilidade de um pedido ou indeferi-lo por completo. Esses juízes passaram a ser assessorados por especialistas não relatores, os quais passaram a fazer parte do registro jurídico. Ao requerente que não tenha sofrido uma ‘desvantagem significativa’ é automaticamente atribuída à sentença de petição manifestadamente infundada (ao menos que o mérito⁴⁵ do caso seja atestado pelo juiz responsável). Assim, a prioridade da Corte de Estrasburgo passou a se dirigir para os casos que não possuem uma “[...] natureza trivial [e] suscit[em] sérias aplicações ou interpretações da Convenção ou questões importantes relativas ao Direito”. (EXPLANATORY, 2004, p. 08).

Em suma, o *protocolo n° 14* incorporou em seu ordenamento medidas facilitadoras que visavam a “[...] eliminação dos casos não meritórios especificando que uma vez que o Tribunal e as Câmaras tenham desenvolvido seus critérios jurisprudenciais de caráter mais objetivo

cional sistêmico, capacidade técnica e financeira das instituições domésticas, o que fragiliza as inovações trazidas pelos ‘julgamentos pilotos’. (GREER; WILDHABER, 2012, p. 672).].

⁴⁵ [Salvaguarda introduzida no novo critério para não inviabilizar a análise de questões relevantes mesmo em casos que os danos às vítimas não tenham sido considerados substanciais. A ‘desvantagem significativa’ é um termo aberto à interpretação da Corte, sendo considerado altamente ‘flexível’. (EXPLANATORY, 2004, p. 14).].

e de aplicação direta, eles serão mais fáceis de serem aplicados” (HARMSSEN, 2011, p. 128). Entretanto, muitos analistas passaram a criticar tais disposições por sustentarem que ao invés de tornarem mais claras e objetivas as atribuições de inadmissibilidade, transformaram-na em justificativas que atestam que,

[...] a Corte não é mais obrigada a tratar todas as violações de direitos humanos, apenas os caracteres que considerar mais “graves” – independentemente de sua definição –, essas foram as marcas para um “novo” início de uma redefinição inaceitável no papel da instituição, alimentado [...] por uma natureza limítrofe. (HARMSSEN, 2011, p. 128).

Erik Voeten (2011, p. 74) ainda estima que cerca de oito Estados nacionais tenham escapado de punições de violações de direitos, devido ao voto estratégico de juízes, subindo para doze Estados quando consideramos o “nível de importância dos julgamentos”. Com as novas alterações introduzidas pelo *protocolo nº 14*, estimam-se que tais números aumentem nitidamente nos próximos anos, “[...] dada à linguagem ou às questões em que o juiz individual seja especializado ou influenciado politicamente pelo âmbito nacional”. O autor recorda que os governos ainda possuem a competência de nomear juízes (que tenham atuado em Estrasburgo) para novas posições jurídicas de prestígio no âmbito nacional e internacional. Leva-se assim a um “[...] *insight* fortemente negativo em relação ao papel do partidarismo [...] que prejudica a qualidade ou a imparcialidade dos juízes [...] reconhece-se que a interpretação dos direitos humanos envolve um alto grau de julgamento político” (VOETEN, 2011, p. 75).

Aponta-se que os ganhos no grau de eficiência da Corte com as novas medidas e critérios de aceitação dos casos perpassam os valores de 20% a 25%. Embora útil, segundo Cichowski (2011, p.97), “apenas arranham a superfície de carga de trabalho do Tribunal”, o que levou ao reconhecimento, que tais mudanças não seriam suficientes para evitar o esfacelamento da instituição. “O presente protocolo pode-se revelar ainda como insuficiente para impedir que a Corte fique totalmente paralisada, sendo incapaz de cumprir sua missão central de proporcionar proteção aos direitos humanos no nível europeu, tornando ilusório o Direito na prática” (EXPLANATORY, 2004, p.14).

Assim, as reformas introduzidas reduziram, de modo tênue, a sobrecarga dos casos individuais destinados ao Tribunal, mas não apresentaram soluções definitivas aos diversos problemas vividos hoje pelo sistema. Na verdade, elas somente expuseram as lacunas acerca da garantia da justiça individual ou comunitária e da proteção humana inclusiva na Europa. Já que se restringiram ao melhoramento dos ‘instrumentos de filtragem’ dos casos, com a criação de novos critérios subjetivos de atribuição dos graus variados de importância das violações. Com os recentes quesitos jurídicos incorporados, omitiram-se com mais veemência as

infrações e discriminações sistêmicas e, as dúvidas sobre a transparência dos processos se fizeram contundentes.

A partir disso, algumas questões nortearão a prossecução do trabalho aqui apresentado, isto é: como garantir direitos universais se a experiência de acesso a eles se mantém negativa ou cada vez mais exclusiva? Seria o Tribunal Europeu o exemplo de maior eficácia na proteção dos direitos humanos, pois silencia as violações cometidas nos âmbitos dos Estados nacionais – com direitos proclamados e postulados, mas não cumpridos? As estruturas jurídicas internacionais, criadas e inspiradas nas bases do direito e da democracia, seriam mecanismos formais incumbidos de reconhecer e omitir os direitos humanos na prática (devido às restrições continuadas no acesso à justiça)?

A seleção altamente restrita dos casos leva a Corte a uma gravidade inquestionável sobre o seu significado, sua natureza e abrangência, traduzindo-se num mero conglomerado de direitos proclamados e reproduzidos, sem efetividade prática (RUDIGER, 2007, p. 53). Ao invés de considerar os inúmeros processos como ‘manifestadamente infundados’ ou ‘sem mérito’ ou sem a ocorrência de uma ‘desvantagem significativa’, é fundamental, segundo Greer e Wildhaber (2012, p. 686-687), uma avaliação mais concreta e honesta, centrada na prioridade da proteção dos direitos humanos em escala internacional. Além disso, seu domínio político hierarquizado ainda compromete o verdadeiro alcance de tais direitos, tornando-os susceptíveis às diversas lógicas políticas, conduzidas, principalmente, pelos Estados nacionais soberanos.

Para tanto, devemos dar sequência a uma avaliação complementar da atual jurisprudência política do Tribunal Europeu, acerca do combate do racismo e da discriminação no continente, a fim de compreendermos – para além dos seus limites jurídico-estruturais –, as lacunas no reconhecimento das particularidades humanas e da inclusão do *Outro*. Visto que, seus termos restritivos configuram-se também como insígnias de um processo jurídico ainda centrado nos marcos tradicionais e enraizados em relações sociais assimétricas, fundadas no tratamento desigual de uma sociedade dominante. Apresentar-se-ia assim como um subsistema de representações estritamente simbólicas e politicamente dirigidas que negligenciam a revisão de suas estruturas e dos seus instrumentos institucionais para melhor promover os direitos de liberdade, igualdade e inclusão.

2.3 Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: a ‘jurisprudência política’ do artigo 14º da CEDH

Até o momento, este trabalho se destinou à análise dos princípios mais gerais⁴⁶ de criação, evolução, aplicação e interpretação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, fornecidos pelos órgãos de controle de Estrasburgo, tendo ainda como foco central o artigo 14º da CEDH. Algumas contrariedades também foram delineadas, assim como suas principais doutrinas, lógicas judiciais, fundamentos político-discursivos e alterações no bojo de sua infraestrutura legal. Objetivou-se com isso, vislumbrar um quadro teórico-explicativo que proporcionasse um panorama fundamental para o entendimento das diferentes terminologias jurídicas adotadas pela Comissão e, especialmente, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Como se constatou, o Tribunal sofreu um alargamento no seu âmbito jurisprudencial e na sua jurisdição *vis-à-vis* aos ordenamentos político-jurídicos domésticos. No entanto, ainda se manteve – em grande medida –, susceptível aos jogos de poder nacionais e aos interesses políticos dos Estados membros do Conselho da Europa. A partir da década de 1990, houve um aumento significativo do número de petições individuais, não apenas devido à entrada de novos membros no sistema da Convenção, mas também do maior envolvimento dos indivíduos nas reivindicações contrárias às distorções e às lacunas na proteção de seus direitos nos âmbitos nacionais. (ANAGNOSTOU; PSYCHOGIOPOULOU, 2010, p. 01-02).

Os custos judiciais mais elevados, a complexificação das demandas, os atrasos nos julgamentos e os acúmulos nos números dos casos passaram a desafiar as antigas atribuições do Sistema *two-tier*. Intensificaram-se também os questionamentos sobre a eficiência e a credibilidade jurisprudencial e doutrinária da Corte. Como solução aos problemas que se somavam, os impulsos iniciais de reformas suscitaram uma série de modificações apenas processuais – em oposição às mudanças genuinamente substantivas, acerca da natureza ou da finalidade da promoção da justiça e da igualdade pelas instituições de Estrasburgo. Essas reestruturações foram tomadas, por especialistas, como esforços paliativos para ampliar o sistema original estabelecido pela Convenção da década de 1950.

A partir do *protocolo nº 14*, o Tribunal único e permanente buscou respostas às crises sócio-institucionais, com o estabelecimento de novos critérios de inadmissibilidade, tendo

⁴⁶ [A maior parte das disposições se apoiou nos princípios de ‘eficácia’ e ‘justa satisfação’, visando garantir que os direitos atribuídos pela Convenção fossem considerados ‘práticos e eficientes’. O conceito de ‘subsidiariedade’ também autorizou o acesso direto ao Tribunal, desde que, os remédios nacionais já tivessem sido esgotados, e a doutrina da segurou que as deliberações das instituições de Estrasburgo seriam ainda sensíveis às circunstâncias nacionais de sua aplicação. Os direitos da Convenção não se materializariam como ‘direitos humanos universais e absolutos’, mas sim como normas passíveis de alteração e interferência política em larga escala. (DEMBOUR, 2006, p. 22-23).].

como fundamento as avaliações de juízes singulares, sem qualquer possibilidade de intervenção ou complementação legal. As dissensões passaram a ser adicionadas somente sobre o mérito das denúncias e, o acesso extremamente limitado aos julgamentos acabou por frustrar grande parte dos peticionários que ansiavam por justiça. (BATTJES, 2009, p.199).

Logo, atesta-se que as ampliações gradativas no domínio dos direitos humanos e das competências da Corte Europeia se centraram, majoritariamente, no combate discursivo-voluntário e em padrões abstratos de formas de discriminação, intolerância e racismo, e mantiveram-se ligados, de modo significativo, apenas à primeira geração dos direitos civis e políticos ao invés de abranger um arcabouço normativo mais eficaz sobre a proteção dos direitos sociais e culturais de grupos alternativos na Europa.

Qualquer noção de direitos específicos relacionados às minorias ou aos imigrantes ainda permanece ausente, sendo condicionada politicamente pelos contextos nacionais, com a apresentação de graus variados de satisfação de Estado para Estado. Isso tem refletido a relutância das instituições de Estrasburgo em reconhecer a existência de identidades culturais distintas dentro dos territórios europeus e, sinaliza que não existe qualquer ligação entre o combate efetivo da discriminação com a proteção dos direitos das minorias. (RUDIGER, 2007, p.47). As autoras Dia Anagnostou e Evangelia Psychogiopoulou (2010, p.04-05) advertem que a formulação e defesa limitada desses direitos – vistos como *fundamentais* –, têm levado o Tribunal a preencher somente pequenas lacunas no reconhecimento humano inclusivo, conciliando-se mais com os fatores legais e políticos domésticos que – podem promovê-los –, mas tendem também, inversamente, a limitá-los em prol de um discurso nacional unificador.

Por isso, nossa hipótese central defende que, embora esses relatórios, essas recomendações e essas práticas político-judiciais tenham se focado na luta contra a discriminação na esfera internacional, na verdade, constituíram-se como elaboradas técnicas jurídicas que possibilitaram e até mesmo viabilizaram, paradoxalmente, a perpetuação de estruturas negativas de reconhecimento social e inclusão do *Outro*. Já que, tais propagações ainda se pautam nos marcos tradicionais das culturas majoritárias e, assumem posicionamentos politicamente dirigidos e em consonância com os Estados nacionais em detrimento da proteção dos direitos em si. Assumem assim, funções meramente ‘simbólicas’ e até mesmo ‘omissas’ quanto à defesa irrestrita das particularidades humanas mais elementares, reiterando continuamente os cenários de negação do *Outro* – vividos nos âmbitos domésticos e silenciados no supranacional – que serão exemplificados a seguir.

Propõe-se, portanto, um debate sobre a jurisprudência política das instituições de Estrasburgo⁴⁷ – acerca do artigo 14º da CEDH –, com a intenção de viabilizar novos *insights* críticos, de modo a ganhar mais conhecimento sobre seus limites e possibilidades no que se refere à promessa da igualdade pluralista, da proteção humana inclusiva e da expectativa de progredir nos ideais de maior justiça social, identificando hierarquias e minando ideologias baseadas na exclusividade dos direitos. O propósito é o de superar análises consideradas por demais simplistas, sobre o papel ou a função do direito internacional e dos direitos humanos, expondo “[...] uma abordagem promissora que examine criticamente o direito em todas as suas formas” (BATTJES et al; 2009, p. 199-200).

Assim, com base nos dados fornecidos pelo *Factsheet – Racial Discrimination* e pelo *Country Fact Sheets (1959-2010)*, esse estudo irá proporcionar a observância de possíveis omissões jurídicas, nos casos que envolvem as leis e as políticas de não discriminação, ligadas aos grupos minoritários no continente. Pois, como argumenta Battjes (2009, p. 201), a situação dos estrangeiros e dos não cidadãos, ainda varia conforme as noções de identidade construídas no interior dos Estados nacionais, nos valores étnicos e culturais, nas raças e nas lealdades nacionais, o que enfraquece sua abrangência universal e retarda a criação de culturas inclusivas de igualdade com sensibilidade às diferenças.

A partir do estudo do *Factsheet – Racial Discrimination (FRD)* nota-se que, desde 1973, muitos casos passaram a ser apresentados à Comissão Europeia e ao Tribunal Europeu em matéria de violação dos direitos do homem, com a exposição de ameaças à integridade física e à dignidade humana, em associação às formas de discriminação com base na raça, na cor, na origem étnica e em outras situações. Esse relatório ilustra casos que se estabeleceram como ímpares no combate ao racismo e à intolerância na Europa, servindo ainda como uma forma de reforçar “[...] a visão da democracia numa sociedade em que a diversidade não deve ser percebida como ameaça” (FACTSHEET, 2013, p. 03).

Em consonância a essa conduta, também são elencados no *Country Fact Sheets 1959-2010 (CFS)* alguns dos padrões jurisprudenciais que se constituíram como as bases para a história de formação do Tribunal. Sobre o direito de não discriminação se encontram referidos, dentre outros, os casos de *Velikova contra a Bulgária (processo nº 41488/98)* e de *Anguelova contra a Bulgária (processo nº 38361/97)*, os quais serão detalhados adiante. Segundo Hemme Battjes (2009, p. 203) esses, “[...] julgamentos configuraram-se como os mais polêmicos do Tribunal, pois revelaram os pontos internos da crítica”, fomentando ainda o “[...] o *tabu* que repousa sobre o racismo [e que] tem levado a uma mentalidade de negação [...] dos juízes

⁴⁷ [Envolve o sistema *two-tier* para os casos julgados até 1998 e, especificamente o Tribunal Europeu único e permanente após a ratificação integral do *protocolo nº 11*.].

do Tribunal. [Tornam-nos] cegos para as tensões raciais que ainda marcam as sociedades europeias”.

No tocante às análises empíricas, o *Factsheet – Racial Discrimination* (2013, p.01) menciona que o processo inaugural conduzido à Comissão Europeia em dezembro de 1973 – acerca da violação do artigo 14º da CEDH – ficou conhecido como os *35 Africanos Orientais contra o Reino Unido* (processo nº 4626/70). Inicialmente, o caso pertencia a três cidadãos da *Commonwealth*, residentes na Grã-Bretanha e provenientes das antigas colônias do Quênia, de Uganda e da Tanzânia, que perderam o seu direito de residirem permanentemente no Reino Unido devido às aprovações da *Commonwealth Immigrants Acts* de 1962 e de 1968 (35EAST, 1978, p. 05-06). Por meio dessas diretivas nacionais, os antigos cidadãos deixaram de possuir a liberdade de entrar livremente no Reino Unido para trabalhar e morar. Os atos “[...] limitaram o direito de entrada e impuseram controles rígidos de imigração sobre certas classes de cidadãos, incluindo àqueles que já habitavam o Reino Unido e as Colônias, e aos que ainda não possuíam ligações estreitas com a Grã-Bretanha” (CONSEIL, 1985, p.04).

As leis de imigração existentes até 1962 foram alteradas e, as novas diretrizes criaram categorias de pessoas para efeitos de aceitação nos territórios britânicos, as que tinham o direito de residência permanente eram chamadas de ‘patriais’ e as que não possuíam essa salvaguarda específica foram denominadas de ‘não patriais’. Essas classificações foram destinadas a todos os imigrantes e aos cidadãos da *Commonwealth* (que ‘pertenciam’ ao Reino Unido e aos que ainda ‘não pertenciam’). Segundo a Lei de Imigração de 1971,

- (a) citizens of the United Kingdom and Colonies who had acquired that citizenship by birth, adoption, naturalisation or registration in the British Islands (that is, the United Kingdom, the Channel Islands and the Isle of Man), or were the children or grandchildren of any such persons;
- (b) citizens of the United Kingdom and Colonies who had at any time been settled in the British Islands for at least five years;
- (c) other Commonwealth citizens who were the children of a person having citizenship of the United Kingdom and Colonies by virtue of birth in the British Islands;
- (d) women, being Commonwealth citizens, who were or had been married to a man falling within any of the preceding categories. (CONSEIL, 1985, p.05).

Aos recém-considerados cidadãos da *Commonwealth* – não patriais foi retirada a permissão permanente de viver, trabalhar e adquirir vistos de entrada para familiares nos territórios britânicos, ao menos que fosse dada a permissão – por um período limitado de tempo – pelos agentes da imigração. A licença passou a estar sujeita ainda às condições de trabalho

dos residentes e ao registro pessoal de todos na polícia britânica, podendo ser posteriormente alterada no que tange à sua duração ou à sua admissibilidade. (CONSEIL, 1985, p.05).

Para Khalida Qureshi (1968, p.134), as aprovações dessas leis migratórias foram fulcrais para o reestabelecimento dos antigos conflitos coloniais – sobre as distinções de raça e de cor –, que ainda pairavam sobre as sociedades europeias, promovendo ainda novos problemas ligados à eclosão do racismo e da intolerância, especialmente, na Grã-Bretanha. Referiram-se também às rejeições das minorias nacionais – que já detinham passaportes ingleses –, mas eram originalmente da África Oriental. O autor menciona que a recusa britânica na aceitação de alguns cidadãos da *Commonwealth* produziu uma espécie de cidadania de segunda classe, sendo a primeira vez que essas classificações raciais e diferenciações sociais apareceram na forma de lei no Reino Unido. Constituíram-se assim como políticas de combate à africanização da Grã-Bretanha e a um modo de conter o aumento dos fluxos migratórios, após a independência de suas antigas zonas de exploração.

Britain's latest Immigrants Act reflects very well the antagonism of race and colour. [...] The Act was described as hasty and shameful legislation, which created human problems, denied individual rights and was a betrayal of the Kenyan Asians' trust in the British passport and Britain's word. It was the first time racial classifications were written into the British Law. [...] The Act gave rise to acute racial feelings in Britain [...] Following this speech many violent attacks on coloured people took place in Britain. (QURESHI, 1968, p. 136-145)

A maior ironia da *Commonwealth Immigrants Act* de 1968, é que sua promulgação ocorreu no mesmo ano escolhido pelo Conselho da Europa e pelas Nações Unidas como o *Ano Internacional da Proteção dos Direitos Humanos*. Esse ato sectário envolveu uma violação explícita aos direitos humanos, por restringir direitos de cidadania anteriormente conquistados e fomentar o acirramento social com violências racialmente direcionadas aos cidadãos das antigas colônias britânicas (asiáticos, negros e árabes). Concebeu-se, deste modo, como um ato discriminatório legalmente fundamentado de limitação de direitos. Segundo Qureshi (1968, p. 134-136) “[...] infelizmente em certas sociedades essa antipatia tornou-se uma obsessão patológica [...] de nações racistas diante de uma pressão contínua para aceitarem a ideia da igualdade racial”.

Assim, os três requerentes iniciais no caso dos *35 Africanos Orientais contra o Reino Unido* (processo nº 4626/70) buscavam reivindicar seus direitos de nacionalidade britânica e refutar a negação da concessão do passaporte inglês para a permanência de seus cônjuges no Reino Unido – após eles terem sido expulsos dos países africanos e terem se tornado apátridas. As aplicações evocaram a violação do artigo 3º da CEDH (proibição da tortura) e do arti-

go 5º da CEDH (direito à liberdade e à segurança) em associação ao artigo 14º (proibição da discriminação). Em outubro de 1975, a Comissão Europeia decidiu agrupar mais 32 reivindicações semelhantes, sob a insígnia do mesmo processo, somando às reivindicações à possível violação do artigo 8º (sobre o direito à vida privada e familiar).

O governo do Reino Unido foi convidado a emitir observações legais sobre a admissibilidade de tais aplicações e todos os peticionários informaram que “[...] desejavam prosseguir com os seus processos” (35East, 1978, p. 07) independentemente do posicionamento político do governo britânico. No entanto, dois anos após a aceitação dos casos, o Reino Unido decidiu emitir uma autorização provisória de permanência para 31 dos solicitantes, o que levou à Comissão Europeia a declarar profunda “[...] satisfação pelas medidas adotadas pelo governo para facilitar a entrada no Reino Unido dos provenientes da África Oriental” (35EAST, 1978, p. 07).

O governo britânico ainda declarou que vistos especiais – distribuídos em sistemas de quotas –, seriam emitidos a todos os chefes de família para a entrada temporária de suas esposas e filhos, e as mulheres residentes no Reino Unido só poderiam se qualificar para o recebimento de tais vistos, caso seus maridos estivessem incapacitados ou mortos. Mediante a essas circunstâncias, foi concluído pela Comissão Europeia que “[...] todos os problemas que deram origem às candidaturas deixaram de existir” (35EAST, 1978, p. 07) e o Comitê de Ministros afirmou estar profundamente “[...] satisfeito com as medidas tomadas pelo Reino Unido para lidar com o fluxo de refugiados que a crise africana produziu” (DEMBOUR, 2006, p. 150).

Embora tenha sido declarado – ao longo do processo –, que os requerentes “[...] foram tratados como cidadãos de segunda classe e foram sujeitos a atos de discriminação racial”, e afirmado que “[...] a discriminação baseada na raça, em certas circunstâncias, poderia equivaler a um tratamento degradante nos termos do artigo 3º da Convenção” (35EAST, 1978, p. 08). Foi decidido unanimemente pela Comissão que,

[...] não houve violação do artigo 3º da Convenção no que se refer[ia] às seis aplicações apresentadas;
 Que não houve violação do artigo 5º e nem do artigo 5º em associação com o artigo 14º da Convenção;
 [E] que, após ter observado que a maioria de 2/3 dos requerentes - conforme exigido pelo artigo 32º da CEDH - não requereram qualquer outra ação no caso [...] no que se refere ao artigo 3º da Convenção e nos três pedidos relativos aos artigos 8º e ao 14º da Convenção, [a Comissão] retira a análise dos demais casos de sua ordem de trabalhos. (35 EAST, 1978, p. 07-08).

Neste contexto, foi alegada a impossibilidade de evocar o artigo 5º da CEDH – sobre o direito à liberdade e à segurança – nos casos analisados, sendo a violação do artigo 14º tam-

bém improcedente nesses termos. Pois, a expressão ‘segurança’ devia ser compreendida apenas em cenários de restrição da liberdade individual, isto é, “[...] no que diz[ia] respeito à proteção contra a ingerência arbitrária de uma autoridade pública na liberdade pessoal de um indivíduo. [Sendo o] artigo garantido em termos absolutos e, não pode[ria] haver violação independente do artigo 14º da CEDH” (32EAST, 1978, p. 10). Atestou-se pela primeira vez no âmbito do direito europeu, a essencialidade de vinculação do artigo 14º da CEDH⁴⁸ com o artigo 5º da CEDH⁴⁹, cujo entrelaçamento obrigatório havia se mostrado manifestadamente infundado, pela não exequibilidade da acusação de violação da liberdade individual dos requerentes.

As prerrogativas judiciais da Convenção – no primeiro caso emblemático de combate à intolerância pela Comissão –, garantiram a prossecução de assimetrias na concessão dos direitos dos cidadãos britânicos da *Commonweath* que já moravam no Reino Unido ou que já tinham pelo menos um dos pais nascidos e residentes em seus territórios, ao abrigo da continuidade da aplicação das leis de imigração. Ao governo da Grã-Bretanha não foi emitido nenhum pedido legal de revogação ou reformulação de suas normas internas sobre os cidadãos da nova *Commonweath* ou aos imigrantes. Ao contrário, foi admitido que os problemas que originaram as petições ‘deixaram de existir’ e todas as queixas foram retiradas de Estrasburgo⁵⁰.

O preconceito racialmente motivado e descrito nas deliberações foi silenciado com a alegação de que “[...] não e[ra] necessária qualquer outra ação no que diz[ia] respeito às queixas dos recorrentes nos termos dos artigos 3º, 8º e 14º da CEDH”. (35EAST, 1978, p. 11). Assim, os conflitos foram resolvidos com a permanência das vicissitudes raciais no âmbito da proteção humana inclusiva e contínuas lacunas acerca do reconhecimento das identidades minoritárias no Reino Unido. Cabe lembrar ainda, que ‘omissões jurídicas’ também são formas de posicionamento político, e apesar da constatação de que “[...] a discriminação baseada na raça, em certas circunstâncias, poderia equivaler a um tratamento degradante”, nenhuma violação foi, de fato, atribuída. (35EAST, 1978, p. 11).

⁴⁸ [‘Direito não independente’].

⁴⁹ [‘Direito absoluto e independente’. Como ele não foi violado o direito não independente (acessório) também não poderia ser considerado pelas atribuições da Comissão.].

⁵⁰ [O próximo passo seria remeter o caso ao Tribunal Europeu para uma decisão judicial ou para o Comitê de Ministros para a resolução, mas como o Reino Unido facilitou a entrada da maior parte dos petionários, o presente caso foi decretado como resolvido. Assim, o primeiro caso relativo à violação do artigo 14º da CEDH sobre a nacionalidade britânica e à política de imigração não foi decidido pela Corte Europeia até 1985, no caso de *Abdulaziz, Cabales e Balkandali contra o Reino Unido* (processo nº 9214/80; 9473/81; 9474/81) (JACKSON, Donald Wilson. *The United Kingdom Confronts the European Convention on Human Rights*. Gainesville: University Press of Florida, 1997, p. 89).].

Em maio de 1985, a vigência da Lei de Imigração de 1971 levou ao julgamento de outro importante caso contra o Reino Unido, desta vez, remetido ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: o processo de *Abdulaziz, Cabales e Balkandali* (processos nº 9214/80; 9473/81; 9474/81). A petição abordava a contestação das cláusulas migratórias britânicas que impediam as requerentes legalmente residentes na Grã-Bretanha e na Irlanda do Norte, mas não patriais – de origens indiana, filipina e egípcia –, de conseguirem a autorização para a permanência de seus maridos no Reino Unido. (FACTSHEET, 2013, p. 02).

Entretanto, os homens não patriais – mas legalmente residentes –, podiam solicitar com mais facilidade a entrada de suas esposas e noivas estrangeiras. Assim, o pedido possuía uma agenda básica de reivindicação pela igualdade de gênero e pela não discriminação racial e de origem, baseando-se nas possíveis violações do artigo 3º da CEDH (proibição da tortura), do artigo 8º tomado em conjunto com o artigo 14º da CEDH (direito ao respeito pela vida privada e familiar e a não discriminação), e por fim, do artigo 13º (direito a um recurso efetivo). (CONSEIL, 1985, p. 01-02).

De acordo com os depoimentos fornecidos pelo governo, a Lei de Imigração de 1971 se constituía como um guia prático e efetivo para os oficiais de imigração e cabia aos tribunais o dever de resguardar suas provisões nacionais, uma vez que elas possuíam força de lei e tinham como objetivo a restrição da imigração primária para a proteção do mercado de trabalho britânico. O argumento do governo se centrou na defesa de que os imigrantes homens estavam mais sujeitos a “[...] procurarem emprego em tempo integral [...] e o governo visava promover a tranquilidade pública, através do exercício do direito de controle da imigração, para assegurar as boas relações com a comunidade” (CONSEIL, 1985, p. 08).

As mudanças introduzidas pelas novas regras migratórias garantiram condições mais rígidas para a concessão de licença para a entrada de maridos ou noivos não patriais, que tentassem residir junto com suas esposas ou noivas no Reino Unido. Mas, tais medidas não foram estendidas às esposas ou noivas de homens não patriais legalizados, devido “[...] ao compromisso de longa data do Governo – com base em razões humanitárias, sociais e éticas – à reunificação das famílias de imigrantes” (CONSEIL, 1985, p. 08). Esses posicionamentos foram arduamente contestados pelas três requerentes durante o processo, com a declaração que eles “[...] ignoravam os papéis modernos atribuídos às mulheres e o fato dos homens poderem ser trabalhadores autônomos [...] e não precisarem de emprego”, sendo ainda a diferença de tratamento baseada no sexo “[...] nefasta sobre a vida familiar das mulheres em causa” e uma afronta à dignidade humana. (COUNCIL, 1985, p. 30-31).

Competia ainda aos cônjuges solicitantes da permissão de entrada no Reino Unido de provarem que seus casamentos eram qualificados e legítimos⁵¹, bem como propiciarem a explicação dos reais motivos que impediam o casal de viver conjuntamente no país de origem dos maridos ou das esposas. (CONSEIL, 1985, p. 16-17). Dadas às circunstâncias do caso, a Corte Europeia decidiu que as aplicações – no que se refere à possível violação do artigo 8º da CEDH em associação com o artigo 14º –, eram admissíveis, mas o exame do ‘tratamento discriminatório’ deveria ser avaliado separadamente.

Sobre a ‘discriminação em razão do sexo’, o Tribunal declarou – numa passagem que se repetirá em julgamentos futuros –, que “[...] o avanço na igualdade dos sexos é o grande objetivo perseguido pelos Estados membros do Conselho da Europa”. E, “[...] o Tribunal não está convencido de que a diferença entre os respectivos impactos dos homens e das mulheres no mercado de trabalho sejam suficientemente importantes para justificar as diferenças de tratamento”. Embora os Estados gozem de certa margem de apreciação para decisões políticas domésticas, as diferenças de tratamento em situações análogas ou semelhantes devem ser justificadas ‘razoável e objetivamente’, o que não foi provado no presente caso. Assim, “[...] o Tribunal concluiu que as recorrentes foram vítimas de discriminação em razão do sexo” (CONSEIL, 1985, p. 30-33).

Entretanto, no que tange à ‘discriminação racial’, foi admitido que “[...] embora um Estado membro não possa aplicar políticas de tratamento preferencial aos seus nacionais ou às pessoas dos países com que tenha laços mais estreitos”, as regras migratórias do Reino Unido não são uma “[...] evidência da diferença real de tratamento com base na raça” (CONSEIL, 1985, p. 33). As restrições à ‘imigração primária’ – conforme defendido pelo governo – visavam proteger o mercado de trabalho num período de forte crise, o que levou à elaboração de regras especialmente direcionadas “[...] aos imigrantes que são da nova *Commonwealth* e do Paquistão, e como resultado afetaram menos brancos do que outros, [mas isso] não é razão suficiente para considera-los racistas”. Conseqüentemente, o Tribunal deliberou que, “[...] as recorrentes não foram vítimas de discriminação em razão da raça” (CONSEIL, 1985, p. 34-35).

Já, à referida ‘discriminação com base na origem’ das vítimas, também não foi corroborada de modo ‘objetivo e razoável’, na medida em que “[...] existiam razões sociais persuasivas que deram tratamento especial às pessoas cujas ligações com o país provieram do nascimento de dentro dele”. O Tribunal observou que “[...] as diferenças de tratamento não denotam qualquer desrespeito [...] e não foram concebidas para humilhar ou degradar, mas desti-

⁵¹ [Transferência do *ônus da prova* para os maridos solicitantes e não ao Estado britânico.].

navam-se unicamente para atingir os objetivos referidos”. Deste modo, a Corte determinou que as requerentes “não foram vítimas de discriminação em razão do nascimento” e não houve também violação do artigo 3º da CEDH, uma vez que não se provou que a “[...] discriminação contra elas se constituía como uma afronta à dignidade humana” (COUNSIL, 1985, p. 36).

Logo, apesar do reconhecimento geral da Corte de que as requerentes sofreram com “a longa separação, a ansiedade e o estresse” da distância de seus cônjuges (COUNSIL, 1985, p. 36), foi declarado pelo Tribunal que,

[...] o presente processo não diz respeito aos imigrantes que já tinham uma família e deixaram para trás num outro país [...] [isto é] só depois de terem fixado residência no Reino Unido, como solteiras, que as requerentes contraíram seus casamentos. O dever imposto pelo artigo 8º não pode ser considerado como uma extensão a obrigação geral por parte do Estado de respeitar as escolhas dos casais [...] e de aceitar os cônjuges não nacionais naquele país. *No caso em apreço, as recorrentes não demonstraram que existiam obstáculos ao estabelecimento da vida familiar no seu próprio país de origem ou no país de seus cônjuges [...]* Além disso, no momento do casamento: I) A Sra. Abdulaziz sabia que o seu marido tinha sido admitido no Reino Unido por um período limitado, apenas como visitante e que seria necessário que apresentasse um pedido de permanência, e ela poderia ter sabido, à luz das normas promulgadas, que tal pedido seria provavelmente recusado; II) A Sra. Balkandali devia ter conhecimento que a licença do seu marido para permanecer temporariamente como estudante já tinha expirado, que sua residência no Reino Unido era, portanto, ilegal e que, nos termos das regras de 1980 então em vigor, não poderia ser esperado [seu visto de permanência]; III) No caso da Sra. Cabales, que nunca tinha convivido com o Sr. Cabales no Reino Unido, ela deveria ter sabido que seria exigido autorização de entrada, de acordo com as regras em vigor e seria recusado⁵². Por conseguinte, não houve ‘falta de respeito’ pela vida familiar e, portanto, nenhuma violação do artigo 8º da CEDH tomado isoladamente. (COUNSIL, 1985, p. 27-28, grifo nosso).

De acordo com Marie Dembour (2006, p. 192-193), a quase ausência de juízas na Corte até a aprovação do *protocolo nº 11*, não impediu que o Tribunal declarasse sua defesa contínua a uma agenda pautada na igualdade sexual. Muito pelo contrário, o presente caso foi invocado como um exemplo de sucesso na proteção do direito à vida familiar e no combate à discriminação em razão do sexo, mesmo que a separação dos casais não tenha sido considerada uma falta de respeito ou uma afronta à dignidade humana. O sexismo do argumento do governo britânico de que “[...] as recorrentes não demonstraram que não podiam seguir seus maridos para viver com eles em seus próprios países [...] [também] escapou à Corte” (DEMBOUR, 2006, p. 193), sendo ainda corroborado pelo Tribunal que, “[...] as recorrentes não

⁵² [Parágrafos 68 e 69.].

demonstraram que existiam obstáculos ao estabelecimento da vida familiar [...] nos seus respectivos países de origem” (COUNCIL, 1985, p. 28).

Dembour (2006, p. 193) lembra que o resultado final desse julgamento foi que o governo britânico tornou igualmente difícil para os homens ‘não patriais’ e as mulheres ‘não patriais’ – mas legalmente residentes –, de adquirirem a autorização de entrada, “tratando assim todos os cônjuges de modo igual”. Além disso, as políticas preferenciais de tratamento dos cidadãos nacionais em detrimento dos estrangeiros ou dos ‘cidadãos de segunda classe’ passaram a ser justificadas à luz dos períodos de crise econômica e com a finalidade de manter a unidade social coesa. E mesmo que ‘os brancos’ não tenham sido tão afetados como os de ‘cor’, isso não evidenciaria – segundo os argumentos da Corte –, que as legislações nacionais fossem ‘racistas’ ou ‘sectárias’. Deste modo, as alegações de discriminação tendo como base à origem das vítimas também foram rejeitadas, uma vez que essas distinções sociais não foram elaboradas com o objetivo de ‘humilhar ou degradar’ grupos específicos, apenas estabeleciam – em termos jurídicos supostamente ‘neutros’ –, quais seriam os imigrantes passíveis de serem ‘incluídos’ permanentemente e quais seriam ‘inferiorizados e não reconhecidos’ pelo direito britânico.

As políticas de imigração britânicas tornaram-se mecanismos que regulavam a ‘inclusão’ e a ‘exclusão’, construindo hierarquias com base em juízos determinados pelos parâmetros de atribuição de nacionalidade. Esses critérios passaram a flutuar conforme as necessidades econômicas e a conveniência política nacional. No interior do discurso da ‘igualdade’ – existente no bojo dos direitos humanos universais –, o pertencimento, a nacionalidade e a cidadania passaram a cumprir funções contraditórias que proporcionavam uma agenda comum de reivindicação pautada na ‘inclusão’, mas incapaz de se distanciar dos instrumentos discriminatórios de ‘exclusão’ do *Outro* – do estrangeiro e do ‘diferente’. (RUDIGER, 2007, p.55).

Hemme Battjes (2009, p. 200) chama a atenção para o escopo do direito que envolve as leis e as políticas de imigração, pois esse não deve implicar “[...] que cada governo é apenas responsável pelo bem-estar e pelo pertencimento ideal de seus próprios membros, possuindo uma obrigação limitada na proteção dos direitos dos não cidadãos”, principalmente se as violações estiverem vinculadas às prerrogativas essenciais de vida – de grupos que não possuem voz política ou representação. Para Farahat (2009, p. 202) “[...] a não-cidadania dos imigrantes é, ou deveria ser, uma questão prioritária” para Corte Europeia, pois ela assume um papel muito mais significativo para esses segmentos da sociedade do que para os portadores de uma cidadania plena. (BATTJES et al, 2009, p. 202-203).

[...] not only migrants' rights, but also the rights of citizens are affected by restrictive immigration policies. Moreover, the non-citizenship of settled migrants is, or should be, a contested issue (*Farahat*). Finally, by broadening the scope of analyses, one can compare the level of protection given to specific rights of citizens to that given to the same rights of migrants, in order to challenge any distinctions made between the two. (FARAHAT *apud* BATTJES, 2009, p. 202).

Portanto, o ideal seria criar uma abordagem político-jurídica conjunta, integrada e inclusiva sem que o *exclusivismo* do pertencimento nacional entrasse em conflito direto com o compromisso da 'igualdade pluralista'. Pois, políticas baseadas no reconhecimento do *Outro* e na constante negociação das diferentes necessidades e perspectivas transitam do nível individual ao coletivo, não exigindo assimilação, mas requerendo, acima de tudo, uma cultura democrática participativa. Reivindicam-se assim instrumentos político-jurídicos que garantam a igualdade de tratamento e não obscureçam as particularidades atinentes aos direitos humanos. As diretivas comunitárias europeias devem servir para impulsionar a ação do reconhecimento nos níveis nacionais, garantindo novos impulsos e uma possível articulação do sistema moderno de direitos com a igualdade e a diferença. (RUDIGER, 2007, p. 41-63).

Em maio de 2000, o Tribunal Europeu sentenciou outro julgamento considerado pela literatura especializada como essencial na luta contra o racismo no continente: o caso de *Sander contra o Reino Unido* (*processo nº 34129/96*). Mencionado também no *Factsheet – Racial Discrimination* (2013), o julgamento foi atribuído como elemento de destaque na história de formação jurisprudencial do direito europeu no que se refere ao combate da discriminação sob a diretiva da igualdade. (FACTSHEET, 2013, p.05). A Corte Europeia ainda considerou a “[...] erradicação do racismo como um objetivo prioritário comum para todos os Estados Contratantes”, sendo “um assunto muito sério nas sociedades europeias multiculturais de hoje”⁵³. Recordou-se que “[...] numa sociedade democrática, é fundamental que os tribunais inspirem confiança ao público [...] [devendo esses] serem sempre imparciais” (CONSEIL, 2000a, p. 05).

No entanto, para Dembour (2009, p. 223) “[...] nem de longe [Sander] se configurou numa ação jurídica de combate ao racismo, mas apenas o silenciou”. Tratou-se de um processo que inadvertidamente – ou não tão inadvertidamente assim – deixou de fora a condenação de atos altamente discriminatórios e confessos, incompatíveis com os ideais democráticos e as pressuposições mútuas de formas efetivas de ‘igualdade’ e reconhecimento do *Outro*. Já que, as condenações estiveram “[...] conspicuamente ausentes [...] e o Tribunal ignorou quase totalmente o racismo, sendo Sander um exemplo digno de nota” (DEMBOUR, 2006, p. 133).

⁵³ [Parágrafo 23.].

No que se refere às circunstâncias do caso, o requerente de origem asiática pautou-se na refutação de sua condenação pela Corte de Birmingham, com a declaração que comentários racistas haviam sido proferidos durante as deliberações do júri e denunciados por um terceiro jurado, o que comprometia a imparcialidade da sentença emitida. O juiz nacional, diante do ocorrido, apenas relembrou a importância de julgar com base nas provas, para que o artigo 6º da CEDH (acerca da garantia de um julgamento justo) fosse respeitado. Entretanto, por considerar as posições do júri e do juiz ética e racialmente tendenciosas, o senhor Kudlip S. Sander recorreu ao Tribunal Europeu que considerou a reclamação juridicamente admissível nos termos da Convenção. Foi defendido no processo nº 34129/96 que,

[...] um jurado chegou ao Tribunal de Birmingham e entregou um envelope contendo uma queixa: *“Eu decidi que não poderia permanecer em silêncio por mais tempo. Durante o julgamento, eu me preocupei, pois dois colegas jurados não estavam levando a sério seus deveres. Os dois fizeram comentários abertamente racistas e piadas que temo que vão na direção de condenar o réu não pela evidência das provas, mas porque é asiático. Minha preocupação, portanto, é de receber um veredito que não seja justo”* [...] [Posteriormente] o juiz de Birmingham leu a denúncia ao júri e disse: *“Eu não sou capaz de realizar um inquérito sobre a validade dessas afirmações e não me proponho a fazê-lo [...] quando você faz um juramento ou confirma ser um jurado, precisa considerar as provas. Isso é solene e obrigatório. Vou adiar agora e pedir para que todos procurem sua consciência durante a noite, e se você sentir que não é capaz de julgar esse caso apenas com base nas provas e descobrir que não é capaz de deixar seus preconceitos de lado, deverá indicar numa nota pessoal e entregá-la ao oficial de justiça”* [...] Na manhã seguinte, o juiz recebeu duas cartas do júri. A primeira carta foi assinada por todos os jurados, incluindo o jurado que tinha enviado a denúncia, a qual declarava: *“Nós, abaixo assinados, membros do júri, desejamos colocar no registro do Tribunal nossa resposta à nota de um jurado implicando possível viés racial: 1) Nós refutamos a acusação; 2) Estamos profundamente ofendidos com essa acusação; 3) Nós asseguramos ao Tribunal que temos a intenção de chegar a um veredito exclusivamente com base nas provas sem o viés racial”*. A segunda carta, que o juiz elogiou, foi escrita por um dos jurados que parecia ser um daqueles que haviam realizado as piadas. O jurado explicou que poderia ter feito piadas racistas e que estava arrependido por qualquer ofensa, que ele era alguém com muitas ligações com pessoas de minorias étnicas e não era racialmente preconceituoso. [Diante disso o juiz atestou] que era *bastante claro* que todos estavam conscientes de seu juramento e preparados para cumprirem com suas obrigações. Em 8 de março de 1995, o júri condenou Sander e aplicou a pena de cinco anos de prisão. [Após a conclusão do processo, foi verificado que] o jurado que tinha escrito a reclamação foi por um tempo separado dos outros membros do júri, o que levou também à sua identificação perante os demais. (CONSEIL, 2000a, p. 02-04).

Após a verificação dos fatos, o Tribunal Europeu apresentou que “[...] todos os jurados sabiam quem era o jurado delator e que obviamente, ele foi forçado a retirar a queixa [...] ini-

bindo-o depois”⁵⁴. Logo, a carta coletiva com a refutação da denúncia de racismo não foi escrita de modo genuíno e espontâneo, não devendo assim “[...] ter desacreditado as acusações da nota original”⁵⁵. Além disso, comentários racistas foram expressamente admitidos por parte de pelo menos um dos jurados, mesmo que o segundo tenha permanecido em silêncio, “[...] uma admissão aberta de racismo não poderia ter sido tão facilmente ignorada”. A Corte determinou que a advertência do juiz nacional “[...] embora clara, detalhada e contundente não mudaria opiniões racistas durante a noite”⁵⁶ (TULKENS et al, 2008, p. 122).

Nestas condições, a Corte Europeia concluiu que “[...] as orientações dadas pelo juiz ao júri não poderiam dissipar as impressões razoáveis e o medo da falta de imparcialidade que se baseavam a nota original”⁵⁷, e o “[...] juiz deveria ter agido de forma mais robusta do que simplesmente buscar garantias vagas [e acreditar] que os jurados poderiam deixar de lado seus preconceitos e julgar o caso apenas com base nas provas”⁵⁸. O Tribunal de Birmigham que condenou o senhor Kudlip S. Sander não forneceu assim “[...] garantias suficientes para excluir qualquer dúvida objetivamente justificada ou legítima quanto à sua imparcialidade”, resultando que ele, “[...] não era imparcial do ponto de vista objetivo. Consequentemente, houve violação do artigo 6º, §1 da Convenção.” (CONSEIL, 2000a, p. 08).

Não obstante, conforme se constatou na deliberação final da Corte, a infração verificada se aludiu apenas ao artigo 6º da CEDH, isto é, não “[...] haviam garantias legítimas suficientes quanto à imparcialidade do Tribunal de Birmingham”⁵⁹. E, paradoxalmente, a proibição com base no preconceito racial sofrido pelo requerente foi ‘omitida’ da sentença. Não houve qualquer condenação associada à discriminação sofrida por Sander durante todo o procedimento judicial.

Para Marie-Bénédicte Dembour (2009), o silêncio sobre o reconhecimento do racismo em Sander representou a conivência do Tribunal à persistente lógica racista nas sociedades europeias e a criação de uma jurisprudência política incapaz de condenar a aplicação de um direito construído sobre bases sociais exclusivistas de não reconhecimento do *Outro*. Pois, enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social⁶⁰, a discriminação implica em inferiorização e intolerância às diferenças e às diversidades. Segundo a autora,

⁵⁴ [Parágrafo 19.].

⁵⁵ [Parágrafo 29.].

⁵⁶ [Parágrafo 30.].

⁵⁷ [Parágrafo 30.].

⁵⁸ [Parágrafo 34.].

⁵⁹ [Parágrafo 27.].

⁶⁰ [A inclusão é propiciada por um sistema sócio-institucional que se baseia normativamente na universalidade dos direitos fundamentais e busca incluir ‘igualmente com sensibilidade às diferenças’ os indivíduos segregados e cotidianamente não representados no âmbito das sociedades pós-

É aceito que a Europa em geral é liberal, democrática e ligada às concepções do Estado de direito e respeito aos direitos humanos. No entanto, essa imagem baseia-se num racismo silenciado que ainda permeia a Europa [...] a jurisprudência [do Tribunal Europeu] tem sido decepcionante [...] O que poderia se esperar de uma sociedade que foi, em grande parte, construída sobre ideais colonialistas, e que permanece incapaz de enfrentar suas realidades e implicações. O Tribunal Europeu não é menos racista do que a sociedade europeia, mas tão racista quanto à sociedade europeia. Assim como a sociedade, ele é uma arena contestada e dividida. (DEMBOUR, 2009, p. 226-234).

Para além das críticas de Dembour (2006; 2009), outro acontecimento a ser sinalado se refere à opinião ‘parcialmente dissidente’ do juiz Loukis Loucaides. De acordo com ele, as piadas racistas e os comentários tendenciosos implicavam que, pelo menos um dos jurados, “[...] considerava o acusado como uma pessoa inferior por causa de sua raça”. E o juiz tentou “[...] neutralizar o perigo que emergiu de tal incidente [...] mas como bem observado na decisão da maioria, uma advertência [...] não mudaria opiniões racistas”. Sobre isso, Loucaides afirma que “[...] não haviam provas suficientes que refuta[ssem] a presunção de que a Corte [de Birmingham] era também imparcial do ponto de vista subjetivo”. Atestou-se, portanto, que as piadas e os comentários foram motivados devido ao racismo manifestadamente declarado por parte de pelo menos um dos jurados. Posicionamento esse, que permaneceu intocado nas deliberações dos outros juristas. (TULKENS et al, 2008, p. 122-123).

As críticas em relação às decisões tomadas pela Corte não se condensaram apenas ao juiz Loukis Loucaides, já que se verificaram também opiniões divergentes que corroboraram, inclusive com os atos discriminatórios presenciados em Sander, ocultando injustiças e perdendo tratamentos desiguais e inferiorizadores – que em outros contextos seriam considerados inadmissíveis. Pois, três juízes do Tribunal, os senhores Nicolas Bratza, Fuhrmann e o presidente da Câmara J.-P. Costa, sinalaram seus votos dissidentes sobre a violação do artigo 6º da Convenção. De acordo com eles, não havia evidência real que a Corte de Birmingham havia negligenciado as exigências objetivas de imparcialidade. Pois, o fato de um dos jurados ter realizado piadas sobre asiáticos não poderia por si só “[...] constituir-se como prova de que [...] foi tendencioso contra o requerente; ainda menos pode[ria] se elevar como prova que demonstr[asse] a real parcialidade por parte de todo o júri” (CONSEIL, 2000a, p. 11-14).

Os comentários não deviam ser analisados “[...] de forma isolada e sem levar em conta as medidas posteriormente tomadas pelo juiz de primeira instância para afastar qualquer risco

tradicionais. É um sistema consciente das questões éticas e morais dos princípios de justiça social, que se distancia de todo o etnocentrismo e do pensamento colonial (HABERMAS, 1997a, p. 131-132).].

de viés racial”. Como conclusão, os três juízes concordaram com a necessidade de combater o racismo e à intolerância, mas não aceitaram o argumento que o juiz de Birmingham precisasse ter uma “[...] postura mais robusta ou que somente o descarte do júri poderia satisfazer os requisitos do artigo 6º da Convenção § 1º”, não havendo assim nenhuma transgressão nos dispositivos da Convenção em Sander. (CONSEIL, 2000a, p. 11-14).

Deste modo conclui-se que, apesar de Sander ter sido mencionado como um triunfo na luta contra o racismo, sendo elencado no *Factsheet – Racial Discrimination* (2013), como uma aplicação que propiciou uma jurisprudência de destaque – no que tange à violação do artigo 14º da CEDH – não foi atribuída nenhuma infração pelos atos discriminatórios vividos pelo requerente na Corte de Birmingham. As condenações permaneceram ausentes e demonstraram a fraqueza fundamental de uma cultura do direito ainda relutante em aceitar a universalidade da proteção igualitária, independentemente das origens ou dos pertencimentos étnicos.

Além disso, os senhores Nicolas Bratza, Fuhrmann e J.-P Costa, ainda desaprovaram a decisão majoritária do Tribunal Europeu de violação do artigo 6º da CEDH, com a defesa que piadas ou comentários isolados não poderiam demonstrar que o júri era verdadeiramente imparcial, e não cabia ao juiz nacional adotar medidas mais contundentes no presente caso. Questiona-se, portanto, a relutância doutrinária, de parte do corpo especializado de Estrasburgo, em aceitar acusações de cunho racial ligadas, inevitavelmente aos cenários de inferiorização e perpetuação da discriminação na Europa.

Pois, nem a ‘igualdade’ nem a ‘inclusão’ poderiam seguir com hierarquias sociais que legitimam padrões culturais dominantes, e que apenas servem para eternizar tratamentos desiguais (em virtude do pertencimento a um determinado grupo). As desigualdades tornam-se assim relações estruturais existentes no interior das sociedades, que não são desencadeadas apenas por ações ou atitudes individuais, mas acima de tudo, corroboradas por instituições que fazem ‘vista grossa’ às violações sistêmicas. Assume-se maior risco de fragmentação ao permitir a exacerbação das diferenças no bojo das sociedades modernas e, aumenta-se o desejo por políticas de exclusão e práticas de discriminação, que efetivamente restringem a igualdade daqueles que são identificados como não pertencentes às comunidades essencialmente majoritárias. (RUDIGER, 2007, p. 41-63).

O caso de *Velikova contra a Bulgária* (processo nº 41488/98) também evidencia a postura do Tribunal no tratamento da discriminação após a repercussão do julgamento em Sander, com a elevação do ‘nível de prova’ – nos termos do artigo 14º da CEDH – “para além de qualquer dúvida razoável”. A partir de maio de 2000, o ônus de prova passou a ser assim da vítima ou do requerente durante o procedimento judicial levado à Estrasburgo, ao menos que os “[...] acontecimentos em causa residissem total ou parcialmente no conhecimento ex-

clusivo das autoridades públicas”. Nessas circunstâncias, pode-se “[...] considerar que a prova caberia às autoridades públicas [e ao Estado] no oferecimento de uma explicação satisfatória ou evidente” (CONSEIL, 2000b, p. 13)⁶¹. Ou seja, a Corte passou a adotar uma medida jurídica equivalente a uma acusação penal existente somente no âmbito dos Estados nacionais⁶², sem ao menos justificar o motivo de tal exigência em matéria de proteção ou defesa dos direitos humanos universais.

O presente caso dizia respeito à contestação da esposa, a senhora Anya Velikova – uma nacional búlgara –, ao espancamento de seu marido cigano até a morte, sob custódia da polícia, o qual expunha claramente a violação do direito à vida (inscrito no artigo 2º da CEDH), tanto em termos substanciais (com a perda real da vida e das condições de dignidade humana), quanto em suas dimensões processuais (falta de investigação efetiva da polícia sobre o homicídio). Em suma, o processo de Velikova baseou-se inteiramente na crítica à discriminação contra a minoria étnica composta por ciganos na República da Bulgária. Pois, como consta nos atos do processo nº 41488/98, a origem étnica da vítima era conhecida pelos policiais no momento de sua prisão e, logo após sua morte, foi relatado nos inquéritos que um dos policiais envolvidos havia feito comentários explicitamente pejorativos à origem étnica do senhor Slavtcho Tsonchev.

O homem com quem a requerente viveu por 12 anos, o Sr.Slavtcho Tsonchev, pertencente ao grupo étnico dos ciganos, morreu depois de ficar 12 horas sob custódia da polícia, após sua detenção sob a acusação de roubo de gado. [...] Segundo o depoimento do sargento, num determinado momento da noite, o Sr.Tsonchev começou a vomitar na cela, onde havia sido colocado. Ele foi autorizado a ir ao banheiro e não foi preso depois [...] o diretor, ao notar que o Sr.Tsonchev estava *doente*, chamou a unidade de emergência que chegou por volta das duas horas da manhã, encontrando o Sr.Tsonchev morto [...] Na autópsia foi revelado como causa da morte a perda aguda de sangue resultante de grandes e profundos hematomas nos membros superiores e na nádega esquerda [em razão] do impacto de um ou mais objetos longos e duros [...] na análise, foi revelado que a morte não estaria relacionada com qualquer doença anterior [...] e o horário da morte teria acontecido dez horas antes da autópsia [...] a requerente alega violação do artigo 2 da CEDH em que o Sr.Tsonchev teria morrido como resultado de ferimentos infligidos intencionalmente pela polícia, que não havia recebido tratamento médico adequado, e que a polícia não havia realizado uma investigação significativa sobre as circunstâncias duvidosas que envolveram sua morte [em razão] de sua origem étnica. A recorrente sustentou que os policiais conheciam o Sr.Tsonchev e sua origem étnica era sabida por todos no momento de sua prisão, e que isso era tão forte, que durante o inquérito, o sargento fez referências explícitas e pejorativas à sua origem. A observação de que [a polícia não havia notado os hematomas], inicialmente, em razão da “cor escura da pele”, também foi expressão de preconceito [nos relatórios policiais] [...] [a

⁶¹ [Parágrafo 70.].

⁶² [Acordo Irlanda/Reino Unido de 18 de janeiro de 1978, série A nº25, §61.].

requerente sustenta que] a percepção dos policiais da etnia de seu marido foi um fator decisivo para o seu mau trato. O preconceito foi motivo para a recusa das autoridades em investigarem as causas da morte de modo eficiente. (CONSEIL, 2000b, p. 16-21).

Apesar disso, a denúncia de Velikova foi rejeitada pelo Tribunal Europeu devido à ausência de provas nos termos do artigo 14º da CEDH, isto é, da impossibilidade objetiva de atestar os fatos em termos jurídicos. A admissibilidade do caso se pautou apenas na deficiência do Estado em garantir o auxílio médico adequando ao senhor Tsonchev (violação do artigo 2º da CEDH, nos seus aspectos processuais) e nas lacunas da investigação policial sobre sua morte (violação do artigo 13º da CEDH). Segundo o Tribunal, a Bulgária falhou em sua obrigação de “[...] assegurar a todos os que estão sob a jurisdição [de suas autoridades] os direitos e liberdades definidos [pela Constituição]” (CONSEIL, 2000b, p.20)⁶³. No entanto, no que tange à violação do artigo 14º da CEDH, a Corte recordou que,

O nível de prova exigido ao abrigo da Convenção é *acima de qualquer dúvida razoável*. [E] que o material oferecido não permite ao Tribunal concluir, sem dúvidas, que a morte do Sr. Tsonchev e a falta de investigação tenham sido motivadas por preconceitos raciais. (CONSEIL, 2000b, p. 24).

A doutrina “para além de qualquer dúvida razoável” nos termos do artigo 14º foi seguida em casos semelhantes ao de Velikova – conforme aparece no *Country Fact Sheets 1959-2010* (2010, p.13). E, para Dembour (2009, p.227) essa doutrina se “[...] constituiu como uma regra do direito que tornou possível ao Tribunal se manter distante de reconhecer o racismo por décadas, insistindo até recentemente num padrão irreal de provas e por rejeitar, o próprio conceito de discriminação” na construção de sua jurisprudência. Retardaram-se assim, por um longo período de tempo, medidas jurídicas específicas contra preconceitos raciais recorrentes na extensa história social europeia, consolidando-se como assentimentos positivos em relação às desigualdades enquanto expressões diferenciais de poder entre grupos de pessoas, e não apenas como ‘simples’ falhas de um sistema que protege indivíduos num sentido estreito. Embora tenha oferecido um nível mínimo de proteção contra a discriminação nos níveis nacional e internacional – pelo menos em seus aspectos simbólico-discursivos – foi insuficiente na edificação de “[...] uma peça central em torno da qual uma cultura da igualdade poderia verdadeiramente se desenvolver” (RUDIGER, 2007, p. 48-49).

O caso de *Anguelova contra a Bulgária* (processo nº 338361/97) foi um desses julgamentos, no qual a doutrina “para além de qualquer dúvida razoável” se repetiu⁶⁴ posterior-

⁶³ [Parágrafo 80.].

⁶⁴ [Parágrafo 109 e 110.].

mente. Referiu-se à morte de um jovem cigano, Anguel Zabchekov de dezessete anos, enquanto estava sob custódia da polícia em Razgrad na República da Bulgária. A requerente no processo, mãe de Zabchekov, acionou a Corte Europeia em novembro de 1998, com a alegação que seu filho havia sido torturado, morto e privado de sua liberdade pelas autoridades búlgaras, devido ao preconceito racial que envolvia toda a minoria étnica composta por ciganos. Entretanto, o Tribunal constatou novamente que “[...] o critério de prova para além de qualquer dúvida razoável [deve] resultar de fatos suficientemente fortes, claros e concordantes ou de presunções igualmente não refutáveis”⁶⁵, não havendo assim violação do artigo 14º da CEDH. (CONSEIL, 2002, p. 22).

Como foi apresentado nos atos judiciais, Anguel “[...] havia saído de um bar com seus amigos [...] e sua mãe afirma que ele estava em boa saúde e sem ferimentos da última vez que o viu”⁶⁶ (CONSEIL, 2002, p. 03). Entretanto, após passar por uma perseguição policial, o sargento Mutafov alegou que a vítima “[...] caiu várias vezes com o rosto no chão ao tentar fugir da polícia, numa suspeita de roubo de carro, sendo preso e levado à delegacia [...] às três horas da manhã, a polícia informou que a saúde do menino estava se deteriorando. Levaram-no para o hospital, onde foi declarado oficialmente morto” (EUROPEAN, 2002, p. 02).

Na sequência, a autópsia revelou que a causa da morte foi “[...] uma fratura no crânio que ele teria sofrido cerca de quatro horas antes de sua morte”, foi exposto também que em algum momento da prisão, Anguel “[...] foi algemado numa árvore, devido aos arranhões e a presença de fiapos de madeira em sua pele [...] não sendo apoiada assim a evidência forense de características típicas de queda” (EUROPEAN, 2002, p. 02). Diante das circunstâncias relatadas, o Tribunal Europeu observou que,

Anguel Zabchekov morreu depois de ter sido detido por várias horas na delegacia e que o relatório forense considerou que sua lesão no crânio, provavelmente, tenha sido infligida quatro horas antes de sua morte, num momento em que ele estava sob custódia da polícia [...]. O Tribunal também observa que a polícia atrasou na prestação de assistência médica, o que contribuiu de forma decisiva para a sua morte, portanto, houve violação do art.2 da CEDH [...]. Observado que o governo não ofereceu uma explicação plausível para as lesões no corpo de Zabchekov, e que os ferimentos indicam tratamento desumano, o Tribunal considera que houve violação do art.3 da CEDH [...]. O Tribunal verificou que a privação da liberdade de Zabchekov não foi registrada inicialmente e que o registro na delegacia da polícia foi forjado mais tarde [...]. A falta de uma ordem escrita e de um registro adequado informando a detenção de Zabchekov foi suficiente para confirmar que seu confinamento por várias horas caracterizou uma violação do art.5 de privação da liberdade [...]. *O Tribunal constatou que, apesar das alegações de discriminação, baseadas em argumentos sérios, não foi capaz de concluir que tenha*

⁶⁵ [Parágrafo 111.].

⁶⁶ [Parágrafo 11.].

sido provado “para além de qualquer dúvida razoável”, não havendo, portanto, violação do art.14 da CEDH. (EUROPEAN, 2002, p.02-04, grifo nosso).

Apesar da unanimidade aparente, o juiz Giovanni Bonello anexou uma opinião parcialmente divergente ao final do processo, afirmando que considerava particularmente perturbador que, em mais de cinquenta anos de escrutínio judicial, o Tribunal Europeu não tivesse encontrado um único caso de violação do direito à vida ou do direito de não ser submetido à tortura ou a outro tratamento degradante ou desumano, induzido pela raça, cor, credo, ou lugar de origem das vítimas. Mostrou a essencialidade de uma revisão jurisprudencial no âmbito da Corte, que postergava o cumprimento do direito de não discriminação por meio de garantias legais que comprometiam sua eficiência em termos da proteção dos direitos humanos na Europa.

I consider it particularly disturbing that the Court, in over fifty years of pertinacious judicial scrutiny, has not, to date, found one single instance of violation of the right to life (Article 2) or the right not to be subjected to torture or to other degrading or inhuman treatment or punishment (Article 3) induced by the race, colour or place of origin of the victim (para. 2 of his dissenting opinion) [...] Kurds, coloureds, Muslims, Roma and others are again and again killed, tortured or maimed, but the Court is not persuaded that their race, colour, nationality or place of origin has anything to do with it (para. 3) [...] The Court has never explained, let alone justified, why the standard of proof weighting the applicant in human rights disputes should be equivalent to that required of the State to obtain a safe and dependable criminal conviction (para. 10) [...] So long as the Court persists in requiring in human rights disputes a standard of proof that fifty years experience has shown it to be as unreal as it is unrealistic and unrealisable, it will, in effect, only continue to pay lip-service to the guarantees it then makes impossible to uphold. The way forward, in my view, lies in a radical and creative rethinking of the Court’s approach, leading to the removal of the barriers which, in some important human rights domains, make the Court an inept trustee of the Convention (para. 13). (CONSEIL, 2002, p. 39-42).

Segundo Bonello (2002), embora esse nível de prova – “para além de qualquer dúvida razoável” – faça sentido nos contextos penais nacionais, é virtualmente impossível, insustentável e inatingível ao requerente que alega a discriminação racial alcança-lo em matéria de direitos humanos. Tornou-se “[...] um padrão de prova que serve apenas para garantir que os danos aos direitos humanos, por mais ostentosos e proibitivos [que sejam], permaneçam ileso”⁶⁷ (CONSEIL, 2002, p. 41). Recordou-se ainda que o racismo é um problema que assola a Europa, no entanto, “[...] ao folhear os relatórios do Tribunal Europeu, um observador desinformado teria razão suficiente para concluir que [...] a Europa democrática está isenta de

⁶⁷ [Parágrafo 10 da opinião parcialmente dissidente].

qualquer suspeita de racismo, intolerância e xenofobia”, já que sua “[...] jurisprudência [parece ser] um refúgio exemplar de fraternidade étnica em que os povos das mais diversas origens se unem sem angústia, preconceito ou discriminação”⁶⁸ (CONSEIL, 2002, p. 39). Logo, para Bonello, não poderia ser concebido nenhum “[...] instrumento jurídico mais eficiente para garantir que a proteção contra a discriminação se tornasse ilusória e inoperante do que exigir da vítima um padrão de prova que em outros litígios civis não é exigido por mais ninguém”⁶⁹ (CONSEIL, 2002, p. 41).

O juiz ainda afirmou que o Tribunal de Estrasburgo está atrás, no que tange à proteção contra a discriminação étnica, de outros tribunais de direitos humanos, como por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Já que ela atribuiu em sua jurisprudência recente que, a defesa dos direitos humanos não deve ser confundida com a justiça criminal, pois “[...] os Estados não comparecem perante a Corte como réus de uma ação criminal. O objetivo do direito internacional não é punir aqueles que são culpados de violações, mas sim proteger as vítimas, prever e reparar os danos resultantes dos atos dos Estados responsáveis”⁷⁰, o que o Tribunal Europeu tem falhado sistemática e historicamente. (CONSEIL, 2002, p. 41).

Esses posicionamentos “[...] não foram palavras de um ex-jurista amargurado, mas de um juiz do Tribunal que [demonstrou que] não podia mais seguir seus colegas” (DEMBOUR, 2006, p. 133). Faltaria, portanto, maior clareza doutrinária e jurisprudencial em relação ao seu dever de prevenir e proteger indivíduos e coletividades em detrimento dos interesses dos Estados em si. Pois, a jurisprudência do Tribunal deveria representar uma “[...] reação contra as omissões e a inércia dos órgãos de poder público no presente domínio da proteção” (TRINDADE, 1999, p.48), aprimorando assim, os mecanismos internacionais em prol de direitos humanos mais inclusivos e igualitários.

Como resposta às contundentes críticas de Bonello, a Corte Europeia (em fevereiro de 2004) transferiu o ônus de obtenção de prova⁷¹ para o Estado da Bulgária – nos termos do art.14º da CEDH – e finalmente, em *Nachova* (processos nº 43577/98 e 43579/98), a violação foi considerada admissível nos termos processuais. Ou seja, no que tange à ineficácia do Estado em investigar a morte de dois jovens ciganos, devido aos preconceitos raciais envolvidos no processo de investigação policial. Não obstante, os aspectos substantivos (de que as mortes foram motivadas devido às origens étnicas das vítimas) continuaram inalterados, sob o pretexto que a função do Tribunal não consiste na avaliação do contexto social ou na condenação de

⁶⁸ [Parágrafo 2, da opinião dissidente.].

⁶⁹ [Ibid, parágrafo.].

⁷⁰ [Ibid, parágrafo 11.].

⁷¹ [Para além de qualquer dúvida razoável.].

formas indiretas de intolerância ainda presentes nas sociedades europeias. Nas circunstâncias do caso, temos que:

Os requerentes alegam que seus parentes próximos o Sr. Kuncho Angelov e o Sr. Kiril Petkov foram baleados e mortos por policiais, havendo violação do art.2 da CEDH. Além disso, a investigação sobre os acontecimentos foi ineficaz, com violação do art.13 da CEDH [...] e que os fatos denunciados foram resultado de atitudes discriminatórias contra pessoas de origem cigana, com violação do art.14 em conjunto com o art.2 da CEDH. [...] Tanto Angelov quanto Petkov possuíam 21 anos, já haviam sido presos por ausência de licença para lidar com construção de blocos de apartamentos e projetos civis. Posteriormente, foram condenados por roubo, e fugiram para a casa da avó, deixando um canteiro de obras, onde trabalhavam. Nenhum deles estava armado [...] imediatamente, dois oficiais com uniformes e dois com trajes civis pararam na frente da casa da avó de Angelov, e o sargento K reconheceu que ambos estavam lá dentro. Tendo notado o veículo da polícia, os acusados tentaram fugir novamente pela janela, correndo em direção ao quintal de um vizinho. O sargento N puxou a arma e gritou: “Pare! Polícia!”. Ele havia sacado a arma, mas não tinha disparado nenhum tiro ainda. Foi então que o Major G. gritou: “Pare ou eu atiro!”. Foi, então, que o tiroteio começou. O Sr. Angelov e o Sr. Petkov foram baleados e morreram no caminho ao hospital. [...] De acordo com o vizinho, o Sr. MM, três policiais atiraram. Dois deles haviam disparado tiros ao ar, e o terceiro oficial (Major G.) disparou tiros com um rifle automático em direção aos acusados. Sr. MM declara ter ouvido de 15 a 20 tiros, talvez mais. [...] *Sr. MM também atesta ter escutado o Major G insultar os dois corpos caídos em seu quintal “vocês, droga de ciganos!”* [...] Nove cartuchos foram recuperados pela perícia [...] E, de acordo com a autópsia, a causa da morte do Sr. Petkov foi uma ferida no peito “de frente para trás”. No que diz respeito ao Sr. Angelov, o relatório concluiu que a causa da morte foi uma ferida de bala, com a direção do tiro de “trás para frente” [...] O relatório concluiu, ainda, que as lesões foram causadas por um fuzil automático disparado a uma curtíssima distância. (CONSEIL, 2005, p.03-07, grifo nosso).

Na avaliação final sobre a alegação de privação da vida dos senhores Kuncho Angelov e Kiril Petkov (art.2 da CEDH) – tendo como base o racismo –, foi declarado por Estrasburgo que “[...] a violência racial é uma afronta explícita à dignidade humana e, em vista de suas consequências, exige das autoridades uma vigilância especial e uma reação vigorosa.”. Por esse motivo, compete à Corte “[...] estabelecer se o racismo foi um fator causal no tiroteio que levou à morte os senhores Angelov e Petkov, em associação com o artigo 2º da Convenção”⁷² (CONSEIL, 2002, p.30-31). Sendo decidido, pela Grande Câmara que apesar dos insultos raciais serem considerados ‘abomináveis’ e terem sido proferidos antes de atos generalizados de violência, “[...] essa afirmação por si só, não [seria] suficiente para concluir que o

⁷² [Parágrafos 145-146.].

Estado demandado seja responsável por um crime racista”⁷³ (CONSEIL, 2005, p. 32). Nas palavras da própria Corte,

[...] a esse respeito, o Tribunal tem adotado o padrão de prova “*para além de qualquer dúvida razoável*”. No entanto, nunca foi seu propósito aproximar sua jurisprudência aos sistemas jurídicos nacionais que se utilizam desse padrão. *O seu papel não é o de decidir sobre a culpa ou a responsabilidade civil, mas sim sobre a responsabilidade do Estado contratante acerca da violação da CEDH* [...] já que, ele tem que assegurar o cumprimento e o engajamento para a preservação dos direitos fundamentais consagrados na Convenção [...] Em primeiro lugar, considerando os fatos revelados que o Major G descarregou um rifle automático numa área povoada, desrespeitando a segurança do público, e considerando que não existe uma explicação racional para tal comportamento, os requerentes são da opinião de que o racismo por parte do Major G foi a única explicação plausível [...] [Mas] o Tribunal observa, que o uso de armas de fogo nas circunstâncias em questão não é proibido nos termos dos regulamentos nacionais [...] No que tange à declaração feita pelo vizinho, o Sr. MM, que informou o insulto “*vocês, droga de ciganos!*”, imediatamente após o tiroteio... *tal evidência sugere que o insulto racial sendo proferido em conexão com um ato de violência, deveria ter levado as autoridades a verificar a declaração do Sr. MM, [...] No entanto, essa afirmação em si, não possui uma base suficiente para concluir que o assassinato teve um impulso racista* [...] O Tribunal decidiu transferir o ônus da prova para o governo por conta do fracasso das autoridades em realizar uma investigação eficaz sobre a alegação de motivações racistas por detrás dos homicídios. *A incapacidade do governo resultou em encontrar uma violação processual do art.14 da CEDH em conjunto com o art.2 da CEDH. [...] Em suma, depois de avaliados os elementos relevantes, o Tribunal não considera que atitudes racistas desempenharam um papel na morte do Sr. Anguelov e no Sr. Petkov, assim conclui que não houve violação do art.14 tomada em conjunto com o art.2, em seu aspecto substantivo*⁷⁴. (CONSEIL, 2005, p. 26-27, grifo nosso).

Ao proferir tal justificativa, o Tribunal Europeu – embora tenha transferido o ônus de prova para o Estado demandado –, defendeu sua ausência de responsabilidade em condenar formas de intolerância ou racismo nas sociedades europeias, cabendo a ele apenas a função de responsabilizar ou não os Estados contratantes acerca da violação da Convenção Europeia. Sua postura não apenas descartou o desenvolvimento histórico-social indispensável ao aprimoramento ético-moral da própria substância normativa dos direitos humanos, como também se utilizou de garantias legais para omitir-se em relação ao seu dever de proteger e prevenir formas de inferiorização e não reconhecimento do *Outro*, ainda existentes nos contextos sociais europeus. A noção de proteção mostrou-se insuficientemente inábil em eliminar a degra-

⁷³ [Parágrafo 153.].

⁷⁴ [Parágrafos 126-130. É importante esclarecer que primeiro o caso de Nachova passou pela *Câmara* do Tribunal Europeu, sendo constatado a violação do artigo 14º da CEDH também em seus *aspectos substantivos* – uma abordagem diferente tanto em relação ao *padrão de prova* quanto à própria violação do artigo 14º – apesar disso, a primeira decisão foi anulada pela **Grande Câmara**, que manteve apenas a violação em suas *dimensões processuais* (DEMBOUR, 2006, p. 134).].

dação de grupos historicamente subjugados, com uma tendência inercial em lidar com uma ordem social generalizada de violações e violências.

O juiz Nicolas Bratza – numa opinião dissidente – ainda refutou o veredicto de violação do artigo 14º da CEDH em seus aspectos processuais, com o argumento que “[...] não existiam provas e razões objetivamente justificadas da diferença de tratamento aparente” dada às vítimas pelos policiais, e as “origens [étnicas] não tinham sido um elemento material nos homicídios”. Deste modo, embora o Estado não tenha justificado totalmente a morte dos senhores Angelov e Petkov, também não haviam provas objetivas de que as autoridades possuíam motivações racistas nos seus atos, sendo, portanto, ‘difícil de aceitar’ tal transgressão nos termos do artigo 14º da CEDH. (CONSEIL, 2005, p.40).

Em suma, o processo de Nachova “[...] revelou-se como uma falsa promessa” (DEMBOUR, 2006, p. 133), demonstrando claramente que nem as autoridades nem o Tribunal Europeu consideraram, de fato, o racismo no seu recente quadro jurisprudencial de proteção dos direitos humanos, sendo suas atribuições ‘surpreendentemente limitadas’ e que “soam [até mesmo] como palavras um pouco vazias” (DEMBOUR, 2006, p. 137). Pois, uma vez constatada a violação de alguma disposição independente da Convenção, o exame do mérito da segunda denúncia (de um artigo acessório como o 14º da CEDH), torna-se secundário, o que é considerado como “[...] totalmente injustificado quando a alegação não examinada diz respeito à discriminação”. Já que, “[...] permite que questões [sociais] importantes permaneçam ignoradas [...] dado que este sistema supostamente define apenas padrões prevaletentes na Europa”, sendo, portanto, “seu fracasso infeliz, pra dizer o mínimo” (DEMBOUR, 2006, p.135).

Por fim, em fevereiro de 2006, utilizando-se do caso Nachova, num processo que dizia respeito à discriminação de crianças ciganas destinadas a escolas especiais, o *caso D.H e outros contra a República Checa (processo nº 57325/00)*, houve o reforço da ideia central que a função do Tribunal Europeu – no combate ao racismo e à xenofobia na Europa – era de apenas “examinar os pedidos individuais [...] e não o contexto social global” das discriminações (CONSEIL, 2007, p.47). Apesar da abrangência inicialmente restrita do caso, alguns analistas como *Sina van den Bogaert* (2011, p.732), consideraram-no como um elemento catalizador do artigo 14º da Convenção, sob a diretiva da igualdade racial, sendo também mencionado no *Country Fact Sheets 1959-2010* (2010, p. 16) como um julgamento imprescindível.

O caso foi impetrado por dezoito requerentes que contestavam a segregação de seus filhos ciganos no ensino primário da República Checa – em Ostrava. Segundo eles, as crianças foram colocadas ‘quase automaticamente’ nas escolas destinadas aos alunos especiais (que possuíam dificuldades de aprendizado e deficiências mentais), independentemente de suas habilidades físico-cognitivas. O processo defendeu também que as análises psicológicas reali-

zadas pelo governo eram distorcidas, já que a escrita dos testes era feita exclusivamente na língua oficial checa e seus questionamentos adaptados apenas aos ambientes culturais majoritários do país. Em síntese, os requerentes alegaram, nomeadamente, que tinham sido discriminados no seu direito à educação (violação do artigo 2º do Protocolo nº 1 da CEDH) devido à sua origem étnica (violação do artigo 14º da CEDH). O caso foi considerado como parcialmente admissível pela Câmara. (CONSEIL, 2007, p.01-04).

Os requerentes utilizaram provas estatísticas fornecidas pela ECRI, pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial e pelo Comitê Consultivo da Convenção-Quadro para a Eliminação da Discriminação, para corroborarem com o argumento que haviam sido vítimas de discriminação pelo Estado. Atribuiu-se que aproximadamente 50% dos alunos ciganos no país eram enviados para escolas especiais, sendo uma criança cigana vinte e sete vezes mais propensa a ocupar uma vaga nessas escolas do que uma criança não cigana em situação semelhante. (CONSEIL, 2007, p.29-30)⁷⁵. Entretanto, em 07 de fevereiro de 2006, a Câmara do Tribunal Europeu, composta pelos juízes J.-P. Costa (presidente), A.B. Baka, I. Cabral Barreto, K. Jungwiert, V. Butkevych, A. Mularoni e D. Jočiene, decidiram que “[...] não houve violação do artigo 14 da Convenção, em conjugação com o artigo 2º do Protocolo nº 1” (CONSEIL, 2007, p. 01-02).

[Na opinião da Câmara], o governo tinha conseguido estabelecer que o sistema de escolas especiais na República Checa não tinha sido introduzido apenas para acolher crianças ciganas e que foram feitos esforços consideráveis nessas escolas para *ajudar certas categorias de alunos* a adquirir uma educação básica. A este respeito, observou que as regras que regularam a colocação das crianças ciganas nas escolas especiais não se referiam à origem dos alunos, mas prosseguia o objetivo legítimo de se adaptar às necessidades do sistema educativo, às aptidões e às deficiências das crianças [em geral]. (CONSEIL, 2007, p. 28)⁷⁶.

Foi observado também que não houve tratamento discriminatório, uma vez que todas as adesões foram consentidas pelos pais e, cabia ao Estado da República Checa apenas garantir o ‘direito igualitário de todas as crianças à educação básica’. (CONSEIL, 2007, p. 30)⁷⁷. Três meses após essa decisão, os requerentes solicitaram que o caso fosse submetido à *Grande Câmara*, nos termos do artigo 43º da Convenção (acerca da devolução ao tribunal pleno), sendo novamente sentenciado em novembro de 2007. Na deliberação final, o Tribunal de Estrasburgo admitiu “[...] que uma diferença de tratamento poderia assumir efeitos desproporcionalmente prejudiciais de uma política geral que, embora formulada em termos neutros, dis-

⁷⁵ [Parágrafo 134.].

⁷⁶ [Parágrafo 128.].

⁷⁷ [Parágrafo 142.].

crimine um grupo específico”⁷⁸, sem que possua uma intenção declaradamente discriminatória. (CONSEIL, 2007, p. 37).

Em conformidade com a presunção de que é extremamente difícil um requerente provar a existência de uma ‘discriminação indireta’, competiria assim à República Checa provar que a diferença de tratamento não tinha sido, de fato, discriminatória. Na visão da Corte, os dados estatísticos apresentados pelos requerentes foram considerados “[...] suficientemente fiáveis e significativos para dar lugar a uma forte presunção de discriminação indireta. Por conseguinte, o ônus da prova deve[ria] passar para o Governo”, o qual precisaria demonstrar “[...] que a diferença do impacto da legislação resulta[va] de fatores objetivos e não relacionados com as origens étnicas”⁷⁹ das vítimas. (CONSEIL, 2007, p. 38).

O governo checo explicou que a “[...] diferença de tratamento entre as crianças ciganas e as crianças não ciganas [dava-se] pela necessidade de adaptar o sistema de ensino às capacidades dos jovens com necessidades especiais”⁸⁰. E, as crianças dos requerentes demonstraram através dos testes psicológicos que possuíam qualidades “[...] educativas específicas, essencialmente devido à sua baixa capacidade intelectual”⁸¹. Apesar disso, “[...] a decisão final sobre o tipo de escola que os candidatos seriam colocados, devia ser atribuída pelos pais”⁸², com a permissão de ingresso em tais locais. Em suma, o governo defendeu que as escolas não atribuíam seus alunos tendo como base à origem das crianças, sendo esse argumento ‘insustentável’. (CONSEIL, 2007, p.38).

A Corte Europeia concordou com a decisão do governo de manter um sistema de ensino especial, no entanto, manifestou “preocupações quanto à segregação que o sistema causava”⁸³, principalmente, porque os testes psicológicos eram concebidos para uma população majoritária e, não levava em conta as especificidades culturais das crianças ciganas. Portanto, não poderiam servir como uma forma legítima de justificação para a existência de tratamentos desiguais imputados. Como consequência, foi determinado que os testes e os métodos de avaliação fossem revisados de forma a não serem mal utilizados em detrimento da população cigana. Já no que se referiu ao consentimento dos pais,

[...] o Tribunal observ[ou] que o governo alegou como fator decisivo [...] que tal consentimento significaria a aceitação das diferenças de tratamento, mesmo que fossem discriminatórias, ou seja [significaria] uma renúncia ao

⁷⁸ [Parágrafo 184.].

⁷⁹ [Parágrafo 195.].

⁸⁰ [Parágrafo 197.].

⁸¹ [Idem.].

⁸² [Idem.].

⁸³ [Parágrafo 198.].

direito de não ser discriminado. No entanto, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, a renúncia de um direito garantido pela Convenção – na medida em que essa renúncia é permitida – deve ser estabelecida de modo inequívoca e ser dada com pleno conhecimento de causa, isto é, sem restrições [...] Nas circunstâncias do caso em apreço, o *Tribunal não está convencido de que os pais das crianças ciganas, membros de uma comunidade desfavorecida e pouco instruídos, sejam capazes de ponderar todos os aspectos da situação e as consequências do consentimento dado.* [...] As autoridades nacionais também não parecem ter tomado medidas adicionais que garantissem que os pais ciganos tivessem recebido todas as informações necessárias para tomar uma decisão ou tenham conhecimento das consequências do seu consentimento para o futuro de seus filhos. [...] Nestas circunstâncias e reconhecendo os esforços enviados pelas autoridades checas para garantir que as crianças ciganas recebam escolaridade, o *Tribunal não está convencido de que a diferença de tratamento entre as crianças ciganas e não ciganas seja objetiva e razoavelmente justificada e que exista uma relação de proporcionalidade entre os meios utilizados e os objetivos perseguidos.* [...] o Tribunal considera que os requerentes como membros dessa comunidade sofreram necessariamente o mesmo tratamento discriminatório, não sendo necessário examinar os seus casos individualmente. *Por conseguinte, no presente caso, houve a violação do artigo 14º da CEDH, em conjugação com o artigo 2º do Protocolo nº1, a cada um dos recorrentes.* (CONSEIL, 2007, p.39-40, grifo nosso).

Pela primeira vez em relação à discriminação racial, o Tribunal Europeu reconheceu a existência da ‘discriminação indireta’ e, em vez de evocar a doutrina “para além de qualquer dúvida razoável”, a Corte afirmou – ironicamente – que não existiam “[...] barreiras processuais à admissibilidade das provas ou fórmulas pré-determinadas para a sua apreciação [...] [podendo elas] resultar da coexistência de condições suficientemente fortes, claras e concordantes ou de presunções semelhantes não refutadas”, opondo-se à decisão tomada em *Nachova contra a Bulgária*. O Tribunal aceitou ainda o argumento de discriminação, através de ‘evidências estatísticas’, e para muitos analistas “[...] esta decisão marca um novo começo para a abordagem do Tribunal, o que parece provável devido ao seu alinhamento com os desenvolvimentos recentes da legislação comunitária [da União Europeia]” (DEMBOUR, 2009, p. 230).

Uma observação parece escapar até mesmo à literatura mais crítica do Tribunal, isto é, a declaração expressa da Corte que colocou em causa a capacidade dos pais das crianças ciganas de desempenharem seus papéis parentais. No acordo firmado pela *Grande Câmara*, o Tribunal menciona que “[...] não está convencido de que os pais das crianças ciganas, membros de uma comunicada desfavorecida e pouco instruídos, sejam capazes de ponderar sobre todos os aspectos da situação” (CONSEIL, 2007, p. 39), de acordo com a opinião dissidente do juiz Borrego, essa atribuição “[...] reflete um sentimento de superioridade que deve ser inconcebível para uma Corte de Direitos Humanos, atacando a dignidade humana dos pais ciganos [...]

tais asserções foram excessivamente severas, supérfluas e, acima de tudo, injustificadas”⁸⁴ (CONSEIL, 2007, p.47-48). Embora ‘bem-intencionadas’, elas constroem e impõem “[...] suas concepções de vida a todos. *Um exemplo da triste tradição humana de lutar contra o racismo por meio do racismo*”⁸⁵ (CONSEIL, 2007, p. 48, grifo nosso).

Além disso, embora tenha destacado inicialmente que seu papel não se assentava na avaliação do contexto social da discriminação, foi exatamente isso que a *Grande Câmara* fez ao avaliar os dados estatísticos apresentados pelos requerentes e por outras organizações não governamentais, levando-a a declarar que “[...] a história turbulenta e os constantes deslocamentos, tornaram os ciganos um tipo específico de minoria desfavorecida e vulnerável”⁸⁶. Segundo Borrego, o Tribunal Europeu encontra-se claramente num “estado de confusão que só poderá ter consequências negativas para a Europa”. O desvio do raciocínio nesse acordo foi nítido e “[...] o fato de todos os pais ciganos serem considerados incapazes de educar seus filhos é insultante. Por conseguinte, tomo o meu lugar ao lado das vítimas deste insulto e declaro: *Jsem český Rom* (sou um cigano checo)”⁸⁷ (CONSEIL, 2007, p.47-48).

Tendo como base esses elementos jurisprudenciais e os posicionamentos oficiais abordados até então, podemos destacar “[...] que existe uma luta política onde quer que se deem relações de dominação e que os direitos humanos se ligam [inevitavelmente] às tramas sociais que potencializam a autonomia e a autoestima de todos e de cada um [que se] feriu” (GALLARDO, 2014, p.59). Sob o viés crítico, convém dizer que ao descartar o enfretamento da discriminação, da intolerância e do racismo ainda existentes nos contextos sociais gerais, o Tribunal Europeu também se recusou a adotar formas concretas de transferência ou redistribuição de poder – capazes de combater assimetrias que comprometem rotineiramente a formação cumulativa das esferas identitárias de seus sujeitos em causa e dos próprios avanços de uma ‘promessa cidadã’ mais inclusiva e abrangente.

Esses cenários reificantes abalam não apenas os imperativos da ‘moralidade’ liberal do Estado de Direito, ou a ‘ética’ pressuposta nos posicionamentos humanitários, mas principalmente abrem caminhos para questionamentos mais sérios acerca da regressão do próprio ideal democrático nas sociedades europeias contemporâneas, devido à possibilidade da existência de marcos tradicionais que obscurecem os parâmetros político-filosóficos de promoção da ‘justiça’, da ‘igualdade’, e até mesmo da ‘liberdade’ no escopo de suas instituições – as quais ainda se mostram inábeis em atuar como ‘árbitros imparciais’ no que tange à imposição de

⁸⁴ [Parágrafo 12 da opinião dissidente – juiz Borrego.].

⁸⁵ [Ibid, parágrafo 14.].

⁸⁶ [Ibid, parágrafo 5.].

⁸⁷ [Ibid, parágrafo 18.].

tradições ou padrões abstratos de um pertencimento social excludente. (RUDIGER, 2007, p.44)

O fato é que a defesa sócio-histórica dos direitos humanos sob uma perspectiva supostamente universal como projeto, irradiação e processo implica a rejeição legal de discriminações individuais e coletivas, atuando de modo inequívoco sob a diretiva da igualdade pluralista. (GALLARDO, 2014, p. 11). Isto é, fornece as condições fundamentais para o desenvolvimento autônomo de seus sujeitos, os quais podem “participar como pares em todas as esferas de interação social” (FERRARESE, 2007, p. 69). No entanto, como destaca Etienne Balibar (2007), de maneira cínica os Estados europeus utilizam-se cada vez mais de suas instituições como “[...] ideologias esfumaçadas [que encobrem] seus avanços e retrocessos na evolução social e nas suas práticas de desigualdade [e racismo]” (BALIBAR, 2007, p.237). De modo nítido, podemos “[...] denunciar a retórica da universalidade e de sua ignorância com os grupos e culturas históricas (incluindo raça e cor)”, ressaltando que “nada é feito para abordar devidamente as discriminações” (BALIBAR, 2007, p. 239) no continente.

As miscelâneas de categorias de marginalização e inferiorização sociais formam ‘novas subclasses’ na Europa – pessoas essas, em sua maioria, excluídas do pacto social dominante. A ‘universalização dos direitos’ parece progressivamente se constituir como um *status* exclusivo de cidadãos, já que para muitos ela ainda é vista como uma ameaça à ordem social pretendida. (SCHIERUP, 2007, p. 100). Dahrendorf (1974, p. 174) recorda que a sanção legal é e foi a responsável por preservar historicamente o ‘sistema social de privilégios’ e, por mais profícuos que os discursos político-jurídicos possam parecer à primeira vista, eles ainda se mostram incapazes de fazer “desaparecer todas as desigualdades”, as quais possuem raízes profundas na história social de estratificação ocidental – que será abordada genealogicamente no próximo capítulo.

Portanto, os temas da discriminação, do racismo e da intolerância reaparecem no centro do pensamento crítico social como desafios estruturais à reconciliação dos ideais universais de ‘direitos mais inclusivos e abrangentes’ com um ‘multiculturalismo’ amigável. Como lembra Bertossi (2007, p. 03) ao se referir às atuais práticas exclusivistas europeias, “[...] não existem evidências reais de que as políticas empreendidas possam abrir caminhos para um tempo liberal, sobretudo, nas questões étnicas. Os debates [...] se concentram mais entusiasticamente em identidades sobrecarregadas”. Esses discursos passaram a celebrar “[...] alguma essência pura de identidade de grupo e a cultura n[esse] sentido mais pedante, [passou a] renegar desdenhosamente o político como tal, [tornando-se] uma cúmplice criminosa” (EAGLETON, 2011, p. 69).

Os pensamentos racistas mais virulentos de nossa época passaram a se dividir “[...] entre o universalismo vazio e o particularismo estreito, entre a anarquia das forças globais e aqueles cultos de diferença local que lutam para resistir a elas”. Isto é, “[...] quanto mais predatórias são essas forças [...] mais patológicas essas [identidades] se tornam” (EAGLETON, 2011, p. 69). Enfatizam-se assim, as grandes lacunas existentes entre as postulações universais de ‘direitos do homem’ e os recentes desdobramentos das políticas exclusivistas – presentes, inclusive, no bojo de órgãos jurídicos de proteção social. Uma análise completa nos levará inevitavelmente ao “[...] fosso crítico existente entre o credo comum da igualdade [...] e a realidade das minorias étnicas que são sistematicamente discriminadas e [excluídas]” na Europa. (BERTOSSO, 2007, p. 06).

Cabe lembrar que as noções de *reconhecimento* e *inclusão* implicam a essencialidade dos indivíduos de serem integrados numa rede de relações intersubjetivas sem serem inferiorizados, gerando assim as condições mínimas para a conquista da prometida ‘liberdade social’ e a consolidação de sua própria autonomia – bases essas de edificação do sistema de direitos moderno e institucionalizado. (HONNETH, 2015). Cenários de humilhação, desrespeito e degradação levam a uma ruptura ou a uma distorção das identidades individuais e consequentemente coletivas, tornando os sujeitos incapazes de agir como seres autônomos, individuados e de igual valor. (HONNETH, 2003).

Nesse sentido, o reconhecimento recíproco opera na lógica da revalorização da individualidade humana, suas qualidades ímpares e diferenciações mais preciosas – o que se opõe à tradicional lógica de nivelamento da ‘igualdade homogeneizadora’ –, ele também atua como um caminho em direção à antidiscriminação e à inclusão social, uma vez que amplia o acesso ao direito e reduz as estruturas de exclusão do *Outro*. (FERRARESE, 2007, p.64-69). Em suma, a luta contra a discriminação e a luta pelo reconhecimento estão imbricadas na orientação deste trabalho, uma vez que são consideradas como elementos co-fundamentais. Ou seja, como perspectivas basilares para a descentralização das contingências instituídas pelos grupos dominantes e por suas estruturas de poder estratificantes.

As lutas sociais e os seus dissensos auxiliam na formulação de nossa noção moderna de justiça social e sintetizam as demandas historicamente não satisfeitas. São vistas, portanto, como elos perdidos que redirecionam e reformulam a atual dinâmica de subordinação e dominação. Movidas pelos princípios abstratos da igual dignidade e de autorrespeito, elas legitimam a liberdade social ainda não alcançada nas realizações individuais e coletivas. (HONNETH, 2015). Dirigem-se assim, às garantias da autonomia e às viabilidades dos sujeitos de se estabelecerem em interações positivas, não culminando em sociedades formadas por *Eus*

mutilados. Resumidamente, existe uma íntima ligação entre a instituição e garantia do ‘bem comum’ e o ‘bem estar do *Eu* e do *Outro*’. (FERRARESE, 2007, p. 64-77).

Por isso, ao que tudo indica, devemos indagar se os limites intrínsecos ao reconhecimento humano inclusivo das identidades alternativas na Europa representam apenas obstáculos temporários à lógica dos direitos de cidadania relacionados à soberania e às suas novas proporções (para além dos Estados nacionais), ou se são práticas político-jurídicas rotineiras incumbidas de neutralizar ou até mesmo de legitimar eticamente as tradições dominantes inferiorizadoras, os poderes ilegítimos, e os espaços hierarquizados que adicionam ‘cegueira à supressão’ dos tratamentos discriminatórios e racistas. (BALIBAR, 2007, p.239). Afinal, como pondera Dahrendorf (1985, p.25) em sua obra *A Lei e a Ordem*, “[...] uma sociedade que revele todos os seus casos de desvio, arruinaria a validade de suas normas. As normas não suportam a luz forte de um holofote, elas precisam de uma certa obscuridade” para existirem. Nesse jogo,

[...] abrem-se múltiplos espaços para a ambiguidade que impera a respeito desses direitos, *claro-escuro* que constitui um dos fatores, não o único nem o principal, para essa distância entre o que se diz e o que se faz, o que os poderes constituídos dizem e fazem, acerca deles. [...] Isso deriva do fato que os Estados não constituem nem em sua origem nem atualmente dispositivos de consenso, mas de dominação e fragmentação. Enquanto tais, não podem fundamentar em si mesmos práticas e valores universais e integrais como o são (declaradamente) os direitos humanos. (GALLARDO, 2014, p.20-21).

Assim, como resultado “[...] de um século de expansão de direitos e iluminismo aplicado” (DAHRENDORF, 1985, p. 13), parece que criamos apenas ‘incertezas’ nos campos identitários que ainda fomentam as disparidades de um poder dominante e assimétrico. “Em todas as épocas, as desigualdades produziram infalivelmente a desigualdade de direitos e a exclusão social”, e as sociedades e suas instituições político-jurídicas se preocuparam mais “com a sua eficiência em se tranquilizar sobre a justiça de suas injustiças” (DAHRENDORF, 1974, p. 176, grifo nosso) do que buscar correção para seus modelos ‘quase naturais’ de arbitrariedade e opressão.

Toda essa situação parece nos conduzir previamente a uma conclusão, talvez a *lei* tenha se tornado “o objeto principal de conflito nas sociedades desenvolvidas do ‘mundo livre’” (DAHRENDORF, 1985, p. 14), e cabe a nós definir se sua eficácia – no que tange à proteção humana inclusiva – pode ser descrita apenas como uma das contradições típicas da modernidade, ou se sua ambivalência esteve presente desde os fundamentos do próprio pensamento ocidental que se edificou (e ainda se edifica) as concepções político-filosóficas do sistema de direitos moderno. Deste modo,

A compreensão do fundamento dos direitos humanos faz parte de sua eficácia jurídica. Do ponto de vista do conteúdo, a tese indica que o fundamento de direitos humanos é sem dúvida político, mesmo que não exclusiva nem originalmente estatal, e eles derivam sócio-historicamente de *transferências de poder* sentidas como *necessárias* e expressadas como *possíveis* no interior das sociedades civis emergentes. Os valores pressupostos pela reivindicação de direitos humanos não se seguem inicialmente de consenso, mas nuclearmente de resistências, mobilizações, lutas ou enfrentamentos [...] Os direitos humano possuem seu fundamento, ou seja, sua matriz na conflitualidade social inaugurada e desdobrada pelas formações sociais modernas. (GALLARDO, 2014, p. 21).

Cabe salientar que essas relações de dominação e subjugação não inviabilizam por completo o sistema de direitos institucionalizado, tornando-o como algo inútil ou impossível de se realizar, apenas evidencia sua historicidade e destaca “sua fibra para desestruturar e revolucionar as formações sociais” (GALLARDO, 2014, p. 13). As discussões no próximo capítulo pretendem lançar luz às diversas orientações existentes no âmbito do direito moderno, com o objetivo de compreender seus fundamentos e seus alcances libertadores. Somente com a crítica de suas premissas constitutivas, seus axiomas e seus marcos histórico-organizacionais, poderemos realmente superar seu contínuo domínio hierarquizado, o qual insiste em rebaixar a honra e a estima de seus participantes de discurso através de atos racistas, discriminatórios e/ou omissos.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não escapa dessa atual lógica exclusivista de aplicação dos direitos, uma vez que as análises realizadas acerca de sua jurisprudência política conduziram-nos à árdua constatação que seus avanços institucionais foram permeados por inúmeros retrocessos sociais. Isto é, por cenários que relataram como os ‘direitos humanos universalmente proclamados’ se banharam num alto teor de permissividade discriminatória, sendo passíveis de alteração e interferência política em larga escala. Foi considerado, por muitos críticos, como inapto em lidar devidamente com a promoção da justiça social e o reconhecimento inclusivo do *Outro* em sociedades cada vez mais complexas e pluralistas como a europeia. A Corte assumiu assim, em diversos momentos históricos, funções simbólicas, dilatórias e até mesmo ausentes quanto à defesa irrestrita das particularidades humanas mais elementares e reiterou contextos reificantes de vida que negam o *Outro*. As minorias acabaram sendo colocadas no centro desse debate, com dinâmicas sócio-institucionais que ainda resvalam em lógicas inferiorizadoras de estratificação e segregação sociais.

Por todos esses motivos, apresentaremos agora um diagnóstico de época capaz de identificar os distúrbios acionadores das enfermidades na vivência individual e coletiva, explicando como esse reconhecimento negado possivelmente abala os laços vivos de solidarie-

dade social e expõe os princípios de ‘liberdade’, ‘igualdade’ e ‘justiça’ – amplamente difundidos pela tradição do pensamento Ocidental e pelo sistema de direitos moderno –, mas que continuamente são feridos por práticas exclusivistas esvaziadas de seus conteúdos verdadeiramente democráticos. Diante disso, as minorias se transformam em exemplos nítidos de inferiorização, que desfalecem, paradoxalmente, em meio a um aumento dos discursos jurídico-morais em torno das perspectivas universalizáveis de inclusão e do reconhecimento do Outro. A reflexão buscará superar as vicissitudes dos processos político-jurídicos reificantes à luz das possíveis realizações emancipatórias do tempo presente.

3 ARQUEOLOGIA DA ‘UNIVERSALIDADE’ E ‘INCLUSÃO’ NA TRADIÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO OCIDENTAL

Afigura-se apropriado tomar como tema a interdependência e a interpenetração entre os universais da retórica, da hermenêutica, da sociologia [jurídica] e esclarecer a diferente legitimidade destes universais. (GADAMER, Hans-Georg).

As perspectivas de *universalidade* e *inclusão* em torno dos direitos do homem e do cidadão foram introduzidas pela filosofia iluminista do séc.XVIII. Muitos filósofos, tais como Voltaire, Rousseau, Diderot, Grotius, Kant, Locke, Montesquieu e Tocqueville, construíram uma base transcendental para a criação de uma comunidade política humana, a qual poderia se estender para além das tradicionais fronteiras territoriais dos Estados europeus e da própria história cristã. (GIESEN, 2001, p.37). Seus antecedentes perpassam, portanto, sobre as doutrinas filosóficas das ‘Luzes’ e sobre os pensamentos jurídico-religiosos do Ocidente⁸⁸ que reivindicavam uma espécie de unicidade da experiência racional humana por intermédio da afirmação da fé monoteísta.

Contudo, apesar de seus elementos-chave versarem sobre o universalismo categórico do exercício dos direitos, da proteção, das garantias e da preservação da igualdade e da liberdade no âmbito da cidadania, um novo modelo de privilégios foi instituído. Estabeleciaram-se, no interior das comunidades políticas europeias, relações de igualdade entre aqueles que estavam incluídos e, excluía-se a maior parte da população dos assuntos públicos. Pois, nenhum camponês, plebeu, escravo, mulher ou indígena tinham a educação necessária. (EDER; GIESEN, 2001, p.06-07).

A dualidade existente entre os direitos humanos universais de abrangência irrestrita e os direitos de cidadania (ancorados em marcadores estáticos – com o estabelecimento de oposições binárias decorrentes do nós/eles, nacionais/estrangeiros, membros/ não membros, cidadãos/não cidadãos), moldou grande parte dos debates acerca do sistema de direitos moderno e do atual projeto democrático liberal. Entre os teóricos clássicos encontram-se, principalmente, Theodor Marshall, John Rawls, Robert Nozick, Charles Taylor, dentre outros. Eles apresentaram notórias contribuições acerca dos embates recorrentes entre a liberdade e a igualdade,

⁸⁸ [“Em outras culturas, antecedentes poderiam ser a tese de que o poderoso não abuse do fraco (Código de Hammurabi), a proposta egípcia do poder como serviço, a exigência do budismo de um proceder reto de todos os seres humanos e a igualdade primordial de todos os seres humanos proclamada pelo Islã.” (GALLARDO, 2014, p. 35). Mas, foi somente nas formações sociais modernas, que os direitos humanos atingiram seu ideal subjetivo e universal, e que deveriam ser constituídos politicamente.].

sem perder de vista às exigências por justiça social e pela pertença comunitária. (KYN-LICKA, NORMAN; 1997).

Apesar disso, a teoria dos direitos se ocupou majoritariamente com a conduta dos cidadãos, ora oscilando entre a passividade comunitária ou a participação ativa, ora sobre suas responsabilidades, papéis e lealdades. A ênfase na virtude cívica e na participação cidadã apenas auxiliou a produção legal de novas e mais radicais distinções no interior dos contextos políticos e sociais. Pois, como lembra Boaventura de Sousa Santos (2007), tanto no âmbito do conhecimento como do Direito, mantiveram-se as mesmas linhas abissais da Era colonial, isto é, a existência de delimitações rotineiras entre aqueles que eram considerados ‘amigos’ e ‘inimigos’. Apesar das conquistas, para cada novo direito instituído se perpetuava estruturalmente a exclusão, a inferiorização e a fragmentação. Segundo ele, a teoria do direito e a cidadania mostram “[...] os lastros de exclusões e de decadência das suas próprias perspectivas [de universalidade] e inclusão” (SANTOS, 2007).

Mais do que isso, através da tarefa de viabilizar um projeto político-social travestido de universalismo moral e justiça social, as correntes filosóficas definiram quais indivíduos eram considerados ‘humanos’ (portadores de direitos e membros da sociedade civil) e ‘sub-humanos’ (que ocupavam os territórios a-legais com direitos declarados, mas oficialmente não reconhecidos). Assim, os lastros da inferiorização se tornaram ao mesmo tempo ‘radicais’ e ‘inexistentes’,

[...] uma vez que seres sub-humanos não são considerados sequer candidatos reais à *inclusão social*. A humanidade moderna não se concebe sem uma sub-humanidade moderna. A negação de uma parte da humanidade é *sacrificial*, na medida em que constitui a condição para a outra parte da humanidade se afirmar enquanto *universal*. (SANTOS, 2007, p.10).

Ou seja, os degradados e os excluídos passaram a viver formalmente dentro dos Estados nacionais e sob a regência da ‘lei’ e da ‘ordem’, mas estavam e ainda estão fora do garantismo fornecido pelo Estado de Direito, que se destina apenas aos seus respectivos cidadãos. Suas identidades fundamentalmente políticas e humanas são continuamente negadas enquanto indivíduos e grupos sociais, sofrendo um processo de subjetivação, que os reduzem à mera existência biológica. A legislação não pode os representar, já que são considerados exceções, *i.e.*, são zonas de indistinções sociais. (AGAMBEN, 2004, p. 13). Em suma, as arenas público-políticas assumiram histórica e normativamente uma organização complexa e hierarquizada, com a regulamentação das relações sociais assimétricas e das desigualdades extremas. (KRISCHKE, 1993, p. 18). Nota-se a “[...] sujeição absoluta para os despossuídos. [A] nega-

ção total de suas capacidades humanas. [E a negação] de su[as] capacidade[s] de transformar o mundo ou fazê-lo, de acordo com suas necessidades de vida” (GALLARDO, 2014, p. 225).

Observa-se ainda uma frustração continuada nas mudanças de esperanças de vida e nos projetos pessoais de realização autônoma, e a persistência de profundas enfermidades nas estruturas sócio-institucionais hodiernas, nas quais as prerrogativas do reconhecimento de valores, capacidades e direitos, isto é, as reivindicações pós-materialistas também foram afetadas e acabaram produzindo patologias que desencadearam situações agudas de sofrimento social. (ROSENFELD; SOBOTTKA, 2015). Como menciona Ralf Dahrendorf (1974, p.174), “[...] já não é mais comum investigar a ansiedade, o sofrimento e a opressão que as desigualdades entre os homens causaram [...] [e] por toda sociedade, elas ainda predisõem homens contra homens”.

Nesse sentido, os direitos do homem passaram a ser concebidos ora como fruto de reivindicações de privilégios, ora como formas alternativas de um universalismo utópico, sendo essa tensão o principal motivo de ineficácia dos sistemas de proteção contemporâneos. Pois, por vezes, os direitos humanos tornaram-se instrumentos de um artefato cultural particularista, que “apenas a cultura Ocidental tendia a formulá-los como universais” (SANTOS, 1997, p.112), quando nada mais pretendiam do que legitimar suas posições de poder hegemônico em detrimento dos grupos minoritários.

As discriminações, as exclusões e as fragmentações em larga escala – que atingem setores significativos da população mundial –, “[...] não têm sido culturalmente reconhecidas como atentados contra a humanidade” (GALLARDO, 2014, p. 12). Tampouco, são consideradas violações sistêmicas que abalam a autonomia e a autoestima dos sujeitos, causando o aumento das incertezas e dos medos, com a substituição da “[...] solidariedade humana pela desconfiança mútua [que é] impulsionada pelo enfraquecimento dos laços interpessoais [e pela] dissolução das comunidades políticas” (BAUMAN, 2016). “[...] Modernamente, [os] direitos humanos e com eles a produção da humanidade, têm passado e passam por outro lugar.” (GALLARDO, 2014, p. 12).

A partir de todos esses elementos, não parece propício separar a justificação oriunda dos fundamentos político-filosóficos dos direitos humanos supostamente ‘universais’ de sua eficiência jurídico-social, já que o ocultamento dessa discussão traz um elevado custo sobre sua efetividade, legitimidade social e maior incidência cultural. O trabalho político-filosófico consiste fundamentalmente em reconhecer seus próprios limites etnocêntricos e ultrapassá-los. Por isso, recomenda-se uma reconstrução das estruturas que definiram e ainda definem os padrões normativos e a ‘moral supostamente democrática e plural’ que subjazem à própria realidade histórico-social europeia. Nas palavras de Axel Honneth,

O procedimento de *reconstrução* oferece a oportunidade de uma aplicação crítica: não pode se tratar apenas de desvelar, pela via reconstrutiva, as instâncias da eticidade já existentes, mas deve também ser possível criticá-la à luz dos valores incorporados em cada caso. (HONNETH, 2015, p. 29).

Por isso, com a intenção de esboçar as vias ainda não esgotadas da questão, propõe-se um desvelamento e crítica da implementação dos valores ético e moralmente concebidos acerca dos direitos humanos europeus, que ainda se mantêm como lacunas não realizáveis na *práxis* social e nas novas formas de tomada de poder cultural – observadas no interior das sociedades hegemônicas ocidentais. Com uma retrospectiva dos seus signos civilizatórios – que influenciaram a tradição do pensamento jurídico moderno –, intenta-se, por contraste, clarificar os principais traços de uma concepção humana emancipadora, que incentive a produção de novos contextos sociais livres da dominação e da violência. Procura-se, por conseguinte, reconstruir as contribuições de cada uma dessas perspectivas, rearticulando-as com um propósito esquemático e, ao mesmo tempo, fazendo jus às suas especificidades e inflexões. (HONNETH, 2015) (HABERMAS, 2012).

Ao fim, espera-se apresentar um debate verdadeiramente preocupado em criar as vias necessárias para a edificação de “[...] uma sociedade global mais justa [e emancipada], não somente no sentido de garantir as liberdades básicas, mas também, de garantir mais igualdade e uma vida digna a todos os seres humanos” (PINZANI, 2012, p. XII). Para isso, primeiro, torna-se imperioso precisar sobre a real extensão do ‘bem’ e do ‘justo’, assim como sobre o exercício pleno da autonomia, da autorrealização pessoal e da autoestima coletiva – conquistadas mediante a preservação igualitária da noção de dignidade humana e das prerrogativas de reconhecimento recíproco –, que são concebidas como guias de análise para a consolidação de um projeto de Estado de Direito mais inclusivo e abrangente – desvinculado do próprio eurocentrismo que o fundou. Projeto esse, que ainda insiste em coexistir com sociedades atravessadas por discriminações, racismos, desigualdades e hierarquias, desconsiderando o papel essencial da *Alteridade* em suas fundamentações.

3.1 A categoria central da teoria crítica: o processo reconstrutivo

A partir dos anos 1970, a ideia em torno da reconstrução se tornou peça fulcral nas análises desenvolvidas no bojo da Escola de Frankfurt, principalmente, através dos estudos de Jürgen Habermas e Axel Honneth. Esse procedimento metodológico passou a se concretizar mediante a realização de duas tarefas principais; 1º) Identificar as potencialidades e os obstá-

culos para a conquista da ‘emancipação’, inscritos na realidade social; E, 2º) incorporar e criticar os resultados obtidos pelas teorias tradicionais, com a apresentação de diagnósticos do tempo orientados ‘para e pela emancipação’ (NOBRE; REPA, 2012, p. 13). Com esse intento, a produção do conhecimento crítico se tornou historicamente situado e mutável segundo as relações sociais que arquitetam a dominação categorial nas sociedades modernas.

Esse, digamos, *parasitismo* da teoria crítica relativamente à produção da teoria tradicional é possível, por sua vez, porque se pressupõe que as contribuições tradicionais não sejam falsas, mas ‘parciais’, isto é, passíveis de integração de uma perspectiva mais ampla, que lhes dê um novo sentido, um *sentido crítico*. (NOBRE; REPA, 2012, p. 14).

Devido à sua especificidade em progredir no questionamento do sistema social não emancipado, a reconstrução exige a realização de investigações empíricas permanentes, com a identificação das lacunas e das omissões tipicamente presentes nas abordagens tradicionais. Apesar de sua âncora ser normativa, a análise não perde de vista a objetividade, uma vez que suas raízes estão fixadas apenas e exclusivamente na reprodução social, isto é, na dinâmica social ‘viva’. Portanto, o propósito do estudo reconstrutivo não é apenas científico – por envolver a pesquisa dos fatos – mas também e, sobretudo, assume um caráter ético-pragmático, já que existe uma atenção assídua pelo destino dos seres humanos. A ênfase não transcorre apenas sobre a “[...] condenação de atos consumados nem à procura de culpados, mas à prevenção de deslizes futuros e à inspiração de orientações consideradas desejáveis” (NOGUEIRA, 1977, p. 15).

Desvelar os elementos de racionalidade existentes nos contextos éticos de vida e identificar os limites e as possibilidades de seus contributos simbólicos são apenas os passos iniciais para clarificarmos as estruturas sociais profundas que viabilizam ou não a criação e a perpetuação de objetos socialmente simbólicos, identificáveis e, muitas vezes, reificantes. Objetos esses, que se constituem como regras específicas, estruturas cotidianas, critérios de avaliação amplamente aceitos e processos sociais mais amplos que não apenas se inserem na realidade social, mas que ganham um sentido vinculante e estrito na geração das normas sociais. Nas palavras de Marcos Nobre e Luiz Repa,

Reconstruir não significa refazer conceitualmente algo dado, recontar sua história, por assim dizer; não significa reproduzir o que é factualmente, mas refletir sobre as regras que têm de ser supostas como princípio para a compreensão do sentido e mesmo do não sentido do que é construído social e simbolicamente. São essas regras, estruturas e processos que constituem, em outro aspecto, os potenciais emancipatórios, já que sua efetividade se insere

desde sempre na facticidade de contextos suscetíveis de um sem-número de fatores coercitivos. (NOBRE; REPA, 2012, p. 18).

Assim, o itinerário argumentativo-lógico da teoria crítica é *'explicitar os conhecimentos implícitos'* que aparecem na produção dos proferimentos dos atores em ações comunicativas no curso concreto da evolução social. (POKER; ALVES; FERREIRA, 2016, p. 24). Tais conhecimentos são pensando como arranjos geradores e reprodutores de normas sociais que estão inseridas no saber intuitivo dos sujeitos. Por isso, na base da finalidade reconstrutiva, pode-se investigar “[...] a racionalidade própria das regras sociais dadas num determinado momento histórico, ou seja, permite compreender quais estruturas são basilares numa determinada etapa da evolução [humana]” (NOBRE; REPA, 2012, p. 20-21).

Nesse aspecto, o objetivo assume metodologicamente o oposto da genética (vista como um momento ‘vertical’ de análise), e torna-se propriamente um paradigma ‘horizontal’ de investigação (que prioriza a descoberta das estruturas geradoras de normas previamente dadas e interiorizadas pelos atores sociais). Ocupa-se da “[...] reconstrução dos sistemas de regras antropologicamente fundamentais – da lógica, da fala, da interação comunicativa, da ação instrumental, da aritmética e da medição” (NOBRE, 2013, p. 17). Orientando-se pelos “[...] potenciais construtivos inseridos em determinadas estruturas já alcançadas que ainda não foram suficientemente exploradas socialmente” (NOBRE; REPA, 2012, p. 21). Cabe, por fim, o interesse pela emancipação de seus protagonistas diante de contextos injustificáveis de subjugação, nivelamento e coerção.

A reflexão que se pode obter como resultado da crítica racionalmente motivada coincide com a autorreflexão da história de formação humana, na qual a lógica se edifica segundo aquelas dimensões básicas da interação, da linguagem e do trabalho. Jürgen Habermas, em sua reconstrução racional, diferencia a reflexão em dois momentos; 1º) Como rearranjos das regras geradoras dos elementos simbólicos; E, 2º) como crítica aos padrões dominantes sistematicamente produzidos e reproduzidos. No entanto, o questionamento ideológico vigoroso à dominação e à reificação nos contextos sociais hodiernos aparece em grande primazia nas elaborações honnethianas, uma vez que seu método de análise – denominado de reconstrução normativa –, fundamenta-se na luta pelo reconhecimento e na dialética da eticidade⁸⁹ do jovem Hegel. (NOBRE; REPA, p. 24).

⁸⁹ [“Hegel fez uma distinção entre moralidade, que é a vontade subjetiva, individual, do bem, e a eticidade, que é a realização do bem em realidades históricas ou institucionais, que são a família, a sociedade civil e o Estado. A eticidade, diz Hegel, é o conceito de liberdade, que se tornou mundo existente e natureza da autoconsciência. As instituições éticas têm uma realidade superior à da natureza, porque constituem uma realidade necessária e interna” (ABBAGNANO, 2015, p. 451). Já “(...) Axel Honneth define o conceito de eticidade como o ‘todo das condições intersubjetivas das quais se pode

Embora sejam métodos similares aferrados na vida social concreta do ponto de vista da tessitura dos conflitos e de um ‘sem-número de fatores repressivos e opressivos’ (que caracterizam as sociedades modernas estratificadas), Honneth se concentra na gramática moral do reconhecimento, transformando a *reconstrução* em dois níveis de avaliação; Primeiro, pela ‘reconstrução’; E, segundo, pelo ‘social’ – com a vinculação do processo científico-investigativo à presentificação. Entende-se, por fim, que os lugares de formação das regras sociais e das orientações culturais advêm das práticas de vida dos sujeitos e após a virada comunicativa, seria fundamental a reconstrução das bases normativas de sociabilidade. Segundo Honneth,

[...] Habermas tem uma visão limitada do conflito e de seu papel central na tessitura do social, o que o leva a produzir distinções como aquela entre o ‘mundo da vida’ e ‘sistema’, tão fundamental para o modelo crítico habermasiano quanto encobridora dos reais dissensos no social. Não por acaso, por exemplo, o ‘sistema’ é, segundo [ele], ‘normativamente neutralizado’ por Habermas. Honneth se insurge [...] contra todo modelo crítico que atribua preeminência e primazia a estruturas, funções ou mesmo instituições sociais formais, deixando em segundo plano ou mesmo rebaixando o papel do social, base comunicativa (e, portanto, essencialmente *conflituosa*) em que se tecem as normas sociais mais fundamentais. (NOBRE, 2013, p. 12).

Compreender o objeto científico da reconstrução em Honneth significa não ignorar a preeminência do ‘reconhecimento recíproco’ e nem do ‘social’, uma vez que esses dois fatores não podem ser isolados. Em síntese, o autor vincula uma espécie de teoria da justiça ao seu diagnóstico de época e pretende apontar os déficits sociológicos existentes nos modelos frankfurtianos existentes até então, em especial no paradigma habermasiano. Isto é, na utilização excessiva de esquemas abstratos e macroestruturais de funcionamento das sociedades, que acabam por ocultar as verdadeiras dimensões do social na infraestrutura comunicativa e conflitiva das interações humanas.

Em **O Direito da Liberdade**, Honneth (2015, p. 29-30) defende que os padrões portados pela eticidade representam os valores e as ideias mais gerais de um conjunto de práticas institucionalizadas no bojo das sociedades modernas, e pode-se recorrer a esses mesmos valo-

demonstrar que servem à realização individual na qualidade de pressupostos normativos’. Esse conceito formal de eticidade pretende ser uma ampliação da moralidade no sentido de incluir ‘todos os aspectos que constituem o objetivo de um reconhecimento não distorcido e deslimitado’, o que significa integrar num mesmo quadro tanto a universalidade do reconhecimento jurídico moral da autonomia individual quanto a particularidade do reconhecimento ético da realização pessoal. Nas sociedades modernas, os sujeitos têm de encontrar reconhecimento como seres tanto autônomos quanto individualizados. A concepção formal de eticidade reúne todos os pressupostos intersubjetivos que precisam estar preenchidos para que os sujeitos se possam saber protegidos nas condições de sua autorrealização” (WERLE, MELO, 2008, p. 191).].

res para questionar aquelas práticas ainda inábeis em seus esforços democrático-representativos. Assim, a reconstrução serve para criticar, acima de tudo, a incorporação deficiente e ainda inacabada desses princípios ético-morais geralmente admitidos, mas que ainda esbarram nas práticas diferenciadas de poder e dominação e, apresentam lastros inigualáveis de exclusão, que encobrem os limites da nossa própria herança cultural. Para ele, “[...] os fenômenos da *decadência ética*, [...] estariam no fato de as corporações não cumprirem sua tarefa de maneira plena”. Afinal, não poderia haver vida conforme a hierarquia social se não houvesse ‘hierarquia social’. Basta aos críticos, atentar aos potenciais negligenciados no desenvolvimento das instituições já existentes. (HONNETH, 2015, p. 29-31).

O dever do pensamento filosófico, democrático e jurídico nas sociedades pós-tradicionais consiste em reconhecer e ultrapassar constantemente suas próprias demarcações e projetos sócio-institucionais inconclusivos, que camuflam através de sua ‘boa intenção’ e ‘retórica universalmente aparente’, o seu perigo de rejeição e reificação de outras formas de vida. O não reconhecimento e a inferiorização de grandes conglomerados humanos não são programas compatíveis com o pretense ideal do universalismo categórico do sistema de direitos moderno, e não devem ser identificados como subtraídos de importância na identificação das patologias que transcorrem sobre todas as sociedades, incluindo as europeias.

Na verdade, como bem pontua Derrida (1991, p. 54-56), o universalismo propagado pelo Ocidente tende a desacreditar, a suspeitar ou a reprimir tudo aquilo que historicamente o questionou ou o questiona – seja na teoria ou na prática –, tudo em nome da inteligibilidade de seus modelos de bom senso e da moral supostamente democrática e inclusiva. No entanto, são exatamente esses ‘lastros incontroláveis’ de coisas remanescentes que permanecem como projetos inacabados, que são capazes de prescrever transformações importantes, e apresentam-se como forças de repolitização, de deslocamento, de luta e, acima de tudo, de resistência. Deste modo, cabe-nos o papel da vigilância e da superação de certas retóricas que dominam as sociedades modernas e que, por vezes acabaram se confundindo com poderes institucionais ‘sem rosto’ (que somente legitimam modelos desprovidos de *Alteridade*), e constituem-se como gestos de exclusão e marginalização sociais.

3.2 Liberdade, igualdade e justiça: valores acima de quaisquer suspeitas?

Como já assinalado, dentre todos os valores éticos da modernidade Ocidental – que compõem os ordenamentos sócio-institucionais de nosso tempo – a liberdade e a igualdade se tornaram nitidamente hegemônicos e duradouros. (HONNETH, 2015, p. 34). Para além de sua nebulosidade conceitual, os embates recorrentes entre essas duas perspectivas passaram a ser

considerados clássicos, mas que ainda se apresentam com muitas possibilidades inexploradas e em plena fase de expansão. (KRISCHKE, 1993, p. 14). De natureza semelhante, o conceito de justiça não pode ser compreendido de forma independente desses valores, compondo assim uma miríade de indeterminações presentes não apenas nos meios intelectuais, mas também e, principalmente, nas práticas e instituições jurídico-sociais.

Por isso, torna-se vital pormenorizar o núcleo retórico universalista que viabilizou e ainda viabiliza a manipulação do imaginário ideológico e filosófico dos direitos do homem e do cidadão, incapacitando-os de se libertar das amarras hierárquicas atinentes a cada contexto histórico, não sendo assim fruto de mera idealização social. (GALLARDO, 2014, p. 199). Portanto, esclarecer as estratégias, as codificações da retórica e as condições normativas, segundo as quais se deram os princípios de ‘liberdade’, de ‘igualdade’ e de ‘justiça’, possibilita o entendimento da genética de processo e a clareza de seus preceitos culturais e civilizacionais que estão por detrás de uma ordem jurídico-social que, em seu todo, mostrou-se moral e eticamente corrompida. (HONNETH, 2015, p. 222).

O interesse pelo estudo categórico do pensamento político clássico e sua relevância para a compreensão das estruturas sociais básicas existentes no interior das sociedades contemporâneas têm aumentado drasticamente. E não é por acaso, desde muito cedo na cultura ocidental a ideia de justiça (*Justitia*) já aparecia vinculada à arte do sistema retórico para convencer juízes e ludibriar as assembleias público-políticas. Nas tragédias gregas e em alguns fragmentos das obras pré-socráticas, tais como em Anaximandro, Heráclito, Demócrito e Empédocles, já era possível encontrar traços que reivindicavam a conquista da ‘ordem social’ à existência de uma justiça transcendental⁹⁰ e cósmica. Ou seja, despreendida de materialidade e atada às concepções espirituais que integravam a verdade e a honra. Os sofistas alteraram esses pressupostos iniciais, passando a entender a ‘ordem’ como uma convenção social absoluta, natural e universal. (SIQUEIRA-BATISTA; SCHRAMM, 2005).

Em oposição a eles, especialmente, aos conhecidos Protágoras e Górgias, Platão descreve em seus diálogos a imagem de seu estimado personagem Sócrates. Em *Apologia* 370 a.C., Platão recorda como o filósofo vivia à parte das inquietações existentes nos espaços públicos gregos, orientando sua oratória nos tribunais como idioletos – atrelados às interpelações tão peculiares quanto excêntricas. Na maioria das vezes, Sócrates mantinha-se desvinculado das rotinas comunitárias e consagrava em seus discursos, objetivos que não eram propriamen-

⁹⁰ [O emprego do conceito ‘transcendente’ diz respeito aquilo que está além de toda a experiência humana ou mesmo do ser. O oposto a essas transcendências metafísicas é a imanência sistêmica, que embora conflituosa, advém da produção sócio-histórica.]

te voltados à obtenção da justiça humana, mas sim transcendente. Já que, atribuía à justeza do homem num caráter falível, deteriorável e transitório. (MORAIS, 2010, p.474-475).

No relato, Platão apresenta Sócrates como “[...] um humano possuído pelo divino e, a inteligência da qual participava os deuses (*noû dê theoús*) era também atribuída a alguns poucos dentre os humanos”. Assim, o que parece constante nos discursos filosóficos daquela época – para além de seus relatos míticos –, é o exclusivismo e o não reconhecimento da virtude para a maior parte de seus concidadãos. Divina mesmo era apenas a filosofia: “[...] o maior benefício que os deuses concederam à raça [de alguns meros] mortais” (SÓCRATES *apud* MORAIS, 2010, p. 474).

Em **Górgias** e **A República**, Platão (1987; 1992) também desenvolve as categorias de ‘justo’ e ‘correto’, com o estabelecimento da atribuição que uma sociedade só poderia ser considerada ‘bem ordenada’ quando existisse ‘justiça’ para todos os seus integrantes. ‘Justo’ seria tudo aquilo que tornasse viável o cumprimento do que é próprio de cada um, e esse esquema se vincularia apenas às perspectivas ontológicas e não às inferiores noções de justiça terrena. (SIQUEIRA-BATISTA; SCHRAMM, 2005).

Com a utilização da alegoria do *mito da Caverna*, Platão ainda tenta compreender como os ‘homens-escravos’ que estavam aprisionados no mundo sensível da ignorância, das vontades, dos desejos e das sombras, conseguiram ascender e se purificar, indo em direção às luzes, à verdade, ao mundo inteligível (fora da caverna). Trata-se de uma metáfora que se remete ao plano pessoal de realização da vida, mediante ao uso exclusivo da razão. Na fábula, quando o homem escapa do covil e retorna para persuadir os demais, é satirizado e morto. Na filosofia platônica as percepções orientadas e regidas pela ‘aparência’ são consideradas de qualquer ‘valor fugaz’, *i.e.*, advindas do baixo ventre e pertencentes apenas aos homens naturalmente escravos. Ora, ligam-se somente aos seres que habitam um mundo de segunda classe – inferiores e condenados a uma vida de aprisionamento da alma pensante.

A dualidade no sistema platônico também se expressa em seus diálogos sobre o corpo e a alma. No segundo conto – *O mito do Er* –, o filósofo apresenta suas concepções de virtude e de ética, como sendo alcançadas somente no mundo das almas e sendo *a posteriori* colocadas em prática na *pólis*. O testemunho do Er se refere aos ensinamentos da justiça divina que eram transmitidos através da alma ao corpo. Com a morte do Er, sua experiência de pós-morte no Hades, leva o homem a obter os aprendizados necessários para serem incorporados depois no mundo sensível, após o retorno triunfal à vida. Em síntese, os princípios virtuosos e éticos dos homens gregos derivavam quase sempre de uma vida anterior à sua fase mundana e, é somente a partir disso, que eles conseguiam edificar o ‘bem’ e o ‘justo’. Para Platão, existe uma justiça sagrada, incorruptível, total e universal, da qual nenhum infrator pode escapar. É

uma questão metafísica, desprendida do ponto de vista efemeramente humano, sendo absoluta e natural. (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 136).

Já em Aristóteles – sucessor e crítico de Platão –, ocorre a recuperação do conceito de ‘justiça’, com a atribuição de que para que haja a constituição de uma sociedade bem organizada, é primordial a realização de uma vida feliz. Segundo ele, “[...] a justiça é o vínculo dos homens nos Estados; porque a administração da justiça, que é a determinação daquilo que é justo, é o princípio da ordem numa sociedade política” (ARISTÓTELES, 2000 *apud* SIQUEIRA-BATISTA; SCHRAMM, 2005). Entendia por ele como uma virtude, a justiça também é considerada uma aptidão ética proveniente do uso exclusivo da razão. No entanto, a grande diferença é que para Aristóteles ela aparece como um ente que pode ser ensinado, ligando-se ao *télos* da comunidade política.

O fundamento do ‘justo’ aparece acompanhado de duas outras dicotomias, a igualdade aritmética (comutativa) e a igualdade geométrica (distributiva). A primeira categoria se dirige à função de estabelecer uma igualdade fundamental nas relações entre os homens, com a exigência de que essa isonomia seja restabelecida quando violada. Já a igualdade geométrica afigura-se como uma distribuição equitativa, segundo, a honra, os méritos morais e as habilidades dos indivíduos. (SIQUEIRA-BATISTA; SCHRAMM, 2005).

Vale ressaltar que as relações sociais se apresentavam no bojo do pensamento clássico como hierarquicamente ordenadas. Não existia o compartilhamento comum do critério de não discriminação e da preservação igualitária da noção de dignidade humana de cada um. As diferenças eram concebidas como irreversíveis e naturais. Pois, “[...] todos aqueles que diferiam dos demais, tanto como o corpo da alma ou o animal do homem [...] são escravos por natureza, e para eles, é melhor estar submetido a essa classe do império, do mesmo modo que para o corpo ou o animal” (ARISTÓTELES, 1951, p. 05). Ou ainda,

Está, portanto, claro que há *por natureza* homens livres e escravos, e que a servidão é agradável e justa para estes [...]. Igualmente, a relação do macho com a fêmea é *por natureza* de tal forma que um é superior e a outra inferior, um domina e a outra é dominada. [...] Entre os bárbaros, é claro, as fêmeas e os dominados estão na mesma classe. [...] Por isso é que os poetas dizem ser justos que os gregos dominem os bárbaros, “porque o bárbaro e o escravo são *por natureza* a mesma coisa”. (ARISTÓTELES *apud* DAHRENDORF, 1974, p. 176-177).

Observa-se assim uma estreita vinculação entre a exigência de promoção da igualdade – segundo o mérito, a honra, a habilidade racional do homem e os seus bens – e a defesa da liberdade humana. Sendo considerados ‘livres e iguais’ somente os ‘virtuosos’ que pudessem alcançar “suas próprias decisões e realizar suas vontades” (HONNETH, 2015, p. 58). Caso

contrário, a submissão seria o meio mais eficaz para a manutenção da harmonia social. Surge assim, o que podemos nomear de ‘igualitarismo estruturalmente altérico’, na medida em que, apenas uma parte dos homens é considerada igual e os demais se mantêm simultaneamente como indivíduos rebaixados – as mulheres, os pobres e os bárbaros. (HATAB, 2015, p. 245-246).

Para Aristóteles, a ‘justiça’ seria, portanto, “[...] dar às pessoas o que elas merecem, dando a cada um o que lhes é devido” (SANDEL, 2012, p.234). Sendo suas formulações, infalivelmente, vinculadas a um sistema meritório baseado na honra, na virtude e na natureza de uma ‘vida boa’. Deveríamos sempre analisar as capacidades individuais e suas respectivas posições sociais, pois existem traços naturais nítidos tanto no caráter quanto nos interesses humanos, na inteligência, no talento, na força, nas posições sociais, na reputação, na riqueza e etc. Como recorda Dahrendorf (1974, p. 176), em todos os períodos da história de formação humana, e principalmente, no pensamento aristotélico, as desigualdades de naturezas produziram assimetrias na distribuição de direitos e deveres, categorizaram homens e os dispuseram uns contra os outros.

[...] se o negligente, o preguiçoso, o incompetente e o ignorante usufruíssem dos mesmos direitos que aqueles que apresenta[vam] virtudes correspondentes, isto seria tão extraordinário e injusto quanto se a criança tivesse direitos iguais aos do adulto, a mulher fraca e covarde direitos iguais aos do homem forte e corajoso, o desonesto a mesma segurança e respeito do cidadão honrado. (MEINERS, 1792 *apud* DAHRENDORF, 1974, p. 176).

O trecho acima repete o argumento central de Aristóteles nas sociedades políticas que asseveravam a coesão preestabelecida das coisas naturais e sociais, e, sobretudo, buscavam legitimar sua retórica essencialmente injusta. O ponto fundamental da discussão é que os homens eram desiguais em hierarquia e existia uma ordem natural, absoluta e universal entre eles. (DAHRENDORF, 1974, p. 180). Esse tipo de objeção apresenta cegueira frente às diferentes necessidades de identidades humanas e desconhece em seu cerne às reivindicações por maiores complexidades de ‘justiça social’, típicas daquele momento da história. (FORST, 2010, p. 08).

Nota-se assim que uma série de divisões, unidades espirituais e dualismos passaram a engendrar a estrutura doutrinal mais conservadora que compunha a metafísica Ocidental daquele período, e serão justamente esses elos normativos não reconciliados e essas diferenças naturalmente interiorizadas que darão sequência à história de formação social moderna discriminatória e à expressão das leis e desigualdades entre os homens.

As justificações filosóficas da justiça político-social e as primeiras versões fictícias – que passaram a respaldar o imaginário sócio-jurídico da modernidade –, acabaram por dividir o mundo de modo abissal e maniqueísta (GALLARDO, 2014, p. 159). Em suma, a harmonia social concebida como um fator natural e sua congruência com as diferenças entre os homens e as diferenças entre as suas posições e virtudes, produziram inadvertidamente um predicado humano estratificador e eticamente legitimado. (DAHRENDORF, 1974, p. 176).

Segundo Gallardo (2014, p. 149), os pensadores clássicos fizeram lograr uma “[...] totalidade complexa num sistema de dominação natural. A ordem ou a harmonia, naturais ou sociais, cont[inham] uma hierarquia naturalizada que exigia chefes e subordinados”. Desta forma, foram delineados os fundamentos metódicos que se assentaram as retóricas da ‘liberdade’, da ‘igualdade’ e da ‘justiça’ no interior do pensamento e das sociedades Ocidentais, formando as bases normativas do já conhecido *direito natural clássico*.

Já na Era Moderna, as visões secularizadas e racionalistas em torno dos princípios abordados foram protagonizadas, principalmente, pelos pensadores iluministas do século XVIII, com a adição formal das perspectivas de ‘universalidade’ e ‘inclusão’. Esse projeto se baseava na missão histórica do homem – entendida como algo não natural, mas edificada socialmente. A razão assumiu novamente o eixo central das reflexões, sendo a responsável pelo progresso das comunidades políticas e a distinção entre o tempo e a história dos diversos povos.

O núcleo ‘universalista’ temporalizou as comunidades sociais a partir da perspectiva de que – quanto antes uma determinada sociedade adotasse a razão como objeto condutor de suas atividades público-políticas, mais essa progrediria. No entanto, como menciona Habat (2015, p. 242), a razão não conseguiu eliminar a criação de novas hierarquias enraizadas, uma vez que não foi capaz de evitar o que inicialmente pretendia sobrepujar, ou seja, os regimes assimétricos de poder, dominação e privilégios. A sujeição e os efeitos excludentes no centro do sistema retórico da ‘justiça’ continuaram a contradizer as promessas de ‘universalidade’ e ‘inclusão’, já que o ‘nós’ definia constantemente aqueles que compunham a vanguarda da razão e o ‘eles’ o restante dos povos demasiadamente ‘atrasados’ – confinados à superstição do tradicionalismo e às estreitezas de espírito.

Apesar das distinções aparentes, uma nova orientação missionária também ascendeu no âmago das sociedades modernas, através do legado do *racionalismo ocidental*, o qual foi usado pelas instituições e práticas jurídico-sociais que não suportavam o controle e o utilizava para se expandir em relação aos que ainda não estavam incluídos. (BENHABIB, 2008, p.177). E, os ‘selvagens’ poderiam agora ser conduzidos a novas diretrizes cívicas e a um futuro próspero e promissor, desde que abandonassem seu passado obscuro de irracionalidades e fra-

quezas. Ou seja, adquirissem o conhecimento e a educação necessários para a sua própria libertação. (EISENSTADT; GIESEN, 1995). Erigir-se-iam novamente novas barreiras entre aqueles vistos como virtuosos – detentores da racionalidade humana e da erudição –, e os leigos – os quais precisavam ser educados e instruídos a reconhecer a superioridade da Europa Ocidental.

Atenta-se, desta maneira, para as construções intelectuais que definiram historicamente o *Outro*, o ‘diferente’, o ‘incompreensível’ como ‘inferiores’ – deslocados de sua inserção autônoma nas sociedades das ‘Luzes’. Isso nos permite uma decodificação analítica do compromisso de promoção da ‘igualdade’, da ‘liberdade’ e da ‘justiça’, na tradicional jurídica ocidental, já que sua arqueologia possivelmente nos conduzirá à conclusão de que ela nada teve de verdadeiramente ‘inclusiva’ e ‘universal’ até aquele momento. Na verdade, construíram um sistema ético de valoração no qual o tratamento desigual e inferiorizador para com o *Outro*, encontrou refúgio.

Nesse contexto, o Estado e o governo também se transformaram em mecanismos monopolísticos legítimos para a garantia de interesses particulares, do cumprimento da legalidade e da conquista da ‘justiça’. E, o uso da razão apareceu como uma renovada justificativa do poder de Estado. Tratou-se de uma explicação lógica que fomentou a ordem universal novamente emergente representada, em sua maioria, pelos interesses burgueses. Ordem essa, que caminhava em direção à conquista de novas ‘liberdades’ civis e em busca de maior ‘legitimidade’ política, com uma ‘igualdade’ que obviamente não incorporava escravos, mulheres, índios e residentes estrangeiros. Esses princípios passaram a compor o quadro normativo de formação em que se apoiou posteriormente a chamada *teoria do jusnaturalismo moderno*. (GALLARDO, 2014, p. 184).

Dentre os mais influentes pensadores do sistema jurídico-político moderno temos John Locke (1632-1704), pai fundador da concepção de liberdade individual articulada ao mundo do trabalho, à propriedade privada e à racionalidade humana. Sua matriz pré-política atribuía a esses direitos o caráter de inatos e universais, cabendo ao contrato social à função de preservá-los indistintamente. A liberdade dos indivíduos constituía-se como dependente direta de seus respectivos bem-estar privados e de suas buscas particulares pela felicidade. O Estado tornava-se também o agente da vontade dos indivíduos, empenhados em suas próprias demandas, sendo ele caracterizado como uma associação livre, autodeterminada e exclusiva de cidadãos. (GALLARDO, 2014, p. 184). Competia ainda aos magistrados “[...] garantir que a comunidade política não sofresse, e que dano algum fosse ocasionado a qualquer homem, quer em sua vida, quer em sua propriedade” (LOCKE, 1993, p. 108).

Os direitos naturais do homem e os princípios políticos de participação nas esferas públicas dos Estados acabaram por distinguir outra vez os cidadãos dos não cidadãos de modo dual, relocando sua base ‘universal’ de reconhecimento para um novo modelo de privilégios. (SANTOS, 2007). Em sua essência, a ‘liberdade’ e a ‘igualdade’ configuraram-se como virtuais, remetendo-se apenas às qualidades formais do direito de jurisdição ou às autoridades sobre o *Outro*, isto é, ninguém estaria submetido por natureza à autoridade política de outro. Essa construção ideológica orientou-se apenas contra as autoridades despóticas que reivindicavam a capacidade natural de origem divina para decidir, mas no âmbito da dominação e da subjugação – as relações verticais de poder entre governantes e súditos, entre pais e filhos, maridos e esposas, amos e criados, senhores e escravos –, foram mantidas. Essas desigualdades correspondiam aos perdedores estruturais, os quais não pertenciam e não poderiam pertencer à sociedade civilizada. (GALLARDO, 2014, p. 206).

De acordo com Habat (2015), Locke em seu **Segundo Tratado (V 24-43)** demonstrou insinuações de uma retórica fundamentalmente colonialista, quando inferiorizava o modo de produção dos chamados ‘impiedosos selvagens’. Para ele, “[...] a menor parcela de terra cultivada na Inglaterra supera[ria] o valor a maior área de terra inexplorada na América” (HABAT, 2015, p. 245). As terras indígenas não apenas careciam de condições políticas adequadas – nitidamente passíveis de serem impostas –, como também de direitos legalmente protegidos pelo Estado soberano, que poderiam ser atribuídos aos colonizadores uma vez que as terras estavam sendo veementemente ‘desperdiçadas’ pelos nativos. A construção ‘universalista’ no discurso filosófico europeu forneceu as condições políticas naturais que tornaram permissíveis a exploração de outras formas de vida, concebidas como ‘atrasadas’ ou ‘retrogradadas’.

Os direitos ‘universais’ do homem – pautados na defesa da noção de dignidade humana –, a ‘liberdade’ e a ‘igualdade’ tornaram-se assim reversíveis e substancialmente desiguais. Isso porque as lógicas de sujeição, de acumulação e das discriminações se afirmavam como justificativas naturais e plausíveis para grupos humanos que não eram aspirantes reais à inclusão social. Pois, esses ocupavam as zonas reificantes do reconhecimento negado, com o princípio da diferença sendo usado como um modo de inferiorização quase natural. Na verdade, o estabelecimento de quadros sociais desiguais – tendo como base a prerrogativa insuperável da diferença do *Outro* –, foi uma tentativa conveniente para proteger, dentre outros fatores, a pureza de uma identidade hegemônica. Como afirma Connolly (2002, p. X) por detrás de cada retórica do pensamento universalista do Ocidente, tivemos rituais ocultos de dogmatização com vistas a preservar a integridade dos interesses estritamente particulares e das hierarquias organizadas.

Na prática, o igualitarismo, a liberdade e a atribuição da ‘justiça social’ nada tiveram de aplicações ideais. Esses pressupostos não conseguiram ser universalizados na democracia grega – obviamente devido à exclusão massificante dos escravos, dos soldados, dos estrangeiros e dos ‘bárbaros’ – e, sua versão inicial no Estado moderno (pautada na defesa ética e moral dos direitos do homem) tornou-se tão exclusivista quanto cega para toda subordinação e inferiorização dos povos, tidos como atrasados. Tudo em nome de um progresso duvidosamente imposto e racional. Ao que tudo indica, “[...] a professada confiança em ideais igualitaristas [sempre] se baseou, [desde] sua origem, em lealdades intragrupoais (por exemplo, brancos, sexo masculino e proprietários).” (HABAT, 2015, p. 243).

Outros pensadores também sustentaram as bases jurídico-filosóficas de edificação do sistema de direitos moderno no que tange às construções *jusnaturalistas*. Dentre outros, temos Jean-Jacques Rousseau com a defesa da soberania do povo e Immanuel Kant com a idealização da organização republicana mediante ao estabelecimento de uma Constituição. Em Rousseau, os direitos dos homens se expressavam através da instituição da vontade geral e do exercício pleno da autonomia pública. Já em Kant, foi defendida a associação da liberdade humana (de caráter natural) com a autonomia moral dos indivíduos, ou seja, seu ‘*ser um fim para si mesmo*’⁹¹. (FERREIRA, 2017, p.44).

No entanto, como pondera Lawrence Hatab (2015, p. 243), esses mesmos filósofos do ‘Esclarecimento’ – apesar de sua retórica abstrata de universalidade –, ainda se banharam numa diferença eivada de racismo, especialmente no caso kantiano, ao se reconciliar com os povos não europeus. Logo, são essenciais tanto pelo que ‘disseram’ quanto pelo que ‘silenciaram’. Referiram-se quase sempre ao abandono do *estado de natureza* para a construção da *sociedade civil* – culta e educada –, mas omitiram a criação simultânea de todo um ‘restante do mundo’ condenado a um estado de natureza permanente. Uma vez que não existia a possibilidade dos ‘selvagens’ ingressarem através do contrato social na comunidade política como cidadãos plenos e ativos – portadores de direitos e deveres, e concebidos como seres livres e iguais. (SANTOS, 2007, p. 08).

A modernidade ocidental, em vez de significar o abandono do estado de natureza e a passagem à sociedade civil signific[ou] a coexistência da sociedade civil com o estado de natureza, separados por uma linha abissal com base na qual o olhar hegemônico, localizado na sociedade civil, deix[ou] de ver e declarar efetivamente como não-existente o estado de natureza. Assim, o fato de os princípios legais vigentes na sociedade civil deste lado da linha não

⁹¹ [“*Zweck an sich* – o fim absoluto, incondicional por contraposição aos fins relativos ou de intermediação, os quais são *meios* de um outro fim mais elevado; além disso, o *fim em si* é objetivo e necessário, opondo-se aos *fins subjetivos* e contingentes que uma vontade poderia destinar-se dando-lhes um valor particular (e não universal)” (KANT, 2003, p. 31).].

se aplica[vam] do outro lado da linha, [o que] não compromete[ria] de forma alguma a sua *universalidade*. (SANTOS, 2007, p. 08).

Na reflexão rousseuniana, os direitos do homem são aproximados da perspectiva ética de suas respectivas comunidades políticas, sendo por intermédio da realização da autonomia pública, que advinha a possibilidade da criação de leis justas, gerais e abstratas, nas quais expressavam a vontade de todos os cidadãos por meio de uma legislação democrática. Por democracia, Rousseau entende a transferência da “[...] função do governo a todo o povo ou à maior parte do povo, de modo que haja mais magistrados do que cidadãos simples particulares” (ROUSSEAU, 1993, p. 126). Não existiria, portanto, a atribuição de direitos naturais inalienáveis ao homem, mas sim direitos que decorriam apenas da ‘realização pública’ de suas formas de vida, inseridos ainda numa “comunidade política orientada pela ética e em prol do bem comum” (ALVES; POKER; FERREIRA, 2016, p.28).

Assim, os indivíduos eram livres apenas quando estavam submetidos a uma associação política, na qual eram soberanos e participavam como cidadãos plenos na conformação da vontade geral. A obediência à vontade geral garantia a ‘liberdade’ e a ‘igualdade’ a esses indivíduos, os quais eram portadores de direitos e obrigações cívicas.

O contrato é, portanto, a base de toda sociedade civil, e é a natureza desse ato que cumpre procurar a base da sociedade que ele forma. [...] Cada um de nós põe em comum sua pessoa, sua vida, todo o seu poder, sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos cada membro como parte indivisível do todo. [...] observaremos que em lugar da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação forma um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantas as vozes da assembleia. Esta pessoa pública toma o nome de *corpo político*, o qual é chamado por seus membros *Estado* quando passivo, *soberano* quando ativo, *potência* em se comparando com seus semelhantes. Quanto aos membros, eles próprios, adquirem a denominação de *povo* coletivamente e, em particular, de *cidadãos*, como membros da *cidade* ou participantes da autoridade *soberana* como submetidos à mesma autoridade. [...] quando todo o povo estatui para todo o povo, só atenta para si mesmo [...] Os atos do soberano não podem ser senão atos da vontade geral, leis. (ROUSSEAU, 1993, p.120-122).

Aos olhos da comunidade, só eram obrigatórios os direitos e as leis que decorriam de suas próprias convenções, assumidos assim de forma consciente e racionalmente motivados. Os princípios de autorrealização e de autodeterminação apareciam como elementos diluídos numa sociedade republicana que não reconhecia nada que não advinha de seu projeto coletivo pautado na vontade geral. Como lembra Habermas (1997), Rousseau não conseguiu apresentar a diferenciação existente entre o ‘bem comum’ dos cidadãos e os ‘interesses sociais’ ditados pelas pessoas privadas. Nesse tipo de construção ético-voluntária do conceito de sobera-

nia popular ofuscou-se o próprio sentido universalista do direito moderno que a mesma pretendia edificar. (HABERMAS, 1997, p. 137).

Mas foi em Kant que nasceu a noção moderna de ‘dignidade humana’⁹² enquanto *status* moral, a qual conferia a todos os sujeitos racionais a capacidade de possuir direitos e deveres. Essa prerrogativa foi fundamentada *a priori*⁹³, estando presente até mesmo no estado natural, “[...] isto é, os seres humanos possuem direitos e não podem renunciar a eles mesmo que queiram, [pois] são considerados inalienáveis e anteriores às próprias bases de socialização” (POKER; ALVES; FERREIRA, 2016, p. 27). Essa concepção de dignidade, para Kant, propiciava a salvaguarda da autonomia individual, com a garantia da possibilidade de todos os sujeitos se autodeterminarem, bem como reforçava a ideia de solidariedade como elo constitutivo das interações humanas. (NETO, 2014).

A doutrina da liberdade kantiana tornou-se também a pedra angular na celebração da prerrogativa da liberdade individual moderna. Tratava-se da definição das esferas invioláveis da consciência dos sujeitos e da atribuição de valores universais intrínsecos ao homem enquanto ser racional. O autor complementa que só é livre aquele que obedece às próprias leis, não devendo o homem ser utilizado como ‘meio’, mas sempre como ‘*um fim em si mesmo*’. É através da reafirmação da retórica de autolegislação, que Kant esboça sua noção de justiça universal – proveniente de normas morais que se apresentavam como imperativos categóricos⁹⁴ –, ou seja, como um comando moral pautado no ‘dever ser’ que a razão define objetivamente, sendo sempre idêntica na pluralidade de suas representações universais. (ANDRADE, 1989, p. 49).

A liberdade tem leis; e se essas leis não são externamente impostas, só podem ser auto-impostas. Esse é o conceito *positivo* de liberdade; ele designa a liberdade como *autonomia*, ou a propriedade dos seres racionais de legislar para si próprios. A legislação racional é por sua natureza uma legislação universal. Ora, as leis universais são as leis morais [...] Liberdade e moralidade e – antecipando as projeções dessa vinculação conceitual – a política e universalidade são indissociáveis. (ANDRADE, 1989, p.54).

A convergência da ‘liberdade’ com o princípio da ‘autonomia’ do sujeito realizada em Kant se tornou a chave para compreendermos o processo de individualização arraigado no

⁹² [*Menschenwürde* – princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim (*Zweck*) em si, e jamais meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo.].

⁹³ [*A priori* (o mesmo que puro), diz-se daquilo (particularmente cognições e conceitos) que não só independe da experiência, como lhe é necessariamente *anterior do ponto de vista* lógico.].

⁹⁴ [*kategorisch Imperative* – imperativo no qual o comando é incondicional. Kant assinala a singularidade do Imperativo categórico fundamental na fórmula: “Age sempre em conformidade com uma máxima que desejarias que pudesse ser ao mesmo tempo uma lei universal”.].

sistema de direitos moderno, constituindo-se ainda como uma parte inexorável da própria construção das esferas de eticidade nas sociedades pós-tradicionais e na formação identitária dos indivíduos e coletividades⁹⁵. Apesar de sua notoriedade, para Habermas, “[...] o maior equívoco kantiano se assenta na formulação de uma doutrina que caminha da moral ao direito, sem considerar ou valorizar as formas políticas de edificação normativa” (ALVES; POKER, FERREIRA, 2016, p.27).

Por meio da razão pura⁹⁶, o entendimento kantiano se centrou apenas na subjetividade do ser, isto é, desvinculado de todas e quaisquer experiências. O entendimento, segundo a argumentação de Kant, é resultado de um tipo de intuição sensível, apreendida *a priori* (proposição universal), e que simboliza a consciência dos sujeitos segundo formas puras do ‘tempo’ e do ‘espaço’, ou seja, a apreensão racional advém de um contexto situado ‘fora do mundo’, não estando fundamentada historicamente, nem presente nas determinações sociais. (MORAIS, 2010, p. 115-118). A gênese desses elementos morais puros – acerca da cognição e da sensibilidade humana –, emerge do ser e se propaga universalmente. Concentra-se na razão monológica que não expõe o ‘conhecimento real empírico’, não podendo ser verificável ou falseável, por se pautar apenas no mundo interior do próprio sujeito autocentrado. Para Kant, “a universalidade empírica não passa[ria] de uma extensão arbitrária de valor” (KANT *apud* PASCAL, 2011, p. 38).

Segundo Habermas (1997), o imperativo categórico culminou numa doutrina solipsista incapaz de estabelecer os vínculos reais entre a subjetividade dos indivíduos e a objetividade do mundo concreto. “[...] Afinal, uma razão que se afasta das experiências humanas concretas não corre o risco de se tornar ela mesma cega frente às necessidades diferentes dos seres humanos?” (FORST, 2010, p. 11). Pois, os direitos impuseram-se como ‘algo moralmente dado’ – ancorados num estado natural-fictício –, que não poderiam satisfazer seus imperativos funcionais no escopo da aplicabilidade das sociedades modernas. Existiria assim uma tensão insolúvel entre o *ideal* e o *real* que não conseguiria se solidificar e onde a ‘razão’ se situava apenas no plano da consciência dos sujeitos. (HABERMAS, 1982, p. 350). Para o autor, nesse tipo de cristalização dos princípios de moralidade universais, estabeleceram-se estruturas de aprendizado desprendidas dos processos de socialização e de comunicação das formas particulares de vida, sendo elas cada vez mais distantes de seus conteúdos e reivindicações provenientes do saber cultural. (HABERMAS, 2002b, p.478).

⁹⁵ [Cf. HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.].

⁹⁶ [*reine Vernunft* – a razão enquanto considerada detentora dos princípios capazes de permitir a produção do conhecimento de um objeto de modo exclusivamente *a priori*, ou seja, sem o concurso ou a mediação da experiência.].

Na mesma linha de raciocínio, Hélio Gallardo (2014, p.247) também argumenta que os direitos animados por essa dialética moral universal – a partir da concepção puramente subjetiva –, transformou a conquista da autonomia individual numa obrigação inata e não numa capacidade historicamente atingível. Esses direitos passaram a ser definidos como proclamações universais e *a priori*, mas que em essência não possuíam aplicações efetivas, sendo brutalmente violados em tempos de crise. Foram incapazes de se adaptar aos processos sociais de ‘empoderamento dos indivíduos’ e de ‘redistribuição do poder’, por meio das lutas por reconhecimento de demandas sistematicamente negadas. Emergiram, deste modo, os caminhos paradoxais para a construção de uma cultura sociojurídica inclusiva e supostamente universal, marcada por injustiças estruturais no marco da construção humana.

Logo, apesar de Kant ter fornecido preceitos normativos inovadores para o centro do pensamento jurídico moderno – acerca dos ideais de ‘dignidade humana’, ‘liberdade’ e ‘autonomia’ –, sua contribuição por intermédio de sua antropologia moral à prerrogativa de igualdade humana também foi problemática. Uma vez que suas construções sobre os diversos tipos de ‘raça’ acabaram por justificar – na esfera do conhecimento político-jurídico ocidental –, a demarcação racial e os discursos dos ‘povos europeus civilizados’ em detrimento das nações colonizadas – vistas como ‘irreflexivas’ e ‘preguiçosas’. Nações essas, carentes de uma ‘autonomia completa’. (GONÇALVES, 2015, p. 181).

A inferioridade humana é denominada por Kant como menoridade, e trata-se da “incapacidade de servir-se de seu próprio entendimento sem tutela de outro”. Sendo, “[...] a preguiça e a covardia as causas pelas quais, grande parte dos homens, depois que a natureza há muito os libertou de uma direção confusa, continuarem de bom grado menores durante toda a vida” (KANT, s/d, p.01)⁹⁷. Caberiam, deste modo, aos homens ‘esclarecidos’ tutelarem esses desprovidos de ‘qualidades’, ‘talentos’ e ‘capacidades’, a fim de os fazerem cumprir as leis morais responsáveis pelo desenvolvimento, difusão e fortalecimento dos princípios políticos. Sobre a raça negra, o filósofo ainda afirma em sua obra **Das diferentes raças humanas**:

[...] o calor úmido é favorecedor do forte crescimento dos animais em geral, e breve, surge o Negro, que está bem adaptado ao seu clima, a saber, é forte, corpulento, ágil; Mas, que, ao abrigo do rico suprimento de sua terra natal, [também] é intolerante, mole e desocupado. (KANT, 2010, p.21)⁹⁸.

⁹⁷ [KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: o que é esclarecimento?*, s/d, p. 01-09. Disponível em: < <http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/b47.pdf> >. Acessado em 07 de nov. de 2017.].

⁹⁸ [KANT, Immanuel. *Das diferentes raças humanas*. Trad. Alexandre Hahn. **Kant e-prints**. Campinas, série 2, v.5, n.5, p. 10-26, número especial, jul.-dez., 2010. Disponível em: < https://www.academia.edu/3221053/DAS_DIFERENTES_RA%C3%87AS_HUMANAS_-_IMMANUEL_KANT >. Acessado em: 07 de nov. de 2017.].

Sobre os nativos americanos,

O povo americano não quer ser educado. Eles não possuem motivações porque eles não têm carinho e paixão. Eles não sentem amor e é por isso que eles também não sentem medo. Eles quase não falam, eles não se importam com nada e são preguiçosos [...] Todas as raças serão extintas (os americanos e os negros não podem governar). Portanto, eles apenas servem como escravos, menos a raça branca. (KANT, 1831 *apud* LEPE-CÁRRION, 2014, p. 79).

Em consonância com essas formulações, Kant também menciona em suas notas sobre a **Geografia física**, que encontra maior plenitude (*Volkommenheit*) na raça branca, e que os asiáticos teriam menos ‘talentos’ do que os europeus, e nessa escala, os negros estariam muito abaixo, e mais abaixo ainda estariam os nativos americanos. (KANT *apud* LEPE-CARRIÓN, 2014, p. 75). As qualidades humanas seriam assim atribuídas como ‘inatas’ e ‘hereditárias’, e elas determinariam ou condicionariam as capacidades de cada nova raça envolvida. Em suma, Kant acabou por demarcar as diferenças raciais com uma visão de humanidade que mantinha nos povos europeus ‘civilizados’ o fio condutor da melhoria da espécie – fio esse, concedido e atribuído pela própria natureza. (LEPE-CARRIÓN, 2014, p.69).

Podemos entender que os indivíduos não são iguais como se presumia inicialmente em seus trabalhos sobre o Direito e a ‘autonomia individual’, e que com a utilização do seu tradicional conceito de sociabilidade insociável⁹⁹, as raças seriam assim diferentes devido aos seus dons naturais. E, em meio a uma ‘competição’, determinariam a evolução humana. Nota-se que a ‘justiça’ abarcada por tal competição seria questionável, já que alguns seres humanos teriam sido eleitos pela ‘natureza’ como melhores, isto é, portadores de maiores talentos, virtudes e habilidades inatas.

As suas colocações sobre as diferentes raças são ímpares não apenas porque reforçam a proeminência exclusivista no interior do pensamento racial, mas também porque travestiu a retórica do cosmopolitismo com um propósito ‘civilizatório’. Uma cultura política humana que funcionaria como dispositivo estético e epistêmico para criar uma nova ordem hierarquicamente disposta, legitimando a excepcionalidade do Ocidente – berço fundador dos ‘direitos universais do homem’ – como líder natural na cruzada de um universalismo localizado, pau-

⁹⁹ [Conflitualidade social vista por Kant como inerente para o ingresso e progresso humano mediante ao estabelecimento da sociedade civil. Pode ser compreendida na sua célebre citação: “(...) tal como as árvores num bosque, justamente por cada qual procurar tirar à outra o ar e o sol, se forçam a busca-los por cima de si mesmas e assim conseguem um belo porte, ao passo que as que se encontram em liberdade e entre si isoladas estendem caprichosamente os seus ramos e crescem deformadas, tortas e retorcidas. Toda a cultura e toda a arte, que ornamentam a humanidade, e a mais bela ordem social são frutos da insociabilidade que, por si mesma, é forçada a disciplinar-se e, deste modo, a desenvolver por completo, mediante uma arte forçada, os germes da Natureza” (KANT, 1784, p. 10).].

tado na reafirmação do pensamento colonial e na justificação das desigualdades entre os homens. (LEPE-CARRIÓN, 2014, p.80).

No entanto, é somente a partir de 1814 que essa ideologia racial passa a ser descrita frequentemente em termos de unidade, de origem pura (sem misturas) e de parentesco de sangue no pensamento romântico alemão. Não obstante, não se constituía ainda como o verdadeiro ‘racismo’ – num sentido estrito do termo –, pois mesmo que fizesse uso de terminologias raciais, é somente “[...] no fim do século XIX [que surge] a grotesca imitação de super-homem, com o destino natural de dominar o mundo” (ARENDT, 2011, p. 200).

Apesar disso, foi graças à criação artificialmente forjada das diferentes ‘raças’, que as elites europeias puderam se consolidar com privilégios e “[...] prerrogativas das famílias feudais, e isso apenas pela afirmação de que se sentiam como nobres; e bastava aceitar a ideologia racial para provar o fato de [que eles eram] bem-nascido[s] e t[inham] sangue azul em suas veias: a origem superior recebida pelo nascimento implicava direitos superiores” (ARENDT, 2011, p.203-204). Assim, a origem comum, a hereditariedade e a primazia da ‘raça branca’ se tornaram guias “[...] muito necessário[s] no mundo atual, o[s] único[s] laço[s] digno[s] de confiança num espaço sem limites” (ARENDT, 2011, p. 212).

Visto assim, os discursos de ‘inclusão’ e ‘universalidade’ no bojo da tradição Ocidental utilizou-se em diversos momentos de signos como a ‘liberdade’, a ‘igualdade’ e a ‘justiça’, para reivindicar garantias socioculturais opressoras. Isto é, tipos especiais de atribuições unilaterais de dominação entre seres humanos e não regras verdadeiramente gerais e democráticas de convivência e solidariedade cívica. As leis ‘justas’ e ‘naturais’ foram interpretadas apenas pelos cultos, educados e pelos sábios, que não objetivavam, em sua grande maioria, trabalhar em prol da proteção humana emancipadora, mas sim “[...] fazer guerra contra os bárbaros, aliená-los de seus bens e utilizá-los como escravos como um aporte ou benefício à sociedade natural, ou seja, para a Europa paternal” (GALLARDO, 2014, p. 156-157).

O *direito natural clássico* e o *jusnaturalismo moderno* mostraram-se, portanto, insuficientes para combater as realidades sócio-históricas infladas de discriminações e assimetrias de poder entre os grupos dominantes e subalternos. Por isso, qualquer reconstrução mostrará sem grande dificuldade que as principais teorias contratualistas se estruturaram a partir de discursos ideológicos abstraídos de seus cenários sociais de aplicação ou coexistiram, simultaneamente, com um passado e um presente de hierarquias, exclusões, inferiorizações e indivíduos despersonalizados. Não sendo suficientes para oferecer ao quadro normativo de edificação do sistema de direitos contemporâneo um equacionamento adequado dos quesitos abordados nessa sessão, nem viabilizar a realização universal autônoma de todos e de cada um que se feriu,

bem como a construção de uma solidariedade humana mais inclusiva e abrangente. (FERREIRA, 2017, p. 46).

Por fim, essa genealogia explicita ainda a extensão quase virtual atribuída aos conceitos de ‘liberdade’, ‘igualdade’ e ‘justiça’, que se imbuíram os ‘direitos humanos universais’, sinalizando seus limites internos, contradições e dissidências históricas. Não se trata de buscar justificativas anacrônicas para as suas omissões ou relativizar sua essencialidade social, mas simplesmente ressaltar a maneira privilegiada de acesso que se produziu e se construiu o núcleo normativo do pensamento político-jurídico do Ocidente, suas permanências eurocêntricas e fundamentalmente hegemônicas. (BALIBAR, 2016).

Distante das formulações kantianas de sujeitos morais autocentrados e excluídos do agir ético, temos ainda a **Filosofia do direito** de Hegel. Grande pensador da escola clássica alemã e o mais notável representante do método dialético¹⁰⁰. O jovem Hegel foi o responsável por elaborar o projeto da filosofia política que viria a vincular a ‘vida ética’ dos indivíduos a um arranjo de regras e práticas sócio-institucionais, que se fundamentavam pela busca incessante e conflitiva da prometida e irrealizável liberdade social. (HONNETH, 2015, p. 10-25). Nos seus estudos em Jena, a tipificação dessa ‘liberdade’ passou a englobar o desenvolvimento das esferas de formação identitária dos sujeitos inseridos em seus contextos de vida – através da conquista da ‘autonomia individual’ –, mediadas pelas relações intersubjetivas de reconhecimento recíproco.

Assim, o ‘justo’ para Hegel era considerado como um tratamento comunitário abrangente no sentido do papel que lhe era efetivamente destinado na divisão ética das tarefas sociais, esboçando ainda congruência histórica e, acima de tudo, a reconstrução do significado total dos valores e costumes socialmente legitimados. Tratava-se, pois, de um conjunto de instituições que eram consideradas indispensáveis para a reprodução social, para a formação identitária dos sujeitos, e finalmente, para a preservação das prerrogativas particulares e universais de vida, que viabilizam a produção da estima social e da solidariedade (como elementos constitutivos da própria dignidade do ser). (HONNETH, 2015, p. 10-25).

Segundo Honneth (2009) – no ensaio de Hegel sobre o direito natural – encontramos ainda o fato que ele admirava as relações sociais existentes nas antigas cidades Estados. Pois, nelas poderíamos encontrar “[...] o fato romanticamente glorificado, de os membros da comu-

¹⁰⁰ [Conceito que traz a síntese dos opostos por meio da determinação recíproca. É a própria natureza do pensamento, visto como a resolução das contradições em que se enreda a realidade finita, que como tal é objeto do intelecto. Para Hegel toda a realidade move-se dialeticamente e, portanto, vindo a tríade da ‘tese’, da ‘antítese’ e da ‘síntese’ representada na ‘negação’, no ‘oposto’, no ‘outro’ da tese. A síntese representa a unidade final das coisas, o Absoluto como ‘unidade dos opostos’. (ABBAGNANO, 2015, p. 318).].

nidade poderem reconhecer nos costumes praticados em público uma expressão intersubjetiva de suas respectivas particularidades” (HONNETH, 2009, p. 40). Nesse momento, Hegel acreditava ter encontrado o horizonte mais fundamental de uma coletividade do tipo ‘ideal’, *i.e.*, onde a ‘liberdade individual’ e a ‘liberdade universal’ não poderiam advir da restrição recíproca dos seus espaços privados, mas ao contrário disso, da possibilidade de realização ética da liberdade de todos através dos potenciais conflitos morais. Caberiam assim, ao Direito e ao Estado prescreverem as concepções provenientes dos comportamentos praticados intersubjetiva e efetivamente pelos sujeitos, sendo somente a partir disso, que poderíamos vislumbrar uma base normativa sólida para o exercício pleno da liberdade social ampliada. (HONNETH, 2009, p. 41).

O contexto da justiça deveria assim ser entendido como um complexo conglomerado de valores, práticas e instituições amadurecidos historicamente, nos quais as identidades particulares dos sujeitos seriam formadas tendo como pano de fundo suas interações intersubjetivas de consciência, bem como poderiam conquistar graus mais elevados de satisfação mediante ao reconhecimento de suas demandas pelos demais membros da coletividade. (FORST, 2010, p. 11). Nesse tipo de construção filosófica que entrelaça a ‘socialização’ e a ‘individualização’, admite-se ainda que os potenciais éticos possam se desenvolver de modo contínuo até alcançar a sua validade universal. E, a ‘existência das diferenças’, permitiria ainda que essa eticidade natural passasse a “[...] uma série de reintegrações de um equilíbrio destruído, [levando] finalmente a uma unidade do universal e do particular” (HONNETH, 2009, p. 44). Em sentido positivo, para Hegel, isso significava que a “[...] história do espírito humano era concebida como um processo de universalização conflituosa dos potenciais morais, já inscritos na eticidade na qualidade de algo envolto e não desdobrado” (HONNETH, 2009, p.44).

Por isso, sua filosofia apresentará o *medium* social da ‘luta’ como uma tensão iminentemente moral entre sujeitos pelo reconhecimento recíproco de suas pretensões e especificidades, sendo essa relação subjacente à esfera jurídica e estatal. Hegel projeta nesse caminho de ‘negação’, ‘contradição’ e ‘conflito’ – inerentes à vida em sociedade –, as formas comunicativas de vida e como tudo isso poderia transformar a própria realidade social (aparentemente vista como ‘limítrofe’). Em suma, o autor considera que o real se modifica, flui, existindo assim um movimento dialético até a conquista do *Absoluto* – ou melhor, da realidade total do universo. Altera-se o foco da *ação*, que agora não se apoia mais nas tendências clássicas de imposição do poder e das ações racionais simplesmente motivadas com respeito aos fins. E, rompem-se os equívocos atomísticos da doutrina kantiana, por apresentar uma corrente teórica regida pelas interações morais intersubjetivas. (HONNETH, 2009, p. 37-38).

Nesse sentido, o desenvolvimento hegeliano (que será reatualizado por Charles Taylor e Axel Honneth) não buscava apenas expor a dinâmica de formação das sociedades modernas e suas concepções particulares de vida, mas ampliar sua compreensão normativa por meio de mecanismos de relacionamentos mais abrangentes e fundamentalmente ‘conflitivos’. Em cada ‘particular’, Hegel buscava seu ‘universal’, e o ponto culminante dessa contradição admitia a ideia de transformação, de mudança, de que nada era imutável ou permanente. Tratava-se de uma alteração significativa no bojo da filosofia política moderna, uma vez que introduziu os conceitos de tese, antítese e síntese¹⁰¹. Ora as realidades novas se explicitavam, se deduziam, graças às oposições existentes na realidade anterior. Esse pensamento carregava em si a insurgência da ‘luta dos opostos’, que Marx viria a utilizar posteriormente nos seus estudos – agregando ainda o uso da História para o entendimento das limitações sociais concretas.

Portanto, a filosofia hegeliana se assentou não apenas na superação dos pressupostos solipsistas kantiano ou na concepção da ‘luta social’ como elemento transformador, mas também na ideia subjacente que o contrato social entre os homens não encerraria as reivindicações por reconhecimento tendo como *medium* a moral. São justamente essas relações sociais antagônicas que propiciarão uma relação identitária mais madura e duradoura, em direção à pretendida ‘liberdade social’, a qual seria capaz de conciliar as particularidades e as diferenças num sistema que não desconsideraria as dimensões da individualidade e universalidade humanas. O ‘universal’ não sacrificaria, deste modo, o ‘particular’. Ao contrário, ele seria uma expressão direta de seu aprimoramento e satisfação. Trata-se da expressão mais bem-acabada do ‘*ser-consigo-mesmo-no-outro*’. Algo realmente promissor para o aperfeiçoamento das relações sociojurídicas e estatais hodiernas.

No entanto, após Jena, Hegel irá conceber esses fenômenos da consciência como produtos de um *Absoluto*, de um espírito objetivo, de uma vontade universal, de um ente superior que existe fora do mundo inteligível, e que após a sua universalização retornaria na forma de ‘Estado’ – detentor da ‘vontade absoluta’ e da obediência social. O filósofo acaba por retornar novamente ao papel típico da filosofia da consciência, da qual pretendia superar. Segundo Axel Honneth,

Primeiramente, a fundação do Estado já não é mais atribuída a um processo de conflito intersubjetivo [...] mas explicada através do poder tirânico de personalidades dirigentes e carismáticas; visto que a “vontade absoluta” do espírito se presente apenas em sua energia singular de agir, somente elas estão em condição de forçar a disposição social para a obediência, a qual deve preceder o desdobramento do poder político. A subjetividade do espírito se espelha somente na singularidade de um herói único, que por sua vez oferece

¹⁰¹ [Ou ainda, afirmação, negação e negação da negação.]

uma prefiguração da autoridade monolítica do Estado: “Desse modo, todos os Estados foram fundados pelo poder sublime de grandes homens, não pela força física, pois muitos são fisicamente mais fortes do que um. [...] Eis a superioridade do grande homem: saber, expressar a vontade absoluta. Todos se reúnem em torno de sua bandeira, ele é seu *Deus*. (HEGEL 1969 apud HONNETH, 2009, p. 110).

Nesses termos, na fase do Estado, a vontade geral acabaria se contraindo em apenas *Um*, responsável tanto pelos indivíduos e suas particularidades quanto pelas suas formas específicas de produção espiritual. O Estado hegeliano corporificaria o ‘espírito absoluto’ de seus membros num conceito de eticidade final característico de sua teoria, com formas extremamente exigentes de reconhecimento das particularidades individuais até a conquista da universalização coletiva. (HONNETH, 2009, p. 109).

Apesar disso, a esfera do Estado poderia ter se transformado, segundo Axel Honneth (2009, p. 109-112), num lugar de concretização das relações de reconhecimento intersubjetivo, que concederia respeito a todos os indivíduos como uma unicidade totalizante e não como um espaço monologicamente instituído e guiado pela aceitação geral e pela submissão. Por esse motivo, Hegel acabou por se distanciar da dimensão material das sociedades, definindo sua teoria de modo ‘metafísico’ e ainda fundamentada em pensamentos abstratos [*kontextvergessen*]. No entanto, como lembra Marx em *O Capital* (2017a, p. 129), “[...] a mistificação que a dialética sofre nas mãos de Hegel não impede em absoluto que ele tenha sido o primeiro a expor, de modo amplo e consciente, suas formas gerais de movimento”¹⁰².

Por esse motivo, Marx irá propor que o movimento dialético hegeliano vire de ‘cabeça para baixo’, com o objetivo de “[...] descobrir o cerne racional dentro do invólucro místico” (2017a, p. 129). Segundo ele, é essencial fazer com que a dialética passe de sua ‘abstração’ pautada em ‘verdades supremas’ e na exaltação da figura do ‘Estado’ – condensadas no ideal do ‘Espírito Absoluto’ –, para um espaço aberto à natureza e à história, tornando-se assim capaz de descrever as realidades finais das coisas. No sentido mais historicista, Marx propõe o uso da teoria da intersubjetividade e o seu conceito de ‘luta’ como motor da evolução, da resistência e da insurreição humana, o que viria a resultar na concepção do materialismo histórico como *filosofia da prática*.

O fato é que o progresso técnico e científico gerou profundas transformações em toda Europa do século XVIII e XIX, com o surgimento de grandes indústrias; a concentração acentuada das riquezas e do poder; e, a expulsão massiva dos camponeses das áreas rurais (desti-

¹⁰² [Cf. MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I. Tradução Rubens Enderle. Editorial Boitempo, 2017a.

Disponível em: < <https://coletivocontracorrente.files.wordpress.com/2013/10/tmqsq7jbv.pdf> >. Acessado em 07 de nov. de 2017.].

nados agora aos grandes centros humanos). Nesse cenário de aumento das incertezas, houve também o acirramento da miséria social, da exploração humana em todas as suas formas e da subjugação do ‘*Outro*’, fazendo com que se tornasse cada vez mais difícil para a filosofia política manter-se distante dos estudos sobre a dominação e a violência. (CAMPOS, 1988, p. 40-41).

As sociedades altamente estratificadas, segundo Marx e Engels, irão reforçar a forma mais primária das desigualdades entre os homens – já apresentada anteriormente por Rousseau – isto é, a expansão exclusiva da propriedade privada com um adendo do incremento dos meios de produção capitalistas. (LEMOINE, 2014). Relegou-se também ao papel do ‘Estado’ e ao sistema de direitos modernos – concebidos como produtos de uma referida classe dominante – a tarefa de perpetuarem as amarras invisíveis de um tipo de servidão social do tipo voluntária e alienante. Ou seja, da ficção legal de um ‘contrato social’ e de uma força de trabalho que seriam vistos apenas como elos de uma ordem econômica burguesa que postergaria a ‘emancipação’ em favor de dualismos, divisões e explorações sociais cada vez mais profundas. A reconfiguração operada por Marx e Engels vai ao encontro das instâncias de vida que priorizavam a ontologia da esfera da reprodução material de vida, implicando em relações de decifração do modo mercantil e na formação da individualidade egoísta.

O Estado [político] elimina, à sua maneira, as distinções estabelecidas por nascimento, posição social, educação e profissão, ao decretar que o nascimento, a posição social, a educação e a profissão são distinções *não políticas*; ao proclamar, sem olhar a tais distinções, que todo membro do povo é *igual* parceiro na soberania popular e ao tratar do ponto de vista do Estado todos os elementos que compõem a vida real da nação. No entanto, o Estado permite que a propriedade privada, a educação e a profissão *actuem à sua maneira*, isto é, como propriedade privada, como educação e profissão, e manifestem a sua natureza particular. Longe de abolir estas diferenças efetivas, ele só existe na medida em que as pressupõe; apreende-se como Estado político e revela a sua universalidade apenas em oposição a tais elementos. (MARX, 2017b, p. 12)¹⁰³.

Assim, para Marx, todos os pressupostos exclusivistas de uma vida ávida continuaram a existir no bojo das sociedades civis modernas como formas de ‘propriedade da sociedade civil’, que tratava todos os demais homens apenas como ‘meios’. Segundo ele, “[...] o homem é o membro imaginário de uma soberania imaginária, despojado da sua vida real individual, dotado de universalidade irreal” (MARX, 2017b, p.13). Uma vez que, a vida no interior do Estado econômico burguês era apenas uma ‘aparência’, uma essência de comunidade em pro-

¹⁰³ [Cf. MARX, Karl. *A questão judaica*. Trad. Artur Morão. LusoSofia press, 2017b. Disponível em: < http://www.lusosofia.net/textos/marx_questao_judaica.pdf >. Acessado em: 07 de nov. de 2017.].

cesso contínuo de fragmentação e decomposição. A ideia central é que a sociedade política ou a ‘comunidade de cidadãos’ instituídas pelas revoluções anti-monárquicas – sob a forma de um Estado político, no qual os indivíduos não são mais considerados apenas sujeitos, mas também cidadãos –, é uma associação ilusória, que mascara a existência de divisões de *status*, de interesses e de condições materiais que apenas servem para conservar a dominação e satisfazer suas necessidades egoisticamente materiais.

Em **A Questão Judaica**, Marx (2017b) procura defender que uma comunidade política burguesa, fundamentalmente secularizada, ocupa o mesmo lugar e cumpre a mesma função que uma ‘comunidade de fiéis’, com a mesma projeção de uma ‘união imaginária’. Logo, as declarações dos direitos referentes aos âmbitos civis e políticos são reveladores, na medida em que se constituem como mecanismos criados pelas classes dominantes para ludibriar e incorporar a expressão direta de eficácia normativa às suas formas políticas interesseiras. Apresentar a ‘propriedade’ como um ‘direito humano fundamental’, distinguindo e opondo indivíduos, e atribuir a todas essas divisões e classificações como quesitos ‘invioláveis, naturais e sagrados’ – definidos de modo ‘quase transcendental’ –, acabou por recodificar a pretensão dos ‘direitos universais’ como uma qualidade ‘moral’ fragmentadora, que visa somente a competição generalizada entre os proprietários e os não-proprietários da sociedade burguesa. No final do capítulo IV de **O Capital**, podemos ler a seguinte sátira:

A esfera da circulação ou da troca de mercadorias, em cujos limites se move a compra e a venda da força de trabalho, é, de fato, um verdadeiro Éden dos direitos inatos do homem. Ela é o reino exclusivo da liberdade, da igualdade, da propriedade e de Bentham. Liberdade, pois os compradores e vendedores de uma mercadoria, por exemplo, da força de trabalho, são movidos apenas por seu livre-arbítrio. Eles contratam como pessoas livres, dotadas dos mesmos direitos. O contrato é o resultado, em que suas vontades recebem uma expressão legal comum a ambas as partes. Igualdade, pois eles se relacionam um com o outro apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente. Bentham, pois cada um olha somente para si mesmo. A única força que os une e os põe em relação mútua é a de sua utilidade própria, de sua vantagem pessoal, de seus interesses privados. E é justamente porque cada um se preocupa apenas consigo mesmo e nenhum se preocupa com o outro que todos, em consequência de uma harmonia preestabelecida das coisas ou sob os auspícios de uma providência toda-astuciosa, realizam em conjunto a obra de uma vantagem mútua, da utilidade comum, do interesse geral. (MARX, 2017a, p. 322-323).

Nesse sentido, a proclamação ‘universal’ dos direitos humanos que acompanhou a transição da propriedade feudal para a propriedade burguesa, longe de expressar um sentido revolucionário e em prol da ‘libertação’, determinou a posição e a função social dos proprietários detentores dos meios e instrumentos de produção. O direito como ‘privilégio’ garantiu a

posse e a posse por sua vez conferiu ao direito um uso exclusivo. Legitimou o injusto, não sendo mais a dominação apresentada apenas como uma justificativa do divino, do nascimento ou da raça, mas como ‘propriedade privada’. Qualquer homem poderia a possuir, mas depois de consolidada e demarcada desencadearia a proletarização das relações sociais com a concentração acentuada do capital nas mãos de uma restrita minoria. (LEMOINE, 2014).

Para Marx em sentido duplo, embora os direitos tenham surgido nesse contexto de ‘justiça’ proclamado pelo exclusivismo da universalidade cívico-burguesa na forma de direitos cidadãos naturalmente ‘desiguais’, e tenham se transformado numa ‘máscara do particular’, eles também trouxeram consigo referências normativas potencialmente perigosas, isto é, que iam além da própria ideia de ‘cidadania’. Pois, possuíam uma radicalidade implícita, um suplemento de ‘universalidade’ que ia além dos objetivos da própria sociedade burguesa e trazia de volta as suas origens os ideais insurrecionais, os quais eram capazes de radicalizar a revolução do proletariado. Num sentido esquemático, a ‘negação da negação’ acabaria levando a ‘contradição’ para a realidade social e suas formas políticas e econômicas organizacionais, com um germe de ‘solidariedade’ em sua base. Logo, a difusão dos ‘direitos sociais’ poderia culminar – de um ponto de vista universal –, na eclosão dos quadros fixos de propriedade privada. (LEFORT, 1981).

No entanto, para Claude Lefort (1981) esse ponto de vista acabou por se tornar um ponto cego na teoria do direito marxista, já que Marx identificava nos direitos sociais um caráter preponderante em detrimento dos direitos civis e políticos. Para o autor, Marx (2017b) não somente desconsiderou esses direitos – vistos como exclusivos dos ‘cidadãos burgueses’ –, como também não os enxergou como conquistas codificadas e liberdades verdadeiramente coletivas, isto é, como manifestações da pluralidade humana. Essa exclusão proposital de sua teoria poderia desencadear um padrão teórico para o surgimento de um modelo social totalitário.

Em **O Estado e a Revolução** de Lenin (2017)¹⁰⁴, também podemos notar o propósito da ‘justiça’ em Marx, que na primeira fase do comunismo não pressupunha realizar, de fato, o pretendido ‘igualitarismo’, pois “[...] hão de subsistir diferenças de riqueza e diferenças injustas; mas, o que não pode subsistir é a exploração do homem pelo homem, pois que ninguém poderá mais dispor, à título de propriedade privada, dos meios de produção”. Portanto, na sociedade comunista inicial deveria haver apenas a abolição da propriedade privada e a detenção dos meios e instrumentos de produção pelo Estado, que não seria capaz de eliminar, “ao mesmo tempo, a injusta repartição dos objetos de consumo, conforme o trabalho e não con-

¹⁰⁴ [Cf. LENIN, Vladimir Ilirch. *O Estado e a Revolução*. Trad. J. Ferreira. 2017. Disponível em: <<https://pcb.org.br/porta1/docs/oestadoearevolucao.pdf>>. Acessado em 07 de nov. de 2017.].

forme as necessidades” (LENIN, 2017, p. 54). A socialização dos meios de produção, não compensaria por si só, “[...] os vícios de repartição e de desigualdades do direito burguês, que continuaria a predominar enquanto os produtores fossem repartidos conforme o trabalho” (LENIN, 2017, p.54).

Assim, embora o tempo de trabalho passasse a ser pago integralmente, com as eliminações da mais-valia capitalista e das injustas demarcações da propriedade privada, a ‘justiça distributiva’ nessa fase do socialismo não modificaria o critério anteriormente estabelecido pela sociedade burguesa, na qual a métrica da atribuição da justiça e do direito continuaria sendo o próprio tempo de trabalho. Ou seja, “[...] o direito dos produtores é proporcional ao trabalho que prestou; a igualdade aqui consiste na utilização do trabalho como unidade de medida comum” (MARX, 1961, p. 216)¹⁰⁵. Continuaria assim a valer o próprio princípio abstrato do mérito, embora instituído em outros moldes, o direito burguês distribuído de modo ‘desigual’ continuaria cumprindo sua função de atribuição estreita. (ALBINATI, 2015).

Já na fase superior da sociedade comunista, o direito apareceria adequado às normas que propiciassem a distribuição das garantias conforme um princípio de igualdade ‘subjetivo’ e ‘abstrato’, distinto do empregado na meritocracia burguesa, mas que ainda usaria a ‘capacidade’ e a ‘necessidade’ como unidades de medida, já que atuaria conforme a máxima: “[...] de cada um conforme a sua capacidade, a cada um segundo as suas necessidades”. Como podemos notar no trecho integralmente exposto a seguir:

Numa fase superior da sociedade comunista, quando houver desaparecido a escravizante subordinação dos indivíduos à divisão do trabalho e, com ela, os antagonismos entre o trabalho manual e o trabalho intelectual; quando o trabalho tiver se tornado não só um meio de vida, mas também a primeira necessidade da existência; quando, com o desenvolvimento dos indivíduos, em todos os sentidos, as forças produtoras forem crescendo, e todas as fontes da riqueza pública jorrarem abundantemente, só então, o estreito horizonte do direito burguês será completamente ultrapassado e a sociedade poderá inscrever na sua bandeira: "De cada um conforme a sua capacidade, a cada um segundo as suas necessidades". (LENIN, 2017, p. 55).

De acordo com Ana Albinati (2015)¹⁰⁶, essa forma de ‘justiça’ em Marx continuaria a considerar as diferenças nas capacidades individuais – sejam elas de origem natural ou social – como desigualdades estruturais que justificariam uma contribuição produtiva maior ou me-

¹⁰⁵ [Cf. MARX, Karl. Crítica do Programa de Gotha. In: *Marx/Engels. Obras escolhidas*, v.2. Rio de Janeiro: Editorial Vitória, 1961.].

¹⁰⁶ [ALBINATI, Ana Selva Castelo Branco. *A ideia da justiça em Marx*. VIII Colóquio Internacional Marx Engels. Centro de Estudos Marxistas (CEMARX/ Unicamp), 2015. Disponível em: < https://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2009/trabalhos/a-ideia-de-justica-em-marx.pdf >. Acessado em 07 de nov. de 2017.].

nor e um uso maior ou menor das riquezas sociais alcançadas e usufruídas. Os indivíduos continuariam sendo os protagonistas e os ‘átomos’ sociais que o filósofo contestou em tantas passagens de suas obras anteriores e não indivíduos sociais verdadeiramente comunitários.

A autora, considerando o trabalho de Nietzsche (2005) em **Humano demasiadamente humano**, acredita que a ‘justiça’ em maior ou menor grau está ligada ao intercâmbio e à redistribuição das ‘formas de poder’. Portanto, numa situação social de maior ‘igualdade’ e de produção de uma nova forma de sociabilidade, deveria haver a superação ‘atomística’ dos indivíduos e dos ‘privilégios’ naturais e sociais, substituindo-os por uma relação comunitária mais madura: a *philia* aristotélica. Isto é, uma forma de relacionamento distanciada dos interesses humanos egoístas que conduziria a novas fronteiras de interação solidária. Uma vez que, a abstração marxista também poderia conduzir à emergência de uma nova potência de caráter hierárquico, caso não lançasse ao ‘ar’ as noções jurídicas que edificaram o próprio critério meritório da ‘justiça distributiva’ moderna. A autora também questiona: “[...] em sua universalidade, a formulação marxista se sustenta como expressão genérica de uma nova possibilidade social [...] Mas o que são as capacidades de cada um, como medi-las? O que são as necessidades de cada um?” (ALBINATI, 2015, p. 09).

Em síntese, suas tentativas de fundamentação deontológicas de normas constituídas tendo como base os direitos dos indivíduos e os procedimentos formais de análise – estranhos a um cenário social específico – poderiam transformar sua teoria do direito numa forma de justiça ‘descontextualizada’. Reivindicam-se assim, no bojo das formulações da filosofia política contemporânea, ‘novos parâmetros’ sociais, ‘novas unidades de medida’ que coloquem ‘novas condições’ fundamentalmente mais democráticas e abrangentes, que criem ‘novas formas de individualidade’ mais solidárias, com ‘novas necessidades’ sociais e ‘novas capacidades’ de distribuição e redistribuição. Albinati (2015) recorda que possivelmente, uma ‘nova concepção de justiça’ deveria envolver o desenvolvimento de uma sociabilidade que nos aproximasse, acima de tudo, do ‘Outro’ – em todas as suas especificidades –, e que não fosse estranha ao contexto social ou se pautasse numa utopia, sendo, portanto, sensível aos ideais de maior ‘equidade’ e ‘liberdade’ socialmente vigentes.

Em suma, foram nessas disputas antinômicas e nesses índices normativos de valores contraditórios, que o sistema de direitos moderno inicialmente se fundamentou e evoluiu tendo como base a retórica da ‘universalidade’ e da ‘inclusão’, apresentando, segundo Axel Honneth (2015, p. 587) “[...] um contínuo processo de crescimento de um poder fragilmente legitimado”, do ponto de vista democrático-social. A generalidade de suas abstrações e a ausência nítida de referências históricas conduziram suas vertentes polissêmicas – acerca da ‘liberdade’, da ‘igualdade’ e da ‘justiça’ –, a assumirem diferentes significados no interior das

sociedades modernas, sendo elas adaptadas conforme os diversos interesses e necessidades das pessoas que as usavam (KRISCHKE, 1993, p. 14). Os fios retóricos da ‘universalidade’ e da ‘inclusão’ – quando acometidos pelos valores ideológicos –, serviram para consolidar, por vezes, tramas de dominação e de domínio, com a emergência de contextos sociais esvaziados de seus argumentos público-democráticos, nos quais se entrecruzavam múltiplas orientações de poderes contraditórios e se autorizavam modos diversificados de violência estrutural contra os excluídos, isto é, atentados contra uma humanidade insacrificial. (GALLARDO, 2014, p.52) (AGAMBEN, 2004, p.13).

Utilizando-se do argumento de Hannah Arendt (2011) quando aborda o tema a partir da perspectiva do pensamento racial, podemos concluir que a base civilizacional do Ocidente apresentou no interior de seus posicionamentos político-jurídicos – provenientes, em sua maioria, dos ideais alegóricos da Revolução Francesa e dos ‘direitos universais do homem’ –, uma posição que jamais cogitou verdadeiramente garantir a *Liberté, Egalité, Fraternité* a todos, vendo nessas prerrogativas consequências nefastas. A honraria caberia somente a algumas das nações mais ‘refinadas’ e ‘civilizadas’ da Europa, e as suas ‘desigualdades estruturais’ e ‘exclusivismos’ foram as verdadeiras bases de fundamentação filosófica. (ARENDRT, 2011, p. 205-207).

Assim, os direitos do homem tornaram-se simultaneamente fruto de uma retórica de ‘herança inalienável’ e estritamente ‘específica’. O resultado prático dessas atribuições, a partir daí, viabilizou que esses direitos passassem a ser protegidos ou aplicados instrumentalmente somente a alguns grupos humanos. Sua aparência legal e racional poderia ser interpretada ora como uma nebulosa representação romântica de uma ‘alma nacional’, ora como uma forma de ‘superioridade’ entre as raças, ora como ‘privilégios’ de dominação de um grupo econômico particular. (ARENDRT, 2011, p. 262). Coexistindo, sem grandes fricções, com as mais ‘nobres tradições do Ocidente’, isto é, o estoicismo, o cristianismo, o iluminismo, dentre outros. (ROCHA-CUNHA, 2015).

Entretanto, o aumento das crises sociais associadas às reivindicações pela extensão das liberdades individuais e coletivas e pela superação dessas assimetrias radicais instituídas e aprofundadas pela corroboração das omissões jurídico-sociais – principalmente, após as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários do século XX na Europa –, levaram ao ressurgimento de movimentos que passaram a pleitear o reconhecimento mais equitativo de suas capacidades e habilidades, bem como a ampliação de seus direitos enquanto grupos étnicos, culturais, sexuais e religiosos minoritários. Em conformidade com esse cenário de busca por uma reatualização do ‘contrato social’ e do valor irrevogável da ‘dignidade humana’ – como central na vida ética dessa nova ordem –, observou-se também a eclosão paralela de movimentos

separatistas, regionalistas, sectários, fundamentalistas e racistas, os quais ameaçavam e colocavam em risco, mais uma vez, a própria convivência ‘democrática’.

Os dualismos que apresentavam o *Outro* culturalmente diferente como uma ‘excrecência que urgia eliminar’, camuflado por discursos de coesão e purificação identitária, ainda se mostravam incapazes de produzir ‘novos universais’ no âmbito do sistema de direitos moderno. Irradiavam-se modelos institucionais que deixavam para trás as “[...] imensas variáveis histórico-culturais dos povos [...] ante a própria subjetividade, ante a comunidade, e como síntese [da] nova atitude econômica”, e que permitiam a ascensão de um arquétipo jurídico diluído em naturalizações binárias e engessado por formas institucionais desprendidas das exigências verdadeiramente democráticas. Sociedades essas, que ainda se espelhavam num mesmo tipo de ‘ganância colonial’, fazendo tudo “[...] em nome de uma racionalização que veio a tornar-se uma espécie de emblema de um novo paradigma de domínio, numa avassaladora e durável supressão simplificadora da complexidade orgânica da vida” (ROCHA-CUNHA, 2015, p. 21).

Nesse ponto de crescente tensão entre as reivindicações por maiores formas de reconhecimento das especificidades humanas inclusivas e do recrudescimento das tendências discriminatórias e raciais, ressurgiram no centro das aporias do pensamento político-jurídico – presentes desde a **República** de Platão –, ideais de ‘equidade’ e ‘liberdade’ que reivindicavam acesso para além do atomismo e monismo sociais, e que agora se voltavam novamente para modelos de justiça esvaecidos (em alguns casos) do individualismo metodológico (FORST, 2010, p.09). Esse problema robusto retornou ao âmbito das discussões modernas, como forma de superar as terríveis lacunas existentes entre a Filosofia do direito e a *práxis* político-social, podendo ser observado nas batalhas típicas da ‘moral’ e da ‘ética’, da ‘liberdade’ e da ‘igualdade’, dos ‘liberais’ e dos ‘comunitaristas’, dentre outros. E, o breve esquadrinhamento dessas tendências hodiernas coloca-se como imperioso, uma vez que elas ainda repercutem na conformação das instituições sócio-políticas de proteção do nosso tempo, e requerem um espelhamento crítico-reflexivo constante para a ascensão de uma nova concepção de ‘justiça’. Justiça essa, que se mostre finalmente capaz de nutrir a esperança de um vocábulo ético-moral mais adequado, “[...] que proceda reconstrutivamente e [seja] construído de forma pluralista. [...] [diminuindo] a distância para com a *práxis* política” (HONNETH, 2009, p. 366). Visa-se, portanto, o vislumbre de um sistema de direitos hábil em produzir conhecimento normativo com o objetivo esquemático de se inserir num debate de ambição verdadeiramente ‘universal e inclusivo’, sensível aos contrastes intrínsecos existentes nos contextos sociais de vida e de reprodução sócio-cultural.

Afinal, como poderiam os direitos humanos oferecer uma linguagem normativa fundamental para o desenvolvimento pleno das sociedades contemporâneas sem, contudo, se tornarem relativistas? Como poderia a *máxima* da ‘justiça’ se converter numa lei universal, sem cair no ‘abismo’ do espectro procedimental que se fundamenta apenas hipoteticamente? Seria a ‘igualdade’ e a ‘liberdade’ possíveis sem que houvesse a justa repartição concernente ao bem-estar social e econômico? Como os indivíduos historicamente inferiorizados e não reconhecidos poderiam ter seus direitos protegidos em face das constantes violações por parte dos Estados e da atuação de grupos sociais hegemônicos?

A partir de tais questionamentos, permitiremos invocar as especificidades que ainda escapam ao processo de construção europeia do sistema de direitos contemporâneo, bem como recorrer a alguns estudos comparativos da *Teoria da Justiça* para identificarmos acertadamente não apenas os seus modos de fundamentação e justificação no âmbito dos Direitos Humanos – tornando-os mais pertinentes e adequados à nova realidade plural –, como também vislumbrarmos seus limites e possibilidades ‘pós-nacionais’ de legitimação social. Resaltaremos a essencialidade da celebração dos diálogos interculturais como mecanismos basilares para a ampliação das atuais concepções de ‘justiça’, ‘igualdade’ e ‘liberdade’ no âmbito da proteção humana inclusiva, a fim de desvelar os princípios universalistas de reconhecimento das relações sócio-jurídicas já estabelecidas e não realizadas, experimentando factualmente que seus déficits – acerca da valorização de identidades alternativas e minoritárias –, comprometem, do ponto de vista substantivo, os próprios quesitos básicos de instituição da autonomia, base de edificação filosófica do modelo do Estado Democrático de Direito.

Compete a nós, portanto, não somente o esforço, o tempo e a persistência para transformar esses princípios de ‘justiça’ desenvolvidos até agora em perspectivas mais inclusivas e compatíveis com as ‘diferenças do *Outro*’, mas também, e principalmente, reformular os quesitos normativos que impossibilitam a ‘ação social individual e coletiva’, bem como a instituição de contextos mais ‘justos e igualitários’ – através da linguagem normativa universal dos direitos humanos. Propõe-se assim, a formulação de quadros teóricos que possibilitem o rotineiro exame crítico das realidades sociais europeias – marcadas pelas desigualdades, exclusões e inferiorizações sociais –, que apenas fragmentam e corroem as verdadeiras bases da justiça e da solidariedade social, conquistadas mediante a lógica do reconhecimento ético e moral do igual valor de diferentes culturas, etnias e gênero.

3.3 A textura da justiça no procedimentalismo contemporâneo: progresso ou retrocesso?

Nada lhe parece terminado; todo problema permanece em aberto, sem a menor alusão a uma solução definitiva. Essa abertura é o que permite evitar qualquer dogmatismo e também todo relativismo, pois pode ir a fundo naquilo que é fundamental: o respeito tanto à unicidade do tema como às diferenças de significação, a que *todos* contribuem [normativamente] no decurso de sua história. (KRISCHKE, 1993).

O trecho acima, escrito por Krischke, em **O Contrato Social: Ontem e Hoje** de 1993, dá sequência ao pensamento político-jurídico que postula o grande desafio que se tornou para teóricos e especialistas sociais, a construção de conceitos unívocos e universais de ‘justiça’. Segundo o autor, todas as ‘teorias da justiça’ que se pretendam distar das diversificações extraídas do mundo real, ou ainda que não englobem abertamente os inúmeros desdobramentos do ‘agir político’ – liderados pela difusão da democracia ‘direta ou participativa’ – estão fadadas à crítica ou ao fracasso. (KRISCHKE, 1993, p.143-145).

Entretanto, embora os debates sobre um ‘novo contrato social’ sejam atribuidamente polissêmicos em relação aos problemas, às soluções e às suas significações – dificultando assim, abordagens simplificadas e sentidos específicos –, parece haver algum consenso sobre dois posicionamentos fundamentais. Primeiro, que as sociedades democráticas passaram a embasar seus substratos normativos em princípios de ‘equidade’ que exigiam em seus discursos a ‘redistribuição’ para o acesso material mínimo às estruturas de vida. Segundo, tudo aquilo que passou a ser denominado de ‘justiça’ precisaria necessariamente ser avaliado em termos de garantia e proteção da autonomia individual, e em associação à formação comum da vontade, de tal modo que ambas permanecessem como resultados da ‘cooperação entre sujeitos’. (HONNETH, 2009, p.348).

Deste modo, a autonomia assumiu novamente a essência da justiça liberal-democrática na modernidade, sendo colocada como elemento normativo coordenador de destaque para a realização dos planos pessoais de vida e como elo potencializador para a atribuição universal dos ‘direitos legítimos’ – substancialmente vinculados às bases sociais e às relações intersubjetivas de reconhecimento recíproco. É considerada como um ‘bem básico’ para a instituição de uma ‘vida feliz’, assim como os ‘recursos materiais mínimos’ que garantem o acesso aos arranjos do mercado produtivo capitalista, proporcionando ‘liberdade de ação’ aos sujeitos num espaço para a perseguição de suas preferências individuais. De acordo com John Rawls, o novo contratualismo introduziu a ideia que “[...] o acordo poderia ser utilizado exatamente para considerar e solucionar os problemas da desigualdade existentes nas sociedades”, facili-

tando a utilização equitativa dos direitos fundamentais garantidos pelo Estado de direito e destinados, principalmente, aos menos favorecidos. (RAWLS *apud* KRISCHE, 1993, p.145).

Na empresa filosófica hoje parece haver um amplo consenso em relação à questão sobre como devem estar constituídas as premissas de uma teoria da justiça [...] Tanto a justificação como a determinação contitudística da justiça devem resultar da ideia geral de que os princípios de justiça sejam expressão da vontade comum de todas as cidadãs e todos os cidadãos de assegurarem-se reciprocamente as mesmas liberdades subjetivas de ação. Mesmo que este princípio abstrato pareça uma unidade homogênea, confluem nele dois complexos imaginários que advêm de diferentes determinações de *liberdade*: de um lado aquilo que é denominado de justiça social deve ser avaliado com base na garantia de *autonomia pessoal* [...] [No que tange ao *componente material*] da mencionada construção da justiça efetiva-se o fato de que a sociedade liberal, desde o princípio, compreende como uma de suas conquistas essenciais os esforços para libertar os indivíduos da tutela externa e de dependências pessoais. (HONNETH, 2009, p. 348).

Após as críticas dirigidas aos autores jusnaturalistas, tais como John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, reapareceram (no escopo do sistema de direitos) novas discussões voltadas ao pleno funcionamento dos regimes democráticos e às gradativas formas de superação dos governos autoritários, em favor de princípios de ‘justiça’ que abarcassem o aperfeiçoamento do Estado de bem estar-social (*Welfare State*), focando-se na conquista da ‘liberdade’, a partir da instituição da vontade comum e da deliberação autônoma e racional. Deste modo, as contribuições de John Rawls, Robert Nozick e Charles Taylor, transformaram-se nas principais referências normativas a serem discutidas pela esfera intelectual europeia, mobilizando argumentos em prol da ‘liberdade’, da ‘igualdade’ e da ‘justiça’ – adquiridos no passado –, mas que ainda requeriam revisão na atualidade e maior aprofundamento no interior do sistema de direitos moderno. (KRISCHE, 1993, p 149).

É correto o diagnóstico, que essas novas abordagens centraram-se, em sua maioria, na legitimação do domínio público-político, na deliberação racional dos sujeitos – acerca de seus interesses e em consonância com o reconhecimento de seus anseios comunitários –, e no afeiçoamento de sua autodeterminação. No entanto, John Rawls em sua obra **Uma Teoria da Justiça**, traz uma inovação à discussão, a questão da ‘justiça como equidade’. O autor apresenta as bases de justificação pública e os termos de cooperação social como sendo os elementos primordiais para a criação de um ‘esquema voluntário’, sobre o qual todos os indivíduos – dotados de certa autonomia moral –, poderiam concordar.

Seu contrato original é considerado hipotético num sentido específico, uma vez que propõe a ‘posição original’ como sendo o estado no qual todos os sujeitos teriam total igualdade inicial, devido aos seus respectivos desconhecimentos sobre o futuro (situação essa, que

Rawls denomina de *véu da ignorância*). Nessa posição original, os sujeitos deliberativamente poderiam atribuir seus próprios princípios de ‘justiça’ para a distribuição de seus ‘bens sociais primários’, tais como as liberdades anteriormente elucidadas, o poder e a riqueza. Conteúdos normativos esses, basilares para formação de uma ‘estrutura básica’ para todas as sociedades plurais.

Por ‘estrutura básica’, Rawls entende “[...] a maneira pela qual as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a partilha dos benefícios da cooperação social. Por instituições, entende-se a constituição política, e os principais entendimentos econômicos e sociais” (RAWLS, 1993, p. 157). Logo, o autor trabalha com uma sociedade regulada por uma concepção pública de ‘justiça’, na qual todos poderiam aceitar e reconhecer os mesmos princípios mínimos, já que para ele os indivíduos são capazes de agir racionalmente, apesar de suas diferentes concepções de vida, crenças ou opiniões políticas, lançando mão durante o processo de arguição de suas restritas concepções de mérito ou merecimento pessoais.

Em síntese, os indivíduos utilizando-se de suas qualidades racionais e autônomas poderiam, na ‘posição original’, maximizar seus ganhos e benefícios gerais, encontrando um ponto de equilíbrio crítico-reflexivo, que o autor chamará de *consenso sobreposto*. Isto é, através desse artifício metodológico, as diferentes posições morais, filosóficas ou religiosas não poderiam influenciar na deliberação, e apesar das inúmeras percepções individuais, os atores poderiam alcançar o consenso em termos de ‘justiça como equidade’, a partir de uma ótica generalizável universalmente.

O desejo geral pela justiça acabaria por limitar a perseguição paralela de outros fins, assegurando em igual medida a ‘divisão das vantagens’ e a ‘partilha correta’ de seus componentes materiais e de ‘estima’¹⁰⁷. De modo tal, que não seria mais possível justificar as ‘desigualdades’ entre os homens tendo como base as inclinações particulares e egoístas em termos de bens. Uma ‘boa ordem’ ou uma ‘ordem justa’, seria assim para Rawls, um sistema jurídi-

¹⁰⁷ [Aqui naturalmente é importante mencionar que Rawls desde o início introduziu ‘as bases sociais da autoestima’ como um bem básico, sim, como ‘talvez o mais importante bem básico’ (RAWLS, 1979, p. 479). Possivelmente, devido às dificuldades já referidas de se considerar as condições da autoestima como um bem a ser distribuído, mais tarde em **Liberalismo Político** consta que determinados bens básicos (ao lado de direitos e liberdades fundamentais iguais são mencionadas também igualdade de chances equitativas) fazem parte das bases sociais da autoestima (RAWLS, 1998, p. 160), elas próprias, portanto, não são mais tratadas como um bem básico. Para mim, nesses deslocamentos conceituais se revelam as dificuldades, impossíveis de serem solucionadas dentro do paradigma distributivo, para tornar as próprias relações intersubjetivas e de reconhecimento como objeto de uma teoria liberal da justiça. Não obstante, tanto aqui como em outras passagens só se pode admirar a seriedade intelectual com que Rawls trata um problema claramente percebido por ele” (HONNETH, 2009, p. 354).].

co-social definido em bases normativas ‘equitativas’ e ‘universais’, sabendo que nenhuma vantagem ou desvantagem seria atribuída por meras contingências sociais ou naturais. (RAWLS, 1993, p. 157-161). O autor deriva seus princípios de justiça a partir de duas proposições básicas:

Primeiro: cada pessoa deve ter um igual direito ao mais extenso sistema de liberdades básicas compatíveis com um sistema similar para todos.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ajustadas de tal modo que sejam tanto: a) para o maior benefício dos menos privilegiados, consistentes com um princípio justo de poupança, e b) ligadas a cargos e posições abertos a todos, sob condições de equitativa igualdade de oportunidade (*fair equality of opportunity*). (RAWLS, 2003, p. 191, grifos do autor).

No que tange ao objeto da ‘justiça material’ rawlsiana, é explícito que as ‘diferenças’ só são permitidas desde que beneficiem os menos privilegiados. As partes *a* e *b* estão ordenadas lexicamente, segundo a sua ordem de importância, ou seja “[...] o princípio da igualdade de oportunidades tem precedência sobre o princípio da diferença”. Tais ajustes se destinam ao tratamento dos problemas de distribuição dos bens necessários para garantir que todos os setores da sociedade conquistem equitativamente todas as suas pretensões básicas de vida, quando motivados e dotados das mesmas habilidades. Isto é, independentemente de suas classes sociais, sendo assim considerado um caso de ‘justiça processual’. Eles seriam válidos após a ‘posição original’, livremente de seus sistemas de produção, sendo compatíveis até mesmo com a ‘propriedade privada’ e às ‘assimetrias’ futuras. Caberiam aos componentes da redistribuição material somente a “[...] função de neutralizar os efeitos da distribuição inicial de posições privilegiadas”, e todo esse ordenamento seria assegurando pelo Estado de direito. (FIGUEIREDO, 1997).

O Estado de direito, segundo Rawls, é o principal responsável por instituir as oportunidades ‘igualitárias’ de acesso à educação e à cultura, para que indivíduos similarmente dotados das mesmas qualidades pessoais possam ter chances iguais de realização de suas próprias prerrogativas de vida. O policiamento da conduta das empresas e das associações privadas – com a restrição às suas barreiras monopolísticas – também seria fundamental para uma sociedade verdadeiramente ‘justa’. De acordo com o autor, o governo ainda ficaria incumbido de garantir um ‘mínimo social’, por meio de doações familiares e pagamentos especiais por motivos de ‘doença’ ou ‘desemprego’, nos quais suas condições de ‘inferiorização’ temporárias seriam neutralizadas por um sistema de compensação e transferência de recursos.

Em suma, não se exige um modelo de ‘justiça’ no qual as distinções sociais sejam eliminadas ou as realizações individuais sejam niveladas, apenas que haja uma ‘estrutura social

básica’ para que os menos afortunados não sejam privados de seu acesso às oportunidades de vida e aos seus direitos fundamentais. As posições vantajosas ainda estariam abertas a todos e seriam preenchidas pelos ‘mais talentosos’ num grau padrão que seria constantemente avaliado por intermédio da deliberação público-política e da orientação democrática. (FIGUEIREDO, 1997).

Para Axel Honneth (2009), as críticas a esse modelo são vastas e podem ser sintetizadas em três argumentos principais. Primeiro, o paradigma rawlsiano falha quando dá origem à concepção de que a autonomia moral poderia ser pressuposta num estado social prévio à socialização, isto é, distante das dimensões intersubjetivas do reconhecimento recíproco. Ela não é monológica num sentido aristotélico e para adquiri-la são necessárias ‘relações vivas’ de interação “[...] que são justas na medida em que através delas e dentro delas aprendemos a valorizar reciprocamente nossas necessidades, convicções e habilidades” (HONNETH, 2009, p. 354). De acordo com o autor, ao invés de falarmos em ‘bens materiais’ deveríamos abordar as relações de reconhecimento recíproco dos sujeitos, e no lugar de defendermos a ‘redistribuição’, deveríamos cogitar a possibilidade de modelos de ‘justiça’ que verdadeiramente assegurassem o ‘justo’ através de formas abrangentes de *Alteridade*, e não na legitimação das desigualdades.

Segundo Honneth, as formas decisivas de ‘justiça’ se assentam na garantia de conceber modelos identitários não distorcidos de vida. Ou seja, a autonomia individual necessária para esse processo, não pode ser obtida apenas a partir de uma espécie de ‘matéria’ ou ‘bem’ passível de ser alocado aleatoriamente por modos falhos de ‘distribuição’ ou ‘redistribuição’. Na verdade, a autonomia dos sujeitos resulta de desenvolvimentos históricos expressa e socialmente situados, sendo fruto de acontecimentos reais existentes no âmbito das deliberações público-democráticas.

De acordo com Honneth, todo o procedimentalismo fictício rawlsiano pautado numa ‘posição original’ impossibilita que essa ordem – por mais equitativa e livre de dominação que seja –, conquiste, de fato, os princípios de ‘justiça’ universalmente esperados, uma vez que as próprias capacidades individuais acerca da ‘ética’ e da ‘moral’ estariam comprometidas. Não podemos mais pressupor modelos de distribuição abstratos que se revelam como “[...] ilusões vazias e ociosas como a pretensão de estrutura-los e distribuí-los arbitrariamente” (HONNETH, 2009, p. 356).

Terceiro, Rawls acaba por desconsiderar às múltiplas dimensões de vida que são decisivas para o fomento da autonomia quando declara que somente o Estado de direito dispõe dos meios adequados e legítimos para garantir a ‘justa distribuição’. Para Honneth, a autonomia – para além das relações estritamente jurídicas –, também é resultado das relações famili-

ares fortemente pluralizadas e das condições sócio-institucionais de reconhecimento do nosso tempo. Âmbitos esses, que estão fora da imediaticidade das atividades estatais. É nítido que as relações jurídicas são essenciais como ‘agências de autolegislação’ e para a concessão do ‘autorespeito’ aos cidadãos livres, mas somente elas, não são capazes de garantir a conquista de uma verdadeira autonomia moral e autorrealização individual. São precisamente as esferas de ação ignoradas por Rawls, as principais instituições que fomentam a autoestima e a autoconfiança dos sujeitos contemporâneos,

[...] pois são nas famílias que estão colocadas as bases para a aquisição de tudo aquilo que mais tarde se caracterizará como nossa autoconfiança, nossa capacidade de articular necessidades, e no intercâmbio social de desempenho podemos alcançar a capacidade não menos importante de nos perceber como valiosos, como socialmente úteis em nosso desempenho e nossas competências, ambos são componentes bem centrais e essenciais da capacidade de posicionar-se na esfera pública social ‘sem vergonha ou medo’, portanto como autônomos. (HONNETH, 2003, p. 358).

Portanto, parece fazer sentido transferir para o âmbito da teoria rawlsiana a descentralização do conceito de poder (sempre atribuído de ‘cima para baixo’), mas que se sabe, em boa medida hoje, é amplo e distribuído às múltiplas organizações não-estatais ou semi-estatais. Revelam-se assim, a partir desses quesitos fundamentais, que as instâncias de ‘justiça’ de Rawls são desarticuladas pelo pensamento crítico social de Axel Honneth e também serão criticadas por Jürgen Habermas. A grande diferença é que para Habermas seu empreendimento reconstrutivo se focará no desenvolvimento verdadeiramente ‘justo’ do moderno Estado democrático de direito, enquanto Honneth pretende reaver todas as esferas de vida e de realização dos sujeitos, considerando as dimensões sócio-institucionais do reconhecimento recíproco, ou seja, as relações familiares, as relações jurídicas e as relações comunitárias. Atribui-se também um papel normativo central ao bom funcionamento dos procedimentos democrático-deliberativos. Entretanto, ambas as concepções de ‘justiça’ – tanto de Habermas quanto de Honneth –, serão basilares para concebermos ideais de sociedade mais abrangentes e plurais, primordiais para a formulação de uma *nova teoria de justiça*, hábil em propiciar ‘novos universais’ sem desconsiderar as especificidades e as diversidades de seus atores.

O trabalho de Robert Nozick em **Anarquia, Estado e Utopia** de 1991 também nos interessa aqui pelo seu contraponto mordaz à proposta de Rawls e sua ampla distinção em relação às perspectivas críticas do reconhecimento recíproco. O autor apresenta aspectos descritivos e prescritivos ao ideal de ‘justiça como equidade’, refutando-o com a defesa de um Estado mínimo ultraliberal, a proteção dos direitos individuais absolutos e a titulação da propriedade privada – através do trabalho –, como a principal base de legitimação público-política. Suas

críticas se inserem num contexto de expansão continuada do neoliberalismo e evidenciam o aspecto polissêmico dos debates neocontratualistas acerca da ‘liberdade’, da ‘igualdade’ e da ‘justiça’ na contemporaneidade. (KRISCHKE, 1993, p. 148-149).

Segundo Nozick (1993), o *véu da ignorância* rawlsiano é visto como uma ‘intolerável injustiça’, já que serviria como um modo institucionalmente aceito dos mais pobres ‘explorarem’ os mais ricos, não sendo assim uma posição de ‘justiça social’. Pois, a ignorância acerca das desigualdades na ‘posição original’ conduziria os indivíduos a ignorarem suas vantagens diferenciais, as quais são vistas como merecidas, pois decorrem de investimentos prévios, tais como: o talento, as habilidades, a educação, o trabalho e etc. Para o autor, a fórmula aplicada pela grande maioria das teorias de justiça, ‘a cada um de acordo com...’, é falha. Seu modelo institucional perpassa sobre a ideia central que elas tratam a *produção* e a *distribuição* como sendo processos produtivos isolados e independentes, quando na realidade são procedimentos de codependência e simultaneidade. Ou seja, quando os bens são criados, eles já se ligam invariavelmente ao direito de outrem de possuí-los. Deste modo, para Nozick, uma distribuição somente é ‘justa’ quando cada pessoa tem direito às suas posses, retroagindo ininterruptamente. (FIGUEIREDO, 1997).

Sua *teoria dos ‘entitlements’*, é iniciada com a seguinte definição: “O Estado mínimo é o mais extenso que se pode justificar. Qualquer outro mais amplo viola os direitos da pessoa”, uma vez que “[...] não há distribuição central, nenhuma pessoa ou grupo que tenha o direito de controlar todos os recursos, decidindo em conjunto como devam ser repartidos” (NOZICK, 1993, p. 192). Assim, seu posicionamento teórico se volta contrário aos modelos de justiça que atribuem mecanismos ou critérios de distribuição e compensação das assimetrias sócio-históricas. Não se admite nem a distribuição por meio de agências centralizadas, nem a redistribuição com base em padrões para julgar dada divisão material desigual. As taxações conduzidas pelo Estado de direito são vistas como ‘imorais’, já que nenhuma pessoa teria o direito ‘legítimo’ de controlar os recursos de *Outro*, sem que isso implicasse necessariamente numa violação dos direitos individuais de todos. Para Nozick (1993), uma distribuição somente é válida quando decorre de outra distribuição ‘justa’, alcançando efetividade nos seguintes parâmetros:

1. A pessoa que adquire uma propriedade de acordo com o princípio de justiça na aquisição têm direito a essa propriedade.
2. A pessoa que adquire uma propriedade de acordo com o princípio de justiça em transferência, de alguém mais com direito à propriedade, tem direito à propriedade.
3. Ninguém tem direito a uma propriedade exceto por aplicações (repetidas) de 1 e 2.

O princípio completo de justiça distributiva diria simplesmente que uma distribuição é justa se todos têm direito às propriedades que possuem segundo a distribuição. (NOZICK, 1993, p. 193-194).

Deste modo, seu sistema de ‘distribuição’ dispensa totalmente o uso de princípios superiores ou lógicas fictícias, tais como o de Rawls, tornando-o defensável apenas quando institui transações fundamentalmente ‘individuais’. A aplicação de quesitos substantivos de ‘justiça social’ – quando englobam a apropriação de propriedades alheias –, é considerada uma violação ao ser, uma vez que Nozick equipara – assim como Locke –, a propriedade privada à própria dignidade humana, sendo ela concebida como um direito básico e inalienável. Segundo o autor quando os indivíduos são furtados ou defraudados pelo sistema, é admissível a reparação dessas injustiças em suas propriedades, já que tais violações os impedem de seguir com seus projetos autônomos de vida. No entanto, as retificações dessas violações somente são admitidas no nível individual e garantidas pelo Estado mínimo, o qual deve oferecer a proteção monopolizada a todos os membros da comunidade política. (FIGUEIREDO, 1997). Como recorda Argelina (1997): “[...] é com base nessas teorias dos direitos individuais absolutos, que Nozick argumenta que só o Estado mínimo nos permite escolher nossa vida e realizar nossos objetivos e concepções autônomas de nós mesmos”.

O ponto alto da crítica de Nozick à Rawls diz respeito exatamente à ampla valorização do individualismo moderno (*Individualisierung*). Isto é, quando o autor afirma que não existiria o problema da injustiça ou suas respectivas arbitrariedades entre os homens, caso não houvesse a cooperação social. Pois, numa situação de não cooperação, é propagado que todos os indivíduos merecem apenas o que conquistaram com seus próprios esforços, não havendo assim uma ‘reivindicação ampla por justiça’. De acordo com esse ponto de vista ontologicamente procedimental, “[...] a cooperação social turva as águas e torna obscuro ou indeterminado quem tem direito ao quê” (NOZICK, 1993, p. 214). Obtêm-se, a partir desse modelo, múltiplas faces de uma sociedade construída segundo vinculações meramente instrumentais e desiguais, projetada para buscar apenas bens convergentes¹⁰⁸, que tangenciam formas apolíticas de organização social. (DELANTY, 2002).

A teoria dos ‘entitlements’ enxerga a sociedade contemporânea como uma associação de indivíduos, onde cada um possui uma concepção de ‘vida boa’ ou vida válida que corresponde apenas a um plano ou projeto específico de vida. A função da sociedade se limita em facilitar ou garantir a realização desse plano de vida, seguindo os princípios da ‘igualdade’ e

¹⁰⁸ [Bens convergentes são aqueles que só podem ser conquistados coletivamente, mas que atendem aos desejos individuais e proporcionam a realização dos bens individuais, como por exemplo, o asfaltamento de rodovias, as pontes, a iluminação pública e etc. Não há neles qualquer ideia de sentido construído coletivamente. (MATTOS, 2006, p. 122).].

da ‘liberdade’. No entanto, a ‘igualdade’ para Nozick apenas impera como um comprometimento da sociedade de responder às diferentes demandas éticas individuais, sendo fundamental para a democracia os procedimentos de decisão. (MATTOS, 2003, p.121). Já, a suposta ‘liberdade’ aponta para a capacidade dos indivíduos de se autodeterminarem sem interferência alheia, especialmente do Estado, transformando o sistema de atribuição de direitos em processos judiciais e de várias modalidades que garantem a divisão do poder (descentralização do Estado). Por intermédio desses dois pressupostos, os indivíduos poderiam seguir seus próprios caminhos, “[...] de acordo com seus valores, ao invés de ser pressionado a se conformar com os valores da sociedade como um todo” (MATTOS, 2003, p. 111).

Nítidamente em oposição a essa ‘justiça neoliberal’, os comunitaristas enxergam nesses princípios normativos ‘universais’ instituídos por Nozick, os verdadeiros percussores e legitimadores das desigualdades radicais e das estratificações sociais de nosso tempo, com a promoção de um tipo de individualismo que se desvencilha da antiga noção clássica do ‘ser emancipado’, defendido pelos iluministas. Antes refletem nas liberdades precárias, indeterminadas e cheias de risco, pois suas perturbações e desequilíbrios emergem de seus próprios sistemas atomísticos de organização social – sem um pano de fundo moral. Esse sistema organizacional pressupõe a ausência de sentidos lineares, a dissipação das formas tradicionais de vida e das antigas unidades orgânicas (familiares e culturais), com a criação de um novo *locus* estratégico, no qual os indivíduos passam a se ver como ‘forçados a conviver e a cooperar’, sem terem espaços públicos comuns para se autodeterminarem. Trata-se da própria corrosão das bases da solidariedade afetuosa e do declínio contemporâneo das narrativas de sociabilidade, onde é “[...] fácil se perder na selva do eu, [pois] alguém bisbilhotando no nevoeiro do seu próprio eu, não é capaz de perceber que este isolamento – este confinamento solitário do ego –, é uma sentença das massas” (BAUMAN *apud* BECK, 2002, p.XVIII).

Assim essa imagem do ser humano autárquico que repousa sobre os regimes democráticos das sociedades produtivas capitalistas, assume o pressuposto primeiro de que os indivíduos atomizados podem conduzir com justiça todas as suas dimensões de vida, sendo ainda capazes de renovarem suas habilidades e ações a partir de si mesmos. Esse tipo de teorização desconsidera as experiências diárias de aprendizado no mundo do trabalho, da família, das comunidades, apresentando os indivíduos como mônadas, isto é, desvinculados de qualquer interação ou obrigação mútua. (BECK, 2002).

Ulrick Beck (2002) defende que o sucesso dessa concepção neoliberal ameaçou por muito tempo o Estado de bem-estar social, e por esse motivo, sua compreensão de *Individualisierung* pretende desconstruir essa falsa imagem de autarquia e autossuficiência individuais. Busca-se, por meio de sua tese do *individualismo institucionalizado*, uma análise que envolva

a incompletude na formação dos “Eus” modernos, da falsa consciência, da erosão das bases de convivência social, da corrosão do público, da contaminação do político, da fragmentação institucional, da miséria fisiológica, das ideologias de um sistema de produção que se instalou sobre o *mundo da vida* e o colonizou. A individualização moderna converteu-se, segundo o autor, num ‘desencaixe sem encaixe’, sendo uma estrutura altamente ambivalente que conduz e transforma as questões da justiça social e do reconhecimento inclusivo do *Outro* em formas ‘amaldiçoadas’ de proteção da propriedade privada e da organização democrática sem verdadeiros cidadãos.

Com a utilização de Tocqueville, Beck (2002) também recorda que os piores inimigos dos direitos universais dos homens e da instituição de um sistema público-político justo e compartilhado são os ‘indivíduos’, já que “[...] os indivíduos tendem a ser mornos, céticos e a desconfiarem do bem comum, da boa sociedade ou da sociedade justa” (BECK, 2002, p. XVIII). Assim, pode-se dizer que a ‘liberdade social’ e a ‘liberdade política’ foram confundidas nesse modelo de Nozick com uma débil ‘liberdade privatista’ de se buscar o que é melhor apenas para si. Essa redução do sistema de direitos à vida privada, proveniente de atores individualizados que compõem o corpo republicano estreito dos cidadãos atuais, apenas renegocia cotidianamente o significado de ‘bem comum’ e os princípios redistributivos vagos da vida compartilhada com os poderes tecnocráticos e institucionalizados, aumentando assim os fossos antidemocráticos que alimentam a demolição dos direitos inclusivos de participação social e inviabilizam estruturas pluralistas de reconhecimento do *Outro* – isto é, da valorização das formas alternativas de vida e das diferentes linguagens humanas de expressão.

Para Axel Honneth (2004), esse contexto de constante incremento das capacidades individuais em detrimento do reconhecimento moral de formas coletivas de vida, que um dia “[...] prometeu o aumento da liberdade qualitativa [foi alterado para] a emergência de indivíduos indeterminados e perdidos em propósitos supérfluos” (HONNETH, 2004, p. 463), que visa preservar hierarquias organizadas e as desigualdades entre os homens. E, é exatamente nessa crítica ao modelo atomista de sociedade que importantes autores, tais como Charles Taylor irão se apoiar para defender um novo tipo de contrato social, um novo arquétipo de sistema de direitos (pautados em reivindicações coletivas pelo igual valor de todas as culturas), e um novo modelo de democracia social (prometida como mais justa e solidária), mas que ainda se mantêm como premissas não realizadas na *práxis* das sociedades hodiernas.

A importância desse debate incide sobre a capacidade de compreendermos os principais limites e possibilidades acerca das diversas concepções de ‘justiça’ contemporâneas, uma vez que elas repercutem na conformação normativa das instituições sócio-políticas de proteção atuais. Por isso, pretendemos rearticular e reposicionar tais discussões com vistas a ampli-

ar o entendimento holístico do sistema de direitos, tornando-o mais eficaz em coordenar todos esses contrastes intrínsecos e garantir simultaneamente a autocompreensão social de seus processos. Satisfazendo ainda, as necessidades humanas mais elementares que interpelam pelo respeito de suas particularidades identitárias e de vida.

Não é possível – em matéria de direitos humanos – uma teorização que não envolva a comparação e a fusão de múltiplos horizontes normativos, a fim de finalmente superarmos esse autofechamento desencadeado pelos valores exclusivistas e sectários que inviabilizam o reconhecimento inclusivo de todas as especificidades humanas. O tema do reconhecimento recíproco se coloca então como uma categoria central para a política moderna e para a ampliação do sistema de direitos contemporâneo, tornando-se a base das garantias humanitárias para aquelas culturas ou grupos sociais minoritários que reivindicam o fim da discriminação, da intolerância e do racismo, para que, finalmente, possam conviver, cooperar e serem incluídos como iguais. Abolindo, portanto, hierarquias convenientemente ordenadas e dispostas que apenas legitimam uma estrutura doutrinal conservadora.

Charles Taylor (2000a, 2000b, 2005a, 2005b) é visto como um dos teóricos mais influentes acerca do reconhecimento social e, trará ao âmbito da ‘justiça’ os termos universalistas para se pensar em formas mais amplas de ‘cooperação social’ (em oposição à Nozick); nas relações entre as estruturas legais e as organizações socioculturais (em oposição à Rawls); nas reivindicações dos grupos minoritários pela valorização de seus modos de vida e tradições (em oposição à Habermas); e, por fim, na natureza do *eu (self)* e sua interação constitutiva com o *Outro* (em conformidade com a base hegeliana de Axel Honneth).

Todas essas dimensões jurídico-políticas e ético-morais abordadas estão inseridas num contexto geral de socialização, isto é, em meios localizados ou socioculturais particulares, que identificam com preocupação a crescente fragmentação das democracias liberais de nosso tempo. Fragmentação essa, que possui muitas causas, mas é frequentemente facilitada pela dissociação do Direito com a eticidade social, pelo incremento dos movimentos racistas e autoritários, e pelo contínuo esvaziamento do senso comum e plural de ‘comunidade política’. (OLIVEIRA, 2014, p. 396-401).

O autor evidencia que a alienação dos cidadãos em relação às suas instituições centralizadas e burocráticas, acabou por distancia-los da máquina governamental e se estendeu para toda a esfera público-política atual, a qual se tornou decante em termos participativos e deliberativos. Esse atomismo passou a ser a principal base de sustentação da modernidade social, na qual as pessoas se identificam mais com seus próprios projetos de vida, e cada vez menos com os projetos político-comunitários. O resultado dessa segregação leva ao agrupamento parcial das sociedades, que se tornaram mais propensas a ignorar importantes questões sociais

numa esfera pública cada vez mais ‘desagregada’. Em consonância com essa situação de constante empobrecimento da formação da vontade comum, o sistema jurídico-político ganhou maior destaque para os grupos de interesses voltados exclusivamente para suas causas. Cenário esse, considerado por Taylor, como um verdadeiro ‘pesadelo para a democracia’, que passou a ser conduzida por “[...] poderosos *lobbies* elitistas e redes nacionais de TV, impermeáveis ao debate regional. A descentralização tanto das esferas de poder quanto da esfera pública propiciaria uma ampliação dos debates sociais, sendo uma das condições básicas para o [retorno do] exercício da democracia” (MATTOS, 2003, p. 118).

Outro empecilho vivido pelos regimes democráticos contemporâneos, especialmente, os europeus, diz respeito à negação rotineira do multiculturalismo na vivência social. Grupos minoritários ou comunidades culturais, de modo ampliado, passaram cada vez mais a não serem reconhecidos pelas sociedades hegemônicas, tendo sido criado “[...] um sentimento de mágoa e exclusão que compromete o ideal democrático de que todos os grupos sejam adequadamente ouvidos”. O tipo de política que tende a surgir desse tipo de exclusão “[...] rejeita a construção de coalizões em torno de alguma concepção de bem comum” (MATTOS, 2003, p. 118).

Por isso, Taylor (2000) propõe que os cidadãos reafirmem continuamente seus laços comuns de solidariedade e pertencimento social para uma nova consubstancialização do ideal de comunidade política, abrindo uma vasta gama de possibilidades práticas, dentre elas, a renúncia dos aspectos virulentos que se tornaram o preconceito, o não reconhecimento e a discriminação (vistos como danosos tanto para as esferas privadas quanto públicas de vida). Para o autor, a introjeção da inferioridade, a atribuição de cidadãos de segunda classe, ou, pior ainda, a existência de seres sub-humanos, têm efeitos gravíssimos para a naturalização das desigualdades entre os homens. E, no plano social essa degradação infringe não apenas sérios danos identitários às autonomias dos sujeitos que são cotidianamente reificados, mas também, e principalmente, compromete a própria edificação de uma sociedade verdadeiramente ‘justa’ e ‘democrática’.

Assim, em suas formulações, Taylor faz uso da tradição filosófica hegeliana, assumindo que a noção do reconhecimento é vital para a contemplação das necessidades humanas mais básicas e a formação da autonomia individual. Com o retorno da dialética metafórica do senhor e do escravo de Hegel, Taylor busca reconstruir os principais parâmetros da noção de interioridade ou reconhecimento da ‘consciência de si’. Ou seja, na duplicidade do relacionamento entre o senhor e o escravo há o ressurgimento de uma outra consciência que se caracteriza consigo mesmo, ou como propõe Hegel (1992, p. 145): “eles se reconhecem como se reconhecendo reciprocamente”. Assim, cada ‘consciência de si’ tem necessidade de reconheci-

mento de outra, sendo o resultado dessa interação o conflito moral entre ambas. Isto é, uma é só a que reconhece – metáfora do escravo – e, a outra é só a que é reconhecida – metáfora do senhor. Ao fim desse movimento, tomado por contradições e dissidências, provém a reconciliação, a qual não significa um retorno à unidade original, mas sim a preservação da liberdade racional, onde $A+B$ não é igual à AB , mas à C .

Na ideia interiorizadora do ser, Hegel propõe que o sujeito em oposição à sua essência e à noção de si próprio (tese), quando interage com a natureza ou também chamada de espaço (antítese), alcança a sua própria subjetividade e espírito (síntese) com a reconciliação de si, sendo, assim, o final do processo antagônico a descoberta da própria autoconsciência. A ‘síntese’ representa a plena identidade do sujeito sendo ela compatível com o *Outro*. Em suma, a divisão tripartida do sistema hegeliano representa uma estrutura de ideias, categorias e de universais que ajuda a conduzir ambos os lados em interação a uma reconciliação final.

Para Taylor, Hegel consegue obter um tipo de razão que se “[...] funda na tese ontológica de que as oposições provêm das identidades e a elas retornam, de modo que o pensamento que marca a mais clara distinção é também aquele que os unem” (TAYLOR, 2005a, p. 68). Deste modo, a ideia geral da filosofia hegeliana, que será melhor trabalhada por Axel Honneth, permite a conclusão de que a oposição é algo desejável em detrimento dos discursos jurídicos homogeneizadores, majoritários e de uma suposta ordem ‘coesa’, pois ela possibilita como resultado a almejada ‘unidade dos universais’, sem desconsiderar as diferenças e as divergências, no curso da realização do próprio ser racional.

Com base nesses pressupostos, Taylor irá traçar no nível íntimo e no nível social formas de construção de identidades pessoais e coletivas, tendo como base o reconhecimento moral intersubjetivo e essencialmente ‘conflituoso’ em detrimento do homogeneizador. Para o autor, no nível íntimo as relações de reconhecimento versam sobre os campos do amor e da realização das necessidades de afeto. Nessa esfera, os pontos centrais de reconhecimento levam à autodescoberta do ser e sua autoafirmação, contribuindo para o processo de formação da própria identidade humana.

No nível social, a noção de identidade vai além, requerendo um reconhecimento mais abrangente e inclusivo, tanto perante as políticas estatais, quanto aos sistemas jurídicos, às culturas diversas e, finalmente, às sociedades plurais existentes nos contextos de vida. Essa formação se baseia em processos dialógicos e diatópicos com fins de consolidar a própria autenticidade humana. Para Taylor, o não reconhecimento ou o reconhecimento incorreto leva à projeção de uma imagem do ser, que se concebe como ‘insignificante’ e não ‘digno’, e os efeitos desta distorção se cristalizam em imagens interiorizadas de decadência individual e, conseqüentemente coletiva. Pois, as depreciações cometidas nos níveis individuais levam à

internalização pelos sujeitos de suas condições fáticas de inferioridade, incorporando sentimentos autodestrutivos que os impedem de aproveitar das oportunidades igualitárias de vida, através da sua não participação na esfera público-política. (TAYLOR, 200b, p. 45-47).

Taylor concentra-se ainda no esquadramento do nível da esfera pública – também denominado de ‘plano social’ –, para explorar as consequências trazidas pelas atuais políticas igualitárias da vertente liberal, para o reconhecimento das especificidades e particularidades dos povos e suas respectivas identidades coletivas. Segundo suas formulações, na sociedade moderna liberal o reconhecimento identitário foi subjugado ao princípio retórico da suposta ‘igualdade universal’, que acabou por coincidir com uma política da ‘igual dignidade’. Essa perspectiva apenas reconhece a importância dos sujeitos a partir de suas projeções estritamente individuais, não levando em conta suas vinculações culturais, linguísticas ou religiosas. Essa vertente encontra-se em clara oposição à proposta da *política da diferença*, que propõe que todas as pessoas sejam reconhecidas pelas suas identidades únicas e interpretadas com graus variados de complexidade. Nesse campo de análise, o reconhecimento social assume outra significação, isto é, a revalorização dos grupos culturais subalternos ou historicamente negligenciados, restaurando o acesso às suas oportunidades de vida e eliminando seus modos de desrespeito e subjugação sociais.

Taylor defende a necessidade de um meio-termo entre a política da igual dignidade e da diferença, pois, embora a política da diferença seja tida pelos teóricos liberais como geradora de favoritismos, esta está no cerne das lutas e movimentos sociais por reconhecimento e ampliação do direito. Já a política da diferença garante a redefinição da não discriminação e evita deformações no processo de construção identitária dos sujeitos imersos nos processos dialógicos conflituosos. Taylor busca, sobretudo, a construção de um sistema de direitos construídos em bases ‘universais’ que não negligencie as identidades específicas e esteja atento ainda aos valores subjacentes necessários e constantemente negados aos grupos minoritários. Em suas palavras,

Os dois tipos de política que se baseiam na noção de respeito igual entram em conflito. Em primeiro lugar, o princípio do respeito igual exige que as pessoas sejam tratadas de uma forma que ignore a diferença. A intuição fundamental de que este respeito depende das pessoas centra-se naquilo que é comum a todas elas. Em segundo lugar, temos de reconhecer e até mesmo encorajar a particularidade. A crítica que a primeira faz à segunda consiste na violação que esta comente do princípio de não discriminação. Inversamente, a primeira é criticada pelo fato de negar a identidade, forçando as pessoas a ajustarem-se a um molde que não lhes é verdadeiro. Já seria suficientemente mau se tratasse de um molde neutro – ou seja, que não pertencesse a ninguém, em particular. Mas, geralmente, as pessoas levam a reclamação mais longe. Queixam-se do fato de o conjunto, supostamente neutro, de

princípios que ignoram a diferença e que regem a política de igual dignidade ser, na verdade, um reflexo de uma cultura hegemônica. Se assim é, então só a minoria ou as culturas subjugadas são forçadas a alienarem-se. Consequentemente, a suposta sociedade justa e ignorante das diferenças é, não só inumana (porque subjuga identidades), mas também ela própria extremamente discriminatória, de uma maneira sutil e inconsciente. (TAYLOR, 2000b, p. 63)

Com a reproblemática do pensamento republicano de Rousseau, Taylor também critica a exigência de uma unidade ‘coesa’ de cidadãos, a qual não possibilita nenhuma forma de diferenciação. Segundo o autor, os elementos inseparáveis da teoria de Rousseau que caracterizam-se pela ‘liberdade’ (não dominação), ausência de diferenciações e um objetivo comum coeso, representam a tradicional fórmula das tiranias modernas que se propagaram pelos regimes totalitários do século XX. Essa combinação de ideais vistos como desejáveis e harmônicos, tornou-se um gênero tentador no pensamento contemporâneo, no entanto, eles apresentam uma margem extremamente reduzida de reconhecimento das diferenças.

Em suma, de acordo com Charles Taylor, os direitos coletivos nos moldes de propagação dos direitos individuais existentes no Estado democrático de direito não possuem qualquer espaço para o reconhecimento das especificidades identitárias dos diversos grupos culturais alternativos, levando sempre a formas de discriminação, não reconhecimento e, principalmente, à imposição de uma cultura hegemônica que aliena ao mesmo tempo em que fragmenta as sociedades complexas hodiernas. Para o autor, o que está em jogo no pensamento político-jurídico moderno é a constante necessidade do reconhecimento de medidas legais ou prerrogativas jurídicas que realmente preservem as culturas historicamente negadas, garantindo não apenas a sua existência, mas sua sobrevivência no bojo das culturas majoritárias. Essa situação implica,

[...] certificar-se de que existirá uma comunidade de pessoas aqui, no futuro, que desejará aproveitar a oportunidade de falar [outra língua] [...]. As políticas com vista à sobrevivência procuram ativamente criar membros da comunidade, por exemplo, ao assegurar-lhes que as gerações futuras continuarão a identificar-se como falantes [desta língua] [...]. De modo algum é possível ver estas políticas como algo que serve apenas para facilitar as coisas às gerações hoje. (TAYLOR, 2000b, p. 79).

De acordo com Taylor, o desafio cada vez mais notável em termos de ‘justiça social’ nas comunidades multiculturais vigentes, é o de lidar com o seu passado e o seu presente de marginalizações e exclusões sociais, que comprometem os seus princípios político-jurídicos holísticos do Estado democrático de direito. A necessidade de reconhecer e proteger os méri-

tos de outras culturas e tradições que não apenas as de origem ‘europeia’, é uma das atuais reivindicações da política do reconhecimento no continente.

Logo, o que está em pauta para Charles Taylor (2000) não é a criação de ‘direitos paternalistas’, mas sim de um sistema jurídico que reconheça o valor igualitário das diferentes culturas, garantindo que elas possam sobreviver num futuro distante. As lutas hodiernas por reconhecimento e as formulações acerca da ‘liberdade’ e da ‘igualdade’ devem, por conseguinte, ser reformuladas por esse novo ideal de ‘diferença’, que permita a diversidade cultural não inferiorizadora. Para o autor, é impossível falarmos de *realização pessoal* ou *coletiva*, e desenvolvimento autônomo sem considerarmos seus panos de fundo culturais e tradicionais, definidos numa esfera de eticidade específica.

No entanto, como veremos no próximo capítulo, através da *Teoria Reconstitutiva do Direito* de Jürgen Habermas (1997; 2000), podemos mencionar que para ele é possível sim que a teoria liberal dos direitos possa ser constituída individualisticamente e ainda assim lidar adequadamente com as lutas por reconhecimento de grupos e coletividades, que reivindicam demandas historicamente não cumpridas ou negadas. Pois, para Habermas (2000) uma ‘justiça social’ corretamente entendida implicaria apenas uma política do reconhecimento capaz de proteger a integridade de todos os indivíduos nos seus contextos vitais de vida, nos quais as suas identidades são formadas, não exigindo assim um modelo alternativo de justiça que corrija o ‘projeto individualista’ do sistema de direitos contemporâneo.

O que é imperativo, segundo Habermas (2000), seria apenas uma atualização constante do sistema jurídico pelos indivíduos que o compõe. Logo, é questionável o posicionamento tayloriano que o sistema de direitos deve preservar e proteger culturas específicas, pois ele deve se destinar somente à garantia de que todas as formas de vida sejam moldadas autonomamente, sem fazer menção a uma missão cultural específica ou a fronteiras fixas. Segundo o projeto habermasiano, as formulações de Charles Taylor acabam por incorrer num ‘partenalismo’ desmedido, uma vez que ignoram o conceito de autonomia plena dos sujeitos. Elas não consideram que aqueles a quem a lei se destina possam adquirir autonomia na medida em que se compreendem como os próprios autores e formuladores da lei. Compensações legais e favorecimentos jurídicos poderiam culminar no acirramento das discriminações intergrupos e em formas de reconhecimento identitário ainda mais distorcidas e patológicas.

De acordo com Habermas (2000), somente a democratização do sistema de direitos contemporâneo poderia abranger todas as reivindicações universalistas e particularistas simultaneamente, propiciando o aprimoramento dos processos de aprendizado, de comunicação e de autoconhecimento das sociedades plurais, bem como a contemplação de suas reais necessidades de ‘inclusão’ e ‘reconhecimento’ de suas especificidades culturais ou simbólicas. So-

mente através dos processos dialógicos de ‘justiça’, poderíamos edificar as bases de uma solidariedade necessária para construir uma cultura política comum, que representasse toda a sua totalidade e especificidades humanas, sendo assim desacoplada dos planos de subculturas predeterminadas.

Em síntese, para Habermas (2000), o sistema de direitos que falha na sua tarefa de vincular devidamente as esferas da ‘autonomia pública’ e da ‘privada’, acaba gerando essa interpretação equivocada que o ‘universalismo categórico’ dos direitos fundamentais leva ao nivelamento das diferenças socioculturais. Somente um sistema de direitos que se comprometa com vinculações cívicas e democraticamente instituídas, baseando-se em seus contextos sociais de vida, poderia ser capaz de universalizar os direitos, respeitando ainda as diferenças e as diversidades étnico-culturais. O autor propõe um novo tipo de Estado democrático de direito, firmado em ideais de inclusão com sensibilidade às diferenças, livres de determinações culturais específicas, dominações verticais e premissas artificialmente forjadas de uma maneira anterior à política democrático-deliberativa.

Brevemente, o Estado de direito concebido pelo paradigma habermasiano somente admitiria a socialização política entre as diversas culturas e tradições, com a aceitação dos princípios da *Constituição* dentro do escopo de interpretação norteados pelo autoentendimento político dos seus concidadãos. Ou seja, a assimilação só aconteceria nas formas de se usar publicamente a razão em prol de uma cultura política em comum e não na preservação de identidades coletivas paternalistas, que significariam necessariamente o desrespeito da prerrogativa básica de neutralidade ética do Estado constitucional. A composição diversificada de culturas dentro de uma sociedade ampliaria os horizontes pelos quais os cidadãos poderiam interpretar seus princípios ético-morais e as normas, atualizando o sistema de direitos que passaria a abranger todas as culturas num contínuo processo de evolução e reprodução não patológicos. Para todos os efeitos, o autor considera que o autoentendimento de uma sociedade não deve se fundamentar em premissas culturais ou formas determinadas de uma eticidade tradicional, mas sim na plena execução democrática, assentada no total respeito aos direitos fundamentais do homem e do cidadão.

Como veremos adiante, Habermas apresentará esse debate teórico que se assentará numa ‘nova solução’ acerca do reconhecimento recíproco e da justiça para as sociedades multiculturais europeias, assim como Axel Honneth em sua obra: **A luta pelo reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais** de 2003. Apesar de suas especificidades teóricas, os dois autores serão os principais responsáveis por coordenar a tensão iminente que liga os ‘direitos individuais’ e os ‘direitos coletivos’, oferecendo o vislumbre de uma proteção humana mais inclusiva e abrangente, sem, contudo, adentrar no campo do relativismo cultural e sem

negligenciar a importância dos direitos humanos para a criação de ordens sociais mais democráticas e justas. Em consonância com essas diretrizes – que não são necessariamente ‘harmônicas entre si’, mas que reivindicam um ‘novo tipo universalismo’ no interior do legado racionalista ocidental –, temos também Seyla Benhabib (2008) em seu pequeno texto: **Outro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos.**

A autora recorda que a unidade e a diversidade do sistema de direitos contemporâneo – tendo como base a defesa das prerrogativas da liberdade, da igualdade e da justiça – só poderiam se efetivar, a partir de uma base de compromissos políticos comuns no que tange à instituição de formas democráticas mais eficientes, de alterações nas condutas governamentais e de uma esfera pública livre e plural. O fato é que, o “[...] racionalismo ocidental tem sido usado e abusado a serviço de instituições e práticas que não suportam o controle e o utiliza para se expandir”. Enquanto, “[...] o mundo se torna materialmente um só, é cada vez mais urgente entendermos como conciliar as pretensões universalistas com a diversidade das formas de vida” (BENHABIB, 2008, p.176).

Segundo Seyla, a expansão dos direitos de liberdade, igualdade e justiça tornaram-se uma linguagem incontestável no âmbito das discussões internacionais acerca dos direitos humanos, mas não uma realidade nas práticas político-jurídicas europeias. As diferentes formas de *justificação* filosóficas desses direitos conduziram invariavelmente a uma grande variação no seu conteúdo e na escolha arbitrária de suas várias modalidades de aplicação. Como ressalta a autora, as inúmeras quantidades de códigos morais nas mais variadas sociedades acabaram produzindo um conjunto de normas que se manifestavam distantes dos seus contextos político-sociais e principalmente, democráticos, não englobando assim, por diversas vezes a tolerância étnico-cultural ou religiosa, a igualdade independentemente das condições de raça, cor e gênero, e a própria liberdade de escolha e modos de vida alternativos. (BENHABIB, 2008).

Benhabib argumenta que uma alteração na estratégia de *justificação e derivação* do conteúdo desses direitos é necessária, estando assim longe das preocupações minimalistas que tem acompanhado historicamente esse debate. No sentido que, é fundamental um entendimento mais robusto dos direitos humanos nos termos morais apresentados por Hannah Arendt no seu conceito de ‘direito a ter direitos’. Com a ressignificação dessa concepção, Benhabib move-se em direção a uma ‘justiça’ que não se condene a um universalismo traduzido de forma simples ou contraditória, mas sim numa única questão legal, isto é, “[...] no reconhecimento da liberdade de comunicação com o *Outro*, no direito do *Outro* de aceitar como legítimas apenas as regras de ação, cuja validade foi conquistada mediante a razão” (BENHABIB, 2008, p.186-187).

Seu modelo de universalismo, não repousa na falácia moral jusnaturalista e nem no uso paradigmático e oportunista da defesa dos direitos do homem, mas sim na exigência de que esses direitos implicariam o ‘reconhecimento das identidades’ de todos os sujeitos, bem como da identidade do ‘*Outro* concreto generalizado’. O ponto do *Outro generalizado* requer que todos e cada um dos indivíduos atribuam os mesmos direitos e deveres “[...] que desejariam atribuir a si próprios. Ao assumir este ponto de vista, fazem-se abstrações de sua individualidade e da identidade concreta do *Outro*” (BENHABIB, 2008, p. 190). Nas palavras da autora:

Nossa relação com o outro é regida pelas regras da igualdade e da reciprocidade: cada um tem o direito de esperar de nós o que pudemos esperar dele ou dela. Para trata-lo de acordo com essa regra, confirmo a sua pessoa os direitos de humanidade e realizo a exigência legítima que você faz sobre mim [...] Esse reconhecimento recíproco de cada um como seres que possuem o ‘direito a ter direitos’ implica algumas lutas por reconhecimento, movimentos sociais e processos de aprendizagem dentro e através das classes sociais, dos gêneros, das nações, dos grupos étnicos e dos credos religiosos. Este é o autêntico significado para o *universalismo*: o universalismo não consiste em sua essência na natureza humana que somos informados que todos nós temos ou possuímos, mas sim nas experiências que estabelecem uma uniformização ao nível da diversidade, do conflito, da divisão e da luta. O universalismo é uma aspiração, um objetivo moral para lutar, não é um fato, uma descrição de como o mundo é. Deixe-me enfatizar como essa justificação difere das demais, [pois ela se baseia na] formulação teórico-discursiva da *liberdade comunicativa* [...] [Essa] justificação dos direitos é vista como uma prática dialógica que não está enredada nas teorias metafísicas dos direitos naturais ou nos egos de um individualismo possessivo [...] [mas sim no] reconhecimento do *Outro* como um ser capaz de agir livremente e comunicativamente. (BENHABIB, 2008, p. 191-193).

Portanto, o ‘direito a ter direitos’ de Arendt ressignificado por Benhabib, envolve o reconhecimento moral da identidade do *Outro*, como um ser de constituição afetiva e emocional, com uma história de vida específica, capacitado de agir livremente e apresentar atos válidos de fala. A universalização entendida a partir desse ponto renegocia constantemente essa interdependência do *Eu* com o *Outro*, resituando-os, reintegrando-os a partir do universal para contextos de vida concretos. Seyla Benhabib (2008) chamará esse projeto de *universalismo interativo*, que se assenta no *self* e nas suas iterações democráticas com o *Outro*, rearticulando a ‘unidade’ e a ‘diversidade’ no escopo do sistema de direitos contemporâneo. A autora se abstém ainda de definir um conteúdo específico para esses direitos, mas defende que seu dever se baseia na proteção da liberdade comunicativa das pessoas e na regra do ‘igual respeito e consideração’.

Assim, os debates internos e as divergências irão moldar o conjunto desses direitos humanos, não admitindo imunidades especiais ou privilégios ligados a indivíduos em virtude de sua participação em diferentes grupos culturais, políticos, étnicos ou religiosos. A liberdade de expressão e de associação não são concebidos apenas como direitos políticos, mas são condições essenciais para o ‘reconhecimento recíproco’ de indivíduos enquanto seres humanos. Somente depois que essa condição for satisfeita, poderíamos dizer que existiria uma ‘unidade e diversidade’ legítima no escopo dos direitos humanos nas sociedades políticas bem ordenadas.

Esse princípio universal de justiça seria hábil, segundo Benhabib, em eliminar o parochialismo, o etnocentrismo e o paternalismo tipicamente ocidentais, que serviram para perpetuar desigualdades inferiorizadoras através da discriminação e, que muitas vezes acabaram indo de encontro ao sistema de direitos e aos direitos do homem. Nas palavras da autora: “As iterações democráticas nos permitem julgar os processos de formação de vontade como legítimos ou ilegítimos, através de requisitos de direito, contextualizados, que se expandem e se diversificam em práticas institucionais realizadas à luz desses critérios” (BENHABIB, 2008, p. 199-200). Esses princípios “[...] não estão congelados no tempo ou no espaço, mas constituem-se como uma controversa contínua, como um complexo diálogo que desafia os pressupostos da integralidade de cada cultura, tornando possível aos seus membros se verem a partir da perspectiva do *Outro*” (BENHABIB, 2008, p. 202). Os resultados desses processos dialógicos culminariam, portanto, num grau variado e condizente com a interpretação dos direitos humanos, com uma ampliação substantiva da *Alteridade* no bojo do sistema, e finalmente, para o incremento das perspectivas de igualdade, liberdade, justiça, tolerância e cidadania.

Pudemos constatar, ao longo deste capítulo, a grande disparidade de diagnósticos acerca da *fundamentação* e da *efetividade* do sistema de direitos moderno no que tange à proteção humana e sua suposta retórica de ‘universalidade’ e ‘inclusão do *Outro*’. O âmbito do Direito tornou-se um local de contestação sobre a viabilidade futura das democracias europeias, seja no que diz respeito aos sistemas de proteção do homem e dos cidadãos, seja nos seus aparatos burocráticos de deliberação, ou na devida representação legal e legislativa. Como enfatiza Benhabib, “[...] seria tolo negar, portanto, suas ambivalências, contradições e situações traiçoeiras que muitas vezes transformou as intenções universalistas em pesadelos hegemônicos”. No entanto, a partir dessa “[...] hermenêutica da suspeita diante desses desenvolvimentos só nos levarão a uma recusa, por parte dos críticos, a considerar a normatividade e a jurisdição do direito e, em vez disso, reduzir a lei à sua facticidade” (BENHABIB, 2010, p. 04).

Mesmo que o atual sistema de direitos exija uma reinterpretação constante acerca de seus valores e princípios incorporados em cada caso, não podemos reduzi-lo à defesa de repúblicas vazias ou de um *universalismo estratificador* desprovido de *Alteridade*. Um verdadeiro ente democrático exige participantes capazes de racionalizar em espaços públicos abertos às reivindicações diversas por reconhecimento de identidades alternativas. A teoria habermasiana, acrescentará assim a essencialidade do princípio democrático para reivindicar legitimidade histórica a esses direitos de proteção humana, podendo agregar o assentimento de todos num processo de legislação legalmente instituído. A pessoa humana será assim vista como um ser capaz de se auto-interpretar e reivindicar seus direitos. “Ter um direito significa ser capaz de iniciar ações e opiniões a serem compartilhadas por outros através de uma interpretação de suas próprias reivindicações. Os direitos humanos e os direitos de autogoverno estão entrelaçados” (BENHABIB, 2010, p. 06).

Como adição, a teoria honnethiana apresentará uma orientação focada nos ideias de uma sociedade mais justa, sensível as possibilidades de criação dos laços sociais de solidariedade para além dos atuais quadros sociais reificantes – das inferiorizações, das desigualdades, das discriminações e do racismo. Tais questões são primordiais para um repensar democrático das esferas sócio-institucionais hodiernas, e para a satisfação das reivindicações históricas por mais direitos e reconhecimento das particularidades humanas de cada um.

Baseando-se no processo social de construções intersubjetivas, Axel Honneth irá identificar as patologias do tempo presente, a partir dos processos identitários de formação humana e do desenvolvimento de suas *autorrelações práticas*, aferindo ao seus retrocessos o impedimento da formação de laços sociais mais abrangentes e plurais. Sua concepção de ‘justiça’ assentará sobre o acesso humano igualitário às instituições de reconhecimento para o desenvolvimento da ‘liberdade social’. Refutar-se-ão assim, as relações sociais inferiorizadoras, estratificadoras e fragmentadoras pautadas na dominação e violência sócio-institucionais europeias.

E, as minorias se colocam como elementos vivos e vulneráveis nesse cenário em mutação, que exige uma reformulação de suas próprias bases jurídico-normativas que fundamentam seus arcabouços sócio-institucionais e humanos, a fim de incorporar em seu sistema de direitos não apenas a inviolabilidade e a unicidade existencial de todos os seres humanos, mas acima de tudo, formular um elo constitutivo e universal de não negação do *Outro*, no qual a preservação da *autorrealização individual* e da *estima social* sejam as verdadeiras fontes de legitimação democrática. Evitar-se-á assim, a pulverização dos laços sociais que desafiam não apenas os Estados nacionais europeus, seus governos, suas sociedades, e o seu projeto de Es-

tado democrático de direito, mas principalmente, os aglomerados humanos que clamam por reconhecimento e justiça num mundo permeado por violações, abusos e assimetrias radicais.

4 INCLUSÃO SOCIAL E NÃO DISCRIMINAÇÃO: A TEORIA RECONSTRUTIVA DO DIREITO E A TEORIA DO RECONHECIMENTO PARA A RECUPERAÇÃO DA SOLIDARIEDADE EUROPEIA

Com a negação do abandono derrotista dos discursos sobre o papel fundamental do Estado de direito e da auto-organização democrática, Jürgen Habermas em sua obra **Direito e Democracia**, procura incorporar nas recentes teorias filosóficas da justiça às teorias sociológicas do direito, com a intenção de edificar uma *teoria procedimentalista*¹⁰⁹ do direito e da política apoiadas no *medium* linguístico. O autor nomeia de ‘falso realismo’, as análises contemporâneas que subestimam a eficiência dos pressupostos normativos existentes nas práticas sociojurídicas já institucionalizadas, aceitando que embora o sistema de direitos não seja absoluto – nem se constitua como uma categoria homogênea e livre da instrumentalização sistêmica –, ele ainda oferece o núcleo normativo-discursivo capaz de criar asserções criticáveis e abertas ao esclarecimento argumentativo. (HABERMAS, 1997a, p.09-21). Ou seja, no interior do paradigma da linguagem encontramos uma estrutura comum de validação (intersubjetiva) das normas, as quais apelam tanto para a concretização das liberdades subjetivas dos indivíduos como também para a autodeterminação democrática das sociedades multiculturais, conferindo a única fonte de legitimidade possível ao direito moderno e às políticas governamentais. (SCHUMACHER, 2004).

Por isso, no contexto da obra, Habermas reafirma sua intenção de dar continuidade a uma teoria crítica da sociedade, a partir da ofensiva tarefa de democratizar radicalmente a vida social europeia e submeter as conhecidas ‘instituições da liberdade’ à crítica e às transformações reflexivas permanentes. (HABERMAS, 1997a, p. 09-15). Para o autor, essa revitalização da ordem democrática e de suas instituições é primordial para a devida correção das questões de justiça, uma vez que ambas as esferas incorrem rotineiramente numa diluição de naturalizações e engessamentos indevidos, imunizando-se “em muitos de seus conteúdos e formas de funcionamento”. É importante assim, “[...] subtrair o caráter de necessidade dogmática que acompanha os conteúdos do Estado democrático de direito em sua compreensão tradicional e rerepresenta-lo como elementos submetidos à prova dos processos democráticos [e deliberativos].” (SILVA; MELO, 2012, p. 135-136). Nas palavras de Schumacher (2004),

[Habermas introduz] uma visão mais rica de democracia, a deliberativa ou participativa, não limitada à questão do regime político, mas conectada ao

¹⁰⁹ [Procedimental porque é formal, no sentido de que não pode ser orientado por nenhuma forma de vida determinada, por nenhum modelo concreto do que a deva ser a sociedade ou os cidadãos que vivem no Estado democrático de direito. (TERRA; NOBRE, 2008, p. 35).].

Estado de direito, isto é, ao grau de efetividade dos direitos da cidadania na sociedade. No interior dessa concepção, o direito aparece indissoluvelmente ligado à democracia, cujo desenvolvimento depende das condições de comunicação e procedimentos de formação da opinião e da vontade democráticas. (SCHUMACHER, 2004, p. 76).

Habermas também se volta ao entendimento dos diversos bloqueios existentes no interior das práticas sociojurídicas atuais e à relação externa que o sistema de direitos estabelece com os demais âmbitos da vida. O direito não é concebido aqui como mero instrumento de dominação ou manutenção do poder político (nascido do Ocidente), nem como um simples mecanismo de obtenção da ‘liberdade’, da ‘igualdade’ e da ‘justiça’ abstratas. Mas sim, como uma ‘língua universal e transcultural’ capaz de normatizar as relações entre os indivíduos e povos, viabilizar a cooperação social e explicitar a ‘justa’ imbricação dos direitos humanos com a soberania popular, consolidando assim as tão almejadas *autonomia* e *autodeterminação* democráticas. (HABERMAS, 2012, p. 07).

O direito se pauta ainda nas constantes lutas sociais pela interpretação/satisfação das reivindicações historicamente não cumpridas, nas quais os atores coletivos estão envolvidos. Uma teoria do direito corretamente entendida, sob o viés habermasiano, exige uma política democrático-deliberativa que proteja a integridade dos indivíduos nos seus contextos fundamentais de vida, bem como enfatize a constante reatualização do sistema por meio dos indivíduos e seus vínculos cidadãos. (HABERMAS, 2001, p. 229-237). Em síntese, somente o contexto democrático é capaz e viável para a produção legítima dos direitos, os quais podem proporcionar a ‘emancipação’ e as lutas contra as patologias da modernidade. Os direitos humanos aparecem aqui, simultaneamente, como a ‘base’ e a ‘possibilidade’ mediante as quais todos os demais direitos podem ser aperfeiçoados na *ação comunicativa*.

No entanto, sua eficiência contemporânea ainda é paradoxal porque, “[...] a esfera jurídica [também] se mostra como um local onde se manifestam explicitamente os conflitos observados entre os imperativos sistêmicos que regulam instrumentalmente a vida social e os potenciais comunicativos que possibilitam a determinação *autônoma* do comportamento” dos indivíduos. (SILVA; MELO, 2012, p.140). Como menciona Marcos Nobre (2008):

O papel transformador atribuído por Habermas ao direito está em que este tem a dupla face, tem pés fincados tanto no *mundo da vida* como no *sistema*, serve tanto ao poder comunicativo como ao poder administrativo. De um lado, ele é a voz da administração e do sistema, em que a norma e sanção são inseparáveis uma da outra, ou seja, em que o direito aparece como coerção, ainda que coerção legítima. De outro lado, o direito é expressão, simultaneamente, de um processo de formação coletiva da opinião e da vontade, sem o qual seria apenas um estabilizador de expectativas de comportamento e não a expressão da autocompreensão e da autodeterminação de uma comunidade

de pessoas de direito que ele também é. Nesse sentido, o direito pode tanto ser tomado de uma maneira unilateral e distorcida para servir unicamente de instrumento de colonização do mundo da vida pelo sistema, como ao contrário, o direito pode ser portador de impulsos de reação à colonização e mesmo de movimentos ofensivos para orientar processos sistêmicos num sentido determinado [em prol da emancipação]. (NOBRE, 2008, p. 27).

Isso significa, em sentido amplo, que a linguagem da feição moderna dos direitos seria a responsável por conduzir as comunicações e seus respectivos influxos provenientes do *mundo da vida* – advindas das esferas públicas autônomas e dos âmbitos privados dos sujeitos de direito – aos patamares institucionais mais altos, rumo aos processos de tomada de decisão, através da vasta participação da sociedade civil e da ação dos novos movimentos sociais. De outro lado, o direito também pode ser utilizado em prol dos códigos especializados do sistema de ação autorregulados, movendo assim as engrenagens tradicionais regidas pela lógica instrumental, padronizada, empobrecida e desagregadora. Em suma, sem esse ‘transformador’ e ‘mediador’ moderno, a linguagem comum não poderia circular por toda a sociedade, aprofundando-se em cada embate político-jurídico e em cada um dos níveis alcançados. (NOBRE; REPA, 2012, p.37).

O audacioso propósito do sistema de direitos atribuído por Habermas (1997) seria o de converter os diversos fluxos comunicativos presentes nas sociedades supercomplexas hodiernas em ações administrativas, *i.e.*, em ‘superestruturas jurídico-estatais’, inundando-as com os potenciais comunicativos e dialógicos liberados através da crítica intramundana e da integração solidária dos atores sociais, sendo ainda pautadas no livre convencimento (SILVA; MELO, 2012, p. 138). É preciso frisar, que seu objetivo é o de oferecer – do ponto de vista democrático-inclusivo –, uma legitimação social da longa cadeia de decisões políticas no âmbito do Estado de direito moderno e abordar sua relação intrínseca com os vários aspectos democráticos e universalistas da proteção humana. Âmbitos esses, que serão posteriormente alargados pelo autor em **A constelação pós-nacional** e **Sobre a constituição da Europa**, englobando também o nível internacional.

Deste modo, nas formulações habermasianas, as diversas demandas sociais deveriam passar das redes periféricas da esfera público-política para a esfera jurídico-institucionalizada, a fim de reduzir as pretensões colonizadoras e patológicas de um sistema resguardado pelo cerne econômico-instrumental. (NOBRE, 2008, p. 22-27). Essa transição seria feita basicamente através de procedimentos reconstrutivos e construtivos do sistema de direitos moderno, da lógica jurisdicional e da política democrático-deliberativa. Política essa, que favoreceria a satisfação igualitária da autonomia dos indivíduos, seu reconhecimento moral intersubjetivo e a coexistência de diferentes tradições culturais, sem a existência de relações assimétricas de

poder voltadas às contínuas inferiorizações sociais inescrupulosas. (HABERMAS, 2001, p. 162-163).

Feitas essas considerações introdutórias, o autor abordará preliminarmente em seu estudo o sistema moderno de direitos a partir de duas dimensões que ele considera como sendo fundamentais, *i.e.*, a *facticidade* e a *validade* das normas. A primeira está presente no interior do próprio direito e na sua jurisdição, ligada à sua positividade que estabiliza as expectativas de conduta através de justas coerções impostas aos seus destinatários. Sendo considerada, portanto, como um produto da realidade social mutável. A outra versa sobre as pretensões de autocompreensão do direito moderno com a realidade de seus contextos sociais plurais, ou seja, com a exigência de legitimidade social que resvala obrigatoriamente na expectativa das normas jurídicas serem formuladas pelos seus próprios destinatários, seguindo assim as formas racionais de acordo conquistadas pelas vias de uma democracia procedimentalista (NOBRE, 2008, p. 29). Nas palavras de Habermas (1997a),

A teoria tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade. E, ao tomar tal decisão arriscada, ela preserva, de um lado, o engate na interpretação clássica de um nexo interno entre sociedade e razão, que pode ser mediado de diferentes maneiras, portanto um nexo entre circunscrições e coerções pelas quais transcorre a reprodução da vida social; de outro lado, ela não abandona a ideia de uma condução consciente de vida. [...] O *medium* do direito apresenta-se como um candidato [...] As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais [e plurais], mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado. (HABERMAS, 1997a, p. 25).

Ao sistema moderno de direitos caberia ainda a função adicional de assegurar a formação da solidariedade nas sociedades plurais em detrimento da fragmentação, exclusão e formas alternativas de inferiorização do *Outro*. Visto que, não deveria mais haver um conjunto de valores pautados em antigas lealdades grupais ou religiosas. Por isso, a solidariedade social deveria ser justificada segundo uma espécie de lealdade democrática procedimental, superando assim as cosmovisões metafísicas dominantes. “As orientações práticas só poderiam ser obtidas através de argumentações, isto é, através de formas de reflexão do próprio agir comunicativo” (HABERMAS, 1997a, p. 132). E, os inúmeros grupos humanos de origem étnica e cultural diversas relacionar-se-iam uns com os outros através do “[...] fundamento do respeito recíproco das pessoas do direito uma pelas outras. O preço por ‘suportar’ diferenças éticas desse tipo também [seria] juridicamente exigível, desde que se assegur[asse] o direito a uma coexistência de diferentes formas de vida” (HABERMAS, 2001, p. 312). A solidariedade seria assim fruto de uma contínua tolerância social, sob o ponto de vista ético-moral, que re-

gulamentar-se-ia numa igualdade boa para todos com vistas às reivindicações prioritárias da coexistência sob a igualdade de direitos com sensibilidade às diferenças identitárias.

Nesse cenário formado por forças ilocucionárias, as eticidades das diferentes formas de vida passariam a ser autorreguladas por convivências sociais não-alienadas e essencialmente solidárias – no âmbito das tradições assimiladas de modo consciente e criticamente continuadas –, de outro lado, os modelos de uma sociedade justa apareceriam por meio de “expectativas de comportamento e conflitos no interesse simétrico de todos os autores” (HABERMAS, 1997a, p.132). Uma boa fundamentação do sistema moderno de direitos deveria “[...] levar em conta os [múltiplos] aspectos da justiça, isto é, antes de querer ou aceitar um programa, precisamos saber se sua implementação é igualmente boa para todos” (KEINERT; HULSHOF; MELO, 2008, p. 87).

Portanto, Habermas insistirá na sua missão de atribuir um sentido *universalista e inclusivo* ao sistema de direitos, assim como validar suas regras circunscritas no que se refere aos indivíduos e às práticas público-políticas realizadas por todos (sem discriminações ou inferiorizações no bojo de seus processos de formulação e aplicação). Em suma, essas formulações nos permitirá atestar que as ordens modernas do sistema de direitos só poderiam ser ‘legitimadas’ – segundo fontes que não as coloquem em contradições explícitas com os ideais ético-morais de convicções deliberativas de uma vida pós-tradicional –, bem como atribuir um maior ou menor grau de opressão ou emancipação através das práticas político-sociais e dos usos continuados que fazemos delas.

Segundo Habermas (1997a, p. 133), “[...] argumentos em prol da legitimidade do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal, bem como com os princípios éticos de uma conduta de vida autorresponsável”. Vida essa, projetada racionalmente pelos indivíduos e coletividades, com a utilização dos seus mecanismos democrático-inclusivos. Em outras palavras, somente com a universalização dos direitos poderíamos obter as condições sociais para que todos os atores, inobstante suas peculiaridades, se tornassem aptos em participar das práticas deliberativas. Sem a inclusão social não existiria o direito legítimo e sem o direito não existiria a inclusão social.

Apesar disso, com frequência – como foi observado nos capítulos anteriores –, o sistema de direitos se impôs na vida social das comunidades pós-tradicionais com interesses suficientemente não filtrados, servindo-se de sua força legitimadora para ocultar a sua imposição patológica e distorcida, culminando em padrões dominantes, hierarquias de poder e estratificações sociais. Apoiou-se em garantias metassociais se protegendo das críticas e refletindo a distribuição desigual do poder social. Ou seja, à primeira vista, o direito apareceu como um instrumento essencial para a garantia da integração social e da solidariedade, mas por vezes,

tornou-se irrisório por não se apoiar em formulações verdadeiramente democrático-inclusivas e nas reivindicações provenientes dos seus contextos plurais de formulação. Segundo Habermas, “[...] o direito moderno continua sendo extremamente ambíguo da integração social, pois com muita frequência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo” (HABERMAS, 1997a, p. 63).

Por todas essas razões, detalhar-se-ão a seguir os diferentes aspectos desse projeto crítico-racionalista que nos auxiliará na difícil tarefa de demonstrar a plausibilidade da *teoria reconstrutiva do direito* de Jürgen Habermas e de seu potencial reflexivo para avaliarmos a atual situação da proteção humanitária na Europa e a sua proposta de promoção da ‘igualdade’, da ‘liberdade’ e da ‘justiça’ nos recentes contextos sociais. Identificar-se-ão ainda seus respectivos bloqueios jurídico-normativos, assim como apresentaremos “[...] a unidade do próprio direito, aquilo que faz dele único na multiplicidade de seus usos, atribuições e funções” (NOBRE, 2008, p. 34).

Isso permitirá que coloquemos a esfera jurídica permanentemente à prova não apenas pelos seus diferentes tribunais ou parlamentos, mas principalmente, pelos cotidianos de vida. Com esse intento, “[...] a dimensão emancipatória inscrita nas normas poderá ser mobilizada contra obstáculos sociais, políticos e econômicos, assim como normas conservadoras [e altamente discriminatórias] poder[ão] ser desafiadas no vasto campo das lutas sociais concretas” (NOBRE, 2008, p. 34). O apelo à proteção universal dos direitos humanos aparecerá ao fim na “indignação dos humilhados pela violação de sua dignidade humana”, sendo deduzidos tanto da fonte crítico-racional quanto das reivindicações públicas de caráter histórico-sociais. O seu papel catalisador se dará mediante às “[...] reivindicações que se voltam contra o alargamento das grandes diferenças sociais e contra a exclusão de grupos inteiros do circuito integral da cultura e da sociedade” europeias. (HABERMAS, 2012, p. 11-16).

4.1 O direito e a teoria habermasiana: um breve panorama epistemológico

O pensamento que norteia o programa teórico habermasiano se pauta na “reconciliação da modernidade dilacerada consigo mesma”, reconciliação essa, que podemos interpretar como a busca incessante pela emancipação. Isto é, de “fazer justiça ao fenômeno da existência humana e da liberdade” (PINZANI, 2009, p. 10-33). Assim, com o propósito de se desvencilhar da “miséria da existência histórica: dor, laceração e dúvidas”, Habermas se concentra na elaboração de um diagnóstico de época capaz de corrigir seus próprios problemas e de restabelecer o equilíbrio social perturbado, sobretudo, em sociedades constituídas de maneira heterogênea. Segundo ele, ainda é possível encontrarmos “modos de convivência”, nos quais as

autonomias dos indivíduos, suas imbricações com os contextos de vida e suas respectivas formas de reprodução materiais, sejam finalmente ‘reconciliadas’. Tudo isso dependeria apenas de uma rede intersubjetiva de relações comunicativas bem estabelecidas, hábeis em viabilizar ao mesmo tempo uma relação de *liberdade e dependência*. Como lembra Pinzani (2009),

Trata-se sempre de concepções de interação bem-sucedida, de reciprocidade e de indiferença, de distância e de proximidade de que não falha, de vulnerabilidade e de cuidado complementar – todas essas imagens de proteção, exposição e compaixão, de dedicação e de resistência surgem de um horizonte de experiência de uma *convivência cordial*. (PINZANI, 2009, p. 99).

O fato é que Habermas concebe sua teoria trazendo à tona vigorosas críticas às formas hodiernas de corrosão dos laços de solidariedade e desagregação socioculturais, principalmente ligadas aos modos patológicos de produção e associação, de reprodução cultural e do pleno exercício dos direitos de cidadania. Surge assim, no âmbito de seu modelo crítico-reflexivo, um quadro categorial de análise que ao mesmo tempo que contempla as ‘estruturas sistêmicas de dominação’, também se concentra nos processos sociais de ‘superação’ prática, discutindo ainda a função da comunicação não distorcida para a reatualização dos debates público-políticos e das discussões livres. Reconhecem-se, portanto, nas realidades sociais europeias seus principais potenciais de libertação das amarras hierárquicas de poder e, a socialização¹¹⁰ passa a ser vista como o resultado intrínseco do processo moral intersubjetivo apoiado no entendimento recíproco (o qual favorece o amplo desenvolvimento da individualidade e da autonomia humanas). (HONNETH, 1988, p. 381-382) (HONNETH, 1999, p. 533).

Habermas (1997a) aponta que as novas contingências trazidas pela modernidade ocasionaram um aumento das lógicas antagônicas de poder e o surgimento de ‘interações estratégicas’ devido à intensificação das diferentes concepções de mundo e dos modos de vida, não sendo mais possível legitimar as novas ordens sociais pelas referências advindas da tradição¹¹¹. Por isso, segundo ele, o agir comunicativo seria o único hábil o suficiente em sintetizar a tensão estrutural que se formou nos diversos níveis e domínios da vida, indo desde a esfera mais elementar que é a linguagem e o direito até o pleno funcionamento do Estado democrático de direito. Através de sua teoria, superar-se-iam também as vicissitudes trazidas pela raci-

¹¹⁰ [Bem como seus mecanismos de produção da solidariedade humana.].

¹¹¹ [Numa sociedade tradicional, todos os domínios da vida social encontram-se referidos a um conjunto de valores religiosos ou míticos que dão sentido a cada uma das ações individuais e coletivas e que são compartilhados por todos os membros da comunidade. Isso significa que essa visão de mundo compartilhada por todos legitima a própria maneira de organizar a vida em sociedade e é, enquanto tal, incontestável (...) A passagem para a modernidade coincidiu com o surgimento de conflitos entre eticidades diversas, muitas vezes incompatíveis entre si e inconciliáveis em suas pretensões de dirigir a vida cotidiana de indivíduos e comunidades.” (TERRA; NOBRE, 2008, p. 15-17).].

onalização técnico-econômica que ameaçam rotineiramente se impor no mundo social. (SEGATTO, 2008, p. 37).

Boa parte de seus esforços se orientam por meio da reconstrução do conceito de racionalidade utilizado por Max Weber. No entanto, em Habermas (1997a; 1997b), a racionalização revela-se tendo como pano de fundo a comunicação, de modo que as inúmeras esferas de ‘valor’ – existentes nas sociedades multiculturais –, expressem-se como modos diferenciados de validade, especializados em formas de discurso específicas e, muitas vezes, com respeito a fins. (REPA, 2012, p. 55-56). Em síntese, a modernidade trouxe a ampla pluralização dessas ‘esferas de valor’, tais como, a ciência, a ética e a moral. E, cada uma delas se desdobrou em problemas específicos como o conhecimento orientado pelo interesse, a complexificação da organização público-política e/ou as novas demandas por justiça. Ao fim, todas elas foram submetidas e aprofundadas por paradoxos e perturbações internas. Portanto, com a declínio das sociedades tradicionais, essas esferas se autonomizaram e, cristalizaram-se num sistema pautado na reorganização da empresa capitalista e nos aparatos burocráticos do Estado, os quais se conectam de modo funcional.

De outro lado, também tivemos a racionalização social que se deu com base no desequilíbrio entre as esferas culturais e sociais – devido ao predomínio da racionalidade instrumental –, liderada pelos avanços dos sistemas de ação articulados pelos *media* dinheiro e poder sobre todos os horizontes partilhados de vida, isto é, os *mundos da vida* modernos. No bojo desse sistema binário, criaram-se ainda estruturas hierárquicas e padrões dominantes que levaram continuamente à subjugação dos sujeitos sociais e constrangeram o desenvolvimento de suas próprias identidades e formas simbólicas de reprodução social.

A racionalização do mundo da vida possibilita um tipo de integração sistêmica que entra em competição com o princípio de integração do entendimento e, sob determinadas condições reage de forma desintegradora sobre o mundo da vida. (REPA, 2012, p. 57).

Assim, os *media* dinheiro e poder apareceram como linguagens desumanizadas – como códigos que submeteram todos os âmbitos da existência humana e da autonomia dos sujeitos –, oprimindo as outras formas de racionalidade e gerando patologias sociais, tais como o fenômeno da *reificação*¹¹². Surgiram também duas tendências avassaladoras de nosso tempo:

¹¹² [Conceito lukácsiano que representa a forma genuína do esquecimento do reconhecimento intersubjetivo. Ele remete à destruição do sentimento originário que une as pessoas umas às outras. Assim, compreender o papel da *reificação* no mundo atual significaria entender a principal razão que conduz ao esquecimento daqueles ‘reconhecimento previamente negado’. A *reificação* é concebida como modelo ou paradigma que torna os sujeitos não seres humanos, mas objetos mortos, sem sentimen-

a monetarização e a burocratização das relações sociais de vida. Tanto uma quanto a outra procuraram tecnificar o *mundo da vida*. E, as relações interpessoais passaram a ser regidas não mais pelo entendimento de seus participantes, mas pelas formas padronizadas do dinheiro e pelos controles burocráticos, ou seja, pelos ‘poderes sem rosto’, que constroem e coagem a orientação destinada ao bem comum e à compreensão da justiça ligada a ela. Nas palavras de Habermas, os “[...] malogros do sistema ating[iram] de maneira mais dura os grupos sociais vulneráveis [e], é preciso rever esse programa todo de sujeição inescrupulosa do mundo da vida aos imperativos sistêmicos” (HABERMAS, 2012, p. 109-111).

Portanto, Habermas se orienta pelos tipos de patologias derivadas desses desequilíbrios sistêmicos, os quais são geradores de profundas crises sociais que distorcem a reprodução simbólica das sociedades contemporâneas e ofuscam a ‘justa autocompreensão procedimentalista’ do Estado democrático de direito. Um dos seus principais questionamentos é: como contornar os “[...] imperativos funcionais do aparelho estatal do sistema econômico e de outros domínios da sociedade, [que] impõem-se muitas vezes com interesses não filtrados?” (HABERMAS, 1997a, p. 62). Ou ainda, “[...] como integrar socialmente *mundos da vida* diferenciados, em si mesmos pluralizados e desencantados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios da ação comunicativa, desligada de fortes instituições?” (HABERMAS 1997a, p. 46).

A resposta para esses dilemas assenta-se na devida articulação de esferas¹¹³ que parecem totalmente diversas à primeira vista, mas que são as únicas capazes de viabilizar uma sequência aberta à liberação dos espaços de comunicação, transformando todo o histórico de dominação e instrumentalização do poder em formas presumidamente racionais de formação da opinião e da vontade. Por isso, para Habermas, o direito moderno seria o único capaz de lidar com as grandes contingências arbitrárias de poder, sem correr o risco de perder sua importância como principal mediador da integração social. Configura-se assim, como um espaço capaz de assegurar os fundamentos de sua legitimidade colocados sempre à disposição dos seus destinatários e, lançar luz às expressões e experiências de injustiças sociais. Em resumo, a ideia é que ao mesmo tempo que o direito pode ser utilizado para oprimir e veicular formas assimétricas de poder, ele também oferece o escopo necessário para rearticular – numa linguagem comum – as próprias lutas sociais em prol da emancipação humana. (HABERMAS, 1997a, p. 54).

tos. Para Honneth é o primado do reconhecimento que se constitui como o elo originário da constituição do laço social e o seu rompimento ocorre na lógica da reificação. (DALBOSCO, 2011).].

¹¹³ [Universalismo *versus* particularismo, liberdade *versus* igualdade, autonomia pública *versus* autonomia privada, bem como as pressuposições acerca da soberania popular, do Estado de direito e da democracia. (WERLE, 2012, p. 187).].

Em última instância, o direito moderno deveria se alimentar de uma solidariedade pautada exclusivamente no papel do cidadão que ascende do *agir comunicativo*, apresentando-se como um elo que vincula tanto as reivindicações individuais autônomas – pela busca incessante do reconhecimento –, como as normas e regras que regulamentam a vida em sociedade. O sistema de direito não deveria assim fundamentar sua *validade* e sua *legitimidade* apenas no seu poder de imposição ou coerção, mas sim nos processos deliberativos pautados nas associações públicas de cidadãos *livres e iguais*. (SEGATTO, 2008, p.49). Segundo Habermas (1997a), “a teoria da ação comunicativa concede uma posição central à categoria do direito” e “[...] forma por seu turno um contexto [normativo] apropriado para uma teoria do direito apoiada no princípio do discurso” (REPA, 2008, p. 56).

Nessa construção teórica, a fonte primária da integração social passa a ser o próprio reconhecimento intersubjetivo de todos os sujeitos envolvidos nos atos de fala, sem quaisquer tipos de discriminação ou inferiorização do *Outro*. Portanto, as práticas cotidianas – suas contradições e experiências, seus consensos e críticas, suas lealdades e inquietações, e seus padrões e diferenças –, devem formar os horizontes político-comunitários do discurso racional que tem apenas o entendimento mútuo e os panos de fundo cívico-constitucionais como substratos socializadores. Assim, o sistema de direitos teria a função exclusiva de atenuar as instabilidades provenientes da socialização pós-tradicional e evitar a sua colonização pelos imperativos sistêmicos que visam o dissenso, a opressão e a dominação. De acordo com Habermas (1997b, p. 181), “[...] os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos”.

O direito moderno representaria assim, no bojo da teoria habermasiana, uma instância mediadora entre o *mundo da vida* e os *imperativos sistêmicos* de reprodução das sociedades, mantendo ainda as portas abertas para as fontes comunicativas derivadas da autonomia dos cidadãos e da administração público-política. A categoria do direito apresenta-se como um modelo-chave para a autocompreensão da própria sociedade, sua eticidade e evolução moral, uma vez que ela deve sempre ser ampliada e expandida através das reivindicações sociais e de seus diversos contextos de vida. O autor recorda a essencialidade de “[...] todos os atingidos [terem] a chance efetiva de levantar a sua voz e de exigir seus direitos a partir de experiências sociais concretas”, uma vez que a ‘justiça social’ não se refere apenas à justa distribuição ou à redistribuição de bens, mas também, e principalmente, “[...] às condições institucionais necessárias ao desenvolvimento e ao exercício das capacidades individuais, da comunicação e da cooperação coletivas” (HABERMAS 1997b, p.160-168).

Um modelo jurídico passaria a ser considerado discriminador quando não levasse em conta as limitações da ‘liberdade’ derivadas das desigualdades sociais inferiorizadoras ou ainda quando privasse os oprimidos e subjugados de exercerem sua autonomia e liberdades subjetivas privadas, levando assim, a um atentado até mesmo contra à própria dignidade da pessoa humana. Podemos dizer que na medida em que a justiça se orienta pelos marcos distorcidos da comunicação ou em ideais reificantes de vida, as formas jurídicas também passam a consolidar os estereótipos que supostamente deveriam combater ou eliminar por completo. Nas palavras de Habermas,

A dominação reside nas condições institucionais que impedem as pessoas de participar na determinação de suas próprias ações ou na definição das condições nas quais elas acontecem. A sociedade capitalista cria novas formas de dominação. De mais a mais, as atividades do trabalho e da vida de todos os dias são submetidas a um controle burocrático racionalizado que, em vários domínios da vida, submete as pessoas à disciplina de especialistas e de autoridades. Enquanto, essas dependências colonizadoras não forem superadas, a política da discriminação caminha numa direção falsa [...] pois ela oprime as vozes daquelas que são as únicas capazes de enunciar as razões relevantes para a igualdade”. (HABERMAS, 1997b, p. 160-161).

Nesse aspecto, podemos concluir que o direito moderno oscila num movimento incessante entre a sua positividade e legitimidade, transbordando rumo às conhecidas *facticidade* e *validade* das normas. A positividade do direito deveria sempre vir acompanhada de um processo democrático da legislação que fundamentasse de modo racional as suas normas estatuídas. E, a ‘vontade’ não deveria ser atribuída arbitrariamente, mas sim concebida como resultado expresso da vontade democraticamente legítima – fruto de uma autolegislação racional de cidadãos politicamente autônomos.

Nessa medida, o direito moderno deveria absorver o pensamento democrático-inclusivo primordial para a existência de uma ‘vontade unida e coincidente de todos’. A liberdade comunicativa dos sujeitos de direito não poderia assim ser substituída por um direito coercitivo ou opressor, egoisticamente regulado e positivado, o qual fica à mercê de uma base justa e consensual de todos os cidadãos. (HABERMAS, 1997a, p. 53-55). Por isso, Habermas irá se enredar à justificação do direito com o estabelecimento de vínculos intrinsecamente ligados “a ideia dos direitos humanos e ao princípio da soberania do povo”, de modo que se “interpretem mutuamente” (HABERMAS, 1997a, p. 137).

Com uma ressignificação da dualidade existente entre *autonomia pública e privada*, do princípio de *soberania popular* e de *democracia*, Habermas esboçará uma sintetização teórica essencial para compreendermos a tensão vigente no sistema de direitos moderno, a qual engloba tanto o problema de sua positivação quanto de sua legitimidade e regulação pretendi-

das por ele. Deste modo, compreender a complementariedade de tais elementos torna-se de suma relevância para a concepção de um sistema normativo que viabilize o pleno exercício da autonomia política dos cidadãos e da contemplação dos interesses privados e simétricos de todos, sem que ocorra a coerção ou a reificação no campo de formação de suas identidades pessoais ou coletivas.

É por meio da garantia dos direitos humanos que a autodeterminação e autorrealização tornar-se-iam possíveis. Por isso, a seguir defenderemos uma reinterpretação da autonomia jurídica seguindo as orientações da teoria habermasiana apresentadas até aqui, *i.e.*, a noção de autonomia que verdadeiramente represente “[...] as liberdades para a autocondução da vida humana definidas por direitos subjetivos portados por cidadãos de comunidades jurídicas específicas [...] [sem] serem sufocadas por uma homogeneidade forçada e pela adaptação passiva.” (SILVA, 2008, p. 91-92).

4.1.1 A solidariedade cívica e a relação co-originária entre a autonomia pública e privada

A tentativa habermasiana de conciliar as noções de *autonomia pública e privada*, e de elaborar uma fundamentação que não subordinasse – no interior do pensamento jurídico contemporâneo e da *práxis* social –, esses dois princípios, apresenta-se como um dos elementos teóricos mais centrais de sua obra **Direito e Democracia I**. O conceito de autonomia representa – no bojo do sistema moderno de direitos –, as liberdades mais notórias de nosso tempo, estando ligadas, principalmente, à autocondução da vida humana, à regulamentação dos diferentes âmbitos da vida social, à participação público-democrática e à prática da autodeterminação. Por isso, Habermas (1997a), perseguirá esses dois conceitos jurídicos tão carentes de proteção, para então esboçar os ‘padrões de justiça’ a serem seguidos pelas comunidades políticas plurais que visem a formação autônoma das identidades individuais e coletivas, bem como insistam em superar os obstáculos que ameaçam rotineiramente se impor sobre a evolução material, moral e intelectual de toda a humanidade. (SILVA, 2008, p. 91-93).

Com uma árdua crítica à disputa corriqueira entre liberais e republicanos, acerca do primado entre ‘liberdades negativas e positivas’, Habermas (1997a) ressalta que o liberalismo político se pautou historicamente em proteger a esfera privada da vida social, na qual os sujeitos deveriam ter a permissão irrestrita de agir segundo suas próprias vontades e sem a interferência do Estado ou de outras pessoas. Assim, objetivou-se a proteção dos indivíduos, da escolha de seus hábitos e crenças, bem como de suas concepções éticas, estéticas e gostos pessoais, a fim de formar as condições elementares para a edificação de ‘personalidades autônomas’ e de ‘capacidades individuais’ para o gerenciamento posterior do poder público.

A ênfase nos direitos subjetivos individuais – puramente privados e passivos –, e a ausência de obrigações em participar da vida pública passaram a ser abordados especialmente por meio desta perspectiva. (KYMLICKA; NORMAN, 1997, p. 06). Concomitantemente, as instituições da ‘família’ e do ‘mercado’ transformaram-se em ‘esferas da vida social’ fundamentais para a autoconservação e autorrealização dos sujeitos, e suas decisões caberiam apenas aos interesses exclusivos dos próprios indivíduos. (SILVA, 2008, p. 93-96). No entanto, para Habermas (1997a), caso tudo permanecesse ligado individualmente a alguém, não poderíamos mais decidir ‘coletivamente’ sobre nada, por isso o autor irá questionar esse tipo de ‘individualismo possessivo’ que descarta a cooperação entre os sujeitos e o seu reconhecimento recíproco.

Pode-se argumentar que a ‘plena individualização’ vai muito além do modelo individualista proposto pelos liberais, pois ela também envolve a adoção crítica dos papéis sociais; a conformidade segundo as formas de vida e, inclusive, a evolução ético-moral. (HABERMAS, 1990). Uma real autonomia para os indivíduos – em interação constante com o *Outro* – não leva somente ao ‘assentimento’ ou à ‘passividade’ público-democrática, mas sim proporciona que os indivíduos sejam reconhecidos moral-intersubjetivamente frente suas pretensões de validade em face de suas comunidades, ou seja, como verdadeiros detentores da ‘vontade autônoma’, que é a responsável por transformá-los em sujeitos autodeterminados e autorrealizados. Sujeitos esses, que tomam para si, “[...] a tarefa de assumir sua história de vida e a do grupo social a que pertence, bem como as convenções sociais inerentes, escolhendo quais tradições e normas pretende continuar ou não” (JUSTINIANO, 2008, p.37). Seria, por excelência, aquele sujeito de direito que “[...] consegue fazer-se reconhecer como indivíduo autônomo, capaz de ação e de fala” (JUSTINIANO, 2008, p.37).

Segundo Habermas, a primazia dada pelos liberais à autonomia privada e sua consideração com esferas da liberdade afastadas do escrutínio público prejudicaria diretamente a pretensão de autogoverno e atribuiria à autoridade política um papel reduzido de vigilância contra eventuais intervenções nas relações privadas existentes. (SILVA, 2008, p. 96).

Por isso, em oposição a esse anseio de preservação da autonomia privada em detrimento da pública, temos também a tradição republicana que versou incessantemente sobre a ‘vontade do povo’ como sendo a verdadeira autoridade soberana no interior das comunidades políticas contemporâneas. Para essa corrente, a liberdade dos cidadãos não poderia mais ser definida apenas mediante ao uso exclusivo das prerrogativas individuais e de suas concepções de ‘vida boa’, mas sim através de uma intensa cooperação e solidariedade comunitárias. Esse paradigma acabou por adicionar mais obrigações do que propriamente ‘direitos’, e seus atores

coletivos passaram a ser considerados os responsáveis pelos discursos públicos e pela participação democrática.

Com isso, os indivíduos autônomos seriam apenas aqueles que participassem ativamente da elaboração de suas leis à luz da ‘vontade coletiva’ e do ‘bem comum da comunidade’, estando, portanto, distantes do egoísmo, do solipsismo e dos desejos meramente individuais. Suas formulações não se pautavam em princípios abstratos de justiça, mas sim em tradições culturais enraizadas nas comunidades políticas, as quais apresentavam uma certa ‘homogeneidade de valores éticos’, ‘padrões de vida compartilhados’, de ‘pertencimento social e modelos de ‘bem-viver’, que “[...] deve[riam] ser consultados sempre que sur[gissem] conflitos de interesses ou dúvidas sobre os caminhos a serem trilhados pelo [próprio] corpo coletivo.” (SILVA, 2008, p. 97).

Assim, o patrimônio cultural de um povo passaria a ser visto como um espaço primordial para a formação dos sujeitos de direito e sua autocompreensão como cidadãos plenos e dignos de valor. Sendo ainda desejável a supressão temporária da vontade individual e do direito liberal à liberdade em proveito de uma meta pública comum. Pois, a expressão máxima da ‘liberdade social’ apareceria somente a partir da “[...] vontade coletiva por meio da qual uma comunidade política poder[ia] conceber de forma independente suas próprias metas e aplicá-las” (SILVA, 2008, p. 96).

Segundo Kymlicka e Norman (1997, p. 17-19), esse paradigma do direito criou uma espécie de ‘cidadania particularmente virtuosa’, na medida em que as esferas privadas de vida passaram a ser vistas como incompletas e atrofiadas, e somente a participação política poderia proteger a liberdade de todos e estabelecer vínculos entre os cidadãos soberanos. “O erro reside numa condução estritamente ética dos discursos políticos” (HABERMAS, 2002a, p. 276) e “[...] um modelo de desenvolvimento autoritário no qual a liberdade individual é submetida ao bem estar da comunidade” (HABERMAS, 2001, p. 157). Nas palavras de Habermas (1997a),

[Esse modelo] exagerou ao máximo na sobrecarga ética do cidadão, embutida no conceito republicano de sociedade. Ele contou com virtudes políticas ancoradas no *ethos* de uma comunidade mais ou menos homogênea, integrada através de tradições culturais comuns. [...] [Por isso] ele não pode explicar a possibilidade de uma mediação entre a requerida orientação pelo bem comum dos cidadãos e os interesses sociais diferenciados das pessoas privadas, ou melhor, não sabe dizer como é possível mediar, sem repressão, entre a vontade comum, construída normativamente, e o arbítrio dos sujeitos singulares. Para que isso acontecesse, seria preciso um ponto de vista genuinamente moral, a partir do qual poderia ser avaliado se o que é bom para nós é do interesse simétrico de cada um. No final da versão ética do conceito de soberania popular, perde-se o sentido universalista do princípio do direito. (HABERMAS, 1997a, p. 136).

Segundo a perspectiva habermasiana, essa tensão não solucionada entre *autonomia pública* e *privada* acabou gerando uma sequência de hierarquizações incapazes de lidar adequadamente com as duas formas de autonomia jurídica (sem subordinar uma em benefício da outra). “Esses conceitos dicotômicos certamente não ating[iram] o teor intersubjetivo dos direitos, que exig[iam] a consideração recíproca de direitos e deveres, em proporções simétricas de reconhecimento.” (HABERMAS, 2002a, p. 273). Por isso, esse jogo de forças conduziu a dois modos de autoritarismo, *i.e.*, o ‘paternalismo das leis’ e a ‘ditadura da maioria’. O primeiro tipo destinou-se à supremacia da autonomia privada, que culminou numa forma alternativa de repressão da vontade popular e de seus âmbitos públicos de decisão em favor da privacidade dos indivíduos, acarretando também a manutenção acrítica das relações interpessoais existentes, e traduzindo-se “[...] num selo de imutabilidade que impediu que as injustiças contidas no âmbito da privacidade [fossem] discutidas e modificadas publicamente” (SILVA, 2008, p. 98).

Com a utilização das políticas feministas de equiparação, Habermas (2001, p. 295) denuncia as diversas formas de violação – historicamente camufladas pela proteção à propriedade privada e aos âmbitos familiares tradicionais –, tais como: a violência doméstica, o abuso sexual e as desigualdades de poder entre os cônjuges e etc. Acredita-se que a luta feminista serviu para explicitar, de maneira contundente, o tratamento assimétrico que se destinou – ao longo da história de formação humana – às mulheres, e como a preservação dessa ‘maneira individual de conduzir a vida’ acabou se convertendo na perpetuação de discriminações e inferiorizações sociais, transformando assim, a tão almejada ‘liberdade autônoma’ numa privação da liberdade de fato. Por isso, propugna-se que as relações privadas são, na verdade, “[...] construções humanas intersubjetivamente partilhadas [e], suas proteções jurídicas não podem significar o impedimento de serem publicamente questionadas” (SILVA, 2008, p. 99). Uma vez que, as mulheres – bem como outros grupos sociais minoritários –, podem se mostrar interessadas em tematizar seus papéis tradicionalmente atribuídos e exigir a redefinição de seus direitos, os quais protegem suas esferas íntimas de vida e sua própria autonomia.

O segundo modo de autoritarismo – chamado de ‘ditadura da maioria’ –, ligou-se à premência da autonomia pública defendida pela corrente republicana do pensamento político. Segundo Habermas, a palavra ‘maioria’ já pressupõe que a formação da opinião e da vontade não ocorre num meio pretensamente homogêneo, mas sim liderado por diversas visões de mundo e formas alternativas de *eticidade*. Por isso, obrigar todos os seus membros “[...] a assimilar coercitivamente as posições assumidas pela maioria vencedora dos embates políticos, [representaria] fundamentalmente a opressão de minorias políticas, étnicas e culturais, existentes no interior da maior parte dos Estados contemporâneos” (SILVA, 2008, p. 99). Por is-

so, Habermas (1997a) sustenta que esse tipo de edificação poderia infringir ofensas graves às vontades individuais e ser caracterizada como uma política autoritária ou repressiva “[...] de imposição das visões de mundo majoritárias e de preservação coercitiva da pureza cultural” (SILVA, 2008, p. 99-100). Pureza essa, considerada totalmente nefasta e incompatível com as sociedades plurais verdadeiramente democráticas, ou seja, pautadas no justo reconhecimento de suas diversidades linguísticas, religiosas, artísticas e culturais.

Assim, Habermas irá rejeitar essas duas supostas ‘liberdades sociais’ conquistadas através da defesa desses modelos autoritários de governo em detrimento de uma sociedade pautada em discursos isentos de coerção e racionalmente motivados. Segundo ele, o sistema moderno de direitos deveria se basear na compreensão discursiva das autonomias pública e privada, para então, depois esboçar um novo tipo de relação estabelecida mediante sua tese de co-originaridade. Isto é, para Habermas, ambas as autonomias “[...] compartilham um nexos conceitual que impede a afirmação de uma das formas de autonomia sem a afirmação simultânea da outra” (SILVA, 2008, p. 111). Isso se deve ao seu esclarecimento paradigmático, acerca de sua origem e fundamento comuns, que perpassam necessariamente sobre os dois tipos de autonomia jurídica. Pois,

A origem de ambas as formas de autonomia seria encontrada no discurso porque a formação tanto da vontade individual quanto coletiva seria dada em meio a interações linguisticamente reguladas; vale dizer, em meio ao intercâmbio comunicativo do saber teórico e prático, bem como das experiências estéticas e sentimentais elaboradas linguisticamente. [...] Essa origem discursiva das vontades individual e coletiva faz com que as pretensões de liberdade ligadas a elas sejam dirigidas aos discursos responsáveis por sua formação. Assim, para a teoria do discurso, a determinação das ações, opiniões e objetos apenas pode ser considerada ‘livre’ quando os concernidos não são coagidos a assumi-las, mas as aceitam como as mais justificáveis para si mesmos. (SILVA, 2008, p. 101).

O discurso livre de coerções amplamente defendido por Habermas se apoia no seguinte teor normativo: “[...] são válidas apenas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos podem dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 1997a, p. 138). Ou seja, o discurso ‘racionalmente motivado’ seria toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, as quais possibilitam o movimento livre e desimpedido de temas, contribuições, informações e argumentos nos espaços públicos comuns, construídos sob forças ilocucionárias não discriminatórias, que ressaltam, sobretudo, os princípios da democracia, dos direitos humanos e da república de cidadãos – que tenham sempre em mente o interesse simétrico de todos. (HABERMAS, 1997a, p. 142-143).

Portanto, a disputa entre *autonomia pública e privada*, segundo Habermas, foi edificada na falsa oposição entre ‘vontades individuais e coletivas’, quando na verdade, deveria ser construída com base em interações co-originárias que preservassem as relações comunicativas horizontais – apoiadas na igualdade de *status* entre seus destinatários –, e na *práxis* política de autodeterminação de uma comunidade jurídica concreta. As errôneas dualidades impetradas entre as autonomias pressupuseram, factualmente, que: 1) as vontades individuais atribuídas por sujeitos culturalmente desvinculados fossem concebidas *a priori* dos contextos intersubjetivos de vida, nos quais os sujeitos se formavam; e, 2) que os agentes coletivos homogêneos – formados por indivíduos que partilhavam o mesmo senso ético –, encontravam-se sempre dispostos a agir em prol do bem da coletividade e em detrimento de suas próprias visões de mundo ou metas pessoais. Essas atitudes falharam na missão de resgatar princípios, valores e projetos universais que são reivindicados como legitimamente racionais e discursivamente demonstrados, bem como consensualmente acordados ou acatados. Segundo Habermas, “[...] uma teoria dos direitos entendida de maneira correta vem exigir exatamente a política de reconhecimento que preserve a integridade do indivíduo, inclusive nos contextos vitais que formam sua identidade” (HABERMAS, 2002a, p. 235).

Ou ainda que, “[...] as pessoas jurídicas individuais só são individuadas no caminho da socialização, a integridade da pessoa particular só pode ser protegida juntamente com o acesso livre àquelas relações interpessoais e às tradições culturais nas quais ela pode manter sua identidade.” (HABERMAS, 2001, p. 159). Por isso, o direito moderno compreendido de modo adequado deve englobar tanto as perspectivas liberais individuais quanto uma certa dose de comunitarismo político. Deste modo, esse sistema não deve ser reduzido a uma mera interpretação individualista dos direitos e nem a uma concepção exclusivamente ética da soberania do povo, “[...] porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política” (HABERMAS, 1997a, p. 138).

Deve-se refutar um sistema de direitos que falhe em estabelecer os nexos internos entre a justa ‘soberania popular’ e sua vinculação com a proteção dos direitos subjetivos individuais. Pois, somente com a imbricação dessas duas esferas poderíamos alcançar “[...] as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessária para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente” (HABERMAS, 1997a, p. 138).

Habermas ainda ressalta que não existe direito sem a autonomia privada das pessoas jurídicas individuais e sem a autonomia pública suficientemente independente de modo geral. Isso significa que sem a preservação dos direitos clássicos à liberdade também não seria possível existir um caminho para a ‘institucionalização jurídica’ daqueles quesitos sob os quais os cidadãos podem participar na *práxis* de autodeterminação. Portanto, ambas as esferas são

indivisíveis e pressupõem-se reciprocamente. Elas são consideradas como pontos de partida importantes para que o direito moderno não seja simplesmente imposto, nem instrumentalizado para fins excludentes. Uma vez que, a autonomia privada se concentra na igual distribuição das liberdades de ação entre os sujeitos de direito e, ainda protege suas respectivas liberdades autônomas. Seu arbítrio não significa a exclusão de indivíduos dos seus contextos comunicativos de vida, muito pelo contrário, garante que eles “[...] possam escolher as circunstâncias em que farão uso da linguagem voltada ao entendimento intersubjetivo acerca dos modos de vida mais justificáveis para si mesmos” (SILVA, 2008, p. 103).

A autonomia privada ainda é a responsável por proteger a liberdade dos indivíduos e de formular suas próprias concepções de vida, bem como integrá-las nas suas narrativas pessoais atinentes à formação de suas respectivas identidades pessoais. Por isso, ela deve ser protegida e assumida criticamente. Já a autonomia pública coloca-se como basilar para a liberdade de autogoverno, *i.e.*, de um determinado povo poder decidir e viabilizar suas normas e instituições políticas. Normas essas, que devem se alojar em processos democráticos deliberativos “[...] nos quais as vozes de todos os concernidos possam ser igualmente consideradas e a gênese da vontade coletiva possa ser produzida segundo a livre aceitação dos melhores argumentos” (SILVA, 2008, p. 108), e não de um ‘macro-sujeito-coletivo’ apresentado sob um ideal de unidade cultural, que ignora a diversidade de uma sociedade multicultural. Para Habermas, defender a homogeneidade de valores, costumes e tradições é um pressuposto sociologicamente implausível e normativamente indefensável.

Surge então, no âmbito da teoria sociológica do direito e da teoria filosófica da justiça, “[...] uma concepção jurídica procedimentalista, segundo a qual o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública” (HABERMAS, 2002a, p. 297). Sua noção de co-originaridade marca a edificação simultânea de ambas as autonomias, as quais contam com referências recíprocas em sua base de formulação, ou seja, “[...] só se pode assegurar a autonomia privada de cidadãos em igualdade de direitos quando isso se dá em conjunto com a intensificação de sua autonomia civil no âmbito do Estado” (HABERMAS, 2002a, p. 297). Isso possibilitaria uma evolução contínua da “[...] *práxis* política em busca do esclarecimento de conflitos sociais e da modificação de situações jurídicas que representassem barreiras à plena autonomia dos sujeitos de direito” (SILVA, 2008, p. 112).

Por isso, alegaremos a seguir que os direitos fundamentais liberais e políticos são indivisíveis, e que as decisões majoritárias não devem suprimir, de forma alguma, a livre formação da vontade individual. Essas decisões devem propiciar que toda a configuração dos direitos humanos seja definida mediante à crítica continuada dos cidadãos e às suas reformulações reflexivas permanentes. Deste modo, Habermas atestará que “[...] a individualidade autônoma

e a formação racional da vontade coletiva possibilitam-se reciprocamente e a oposição entre tais esferas distintas da liberdade cede lugar a uma relação de solidariedade necessária” (SILVA, 2008, p. 112). Solidariedade essa, munida de direitos racionalmente fundamentados que viabilizam a integração social entre estranhos, através da comunicação pública e não distorcida. (HABERMAS, 2001, p. 270).

Resgatar-se-á assim o ideal de criação de uma cultura política comum, ao invés de construções identitárias pautadas em elos exclusivistas de pertencimento social e marcos tradicionais discriminatórios e xenofóbicos, que abalam fundamentalmente a edificação das próprias identidades dos sujeitos de direito e de seu modo de se relacionar com o mundo ao seu redor. A exigência nesse discurso é que se atinja um estágio social que os indivíduos possam usufruir de modo igualitário de suas próprias autonomias privadas e, através de suas vinculações político-democráticas possam fazer uso de seus direitos públicos de cidadãos (destituídos de privilégios classistas e de formações sociais inferiorizadoras). Essa cultura política comum refere-se a um meio amplamente intelectualizado e pautado em premissas de pertencimento, chamado pelo autor de pós-nacional. Ou seja, que não se consubstancie em apelos etnonacionais para a garantia da integração social e da comunicação pública, mas sim na democracia deliberativa, na defesa irrestrita dos direitos humanos e na justiça social.

A exigência nesse discurso é que se obtenha um tipo de *patriotismo constitucional*. Isto é, que não haja apenas o reconhecimento da história em comum de um povo específico, mas sim um olhar para ‘além das fronteiras comunitárias’, capaz de conceber um projeto de emancipação de toda a pessoa e de todas as pessoas a partir de suas particularidades e diferenças. (POKER; ALVES; FERREIRA, 2016, p. 38). Essa nova cultura política deve se vincular aos princípios abstratos de universalização da democracia e dos direitos humanos, constituindo-se através dos processos de deliberação, os quais sejam politicamente toleráveis e bem-sucedidos. A conclusão disso é que Habermas (1997a) almeja não somente o contexto de uma cultura política livre da subjugação do *Outro* e de um modelo de socialização correspondente, mas também de uma esfera privada intacta, que equivaleria a um mundo de vida já racionalizado.

Por isso, o autor irá migrar para uma análise interna que não se pautará apenas no plano das relações horizontais entre os sujeitos de direito – como foi o caso da reconstrução lógica do sistema de direitos através dos conceitos de autonomia pública e privada –, mas com a introdução da ideia de ‘legitimação do poder político’ (disposto na forma do Estado de direito e nos direitos fundamentais), deslocando-se assim, para as esferas de tensão entre as relações de dominação político-social. Por isso, a seguir, iremos destacar a questão da positividade do direito e sua legitimidade social. Pois,

Para que o entrelaçamento jurídico entre *autonomia pública e privada* seja duradouro, é necessário que o processo de juridificação não se limite às liberdades subjetivas de ação das pessoas privadas e às liberdades comunicativas dos cidadãos. Ele deve estender-se simultaneamente ao poder político – já pressuposto no *medium* do direito – do qual depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implementação do direito. (HABERMAS, 1997a, p. 169).

4.1.2 A relação entre direito e política: os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito

Para Habermas, os direitos fundamentais atinentes à proteção dos indivíduos e coletividades devem se apoiar numa justiça independente e imparcial, que se consubstancie no bom funcionamento de tribunais judiciais organizados democrático-politicamente. O objetivo dessa organização deve ir além do mero interesse em manter uma identidade de convivência jurídica coesa, pois é imperioso “[...] proteger e desenvolver o direito nos casos litigiosos, onde se faz mister uma decisão autoritativa” (HABERMAS, 1997a, 171). O poder de comando estatal precisa ser hábil em criar as condições igualitárias de participação social nos processos legislativos, tendo ainda um aproveitamento simétrico dos direitos de liberdade, da organização deliberativa e da jurisdição socialmente legitimada.

O Estado coloca-se como elemento principal para a organização, sanção e execução do poder, justamente porque os direitos precisam de uma aplicabilidade bem ordenada e de uma força para implementação da vontade política. Essa complexa questão colocada entre a interdependência do *direito* e da *política* aparece para Habermas como uma tentativa de preservar as particularidades de cada uma dessas esferas, sem fundir uma na outra e sempre destacando que “[...] o poder político só pode se desenvolver através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais” (HABERMAS, 1997a, p.171). O autor também destaca que “[...] só vale como *legítimo* o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os [seus] membros, numa formação discursiva da opinião e da vontade” (HABERMAS, 1997a, p. 172). Por isso, Habermas também buscará demonstrar que existe um vínculo complementar entre o Estado de direito e a democracia deliberativa, resultante do próprio conceito hodierno de direito positivo e de jurisdição.

O argumento central de sua tese consiste que para entendermos os quesitos de legitimação do poder político – disposto na forma de Estado democrático de direito –, precisamos preencher as condições sociais básicas para o surgimento de um ‘poder comunicativo’ (produtor de direitos), e entrelaçá-lo com o ‘poder administrativo’ (impositor das normas e das leis),

canalizando-os juridicamente em favor da comunicação não distorcida e socialmente compar-tilhada. Ou seja,

(1) o poder político é legítimo se for organizado e exercido na forma do direito; e (2) à medida que o próprio direito puder funcionar também como uma fonte de justiça, isto é, não ser entendido apenas em suas características formais, mas como uma estrutura reflexiva aberta à prática de autodeterminação política dos cidadãos. (WERLE; SOARES, 2008, p. 131).

Um fator relevante para a análise – acerca do direito estatuído legitimamente –, assenta-se ainda na exigência de um nível pós-tradicional de justificação. Isto é, que possa ser válido para todos universalmente e ligado aos procedimentos deliberativos provenientes da soberania popular. Nesse âmbito pós-tradicional, os indivíduos são capazes de se desenvolver a partir de uma ‘concepção moral autônoma’ – independentes dos padrões de comportamento sociais, das tradições culturais e dos controles burocráticos submetidos pelos sistemas político-institucionais. Ele prevê uma orientação cívica e contratual, onde as negociações e os acordos são estabelecidos pelo reconhecimento de diferentes interesses e demandas, e pode-se chegar num resultado favorável para todos. O grau de justiça ou honestidade é avaliado conforme seus pressupostos e procedimentos, os quais necessitam da justificação racional e até mesmo normativa sob o ponto de vista da justiça. Essas questões de justiça “não estão relacionadas desde a origem a uma coletividade em particular” (HABERMAS, 2001, p. 277). Na verdade, o direito consolidado politicamente deve versar sobre princípios morais que reivindiquem validação geral, indo para além de uma comunidade jurídica particular.

Nesse estágio mais elevado do exercício da autonomia dos cidadãos no Estado, os sujeitos são capazes de agir baseados em princípios próprios e de se relacionar comunicativamente através de discursos orientados às questões morais universais e de justiça. Exige-se assim, um esforço do indivíduo para reafirmar valores e princípios com validade independente de autoridades específicas ou de relações sociais primárias. Em suma, os “[...] princípios universais se cristalizam, partindo dos contextos particulares [...] e estabelecem-se princípios de ordem jurídica e moral, cada vez menos talhados às formas particulares de vida.” (HABERMAS, 2002b, p. 478).

Como consequência, a formação da opinião e da vontade nessa ocasião, retira-se “[...] para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeitos. Somente nessa forma anônima, o seu poder comunicativamente diluído pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos” (HABERMAS 1997a, p. 173). Entretanto, esse momento *in statu nascendi* do direito não pode ser perpetuado posteriormente sem a instituição ou o aproveitamento de um poder de Estado. Por isso, Habermas atribui a

essencialidade dele ser configurado e interpretado por um legislador político, conforme as circunstâncias de um tempo histórico e lugar. O autor sustenta que esses aspectos do poder do Estado não são apenas complementos funcionais do sistema de direitos moderno, mas sim “[...] implicações jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois, o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito” (HABERMAS, 1997a, p. 171).

Em sociedades altamente complexas e diferenciadas como a europeia, por exemplo, os cidadãos precisariam utilizar suas liberdades comunicativas para solucionarem seus conflitos de interesse, suas divergências de valores e suas questões elementares de justiça social sem quaisquer traços de violência, discriminação ou inferiorização do *Outro*. A edificação do direito socialmente legítimo pauta-se no entendimento recíproco daqueles sujeitos que deliberam entre si com vistas a uma ação comum. E, o meio social inerente à criação do poder comunicativo, “[...] é o contexto de uma esfera pública não deformada, os processos de formação da opinião e da vontade nos quais os cidadãos podem fazer uso público da sua razão em todos os sentidos. Na dinâmica de conflitos e acordos na esfera pública reside a fonte da legitimação do poder.” (WERLE; SOARES, 2008, p. 136).

O poder político materializado na forma de Estado democrático de direito deve se fundamentar não apenas no seu vínculo com as questões abstratas de justiça, mas também, e principalmente, a partir de sua imbricação com a autocompreensão ética relativa às formas de vida compartilhadas, às constelações de valores cívicos e ao fim dos jogos de interesse egoisticamente instituídos pelos seus membros. A solução dos conflitos precisa assumir uma negociação e formação de compromissos equitativos e dialógicos, promovendo um modo de apropriação crítico-reflexivo das tradições, da cultura e das próprias identidades históricas.

Por fim, as questões morais requerem posicionamentos de uma “[...] justiça universal que atinja a todos e que somente podem ser resolvidas sob o ponto de vista do que é igualmente bom para todos”. No plano da aceitabilidade racional, “[...] os discursos morais exigem um alargamento da perspectiva etnocêntrica de uma determinada comunidade político-jurídica situada no tempo e no espaço, de modo que se assuma a perspectiva universalista de uma comunidade comunicativa não-circunscrita” (WERLE; SOARES, 2008, p. 139). Ou seja, tudo depende das condições de comunicação e procedimentos democráticos “[...] que conferem força legitimadora à formação da opinião e da vontade [...] sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo.” (HABERMAS, 2001, p. 277).

Deste modo, Habermas (1997a) procura mobilizar – para fins de justiça política –, uma perspectiva normativo-procedimentalista que se apoie numa complexa concepção de democracia, “[...] na qual a prática de autodeterminação dos cidadãos é institucionalizada: como formação racional da opinião e da vontade na esfera pública política, como participação nas instituições da democracia representativa (eleições, partidos, parlamentos).” (WERLE; SOARES, 2008, p. 142). Nesse sentido, as legitimidades do poder de Estado e do direito pautam-se numa soberania popular – intimamente ligada às liberdades subjetivas dos indivíduos –, cujo exercício gera o poder comunicativamente constituído e politicamente organizado, de modo que valha a máxima: “todo poder do Estado emana do povo” (HABERMAS, 1997a, p.173). Delineiam-se, portanto – através da teoria do discurso habermasiana –, as possibilidades de harmonizar preferências concorrentes, formar compromissos cívico-solidários e reduzir os embates ético-políticos, acerca de nossas identidades pessoais e dos ideais prático-morais, que nos levam rotineiramente a indagar sobre os modos de agirmos em conjunto. (HABERMAS, 1997a, p. 225). Para que isso ocorra,

[...] é necessário o preenchimento de certas condições de uma comunicação não deformada sistematicamente, as quais protegem os participantes contra repressões, sem arrancá-los de seus genuínos contextos de experiências e de interesses. Discursos de auto-entendimento exigem a convivência reflexiva, corajosa e disposta a aprender com as próprias tradições culturais, formadoras da identidade [e superá-las]. Em nosso contexto, é especialmente importante saber que, nos processos de autopersuasão, não pode haver não-participantes [...] todos os membros têm que poder tomar parte no discurso, mesmo que os modos sejam diferentes. Cada um deve ter basicamente as mesmas chances de tomar posição [...] A participação simétrica de todos os membros exige que os discursos conduzidos representativamente sejam porosos e sensíveis aos estímulos, temas e contribuições, informações e argumentos fornecidos por uma esfera pública pluralista, próxima à base, estruturada discursivamente, portanto diluída pelo poder. (HABERMAS, 1997a, p. 227-228).

Assim, a compreensão do Estado democrático de direito perpassa sobre o significado normativo da esfera pública, que precisa refletir – como já mencionado – uma cultura política baseada numa força impulsionadora de um projeto dinâmico de realização de uma associação de sujeitos livres e iguais. Portanto, os princípios fundamentais do Estado de direito moderno devem se situar no plano de uma organização cidadã e de uma solidariedade cívica, as quais ligam-se a partir de modos de pensar e agir compartilhados.

Na perspectiva da teoria do discurso, as funções da justiça e da administração estatal devem seguir um acordo democrático-deliberativo, no qual funda uma proteção do direito garantido por tribunais independentes, com ausências nítidas de dominação. Habermas não

aborda, neste momento, os poderes ilegítimos e externos ao direito (os quais o instrumentalizam em prol do sistema – dinheiro e poder), apenas se dedica às questões ligadas à legitimidade das ordens jurídicas modernas e sua consubstancialização social.

No entanto, o autor recorda que o sistema de direitos não deve renunciar sua pretensão ímpar de legitimidade democrática. Caso contrário, ele se mitigaria à mera facticidade de uma imposição arbitrária de poder, movendo-se em direção apenas à esfera do uso da violência. “[...] Ou na melhor das hipóteses, para o [âmbito] de uma tecnologia de dominação, reduzindo-se ao cumprimento de suas normas, por parte dos destinatários, ao simples cálculo estratégico acerca das consequências que podem advir do descumprimento das mesmas” (FILHO, 2008, p. 151). Nesse sentido, perder-se-ia um mecanismo de estabilização social. Pois, em contextos plurais, o direito se encontra em constante mutação e é de suma relevância que ele englobe as inúmeras dimensões de conciliação neste jogo político-institucional.

Portanto, o sistema de direitos moderno não deve se pautar no uso arbitrário da força ou nos imperativos de coerção – com a intenção de mascarar relações assimétricas de dominação política –, mas sim através das condições igualitárias de integração social, que se realizam mediante ao entendimento mútuo de sujeitos que agem comunicativamente, ou seja, através da aceitabilidade de pretensões de validade. (HABERMAS, 1997a, p.114).

Em suma, defendeu-se até agora que três elementos apareceram como basilares para a análise coerente ou até mesmo a reconstrução da política democrática moderna, sendo eles: a *autonomia privada* dos cidadãos (que assegura um conjunto de direitos individuais fundamentais que permitem conduzir um plano de vida autônomo, edificado a partir de valores pessoais, crenças e interesses privados), a *autonomia pública* da cidadania democrática (também denominada de soberania popular, a qual expressa um conjunto de direitos de participação política e inclusão de cidadãos livres e iguais nas comunidades políticas hodiernas); e por fim, uma *esfera público-política* não discriminatória, que incentive a formação livre da opinião e da vontade, tornando possível a mediação não distorcida entre a sociedade civil e o Estado de direito. Todos esses elementos formam, em geral, o cerne normativo habermasiano do Estado democrático de direito. (WERLE, 2013, p. 150).

O objetivo dessas formulações é demonstrar que, em termos de justiça e de direitos fundamentais, não podemos mais desenvolver um modo de justificação pautado num suposto *ethos tradicional*¹¹⁴ ou numa simples resposta teísta aos problemas existentes nos âmbitos multiculturais de vida. A presença de *marcos tradicionais* em deliberações judiciais – tais como as defendidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos –, equivaleria à criação de

¹¹⁴ Que perpassa a sociedade como um todo, acerca de valores, normas e princípios pré-determinados.

dificuldades sociais intransponíveis, principalmente no campo do pluralismo ideológico, ético, religioso e político. Desafia-se assim, a efetividade do próprio projeto europeu de consolidação de um modelo democrático verdadeiramente inclusivo, o qual deveria ser pautado num amplo consentimento social de indivíduos autônomos, livres e iguais. (WERLE, 2013, p. 150). Esse sistema de direitos deveria reivindicar, em sua gênese, a busca incessante pelo equilíbrio de posicionamentos divergentes e o estabelecimento de acordos que fossem igualmente benéficos para todos – independentemente de motivações étnicas, religiosas ou culturais –, pois sua coerência jurídica se fundamentaria num paradigma social plural e libertador. (HABERMAS, 2001, p.284).

Portanto, a preservação de uma esfera pública *inclusiva e não discriminatória* torna-se também o pré-requisito fundamental para a criação de um espaço social europeu genuinamente constituído e fundado na preservação da *autonomia* dos indivíduos, e que se desenvolva democraticamente na *práxis* discursiva de legitimação. Ou seja, é na imbricação da esfera privada de vida com o reconhecimento público de todas as demandas cidadãs, que se pode aprimorar e obter a própria legitimação democrática do sistema de direitos europeu e, avaliar as normas e decisões coletivas segundo seus vínculos indissociáveis com a democracia e a liberdade. (WERLE, 2013, p.150-151).

Para além da política vista como mero jogo de interesses e correlação de forças e, do direito como legitimador de ordens socialmente injustas, Habermas (1997a) se orienta por um modelo que desenvolve uma concepção procedimental de política deliberativa, recuperando a dimensão epistêmica da democracia e seu respaldo na defesa irrestrita dos direitos humanos. O autor não desconsidera em sua análise os embates existentes na esfera público-política nem seu antagonismo crescente acerca dos interesses privados, mas cria uma nova consciência sobre a justa justificação ‘dialógica’ do direito moderno – historicamente localizado e contingente –, com amplos potenciais de inclusão e reconhecimento das diversas demandas por reconhecimento do *Outro* – do diferente e do diverso. (WERLE, 2013, p. 152-153).

A seguir, trataremos o conceito do direito num quadro mais amplo da teoria do discurso, apresentando sua tensão externa acerca dos fatos sociais. Nesse sentido, importa destacar o papel primordial da *esfera público-inclusiva*, que exigiria a demolição de barreiras reificantes e de precariedades exclusivistas, tornando possível que atores sociais marginalizados e inferiorizados possam recorrer, de fato, a ela como uma forma de ampliar e consolidar seus próprios direitos. Isso nos auxiliará num exame crítico mais detalhado sobre os potenciais reais de superação desses grupos vulneráveis e na análise empírica posterior, acerca dos limites e das possibilidades do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, como principal órgão promotor das realizações emancipatórias de nosso tempo na Europa.

Resgatar-se-á ainda a dimensão da participação democrática dos indivíduos nos seus contextos sociais de vida. Participação essa, preocupada em criar uma sociedade mais justa, não apenas no que diz respeito às garantias por mais liberdades e uma vida digna para todos, mas que preserve, inclusive, a formação ‘autônoma não distorcida’ de suas identidades. Os direitos humanos se consolidariam assim como a única resposta viável contra violações sistêmicas e distorções no âmbito das identidades pessoais e coletivas, da igualdade e da justiça social, que tornariam possível o reestabelecimento da igual dignidade de indivíduos que ainda hoje se encontram amplamente discriminados e não reconhecidos, seja na esfera do direito ou das sociedades culturais majoritárias. (HABERMAS, 2012, p. XI-XIII).

4.1.3 Esfera pública, lutas sociais e direitos humanos: para a identificação das injustiças de nosso tempo

A concatenação interna entre o Estado de direito e a democracia é avaliada por Habermas, em sua obra **Direito e Democracia II**, através da categoria de esfera pública, que é entendida como “[...] uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões: nela, os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos” (HABERMAS, 1997b, p. 92). Ou seja, ela se constitui como uma espécie de ‘caixa de ressonância’ – sensível às diversas visões de mundo e aos proferimentos de seus atores –, onde repercutem os inúmeros problemas sociais que precisam ser processados e devidamente abordados pelo sistema político. Habermas (1997b, p. 92) a caracteriza por meio de horizontes permeáveis, mutáveis e amplamente abertos, susceptíveis de reprodução através do *agir comunicativo* e da *compreensão geral* existente nas práticas sociais cotidianas.

Em princípio, a esfera pública não se especializa em nenhuma direção concreta, pois ela acompanha a estrutura social de interações, as manifestações de todas as pessoas virtualmente atingidas, as vozes díspares e variadas que, muitas vezes, resvalam em experiências bibliográficas violadas pelas disfunções dos sistemas de ação conduzidos pelo Estado, pelo dinheiro e pelo poder. Nas palavras de Habermas (1997b, p. 97), “[...] os problemas tematizados na esfera pública política transparecem inicialmente na pressão social exercida pelo sofrimento que se reflete no espelho de experiências pessoais de vida”. E, na medida em que essas experiências – observadas no nível das histórias de vida, nas expectativas do ‘bem viver’, nos anseios pela segurança e pela justiça –, alcançam a esfera pública, elas se articulam e se entrelaçam com o sistema político. Por isso, o ‘sucesso’ de uma comunicação não depende apenas de sua capacidade de generalização, mas sim dos critérios formais de surgimento de

uma opinião pública ‘qualificada’. Essa ‘qualidade’ se mede pelos processos democrático-procedimentais utilizados para a sua criação. Isto é, quando,

[...] há uma união pessoal entre os *cidadãos do Estado*, enquanto titulares da esfera pública, e os *membros da sociedade*, pois – em seus papéis complementares de trabalhadores e consumidores, de segurados e pacientes, de contribuintes do fisco e de clientes de burocracias estatais, de estudantes, turistas, participantes do trânsito, etc. – eles estão expostos, de modo especial, à exigências específicas e às falhas dos correspondentes sistemas de prestação. No início, tais experiências são elaboradas de modo ‘privado’, *i.e.*, interpretadas no horizonte de uma biografia particular, a qual se entrelaça com outras biografias, em contextos de mundos da vida comuns. Os canais da comunicação da esfera pública engatam-se nas esferas da vida privada. [...] De modo que a orientação pelo entendimento, que prevalece na prática cotidiana, continua valendo também para uma *comunicação entre estranhos*, que se desenvolve em esferas públicas complexas e ramificadas, envolvendo amplas distâncias. (HABERMAS, 1997b, p. 98).

É claro que as opiniões públicas também podem ser manipuladas, seja pela mídia ou pelos grandes grupos de interesse que são capazes de utilizar uma linguagem artificiosa em mobilizar convicções, estratégias e impor resultados ‘não-públicos’ para as negociações em andamento. Porém, como recorda Habermas, a opinião pública em sua totalidade não pode ser comprada publicamente, nem muito menos obtida à força. Por isso, ele defende que se lute por influência política nesta arena, com o objetivo de conquistar um novo balanço social para a criação de forças mais justas, de tratamentos mais igualitários e de validação de políticas concorrentes, capazes de subordinar os sistemas da administração e da economia capitalista à esfera pública e, finalmente, ao direito. (NEVES; LUBENOW, 2008, p. 251).

Para Habermas (1997b), essa influência social se nutre de uma fonte de entendimento comum que pode ser utilizada para intervir no comportamento de outras pessoas, nos parlamentos, nos governos e, finalmente, nos tribunais. E, a esfera pública seria a chance efetiva para levantar as vozes daqueles que exigem seus direitos “[...] a partir de experiências concretas de lesão da integridade, do desfavorecimento e da opressão” (HABERMAS, 1997b, p. 168). Assim, selar-se-iam as condições em prol de uma ordem jurídico-institucional legítima, que resultasse de uma luta social constante por reconhecimento e fosse “[...] motivada pelo sofrimento e pela indignação contra um desprezo concreto” (HABERMAS, 1997b, p. 168).

Com a utilização do pensamento honnethiano, Habermas (1997b) parte para demonstrar a relação intrínseca existente entre a esfera pública e o direito, e como esses dois âmbitos desempenham uma função decisiva no que se refere à alteração das forças eurocêntricas de uma cultura majoritária e à disputa cotidiana para lidar com problemas que, muitas vezes, advêm de atentados contra à dignidade humana de minorias e povos historicamente desprestigi-

ados. Segundo ele, “[...] essa luta pela interpretação de necessidades [sociais] não pode ser delegada apenas aos juízes e funcionários, nem mesmo ao legislador político” (HABERMAS 1997b, p.169), por isso é ímpar evidenciar a essencialidade de discussões cotidianas e informais dos cidadãos, e edificar um espaço público poroso que disponha da capacidade de identificar e “[...] tematizar problemas latentes da integração social a fim de introduzi-los no sistema político pelas eclusas do parlamento ou dos tribunais, quebrando a rotina” (NEVES; LUBENOW, 2008, p. 255), de violações e assimetrias sociais de tratamento.

[Os] tribunais emitem sentenças, [as] burocracias preparam leis e elaboram petições, [os] parlamentos conduzem disputas eleitorais, [os] clientes influenciam ‘suas’ administrações – e todos esses processos caminham de acordo com padrões estabelecidos. Porém, do ponto de vista do critério de legitimidade democrática elaborada por uma teoria do discurso, interessa saber que constelações de poder se refletem nesses padrões – e qual é o modo capaz de *muda-los*. (NEVES; LUBENOW, 2008, p. 255).

Portanto, Habermas se volta à compreensão dessa dinâmica política conflituosa como sendo um processo de concorrência pelo poder que existe no bojo das esferas público-políticas hodiernas, e que muitas vezes podem assumir direções de barganha e negociações estratégicas guiadas por interesses majoritários e culturas dominantes – cegos às reivindicações das minorias –, mas que ainda assim possuem potencialidades para cumprir suas pretensões de inclusão e tratamentos mais equitativos, uma vez que também estão abertas aos diversos fluxos comunicativos oriundos de toda a sociedade civil, da proliferação dos movimentos sociais e de outras formas de resistência (externas ao exercício do poder burocrático e tecnocrático). Esferas essas, que obrigam as instituições sistêmicas a se abrirem frente às novas exigências sociais por legitimidade, veiculadas na linguagem não especializada do *mundo da vida*. Ou seja, pode-se “[...] romper com o funcionamento normalizante do sistema político-jurídico [reificador] em nome de impulsos renovados provenientes da periferia” (SILVA; MELO, 2012, p. 156).

Finalmente, a tensão externa ao sistema moderno de direitos se traduz – em termos sociológicos –, numa análise das condições existentes para a ampla circulação e alteração das estruturas de poder sociais, através das esferas públicas. O intuito de Habermas é revelar na *práxis* social e nos processos jurídico-institucionais, os quesitos procedimentais existentes – sem deixar de lado o seu teor normativo –, acerca da democracia deliberativa, das ações comunicativas, e possivelmente, das ingerências estratégicas e operacionais promovidas pelo *sistema* em prol da colonização do *mundo da vida*. (SILVA; MELO, 2012, p.156).

Habermas mapeia assim, no seu diagnóstico crítico de época, diferentes instâncias decisórias a fim de democratizar progressivamente todas as interpretações relevantes acerca do direito moderno e das sociedades europeias, bem como alcançar um ideal de vida compatível com a ‘liberdade social’ e a ‘dignidade’ de todos os cidadãos e não-cidadãos. Sua investigação se dedica à compreensão das patologias da modernidade que passaram a condicionar as democracias e os Estados de direito no continente europeu. Nesses termos, caberia identificar quais são os mecanismos sócio-político existentes que viabilizam a “[...] relação de influência recíproca entre a esfera pública informal, por um lado, e os órgãos deliberativos institucionalizados, por outro” (HABERMAS, 2012, p. XXIII)¹¹⁵.

Sua teoria social reconstrutiva busca, portanto, promover a emancipação humana em suas múltiplas formas, edificando meios correlatos de combate à dominação, e principalmente, aos modos de inferiorização do *Outro*, *i.e.* de grupos minoritários e historicamente subjugados. Habermas esboça assim uma via teórico-reflexiva que permita ampliar o atual campo de análise jurídico-social no que diz respeito à formulação de direitos multiculturais e ao aperfeiçoamento do Estado democrático de direito – com a participação ativa dos diversos grupos sociais –, através de comunicações não distorcidas, de formações identitárias salutares e de lutas políticas por reconhecimento. Lutas essas, que visam a evolução dos direitos fundamentais como uma missão cívica que possibilitaria a criação de um espaço público mais inclusivo, abrangente e não discriminatório. Ou seja, uma sociedade construída sob as bases da solidariedade e dos processos dialógicos de justiça.

Já em seu texto, **A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito**, Habermas (2001) apresenta a necessidade do direito de fundamentar suas relações de reconhecimento intersubjetivo sancionadas pelos âmbitos estatais, bem como dos direitos subjetivos iguais assegurarem a integridade de todos os sujeitos – a fim de possibilitarem discursos de autoentendimento de coletividades e de suas respectivas formas de vida. Nas palavras do autor, “[...] isso se revela no espectro amplo das razões que desempenham um papel na formação racional da opinião e da vontade do legislador político: ao lado de ponderações morais,

¹¹⁵ [Neste trabalho, atribuiremos uma importância fundamental às *organizações não governamentais*, especificamente ao **ERRC (European Roma Rights Centre)**. Conceberemos o ERRC, como uma instância facilitadora do processo de integração social europeu, bem como uma esfera de interação elementar para a ‘domesticação’ de forças reificantes, as quais ainda insistem em pensar nos ‘confinos políticos nacionais’. Isto é, como sendo uma entidade capaz de articular politicamente e, superar o egoísmo nacional que ainda assola algumas sociedades europeias, assim como hábil em desenvolver uma forma de ‘solidariedade abstrata’ para com outros cidadãos (de outros países ou não). Esse tipo de conformação, calcada numa *soberania compartilhada* e na luta pela instituição de demandas historicamente negadas, vence cotidianamente as assimetrias sociais estratificadoras, as discriminações e os preconceitos de nosso tempo, representando, ainda que em pequena escala, um mecanismo emancipador e favorável à porosidade da esfera pública política.]

considerações pragmáticas e dos resultados de negociações justas e honestas” (HABERMAS, 2001, p. 245).

Habermas propugna uma ordem jurídica que consiga garantir – do ponto de vista ético –, chances isométricas a todos, de modo que cada pessoa possa se orientar por preferências próprias do que seja ‘bom’ e ‘justo’. Defende-se que os sujeitos “[...] só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito”, sendo considerados ‘livres’ enquanto participantes dos procedimentos democrático-co-deliberativos efetivados sob “[...] formas de comunicação que todos possam supor que regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e [sejam] motivadas pela razão” (HABERMAS, 2001, p. 242-243). Em suma, para o autor, não existe Estado de direito sem democracia e, o processo democrático precisa ser juridicamente institucionalizado a fim de respeitar e possibilitar integralmente os direitos fundamentais básicos.

Por isso, as sociedades europeias requerem uma espécie de ‘neutralidade ética’ da ordem jurídico-político. Ética, no sentido de que o Estado não deve permitir: “[...] que se persiga quaisquer outros fins coletivos a não ser garantir a liberdade individual ou o bem-estar e segurança pessoal de seus cidadãos” (HABERMAS, 2001, p. 244). Contudo, o autor também reconhece que todo sistema de direitos tem se tornado uma expressão de ‘formas particulares de vida’, não sendo, portanto, apenas um reflexo abstrato do universalismo dos direitos humanos. Por isso, é extremamente plausível que a partir desses contextos impregnados eticamente se originem as conhecidas ‘batalhas sócio-culturais’, nas quais as minorias inferiorizadas e não reconhecidas passam a reivindicar espaço frente à cultura majoritária e ‘insensível’. O elemento motivador dessas lutas não seria assim a pretendida ‘neutralidade ética’, mas sim a inevitável ‘exacerbação ética’ que existe em cada uma das comunidades jurídicas hodiernas e em cada um dos processos democráticos em fase de consolidação dos direitos humanos no globo.

A exclusão social da população de um Estado resulta de circunstâncias históricas que são externas ao sistema dos direitos e aos princípios do Estado de direito. É ela que decide sobre o conjunto básico de pessoas que convivem num único território e que estão vinculadas por meio de uma única Constituição, ou seja, vinculadas por uma decisão de patriarcas fundadores, no sentido de regulamentar legitimamente seu próprio convívio através dos meios do direito positivo. (HABERMAS, 2001, p. 246).

Logo, em casos de reconhecimento denegado, de novas necessidades sociais ou de situações diversas com interesses irresolvidos, a luta social por direitos fundamentais legítimos – que implica a participação de agentes individuais ou coletivos que se defendem contra a vio-

lação de sua dignidade –, aparece como um modo de suplantar essa privação de direitos, as fragmentações sociais, as exclusões e, finalmente, como uma tentativa de se opor à opressão majoritária homogeneizadora, que inviabiliza a existência de chances iguais de vida para grupos minoritários ou alternativos. Pois, “[...] a cultura majoritária [tende] a usurpar os privilégios estatais à custa da equidade em relação a outras formas de vida culturais, e a ofende[r] seu anseio por reconhecimento recíproco” (HABERMAS, 2001, p. 254).

Essa busca continuada por modos seguros e dignos de vida caracteriza-se pela incorporação ou não de seu universo cultural na comunidade política. Como recorda Habermas, cabem ao destinatários de direito decidirem se devem dar continuidade ou não às suas tradições, bem como terem a possibilidade de se distanciar “[...] com indiferença de seus imperativos, ou mesmo romper com eles, numa atitude autocrítica, para viver a partir daí com a marca deixada pela ruptura consciente com a tradição ou então com uma identidade cindida” (HABERMAS, 2001, p. 252). Como argumenta o autor, “[...] obter distância das suas próprias tradições e expandir perspectivas estreitas constituem, justamente, as características do racionalismo ocidental” que deveríamos nos basear nas comunidades pós-tradicionais. (HABERMAS, 2001, p. 151).

A história europeia de interpretação e aplicação dos direitos humanos universais referiu-se basicamente à história de uma busca social conflitiva e contínua pela ‘descentralização’ do nosso modo de ver o mundo. Os direitos subjetivos iguais, durante muito tempo, serviram como um modo de encobrir tratamentos desiguais servindo-se de um ‘falso universalismo’ de uma humanidade imaginária. No entanto, é importante ressaltar que eles foram gradativamente ampliados devido as diversas ondas históricas de emancipação propiciadas pelas lutas políticas dos trabalhadores, das mulheres, dos judeus, dos ciganos, dos homossexuais, dos exilados, os quais foram reconhecidos aos poucos como “seres humanos” dignos de valor, sem distinções de quaisquer naturezas e inobstante suas particularidades.

As experiências de exclusão, de sofrimento e de discriminação passaram assim a ensinar que os direitos fundamentais clássicos só adquiririam um ‘valor igual’ para todos quando fossem acrescidos de direitos sociais e culturais, ou seja, da possibilidade de grupos inteiros se voltarem “[...] contra o alargamento das grandes diferenças sociais e contra a exclusão [...] no circuito integral da cultura e da sociedade.” (HABERMAS, 2012, p. 16). Para Habermas, todas essas experiências cumulativas de dignidade violada se traduziram numa ‘fonte de motivação moral’ para a *práxis* constitucional, *i.e.*, para o incremento do próprio Estado de direito corroído e, não para a sua completa negação. Elas viabilizaram a construção de novos direitos a serem seguidos e implementados, não mais apenas nos âmbitos nacionais, mas também e, principalmente, no internacional.

Como podemos observar no artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os direitos econômicos, sociais e culturais passaram a ser considerados ‘indispensáveis’ para a garantia da dignidade humana e do livre desenvolvimento autônomo das personalidades dos sujeitos de direito, revelando assim, os vínculos lógicos existentes entre os direitos fundamentais básicos, a democracia e a promessa moral de respeitar integralmente a dignidade de todos. Nesse sentido, somente a garantia dos direitos humanos seria capaz de criar e identificar o *status* básico de ‘cidadãos’ e ‘não-cidadãos’ – vistos como sujeitos iguais –, os quais pretendem ser respeitados em sua dignidade. Partindo deste princípio,

[...] pode-se criticar não apenas leituras parciais, interpretações tendenciosas e aplicações estreitas dos direitos humanos, mas também aquelas instrumentalizações inescrupulosas dos direitos humanos voltadas para um encobrimento universalizante de interesses particulares que induzem à falsa suposição de que o sentido dos direitos humanos se esgota no seu abuso. (HABERMAS, 2001, p. 163).

Portanto, os direitos humanos passaram a assumir à função de assegurar que cada indivíduo ou grupo social – em seu meio sócio-político –, pudesse decidir sobre seu futuro, realizar seus projetos próprios de vida, formar sua identidade e, no limite, regenerar a força solidária perdida. Força essa, que não provinha de um tipo de ‘isolamento’ ou ‘sectarismo’ perante outros grupos sociais, mas sim de um constante intercâmbio com o *Outro* – através dos espaços públicos porosos –, com a valoração da dignidade e a produção de um tipo de solidariedade cívico-abstrata.

Por isso, todas as práticas judiciais hodiernas que, possivelmente, conduzem a uma jurisprudência de perpetuação da intolerância, do racismo ou da discriminação – ou seja, reivindicam uma exclusividade ou um modo privilegiado de vida e tradição –, seriam inconciliáveis com essa perspectiva igualitária-universalista dos direitos humanos e, acabariam fornecendo uma espécie de combustível para as lutas sociais que visam a implementação da igual dignidade de cada um e de uma sociedade democrático-global mais justa. Nesse caso, estaríamos perante uma verdadeira exigência que resiste “[...] contra a injustiça monstruosa de uma sociedade mundial altamente estratificada em que hoje bens e oportunidades vitais elementares são desigualmente partilhados de modo insuportável” (HABERMAS, 2012, p. XXIX). Os direitos humanos funcionariam assim como um ‘sensor’ na identificação das ‘injustiças’ de nosso tempo, das experiências de dignidade e autonomia violadas, e trariam consigo “[...] um impulso renovado à esperança de uma institucionalização global dos direitos humanos, ainda tão improvável” (HABERMAS, 2012, p. 05).

Neste sentido, não devemos manter a totalidade de indivíduos vinculados a um frágil e antidemocrático sistema de valores, crenças e tradições em comum, mas sim a um procedimento democrático realmente legítimo, pautado no exercício pleno do poder motivado pela via discursivo-racional e no respeito amplo aos direitos humanos. Uma vez que, no entendimento de Habermas, “[...] o procedimento democrático da solução de conflitos e a canalização jurídico-estatal da dominação fundamentam uma perspectiva de banimento do poder ilegítimo e de utilização do poder administrativo em favor do interesse equitativo de todos” (HABERMAS, 2001, p. 255).

Deste modo, alega-se que a permanência dos marcos tradicionais nos ordenamentos jurídicos europeus – especificamente, nas deliberações do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – conduziria à edificação de visões jurídico-dogmáticas que promovem a omissão do desrespeito, da indignação moral e atenuam a resistência ativa, no sentido de que não oportunizam a criação de espaços de reflexão sobre as diversas imagens de mundo alheias, “[...] nem mesmo [de] imagens de mundo com as quais partilham o mesmo universo discursivo, e cujas reivindicações de validação poderiam impor-se sem dificuldade, apenas com base em fundamentos racionais” (HABERMAS, 2001, p. 253).

Portanto, com a utilização do raciocínio habermasiano, podemos defender que o sistema de direitos moderno deveria se pautar em forças intersubjetivas de reconhecimento recíproco que não lhe atribuam apenas e somente um *único modus vivendi*, tornando-se assim apto em materializar contextos sociais plurais e acessíveis a outras formas de vida. Vidas essas, que reivindicam o desenvolvimento de suas ‘autorrelações intactas’ – quando se veem afirmadas ou reconhecidas de acordo com o valor de suas capacidades e direitos – e, que também reconheça “[...] cada pessoa como membro de uma comunidade integrada em torno de outra concepção diversa do que seja o bem, segundo cada caso em particular”. Por isso, conclui-se que “[...] a integração ética de grupos e subculturas com cada uma das identidades coletivas próprias precisa ser desacoplada do plano de uma integração [político-jurídica] abstrata, que apreende os cidadãos do Estado de maneira equitativa” (HABERMAS, 2001, p. 253).

Na próxima seção, utilizaremos o pensamento de Axel Honneth para nos aprofundar no entendimento das condições sócio-institucionais vinculadas às exigências de democratização e aos processos de inclusão sociais, estabelecendo “[...] análises sobre as possibilidades e os bloqueios à democratização interna da vida familiar, das relações amorosas, do mercado de consumo e de trabalho” (SILVA, MELO, 2012, p.166). Atribuir-se-á ao sistema de direitos contemporâneo a função basilar de *medium* constitutivo da integração social, e supriremos o *déficit* sociológico da teoria habermasiana, que ainda se pauta na premissa do consenso social como ‘produto abstrato final’ das argumentações estratégicas e conflitivas. Atestar-se-á assim,

que através do conflito moral-intersubjetivo e das disputas sócio-políticas por reconhecimento, seria possível transformar e criar sociedades mais aptas em lidar sensivelmente com as diferenças do *Outro*, bem como romper com as amarras históricas de subjugação e dominação de poderes ilegítimos. Mas, antes de apresentar e discutir alguns resultados empíricos, será essencial aclamar o marco teórico-antropológico em que a discussão se insere.

4.2 A teoria da justiça de Axel Honneth: as instituições do reconhecimento e o ‘desrespeito’ como força motriz das lutas sociais.

Os trabalhos de Axel Honneth (2003; 2007; 2015) darão sequência à virada comunicativa inaugurada por Habermas com o propósito esquemático de reconstruir as bases democrático-normativas das sociedades hodiernas e alcançar novos parâmetros de justiça social. No entanto, suas formulações divergem no tocante à sociedade compreendida em dois níveis, isto é, a típica cisão entre o *mundo da vida* e o *sistema*. Para Honneth, essa divisão artificialmente forjada por Habermas apenas serviu para encobrir os reais dissensos existentes no mundo social e camuflar a verdadeira gramática da infraestrutura comunicativa. Por isso, o autor insurgirá contra o paradigma crítico “[...] que ainda atribua preeminência e primazia a estruturas, funções ou mesmo instituições sociais formais”, e que acabaram por relegar a segundo plano “[...] o papel do social, base comunicativa (e, portanto, essencialmente *conflituosa*) em que se tecem as normas sociais mais fundamentais” (NOBRE, 2013, p. 12).

A teoria honnethiana se vinculará a constelação na qual o ‘reconhecimento’ e o ‘social’, não podem ser arbitrariamente separados ou isolados, e seu diagnóstico se baseará nos limites e nas oportunidades de libertação social. A preocupação que perpassa toda a sua coletânea é: “[...] como o quadro categorial de uma análise, que, ao mesmo tempo, seja capaz de contemplar tanto as estruturas de dominação social como também os processos sociais de sua superação prática, deve ser elaborado?” (HONNETH *apud* ROSENFELD; SAAVEDRA, 2013, p. 15).

Assim, Honneth se empenhará na construção de uma teoria reconstrutiva que tenha como fundamento a intersubjetividade e ainda contenha os elementos universalistas necessários para defender a premissa de que “a base da interação é o conflito, e sua gramática, a luta pelo reconhecimento” (HONNETH, 2003). Nesse sentido, o autor partirá dos antagonismos sociais, seus cenários de inferiorização e suas configurações sócio-institucionais para, a partir daí, procurar suas lógicas e formas de superação prática. Com o uso desse raciocínio, será possível desenvolvermos uma teoria mais próxima das ciências humanas, e principalmente, de suas aplicações empíricas – principal foco desta pesquisa. (NOBRE, 2013, p. 24).

Nossa intenção se assenta no distanciamento metodológico das abstrações excessivas que acabaram condenando toda a tradição crítica a ideias por demais mecanicistas e intangíveis, e que nos impossibilitam de entender devidamente as lutas sociais concretas, os processos históricos de subjugação do *Outro*, a discriminação, o racismo e a violência social. Pois, não parece satisfatório – do ponto de vista analítico –, considerar que somente as participações livres e desimpedidas nas esferas público-políticas seriam capazes de preencher todas as expectativas de reconhecimento identitário existentes nas sociedades supercomplexas atuais. Uma vez que, as pretensões dos sujeitos de direito envolvem – quase sempre –, uma série de elementos morais e éticos que não foram/são levados em conta por Habermas e outros teóricos normativos. (ROSENFELD; SAAVEDRA, 2013, p. 16).

Segundo Honneth (2003), Habermas se limitou em “[...] alargar o conceito da ‘racionalidade’ e da ‘ação social’, mas não foi capaz de pensar como o próprio sistema e sua lógica instrumental é resultado de permanentes conflitos sociais”. Deste modo, de acordo com os fundamentos que norteiam sua vertente intelectual – *i.e.*, a orientação para a emancipação, o comportamento crítico em relação ao conhecimento e à própria realidade sócio-institucional –, podemos considerar o ‘conflito’ e o ‘reconhecimento’ como os principais fios condutores da análise, não estando eles ligados somente aos mecanismos de funcionamento do Estado democrático de direito, ao lugar de formação das normas e às orientações culturais, mas também, e principalmente, à própria tessitura do social e da repressão que marcam o mundo não emancipado.

Para Honneth, as lutas por reconhecimento seriam as únicas aptas em promover o desenvolvimento e o progresso da realidade social de vida dos seres humanos, e as experiências de desrespeito e degradação – embora sejam formas patológicas de associação –, seriam as verdadeiras fontes emotivas e cognitivas da resistência social e dos levantes coletivos. Ou seja “[...] os processos de mudança social devem ser explicados tendo em vista as ações que buscam restaurar as relações de reconhecimento mútuo ou justamente desenvolvê-las num nível evolutivo superior” (HONNETH, 2003).

Nesse sentido, as lutas sociais seriam vistas como uma espécie de força motriz que impulsiona o avanço social e institucional na contemporaneidade. E, através do conflito moral-intersubjetivo que ascende das inúmeras situações de ofensa, discriminação e intolerância, os indivíduos tornar-se-iam capazes de se mobilizar politicamente e expandir suas reivindicações a outros patamares mais abrangentes, englobando assim, tanto as esferas do direito moderno, da política e do próprio Estado democrático. (WERLE; MELO, 2008, p. 190).

O autor concebe seu projeto, a partir da perspectiva atualizada do conceito de ‘justiça’ encontrado na **Filosofia do direito** de Hegel, e a vida social passa a ser compreendida como a

soma de todas as práticas e instituições que buscam incessantemente a prometida liberdade social. De certa maneira, a reconstrução levada a cabo por Honneth irá evidenciar as expectativas morais de reconhecimento imersas nos processos cotidianos de socialização, nas construções identitárias, na integração social e na reprodução cultural, a fim de conceber um pensamento crítico precursor de uma justiça democrática que possa ser obtida através das exigências surgidas em nossa época. Exigências essas, já institucionalizadas, mas longe de serem plenamente vividas pelos seus atores.

Honneth pretende “[...] deixar transparecer, de forma imanente, o substrato normativo das sociedades contemporâneas que têm a pretensão de serem democráticas” (ROSENFELD; SAAVEDRA, 2013, p. 51). Em outros termos, se uma determinada sociedade pretende concretizar seus projetos democrático-inclusivos numa perspectiva nacional ou até mesmo pós-nacional – como é o caso da Europa –, ela precisaria se aprimorar na gramática normativa atinente às esferas da liberdade trabalhadas pelo autor.

Portanto, se a sociedade X ou Y não conseguiu concretizar ainda em suas instituições os valores por ele descritos, ou se o momento histórico X ou Y denota um retrocesso na concretização desses valores, isso por si só, não é relevante para a teoria do autor. Relevante é, sim, o fato de que, se o observador ou o participante desta sociedade quiser criticar essa não concretização ou esse retrocesso do ponto de vista de um *Estado Democrático de Direito*, ele, necessariamente, utilizará a gramática normativa por ele descrita, porque ela está vinculada imanentemente com o ‘mundo da concretização da liberdade’, que é o direito moderno, estrutural e institucionalmente ancorado nas democracias modernas. (ROSENFELD; SAAVEDRA, 2013, p. 51-52)

Podemos simplificar a reflexão acima mencionando que as relações intersubjetivas do reconhecimento mútuo, para Honneth (2003; 2015), proporcionam as autorrelações práticas essenciais para os indivíduos e as coletividades, sendo o pleno desenvolvimento e o acesso a essas capacidades, que garantem a sua noção de ‘justiça social’ e ‘democracia’. Mediante a completa formação dessas esferas de identidade, os sujeitos conquistariam seus respectivos sentidos internos de autoconfiança, autorrespeito e autoestima, concebendo-se como seres autônomos, individuados e de igual valor.

Segundo Honneth (2015), o amor e a amizade também fazem parte dessas ‘instituições de reconhecimento’, acrescendo-se a elas as ‘esferas econômicas da sociedade civil’ e a ‘arena público-democrática’. Em cada um desses níveis sobrepostos, os indivíduos poderiam experimentar diferentes tipos de liberdade, buscando também sua felicidade e autorrealização pessoais. A liberdade e a consolidação da autonomia seriam, portanto, as prerrogativas fundamentais para a criação bem sucedida de um Estado democrático de direito pautado no valor universal da ‘justiça’ e do ‘bem-estar’ de uma sociedade considerada ‘normal’, ou seja, não

reificada ou patológica. Já a igualdade entre os sujeitos seria perpassada pela formação identitária pessoal, a qual se torna amplamente vinculada às relações de reconhecimento mútuo, num círculo ininterrupto entre o individual e o coletivo, o particular e o universal. A noção de reconhecimento contribuiria, portanto – a partir de seus contextos éticos de formação –, para o incremento da própria justiça social, da dignidade humana e da integração solidária. (ROSENFIELD; SAAVEDRA, 2013, p. 33-37).

Autoconfiança, autorrespeito e autoestima não são, portanto, meramente crenças sobre si mesmo ou estados emocionais, mas propriedades que emergem de um processo dinâmico no qual indivíduos passam a experienciar a si mesmos como possuidores de um certo status, seja como um objeto de preocupação, como um agente responsável, como um contribuinte valorizado de projetos compartilhados ou como o que quer que seja. A autorrelação de alguém não é, então, uma questão de um ego solitário refletindo sobre si mesmo, mas o resultado de um processo intersubjetivo contínuo no qual sua atitude frente a si mesmo emerge em seu encontro com a atitude de outro frente a ele. (ANDERSON, HONNETH, 2011, p. 88, grifos do autor).

Em suma, com a utilização da teoria reconstrutiva honnethiana será viável esboçarmos uma noção de direito e de sociedade complexa que não inviabilize por completo a realização da autonomia individual e a construção dos laços vivos de solidariedade social. Pois, uma teoria da justiça deve necessariamente satisfazer as exigências normativas presentes nos padrões e nas condutas do reconhecimento recíproco, sendo assegurada ainda por estruturas sócio-jurídicas que não se abstraiam dos contextos éticos intersubjetivamente partilhados. (HONNETH, 2003) (SIMIM, 2015). O sistema de direitos moderno deveria assim se fundar como o responsável por eliminar as tensões dialéticas existentes entre o ‘real’ e o ‘ideal’, levando ao reforço da noção de dignidade humana de cada um e à confirmação das perspectivas factuais de superação das injustiças de nossa realidade. (WERLE, 2012, p. 192).

Honneth (2003; 2015) esquadrinhará uma reflexão que não advenha de princípios ‘quase transcendentais’ de contextos sócio-culturais, mas sim das condições factuais provenientes das realizações individuais existentes nas ordens democrático-sociais europeias, compostas pela multiplicidade de vozes e de identidades majoritárias e minoritárias. Seu objetivo é o de apresentar a melhor fórmula para a realização da liberdade social em todas as suas formas e extensões. (WERLE; MELO, 2008, p. 194). Pautar-se-á, por isso num diagnóstico baseado nas relações intersubjetivas de reconhecimento e na conquista das *autorrelações práticas* (autoconfiança, autorrespeito e autoestima) dos indivíduos, como modos de edificar um projeto democrático-social renovado, pós-metafísico e, sem os antigos *déficits* sociológicos (tipicamente existentes no interior das teorias normativas e, principalmente, na teoria habermasiana).

As “instituições de reconhecimento” referem-se à dimensão intersubjetiva da autonomia pessoal que Honneth também chama de “ética” ou “liberdade social”. É apenas em certas instituições que as pessoas têm a possibilidade de experimentar uma forma de liberdade que repousa na complementariedade e na reciprocidade de suas aspirações individuais [...] as pessoas experimentam suas aspirações individuais não como barreiras ou restrições, mas pelo contrário, como a própria condição de sua autorrealização, que é mútua [...] *[A justiça é] uma questão sobre a qualidade das relações sociais em que todos os sujeitos estão envolvidos [...] [seu papel é] garantir a todos o acesso equitativo da sociedade às “instituições de reconhecimento” em que eles têm a oportunidade de experimentar uma ou outra forma de “liberdade social”*. (CARRÉ, 2015, p. 626, grifos nossos).

Em vista disso, será possível reconstruirmos não apenas as realidades sócio-jurídicas já institucionalizadas, mas principalmente, as esferas sociais de valor da modernidade que se caracterizam pela combinação (ainda não realizada) das condições de reconhecimento recíproco e da autorrealização individual. Destacar-se-ão os recentes bloqueios e potenciais emancipatórios existentes nas formas estruturais do desrespeito, da discriminação e da intolerância, nas quais as omissões jurídicas europeias ainda provavelmente se fundam. Esse tipo de análise, permitirá o exame mais minucioso do atual complexo democrático de formação da vontade, bem como das profundas estruturas sócio-normativas, geradoras de normas na Europa. (NOBRE, 2013, p. 41).

Uma vez que, “[...] as categorias do direito moderno não [tem se mostrado] suficientes para apreender as específicas bases de validade e figuras sociais presentes a cada vez [...] Formulado de outra maneira: muito do que cada sujeito tem direito, em nome da liberdade, não pode ser garantido [ainda] sob a forma do direito positivo” (NOBRE, 2013, p. 42). Pois, as categorias do direito tem se condenado apenas em reproduzir práticas, costumes e papéis sociais tradicionais, negligenciando, de fato, as esferas de concretização da liberdade social, que são aquelas que dão amplo sentido à autonomia dos indivíduos, à dignidade humana, ao Estado democrático de direito e, por fim, ao aprofundamento dos direitos humanos. Valores esses, largamente prevaletentes no tempo presente, mas pouco realizados. (NOBRE, 2013, p. 45-47).

Buscaremos, ao fim, confrontar as tradicionais concepções de ‘liberdade’, de ‘igualdade’ e de ‘justiça’ – juridicamente aceitas e perpetuadas nos meios sociais contemporâneos –, com as instituições de liberdade social atribuídas por Axel Honneth, como modo de corporificação dos valores democraticamente determinados e de uma ideia de ‘justiça social’ que ressalte, acima de tudo, a emancipação. Refutar-se-ão assim, os cenários sociais tomados por formas alternativas de dominação, segregação e inferiorização sociais, os quais negam os con-

tornos normativos da ‘vida boa’ ou de uma vida social considerada ‘sã’. (NOBRE, 2013, p. 49). A seguir, apresentaremos a estrutura tripartite das relações de reconhecimento de Honneth como ponto de partida para comparar essas afirmações teórico-normativas com parte dos estudos empíricos averiguados por esta pesquisa.

4.2.1 Uma teoria crítica em três eixos: identidade, direito e reconhecimento

O modelo filosófico de Hegel – do período de Jena –, inspirou Axel Honneth (2003) a considerar que o desenvolvimento social e a personalidade humana estavam vinculadas à teoria do reconhecimento. Nesse modelo, Honneth encontrou os elementos substanciais para compreender a evolução das sociedades modernas, a partir do conflito moral-intersubjetivo, uma vez que o jovem Hegel apresentou a luta entre os sujeitos – pelo reconhecimento de suas pretensões –, como uma tensão associada ao aprimoramento prático e político das instituições geradoras da liberdade social. A partir desse caminho conflituoso – inerentes à vida em sociedade –, as medidas institucionalizadas nessa poderiam ser alteradas ou modificadas. O mais mérito da teoria hegeliana seria justamente a ideia de que o contrato social entre os homens não encerraria as lutas por reconhecimento tendo como *medium* a moral. (HONNETH, 2007, p. 29-30).

Portanto, seriam essas relações conflitivas e os processos de reconhecimento recíproco que propiciariam uma etapa de interação social mais madura e solidária, capaz de conciliar tanto as particularidades quanto as diferenças, num quadro jurídico que não desconsidere as dimensões da individualidade humana e das coletividades totalizantes. Ou seja, por intermédio da ‘luta’ seria possível provar a incondicionalidade moral de todos os sujeitos envolvidos, bem como suas respectivas habilidades, capacidades e estimas. Essa etapa é considerada por Honneth (2003) como o estágio mais elementar da experiência humana no processo de formação de suas identidades, através das quais os indivíduos podem se conceber, de modo definitivo, como pessoas dignas de valor e dotadas de direitos.

[...] a “vontade universal” é concebida por Hegel como um *medium* englobante, capaz de se reproduzir unicamente através da *práxis* intersubjetiva de reconhecimento recíproco. A esfera do ‘ser-reconhecido’ se forma pela via de uma acumulação dos resultados de todos os processos de formação individual tomados conjuntamente e por sua vez é mantida em vida somente pela nova constituição dos indivíduos em pessoas de direito [...] Hegel chega a dar um passo decisivo para além desse modelo mais estático, voltando a incluir em sua exposição da realidade social os próprios esforços dos sujeitos por reconhecimento, como uma força produtiva transformadora. (HONNETH, 2003, p. 95).

Assim, a partir das três ‘esferas de reconhecimento’ desenvolvidas por Hegel – *i.e.*, o amor e a amizade, as relações jurídicas e a solidariedade –, Honneth (2003) irá se basear para construir sua própria versão de teoria crítica da sociedade. Com isso, ele pretende explicar as mudanças sociais desencadeadas através das lutas sociais e propor uma concepção normativa de *eticidade*, segundo diferentes dimensões de reconhecimento. Porém, o autor não quer apresentá-las de forma puramente teórica e, procura conferir plausibilidade às suas asserções comparando-as aos estudos empíricos e psicanalíticos de George H. Mead e Donald W. Winnicott.

No que tange à ideia central em George H. Mead, os indivíduos só adquiririam ‘consciência de si mesmos’ na condição de *objetos das ações* de seus parceiros de interação. O fato é que, na sua teoria, o homem só poderia estimular a si mesmo na medida em que se enxergasse e reagisse ao comportamento e à visão do *Outro* sobre si. Isto é, eu só poderia desenvolver a minha identidade pessoal quando aprendesse a minha ação na perspectiva do *Outro*, pois “[...] o *Self* que entra em seu campo de visão quando ele reagisse a si mesmo é sempre o parceiro de interação, percebido da perspectiva de seu defrontante, mas nunca como sujeito atualmente ativo das próprias manifestações práticas” (HONNETH, 2003, p. 130).

Tendo como base esses pressupostos, Mead passou a utilizar os conceitos de *Me* e de *Eu* para demonstrar a evolução desse processo psíquico em constante interação com o mundo social. O *Me* expressaria a imagem que o *Outro* possui de mim e eu só conseguiria desenvolver o *Eu* quando estivesse apta a colocar o meu julgamento sobre questões práticas na perspectiva do *Me*, convertendo o *Me* numa autoimagem prática. (MATTOS, 2006, p. 88). Segundo Axel Honneth (2003, p. 130-131),

Mead distingue do “Me”, que conserva minha atividade momentânea tão somente como algo já passado, uma vez que ele representa a imagem que o outro tem de mim, o “Eu”, que é a fonte não regulamentada de todas as minhas ações atuais. O conceito de “Eu” deve ser referido à instância na personalidade humana responsável pela resposta criativa aos problemas práticos, sem poder jamais entrar como tal, porém, no campo de visão; no entanto, em sua atividade espontânea, esse “Eu” não só precede a consciência que o sujeito possui de si mesmo do ângulo de visão de seu parceiro de interação, como também se refere sempre de novo às manifestações práticas mantidas conscientemente no “Me”, comentando-as. Portanto, entre o “Eu” e o “Me”, existe, na personalidade do indivíduo, uma relação compatível ao relacionamento entre parceiros de um diálogo. “O “Eu não pode [...] nunca existir como um objeto na consciência. Mas ele é justamente o caráter dialógico de nossa experiência interna, precisamente o processo em cujo curso respondemos à nossa própria fala e que implica um “Eu” que responde, atrás do palco, aos gestos e símbolos que aparecem em nossa consciência. [...] A identidade consciente de si mesma, de fato operante no relacionamento social, é um “Me” objetivo, ou são vários “Mes”, num processo de reação contínuo.

Eles implicam um “Eu” fictício, que nunca entra no próprio campo de visão”.

Outro elemento que facilita a compreensão das relações entre o *Me* e *Eu* é o chamado: *Outro generalizado*. Ou seja, para que os indivíduos entendam a sua importância numa determinada comunidade, é requerida – por meio dos processos de socialização – uma generalização das expectativas de comportamento do *Outro*. Quer dizer, quando os sujeitos passam a adotar o ponto de vista do *Outro generalizado*, eles compreendem reciprocamente quais devem ser suas respectivas obrigações para com os *Outros*, considerando ainda suas próprias pretensões individuais, caso se engajem num conflito moral. (MATTOS, 2006, p. 88-89). Desse modo, o campo de manifestação das relações práticas regidas pelo *Me* e pelo *Eu* de Mead encontra-se num conflito permanente. Já que o *Eu* deseja se contrapor às expectativas sociais do *Outro generalizado*, as quais se opõe ao reconhecimento de suas especificidades. Logo, a formação identitária de um sujeito se daria pela força propulsora conduzida pela introjeção do *Outro generalizado*, que motiva a luta pelo reconhecimento do *Eu* por suas próprias singularidades e diferenças.

Segundo Axel Honneth (2003, p. 155), Mead foi capaz de esclarecer as sequências germinais de mudanças sociais relacionadas às pretensões inscritas nas relações de reconhecimento mútuo, bem como o papel dos indivíduos na reprodução ou modificação da vida social objetiva, através de seus procedimentos psíquicos de interação com o *Outro* e *consigo mesmo*. A partir disso, o autor se incumbirá da tarefa de compreender como as formas de degradação e desrespeito social possivelmente se transformarão em experiências de não reconhecimento, sendo esses os motores que induzem aos conflitos na contemporaneidade e fazem ascender as reais chances em prol da emancipação.

Já com a utilização da *teoria de Winnicott*, Honneth (2003) introduz uma nova dimensão em sua teoria do reconhecimento: a dimensão existencial. Isto é, o ‘ato de reconhecer’ passa a ser visto como anterior ao ‘ato de conhecer’. Assume-se assim, um posicionamento ontogenético das esferas de *ação* e *interação* que são essenciais para a estabilização e a implementação de valores vistos como fundamentais na modernidade, mas que continuamente são negligenciados, culminando em formas de degradação e em associações patológicas. Segundo Cinara Rosenfield e Giovani Saavedra (2013),

[Honneth] entende que esse *modo existencial do reconhecimento* deve ser compreendido como uma forma mais fundamental do Reconhecimento (dimensão antropológica do reconhecimento) que serve de base para as esferas do reconhecimento (dimensão sócio-histórica do reconhecimento) [...] o fenômeno da *reificação* não consiste numa primazia do *Modo de Conhecer* em

relação ao *Modo do Reconhecer*. Reificação consiste, para Honneth, numa forma de *Esquecimento-do-Reconhecimento*. [...] Pode-se observar um fenômeno desse tipo, portanto, quando a *autoafirmação* cai em esquecimento. (ROSENFELD; SAAVEDRA, 2013, p. 26-27).

Uma das maiores dificuldades enfrentadas por Honneth (2003) foi a de compreender como essa dimensão existencial de sua teoria se relacionaria com essa dimensão sócio-histórica do reconhecimento. E, o autor encontrou na esfera ‘do amor’ um modo de resolver esse empecilho, já que ela passaria a se ancorar tanto nos âmbitos de formação da personalidade humana quanto nos contextos sociais em que os sujeitos de interação são formados. (ROSENFELD; SAAVEDRA, 2013, p. 29-30).

Assim, a partir da *teoria de Winnicott* sobre o desenvolvimento infantil, Honneth (2003) conclui que os sujeitos compreendem a totalidade da realidade “[...] como um produto de sua capacidade mental e age[m] de acordo. Somente a experiência de que a realidade possui exigências próprias, isto é, de que ela é independente de sua capacidade mental, leva[ria] os sujeitos a compreenderem a si mesmos como seres autoconscientes” (ROSENFELD; SAAVEDRA, 2013, p. 31).

Nesse ínterim, os fenômenos do reconhecimento e da autoconsciência passaram a estar imbricados e a reificação seria uma falha grave nesse processo de aprendizagem. Por isso, a teoria honnethiana se envolverá tanto nas dimensões do social – com análises da construção dos processos identitários – quanto na consolidação da autonomia dos sujeitos de Direito, repousando sobre as três esferas do reconhecimento: a dedicação emotiva, o respeito e a estima social. “Para os indivíduos poderem dispor de suas autonomias individuais, é preciso que socialmente sejam reconhecidas suas necessidades, sua igualdade legal e/ou suas contribuições sociais” (ROSENFELD; SAAVEDRA, 2013, p. 31).

A definição tripartite do reconhecimento em Axel Honneth (2003; 2015) se refere ultimamente ao ‘amor’, à ‘sociedade civil’ e à ‘esfera público-política’, sendo a falta de reconhecimento numa ou mais esferas – desencadeadas pela violação, pela privação ou pela exclusão –, as forças motivadoras das lutas por reconhecimento e pelos modos sociais abrangentes que reivindicam um aprimoramento no projeto democrático- inclusivo hodierno.

A intenção de Honneth (2003; 2015) é vincular basicamente os processos de individualização – com a apresentação das diversas facetas da personalidade humana –, com os processos democráticos de inclusão social, que buscam inserir os indivíduos em comunidades de valor específicas e num círculo equitativo de direitos civis, sociais e políticos. Assim, ao explorarmos a noção de *inclusão* através da teoria honnethiana, poderemos converter facilmente as questões que inibem a consolidação da autonomia individual em questões de natureza de-

mocrático-social, identificando as principais patologias advindas dos processos de negação do *Outro*, que degradam, violam e, acima de tudo, fragilizam as perspectivas democrático-inclusivas de nosso tempo.

Assim, retornando às dimensões do reconhecimento, Honneth irá abordar a primeira esfera como sendo o ‘amor’, entendida aqui como todas as relações primárias humanas, que consideram as “[...] ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, segundo o padrão de relações eróticas entre dois parceiros, de amizade e de relações pais/filho” (HONNETH, 2003, p. 159). Nesse âmbito, os sujeitos podem satisfazer seus desejos particulares e suas carências humanas, por meio da afeição e da devoção emotiva, estando envolvidos em práticas mútuas de prestação de cuidados e carinhos.

É justamente nessa primeira categoria da evolução identitária que os seres humanos são capazes de formar suas bases iniciais para se inserirem num novo tipo de relação no futuro, ou seja, na sociedade civil¹¹⁶. Pois, esse nível de formação individual possui natureza carencial e afetiva, estando associado à consolidação da autorrelação prática da autoconfiança (e aos modos incipientes da dignidade e do autorrespeito). Nas palavras de Honneth (2003),

Toda relação amorosa, seja aquela entre pais e filho, a amizade ou o contato íntimo, está ligada, por isso, à condição de simpatia e atração, o que não está à disposição do indivíduo; como sentimentos positivos para com outros seres humanos são sensações involuntárias, ela não se aplica indiferentemente a um número maior de parceiros de interação, para além do círculo social das relações primárias. Contudo, embora seja inerente ao amor um elemento necessário de particularismo moral, Hegel faz bem em supor nele o cerne estrutural de toda eticidade: só aquela ligação simbioticamente alimentada, que surge da delimitação reciprocamente querida, cria a medida de autoconfiança individual, que é a base indispensável para a participação autônoma na vida pública. (HONNETH, 2003, p. 178).

Embora essa dimensão não deva ser confundida com a posterior, ela proporcionaria a ascensão dos sentimentos de maior autonomia e autoconfiança, que são fundamentais para a incorporação do autorrespeito e da autoestima presentes nas demais esferas do reconhecimento. Assim, o ingresso dos indivíduos na segunda ‘instituição do reconhecimento’ dependeria, necessariamente, de identidades morais bem formadas nessa primeira categoria ética.

¹¹⁶ [Em sua obra **Luta por reconhecimento**, o autor a denomina de *Direito*, sendo posteriormente reformulada, em **O direito da liberdade**, para englobar a lógica da divisão do trabalho no âmbito do mercado nas sociedades contemporâneas, passando a ser chamada de *Sociedade Civil*. Esse trabalho não se concentrará nas especificações dessas mudanças de percurso no interior da *teoria honnethiana*, apenas apresentará o cerne da discussão para o entendimento de um panorama decisivo sobre os possíveis distúrbios individuais de personalidade quando as situações de não reconhecimento prevalecem.]

É importante destacar que todas essas distinções de autorrelações práticas – autoconfiança, autorrespeito e autoestima –, não devem ser consideradas como etapas subtraídas das mudanças sócio-históricas, uma vez que elas também são provenientes de aspectos específicos da vivência social e da interação intersubjetiva de parceiros de aprendizado. No final de cada uma desses estágios de formação, existiria sempre o reconhecimento de habilidades físicas e intelectuais próprias de sujeitos com especial atenção à sua autonomia e estima. (HONNETH, 2013, p. 64).

Em suma, a teoria honnethiana apresenta um vínculo interessante entre a individualização e a socialização, que permite a incorporação de relações de reconhecimento que aos poucos vão se modificando. De certo modo, “[...] o devir da autonomização está entrelaçado com o processo de socialização, pois somente pode cumprir com as normas e habilidades socialmente esperadas aquele sujeito que as assumiu para si como o núcleo prático de sua própria autocompreensão.” (HONNETH, 2013, p. 64). Isto é, para manter vigente e até mesmo expandir essas formas de autorrelação, o sujeito precisaria estar incluído em comunidades políticas que não culminassem num espelhamento deformado das expectativas de reconhecimento. Segundo Honneth (2013),

A experiência de ser considerado importante nas próprias carências, na sua capacidade de julgamento e, sobretudo, nas suas habilidades precisa ser renovada e reconstruída pelo sujeito sempre de novo na vida em grupo, para que ela não perca sua força e vivacidade na anonimidade do *Outro generalizado*. De certa forma, o grupo permite ao adulto que ele siga experimentando aquela postura de reconhecimento direta, ainda mediatizada por gestos e palavras, que em circunstâncias favoráveis ele podia observar durante sua infância nas reações afirmativas das suas pessoas concretas de referência. (HONNETH, 2013, p. 65).

Já na segunda dimensão – a ‘sociedade civil’ –, os indivíduos passariam a cooperar uns com os outros como produtores e consumidores. A produção da solidariedade e do autorrespeito, nas sociedades modernas supercomplexas, dar-se-ia mediante as ideias da divisão do trabalho e dos desempenhos diferenciais, enquanto códigos normativos, que vêm de par com as experienciabilidades da contribuição de outros sujeitos para um objetivo compartilhado. Segundo Honneth (2015), esses códigos existentes no bojo das sociedades pós-tradicionais servem para uma crítica de um estado de coisas desigual e da negação do reconhecimento no mundo do trabalho, pois envolvem uma face ética da reprodução da própria sociedade. Por intermédio da contribuição valorizada individualmente, surgiria o sentimento de essencialidade da cooperação social, com a substituição da antiga solidariedade orgânica das sociedades

tradicionais. (SIMIM, 2015, p. 657). Essa dimensão proporcionaria o desenvolvimento da autorrelação prática denominada de autorrespeito.

É fundamental esclarecer que antes de **O Direito da Liberdade**, Axel Honneth (2003) atribuía ao sistema de direitos essa segunda esfera de reconhecimento. Tratava-se das relações juridicamente mediadas e do caráter igualitário e universal da imputabilidade moral na garantia da preservação da dignidade humana e da proteção social. Entretanto, críticas à parte, numa recente entrevista com Rasmus Willig (2012), Honneth afirmou ter realizado essa alteração para transformar as três esferas originais de reconhecimento em cinco, relegando ao direito e à moral a possibilidade da liberdade social que deveria ser complementada eticamente nas *práxis* da vida real, isto é, nas relações primárias, na sociedade civil (mercado) e, finalmente, na formação comunicativa da vontade política.

O maior intento de Honneth (2015) assentou-se na incorporação da esfera público-democrática como *locus* de realização final da liberdade social e do reconhecimento humano inclusivo. Em **Luta por reconhecimento**, ele afirma que anteriormente a “[...] vida pública teria de ser considerada não o resultado de uma restrição recíproca de espaços privados de liberdade, mas, inversamente, de uma realização da liberdade de todos os indivíduos em particular” (HONNETH, 2003, p. 41). Com essa transformação, agora as injustiças sociais, a privação de direitos e os processos de inferiorização do *Outro* seriam combatidos mediante ao protesto e à mobilização na esfera público-política, retornando para as instituições de reconhecimento na forma de direitos sociais:

Com certeza, é a conexão interna da *autorrealização*, da *autorrelação positiva* e *reconhecimento recíproco*, que fornece, para [Honneth], a chave de uma fundamentação normativa tanto para o diagnóstico da patologia quanto para a teoria da justiça. É nesse sentido que se pode compreender o vínculo entre reificação e desrespeito recorrente como a ligação entre o sentimento de injustiça, que impede o reconhecimento da perspectiva da experiência individual, e uma conformação social patológica da qual ele decorre, que se foca nas instituições sociais. (SIMIM, 2015, p. 655, grifos do autor).

Apesar de ter alterado sua teoria original no que tange às esferas do reconhecimento humano, ampliando-as, Axel Honneth (2015) em **O Direito da Liberdade**, continua a defender que nas sociedades modernas liberais somente o ordenamento jurídico igualitário é passível de possibilitar a ascensão de uma esfera de ação autônoma e reunir comunicativamente a vontade unificada de todos os seus membros, sendo a decisão democrática e plural, a única fonte de legitimação do Estado de Direito e o mecanismo elementar para a efetivação da liberdade social,

[...] o sistema de direitos garante aos indivíduos um espaço de autonomia privada, onde possam se resguardar de todos os deveres inerentes a seus respectivos papéis e vinculações para reconhecer o sentido e a direção da conduta individual de suas vidas; ao final de nossa reconstrução, assomar-se-á então, mais uma vez, de um ponto de vista bem diferente, que o mesmo sistema jurídico, uma vez que aos cidadãos e cidadãs participes da sociedade é concedida uma autonomia coletiva pela qual, em cooperação como sociedade civil, deliberam sobre quais direitos deverão ser reciprocamente concedidos [...] para a sua realização efetiva, a liberdade jurídica depende sempre de complementações por meio da comunicação. (HONNETH, 2015, p.130-131).

O sistema de direitos deveria, portanto, viabilizar a plena articulação entre a autonomia pública e privada à luz de uma multiplicidade de ideias e valores, muitas vezes concorrentes entre si, mas que por meio de ações performativas de comunicação seria capaz de abranger o pluralismo ético de um meio social pós-tradicional – rico em visões e em concepções alternativas de ‘vida boa’ –, emergindo da diversidade de vozes e de ideais acerca do ‘bem’ e do ‘justo’. Sistema esse pautado, acima de tudo, no reconhecimento inclusivo do *Outro* e no reforço da noção de dignidade humana. (HONNETH, 2015, p. 139).

O sistema de direitos deveria ser entendido ainda como uma expressão dos interesses universalizáveis de todos os membros de uma coletividade, independentemente de suas tradições ou costumes, sem que se admitam exceções ou privilégios. O reconhecimento jurídico se assentaria na proteção social do conceito universal de dignidade humana e na imputabilidade moral dos sujeitos, não sendo passivo de graus diferenciados de satisfação, pois o valor da pessoa humana é absoluto e o reconhecimento das particularidades e das diferenças humanas caberia apenas à última ‘instituição de reconhecimento’ (a qual proporcionaria a promoção da estima social, dos laços comunitários de solidariedade¹¹⁷ e a cooperação).

Assim, mesmo diante de alterações importantes no bojo de sua teoria inaugural, Honneth continua a defender que o reconhecimento jurídico igualitário é primordial para a efetivação das esferas éticas de reconhecimento recíproco, por meio do qual elucidam-se o valor moral de um sujeito mediante sua comunidade e possibilita a reprodução de seus critérios intersubjetivos de importância social. (HONNETH, 2015, p.184).

¹¹⁷[Na nova formulação honnethiana, a estima também pode ser obtida na esfera da divisão do trabalho, uma vez que, Honneth não compactua com a dicotomia de Habermas sobre a colonização do sistema (dinheiro e poder) no mundo da vida. Para Honneth (2015), a divisão do trabalho proporciona um sentido inicial de cooperação e reconhecimento diferencial, o que foi amplamente questionado, uma vez que a lógica do mercado de trabalho capitalista não atua na base da produção de solidariedade, mas sim relacionando o trabalho ao salário, e principalmente, ao consumo. Ao ignorar esse estado de coisas sobre o funcionamento do mercado capitalista, para Thiago Simim (2015, p. 661) “Honneth perde não somente a possibilidade de um diagnóstico de tempo adequado à práxis real, como também perde potencial crítico de sua análise”].

A última ‘instituição de reconhecimento’ seria agora a ‘esfera público-política’, na qual os indivíduos participam da formação da vontade livre e democrática, por meio de discussões sobre as quais se devem assentar a exortação das atividades cidadãs. Constitui-se como um conjunto de possibilidades público-políticas para a participação ativa e para a formação da vontade democrática, ao mesmo tempo em que influencia a produção de uma nova legislação política, passível de englobar demandas e reivindicações cada vez mais plurais e diversas. (HONNETH, 2015, p. 145). Para o autor, o “[...] exercício legítimo do poder só pode se manifestar se a perspectiva normativa de uma necessidade de legitimação democrática da ação do Estado for assumida” (HONNETH, 2015, p.509).

Assim, fundamentar-se-ia para Axel Honneth (2015) o Estado democrático de direito, por meio do qual os indivíduos são reconhecidos por suas capacidades como um bem único e imprescindível, independentemente de suas tradições. A autorrelação prática que se desenvolve nessa última categoria é a da estima social, mediante a participação cooperativa e as relações cotidianas do mundo vivido. Embora Honneth não prescreva formas concretas de vida ou de uma concepção particular de ‘vida boa’, nem arranjos jurídico-institucionais específicos – para além de sua exigência democrática e cooperativa –, o quadro teórico abstrato pressupõe um cenário capaz de abranger a pluralidade dos projetos de vida e a diversidade das sociedades pós-tradicionais europeias, dependendo sempre dos termos hermenêuticos de um presente insuperável, caracterizado pelas relações de reconhecimento existentes. (SOBOTTKA, 2015, p.689) (WERLE; MELO, 2008, p. 192).

Ainda que não sejam mencionados de maneira explícita, os estágios de conquista das autorrelações práticas são concebidos como processos cumulativos de desenvolvimento moral dos indivíduos. Honneth defende assim que a individualização humana é um processo no qual os indivíduos podem obter uma identidade prática na medida em que seus parceiros de interação e seu meio social lhes permitem o reconhecimento de suas capacidades, direitos e habilidades. Não se trata apenas de um simples processo de socialização, mas sim da formação de sujeitos autônomos e emancipados, isto é, indivíduos capazes de ‘linguagem e ação’, que se relacionam consigo mesmos a partir da interação positiva com o *Outro* e da autopercepção de suas próprias qualidades. (SOBOTTKA, 2015, p. 690).

Seria o padrão por excelência do ‘*ser-consigo-mesmo-no-outro*’, onde as condições sociais e institucionais são concebidas como uma ordem social justa, que permita a cada sujeito individual participar de “[...] relações comunicativas que podem ser compreendidas como expressão da própria liberdade [...] A *libertação do sofrimento* só ocorre quando existem condições iguais para a realização da liberdade [de todos]” (HONNETH, 2007, p. 41, grifos do autor). Em suma, seria a reconciliação de duas medidas, à primeira vista, contraditórias, ou

seja, da convergência da noção de reconhecimento das diferenças com a igualitarização dos sujeitos humanos no que tange às suas condições de conquista da liberdade.

Entretanto, a negação do reconhecimento por meio da discriminação, do racismo, do desrespeito, da injúria moral, da injustiça e da exclusão social, não apenas constrange e causa sofrimento aos indivíduos – com o impedimento do desenvolvimento de suas autorrelações práticas –, como também, e principalmente, inviabiliza a construção de suas próprias identidades, as quais dão suporte à edificação da autonomia. Segundo Honneth (2003, p. 216), “[...] a denegação de pretensões socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido vai de par com a experiência de privação de direito uma perda do autorrespeito”.

Essa deterioração das capacidades morais dos membros de uma sociedade leva os sujeitos reificados e os sujeitos reificantes às enfermidades e às indeterminações, afetando patologicamente toda a cooperação social, com a consequente diluição de seus laços sociais de solidariedade. (HONNETH, 2015; SIMIM, 2015; SOBOTTKA, 2015).

O desrespeito constitui-se, portanto, como o último rebaixamento social possível, através do qual se nega o valor social de indivíduos e coletividades, com a depreciação de suas tradições e formas de vida. Uma vez que, para existir ‘estima’, é fundamental que sejam concedidas as reais possibilidades de inclusão e reconhecimento do *Outro*, capazes de fazerem nascer sentimentos de ‘autorrealização’ e laços abstratos de solidariedade. Assim, a discriminação, o desrespeito, a inferiorização e os procedimentos exclusivistas acabam por abalar o significado positivo de grupos inteiros.

[...] [a] ofensa ou [o] rebaixamento se referem a formas de desrespeito, ou seja, às formas de reconhecimento recusado. Conceitos negativos dessa espécie designam um comportamento que não representa uma injustiça só porque ele estorva os sujeitos em sua liberdade de ação, ou lhes infringe danos; ao contrário, visa-se àquele aspecto de um comportamento lesivo pelo qual as pessoas são feridas numa compreensão positiva de si mesmas (HONNETH, 2003, p. 213).

Para o autor, as relações primárias, o direito, a sociedade civil e as esferas político-democráticas, a despeito das ‘diferenças’, devem estar sempre abertas aos processos de subversões, mediadas pelos conflitos morais-intersubjetivos, capazes de conduzir as sociedades a novas conquistas universalistas de igualdade e particularistas de autonomia e autorrealização pessoal. Torna-se evidente que o sistema de direitos que busca se isolar das reivindicações sociais e de seus dissensos, condensando-se à mera função simbólica, torna-se inidôneo para

representar as sociedades modernas, marcadas pela convivência supercomplexa e pelos desafios amplamente agravados pelos tempos pós-tradicionais (HONNETH, 2003, p. 267).

Um verdadeiro ente político-democrático requer sujeitos capazes de racionalizar em espaços públicos porosos e susceptíveis às reivindicações diversas de *reconhecimento moral*. A realidade social europeia, porém, passou a ser conduzida por cenários ampliados de discriminação, intolerância e racismo, chocando-se diretamente com as exigências por maior complexidade democrática e com a eliminação dos hiatos históricos de negação do *Outro*. Reafirmam-se assim, as assimetrias sociais e os preconceitos ao mesmo tempo em que os discursos político-jurídicos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a preservação da dignidade humana ganham notoriedade nos espaços públicos.

A teoria honnethiana apresenta, portanto, uma filosofia político-normativa atenta aos ideais de uma sociedade mais ‘justa’ e ‘solidária’, fornecendo possibilidades de criação de laços sociais de solidariedade para além dos atuais quadros sociais reificantes. Tais questões são vitais para repensar o elo democrático-inclusivo existente nas sociedades supercomplexas europeias, e para a satisfação das reivindicações históricas por mais direitos humanos fundamentais e reconhecimento das particularidades identitárias de cada um.

Ancorado no processo social e linguístico de construções intersubjetivas, Honneth (2003; 2015) identifica assim, as patologias do tempo presente a partir dos processos de formação da identidade humana e do desenvolvimento de suas autorrelações práticas, atribuindo aos seus retrocessos – causados pelas violações sistêmicas de negação do *Outro* – o impedimento da formação de laços sociais mais cooperativos e plurais. Seu ideal de justiça perpassa sobre o acesso humano igualitário às ‘instituições de reconhecimento’ para o desenvolvimento de uma verdadeira liberdade social (em todas as suas formas). Contestam-se assim, as relações sócio-jurídicas pautadas na dominação e na violência, bem como nos marcos tradicionais que insistem em produzir e reproduzir distinções estratificadoras.

4.3 O desrespeito e a dessimbolização do ‘Eu’: a discriminação e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Os autores críticos em suas diferentes abordagens adotaram como horizonte normativo as reivindicações modernas de formação dos sujeitos autônomos, individuados e de igual valor, capazes de se desenvolverem e realizarem seus projetos de vida. No limite, eles também edificaram projetos democráticos de sociedade na forma de ‘utopias concretas’, isto é, constituídos como genuínos espaços sociais de libertação, propícios para o fortalecimento dos laços vivos de solidariedade e da emancipação humana inclusiva. Esses projetos se pautaram, em

sua maioria, na garantia irrestrita dos direitos humanos fundamentais, sem a admissão de inferiorizações sociais nos foros público-jurídicos. (SOBOTTKA, 2015, p.687-688).

De acordo com Honneth, a individualização humana seria o processo segundo o qual os indivíduos podem desdobrar suas identidades “[...] na medida em que são capaz[es] de assegurar-se do reconhecimento por um círculo crescente de parceiros em suas interações”. Nesse sentido, trata-se da formação social de indivíduos hábeis em se constituírem como sujeitos capazes de *ação* e de *fala* “[...] a partir da perspectiva dos *Outros* que lhe conferem aprovação, a relacionar-se consigo próprios como seres que possuem determinadas qualidades e habilidades positivas” (SOBOTTKA, 2015, p.690).

Assim, as relações de reconhecimento e o desenvolvimento das autorrelações práticas passaram a ser as premissas antropológicas essenciais para a compreensão daqueles seres humanos que também se encontram em situações de vulnerabilidade social, ou seja, expostos às experiências de desrespeito físico ou intelectual, bem como às posições de humilhação social e sofrimento. Esses cenários de cisão dos direitos passaram a condicionar o descumprimento de uma espécie de ‘obrigação ético-moral’ nos processos societários de aprendizado, sendo considerados por muitos teóricos como ‘injustos’ por bloquearem e dessimbolizarem, em sentido estrito, a própria concepção de autonomia dos sujeitos, minando seu protagonismo individual. (SOBOTTKA, 2015, p.687-688). A teoria crítica se volta, portanto, também para as análises desses ambientes sociais reificados, impensados, não ditos e mutilados, servindo para medir as distâncias perpetuadoras das injustiças sociais de nosso tempo. (ADORNO; HORKHEIMER, 1988, p.50).

Portanto, com a utilização das teorias de Habermas e de Honneth, podemos afirmar que as formas concretas de vida, os arranjos institucionais específicos para as relações sociais e as estruturas referenciais do direito europeu deveriam ser capazes de abrigar uma pluralidade de projetos de vida e a grande diversidade de suas sociedades, apesar das suas especificidades e diferenças. A negação do reconhecimento seria considerada como uma categoria de injúria moral e arbitrariedade incompatível com os cenários democráticos de ‘liberdade’, ‘igualdade’ e ‘justiça’. A reificação das identidades é vista como uma consequência corrosiva “[...] não apenas porque constrange ou causa sofrimento aos indivíduos, mas em especial porque prejudica ou impede o desenvolvimento de autorrelações práticas salutares”, isto é, “[...] porque impede a formação de uma identidade própria que dá sustentação à autonomia dos sujeitos”. Princípio esse, basilar para a consolidação do próprio projeto normativo de Estado de direito verdadeiramente democrático. (SOBOTTKA, 2015, p.690).

Por isso, compreender a realidade social do desrespeito, da intolerância e da discriminação para com as populações subjugadas e não reconhecidas pelo direito moderno europeu,

coloca-se como o último passo possível para corroborar com a tese de que as experiências inferiorizadoras da discriminação e a perpetuação dos marcos tradicionais nos foros público-jurídicos implicam num alto risco democrático, bem como numa contundente ameaça à formação moral-identitária das pessoas e dos grupos de valor como um todo. Uma vez que, segundo Roger Rios e Rodrigo Silva (2015), enfrentar a discriminação vivida pelos indivíduos e consequentemente pelas suas respectivas coletividades, exige não apenas critérios formais proibitivos como também uma grande intensidade combativa por parte dos tribunais nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos e também das próprias comunidades políticas, nas quais esses indivíduos estão inseridos.

A discriminação é concebida como um fenômeno múltiplo e complexo, que está presente em diferentes contextos, redes relacionais e fatores intercorrentes. Portanto, “[...] é preciso ir além da soma aritmética dos critérios proibidos de discriminação [...] e perceber a discriminação decorrente da articulação de diversas dimensões da existência humana, [como sendo] ao mesmo tempo um desafio e uma necessidade” (RIOS; SILVA, 2015, p.13-14). Principalmente, porque esses cenários sociais violentos afetam não apenas o dia a dia dos grupos-alvos, mas também toda a esfera social de vida, transformando-se numa cadeia patológica de falhas contínuas nas relações sociais solidárias e nas relações comunicativas de reprodução do *mundo da vida*.

Por isso, com o objetivo de finalizar este trabalho, foi realizada uma pesquisa de campo junto ao **European Roma Rights Centre (ERRC)**, para averiguar factualmente as experiências de violação dos direitos de alguns grupos minoritários que se constituíram como os casos pioneiros de combate à discriminação, à intolerância e ao racismo no atual Sistema Europeu de Proteção. O Centro Europeu (ERRC) é uma organização não governamental internacionalmente reconhecida pela sua organização e defesa às minorias ciganas na Europa, e por conter um corpo de juristas altamente especializados, incluindo antigos funcionários do Tribunal. Sua assistência gratuita foi responsável por coordenar alguns dos casos jurisprudenciais utilizados por essa pesquisa, tais como os processos de *Velikova contra a Bulgária* (nº 41488/98), de *Anguelova contra a Bulgária* (nº 38361/97) e de *Nachova contra a Bulgária* (nº 43577/98 e 43579/98).

As respostas do ERRC foram gravadas, transcritas (anexo I) e organizadas pela pesquisadora com a finalidade de compreender devidamente essas experiências diárias de negação de direitos às minorias nas sociedades europeias e em suas respectivas instituições estatais e supranacionais, assim como obter um diagnóstico de tempo orientado à verificação ou não, da existência de um possível ‘abismo’ entre as perspectivas de proteção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e os posicionamentos de seus litigantes, principalmente, no que se refe-

re às denúncias de transgressões discriminatórias (artigo 14º da CEDH) e o não reconhecimento das identidades alternativas na Europa.

A intenção de incorporar essa entrevista perpassa sobre o nosso objetivo final de constatar ou não, se realmente existiria tal ‘defasagem institucional’ entre as reivindicações por ‘reconhecimento’ e ‘justiça’ sociais e as deliberações dos órgãos de proteção europeus, especificamente o Tribunal Europeu. Situação essa, que atestaria notórias lacunas no campo democrático-participativo e na proteção humana inclusiva no continente. O acesso a esse material foi fundamental para a comprovação de nossa hipótese: que os marcos tradicionais ainda se encontram presentes na jurisprudência do TEDH, nos casos que envolvem a violação do artigo 14º da CEDH. Notamos ainda, a presença de resquícios derivados de padrões culturais dominantes e políticas de poder, que apenas servem para encobrir – de modo consciente ou não, deliberado ou não –, a falta de sensibilidade do Tribunal em lidar com problemas acerca do reconhecimento e da inclusão do *Outro* que ainda assolam as minorias na Europa.

A coleta de informações ocorreu em ambiente restrito do ERRC em Budapeste (Hungria). O jurista entrevistado demonstrou notório saber acerca dos conteúdos abordados por essa pesquisa, contando ainda com ampla experiência profissional tanto no âmbito de atuação da própria ONG quanto no Tribunal Europeu, uma vez que ele é ex-funcionário da instituição. A técnica de depoimento pessoal incorporou, de modo satisfatório, o conteúdo da investigação bibliográfica anteriormente apresentada e ressaltou, ao fim, a importância da sociedade civil organizada para ‘luta’ pela (re)conquista do reconhecimento negado. No contexto exposto, partiu-se do ponto de vista institucional até a completa subjetivação dos sujeitos violados, com a meta de enquadrar empiricamente todas as abordagens normativas de compreensão das injustiças vividas no âmago das sociedades europeias e dar impulso às propostas de superação dessas situações de sofrimento generalizadas, produzindo assim um diagnóstico que permitisse vislumbrar uma possível cultura universal dos direitos humanos, mais inclusiva, e finalmente, mais abrangente.

De modo sumário, o transcurso da entrevista revelou: I) O difícil acesso das populações marginalizadas aos serviços jurídicos nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos, especificamente, no Tribunal Europeu; II) O tímido sucesso do combate à discriminação sistêmica na Europa, bem como do reconhecimento jurídico-social das particularidades identitárias; III) A resistência dos Estados nacionais em aderirem as sentenças emitidas pelo TEDH; IV) O caráter bastante político das orientações de alguns juízes da Corte; V) E, principalmente, a árdua constatação de que as injúrias sofridas nos contextos sociais de vida e perpetuadas pelos âmbitos institucionais raramente mobilizaram uma indignação assertiva das

vítimas em direção a reações mais consistentes de ‘luta’ contra as humilhações e injustiças sofridas.

O campo experiencial demonstrou uma relativa distância da teoria do reconhecimento honnethiana no que diz respeito à luta social motivada pelas adversidades e pelos desrespeitos vividos, com um provável colapso das identidades das vítimas envolvidas no processo de subjugação cotidiana. Na verbalização do jurista, notou-se que a denegação dos direitos e a falta de reconhecimento – tanto no Tribunal Europeu quanto na própria comunidade política – levaram a uma subvalorização das capacidades e habilidades dos sujeitos violados, o que corroeu suas respectivas concepções ‘positivas de si’ e seus sentidos internos de ‘luta’.

Ou seja, as experiências de sofrimento não articularam – num quadro interpretativo mais amplo –, o processamento dos acontecimentos, ganhando sentido e orientando ações combativas de aprendizado coletivo. Ao contrário, o não reconhecimento propiciou uma espécie de ‘dessimbolização do Eu’ que impediu seus destinatários de criarem bons marcos referências de si. E, as patologias identificadas no nível individual transcenderam as relações entre os sujeitos e se enraizaram em hábitos e estruturas muito mais profundas da sociedade europeia, culminando num ciclo contínuo de reificação e na degeneração dos laços vivos da comunidade. A totalidade tem se tornado assim, cada vez mais hostil às diversidades e, tem colocado em xeque a própria integridade da vida ética – com a suspensão momentânea da solidariedade afetuosa para com o *Outro*.

A indignação individual se revelou muito incipiente ou até mesmo ausente, o que problematiza com mais severidade a permanência das inferiorizações étnico-raciais, das experiências de desrespeito e da erosão da autonomia dos sujeitos. Uma vez que, essa degradação pode conduzir a um real questionamento da eficiência normativa do Estado democrático de direito, o qual deveria se consubstancializar na defesa irrestrita da proteção humana inclusiva e na garantia das liberdades e igualdades mais fundamentais dos seres humanos, propiciando a transformação social, a renovação das dinâmicas de poder, e por fim, a emancipação.

Em suma, a ampla trajetória de expansão dos direitos individuais e coletivos, bem como a prometida ‘democracia’ não têm se mostrado hábeis em eliminar os hiatos históricos de dominação herdados pelo mundo não emancipado. A difusão dos cenários sociais cada vez mais discriminatórios, ditados pelas lógicas do ‘desrespeito’ e da ‘estigmatização do *Outro*’, passaram a restringir o acesso às relações sociais desejáveis, solapando a solidariedade e comprometendo o próprio processo de integração social europeu. As contínuas omissões do Tribunal ainda se inserem nessa lógica complacente de fomento das ‘categorizações’ e ‘qualificações negativas’ de sujeitos profundamente inferiorizados e não reconhecidos, prejudican-

do ainda mais as esferas identificacionais com o *Outro*, e levando a padrões decadentes de associação e a modos depreciativos de formação identitária.

Por isso, a seguir, nosso estudo se dirige às ações político-jurídicas europeias de integração dessas minorias e a relevância desses discursos sócio-institucionais para o ‘autoposicionamento’ dos indivíduos marginalizados. Promover-se-á, através da narrativa do jurista, uma análise das possíveis percepções individuais (dos litigantes) no que diz respeito às experiências de degradação e desrespeito sofridas, suas estratégias de sobrevivência, e finalmente, suas possibilidades reais de inclusão social. As condições de superação desses quadros reificantes de vida e as respostas institucionais de Estrasburgo também se fizeram presentes, com o intento de incorporar um panorama inédito acerca do genuíno esforço de inserção desses grupos nas sociedades europeias majoritárias.

Conforme apresentado anteriormente, a Corte de Estrasburgo enfrentou e ainda enfrenta uma série de críticas, acerca de sua jurisprudência, no que tange à proibição da discriminação (violação do artigo 14º da CEDH). Para muitos autores, como Hemme Battjes (2009), ela ainda reflete diversas assimetrias de tratamento que oscilam segundo noções dúbias de identidade – construídas tanto nos âmbitos estatais quanto internacionais –, nas práticas culturais e nos valores étnico-raciais. Alega-se que, ainda existem falhas recorrentes na sensibilidade do Tribunal às diferenças identitárias e, inclusive, uma falta de eficiência e abrangência no combate peremptório da *discriminação sistêmica*¹¹⁸. Quando indagado sobre as recentes soluções dadas pelo Tribunal nos casos de combate ao racismo, à discriminação e à intolerância, bem como sua eficácia, o jurista pontuou:

Não existem muitos casos trazidos pelos ciganos à Corte Europeia antes de nós. Há alguns casos, mas nós [do Centro Europeu] pensamos que não são suficientes. Isso se deve ao fato de que os ciganos tem uma capacidade muito reduzida de levar os casos ao Tribunal. Isso porque, eles são social e economicamente excluídos na Europa. Então, na verdade, *eles não tem realmente acesso a esses serviços jurídicos para fazer valer seus direitos e essa é a razão pela qual não existem muitos casos* [ligados a essa minoria]. Mas sim, temos alguns processos que assumiram papéis pioneiros, um deles, é o caso de *Nachova contra a Bulgária*, que foi inovador em relação ao artigo 2 da CEDH (de violação do direito à vida), e ao direito de não discriminação [violação do artigo 14 da CEDH], constituindo-se basicamente como um caso de ‘crime de ódio’. E, também existem aqueles casos que são civis, [especificamente] o caso *D.H e outros contra a República Checa* [que diz respeito] à educação especial, que expõe o drama do alto número de crianças ciganas em escolas especiais. [...] Há outros casos, como por exemplo, *Anguelova contra a Bulgária*, que também é um caso nosso. Eles existem, mas nós achamos que ainda não é suficiente. [...] Atualmente, a Corte reconheceu o

¹¹⁸[Cujas práticas institucionais têm interação e produzem efeitos de exclusão de membros de grupos minoritários.].

fato de que os ciganos são historicamente excluídos [...] o Tribunal já afirma que eles são uma comunidade vulnerável e é por isso que precisam de uma consideração especial [...] Mas penso que em termos de aceitar os julgamentos que trazem a matéria da discriminação, o Tribunal ainda não reconheceu o fato dos ciganos serem vítimas de discriminação sistêmica. Existem vítimas explícitas de crimes de ódio, [inclusive] uma espécie de preconceito incorporado em muitas instituições estatais, e o Tribunal não reconhece isso. Por isso, achamos que ainda não chegamos lá. O que tentamos fazer é guiar os tribunais para o reconhecimento desses sentimentos [discriminatórios] [...] tentamos chamar a atenção da Corte para reconhecer todos esses elementos. Mas quando [as vítimas] trazem esses julgamentos, o Tribunal realmente exige provas em termos da existência de uma linguagem racista, de uma intenção racista, e as vítimas de discriminação ocupam uma posição muito difícil para conseguir provar essas evidências. Então, em muitos casos, não podemos mostrar nenhuma evidência concreta disso, o que podemos dizer é: “Sim! Isso está acontecendo com os ciganos e isso sistematicamente acontece...por exemplo, a violência policial!”. Mas, nós não podemos provar as evidências em termos de [realmente] existir uma linguagem racista ou um documento racista ou algo assim. Mas sempre podemos ver que todos esses eventos fazem parte de uma discriminação sistêmica. Prática essa, que acontece com grande frequência, então nós tentamos – você sabe –, chamar a atenção da Corte para isso, bem... mas nós não temos sido tão bem sucedidos (Grifo nosso).

Como bem apresentado – ao longo de toda a sua jurisprudência –, o Tribunal Europeu ainda não reconheceu formalmente que as estruturas sócio-institucionais e os sistemas de poder podem reforçar a discriminação de determinados grupos ou subgrupos étnico-culturais. Isto é, que alguns preconceitos culturalmente enraizados e padrões hegemônicos de conduta – dos detentores do poder institucionalizado –, podem revelar traços discriminatórios acentuados em suas ações ou interações sociais. Sendo esses traços, capazes de endossar práticas desiguais de tratamento e mecanismos de subordinação do *Outro*. Uma medida legal que tem possibilitado a permanência dessas relações assimétricas de poder no âmbito dos Estados é o ‘padrão de prova’ comentado pelo especialista e defendido pelo Tribunal nos últimos cinquenta anos de escrutínio judicial.

Esse ‘padrão’ se refere à medida já descrita do “*para além de qualquer dúvida razoável*” nos termos do artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Ou seja, uma deliberação tipicamente proveniente do direito penal para a garantia da proteção dos direitos humanos fundamentais. Essa doutrina tem se baseado em dois pilares interligados de sustentação: o primeiro se destina à presunção de inocência do acusado – no caso, os Estados nacionais – frente às vítimas de racismo e discriminação; e o segundo, no princípio *in dubio pro reo*, que significa literalmente ‘na dúvida, a favor do réu’. Em outras palavras, na insuficiência de provas ou na dúvida acerca da deliberação que o réu seja o favorecido.

Esse princípio tem viabilizado o ocultamento do próprio conceito de ‘discriminação’ na jurisprudência europeia por décadas, tornando o combate ao racismo e à intolerância quase

virtualmente impossíveis e inatingíveis. Reitera-se assim, a permanência de práticas sociais altamente lesivas e danosas à proteção humana inclusiva e à promoção de uma verdadeira cultura política da igualdade, sem nenhuma pertinência lógica. Com efeito, por intermédio do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica europeia deveria afirmar “é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas” (MELLO, 2007, p.18), de modo que competiria ao direito proteger as vítimas, prever e reparar os danos sistematicamente causados que ainda assolam historicamente os grupos minoritários no continente.

Embora não haja o reconhecimento categórico da existência de abusos e traumas sistêmicos atinentes às minorias – especificamente, ciganas – pelo Tribunal, o jurista do Centro Europeu ainda recordou que o problema da implementação dos julgamentos é outra realidade na Europa, o que exige uma atenção redobrada por parte da sociedade civil nos casos de discriminação, intolerância e racismo, bem como cenários sociais de luta constante contra às violações generalizadas. Sobre essa questão obtivemos a seguinte atribuição:

Eu diria que a luta está em curso contra o abuso sistêmico, e em alguns casos, não há o reconhecimento da existência desses abusos, como por exemplo, nos casos da educação [*D.H e outros contra a República Checa*]. Outro problema é a implementação desses julgamentos. E, claro isso vai além da competência do Tribunal [...] *Você sabe, [essa questão] tem duas faces, uma é sobre o sucesso do julgamento e a outra é sobre sua implementação [...]* No sistema judicial europeu, o Tribunal ordena ao Comitê de Ministros que é o responsável pela execução do julgamento [nos Estados nacionais] [...] e então, o Estado precisa reportar o que ele tem alcançado [nessa matéria]. Ao mesmo tempo nós também submetemos informações à Corte, que exige que trabalhem para monitorar o que está acontecendo para então enviarmos informações ao Comitê de Ministros, porque é claro que o Estado diz: “Nós estamos implementando! Fizemos tudo!”. Então, é preciso muito trabalho e mais trabalho adicional, e isso é encargo da sociedade civil. *O trabalho e o sucesso não são apenas alcançados pelos julgamentos, pois há muito trabalho depois. Ao mesmo tempo, o Tribunal também se mostra relutante em considerar o artigo 14 [em sua jurisprudência] nos casos de discriminação, mesmo em casos que existem alvos explícitos como nos casos de ciganos [...]* Eu não sei se você já ouviu falar sobre os processos de esterilização contra as mulheres ciganas, [eles mostram] que *essas mulheres são vítimas de atos discriminatórios sistêmicos e o Tribunal ainda não reconhece isso como uma discriminação. O que eles dizem é: “Sim, é uma violação do direito de proteção à vida, mas eles não encontram discriminação!”*. Então, claro, em nossa opinião [do Centro Europeu], *o Tribunal não tem razão nisso. [...]* *Penso que eles realmente falham nesse ponto [...]* *E, estamos tentando sugerir ao comitê civil que eles possam ser mais abertos para considerar esse tipo de discriminação [sistêmica e] interseccional.* (Grifo nosso).

A ausência de um enfrentamento real e direto à discriminação sistêmica, bem como nos casos mencionados pelo especialista, acerca da discriminação interseccional¹¹⁹ se com-

¹¹⁹ [Considera a presença simultânea de fatores diversos de diferenciação injusta e prejudicial.].

provou o aparecimento de novas dinâmicas de racismo, que desafiam rotineiramente a formulação de respostas jurídicas apropriadas. Essa relutância decisional indica a dificuldade do Tribunal em enfrentar as complexidades advindas dos próprios fenômenos sociais discriminatórios. Em outras palavras, mesmo diante de fatos tão nítidos de discriminação, a ‘coincidência’ entre os critérios ‘étnicos’, ‘de classe’ e ‘sexuais’ simultâneos tem sido considerados como provas ‘não suficientes’ para a condenação efetiva por parte da Corte. Cabe lembrar que o combate às relações assimétricas de poder são demandas sociais legítimas que buscam maiores oportunidades de efetivação dos princípios de ‘igualdade’ e ‘liberdade’ – daqueles que lutam pelo reconhecimento de direitos universais e unitários –, e que não podem ser sintetizados ou resolvidos apenas por uma única referência identitária. (RIOS; SILVA, 2015, p. 11-16).

Contornos jurídicos particularmente hegemônicos ou omissos se mostram incapazes de compreender os processos de racialização de gênero, de etnia e de classe presentes em cada contexto social e político num marco crítico-emancipador, subsidiando assim, o reconhecimento corrosivo de práticas discriminatórias que atingem unilateralmente indivíduos e coletividades inteiras. Já, quando questionado sobre a ‘justa satisfação’ das famílias violadas com os procedimentos levados a cabo pelo Tribunal e seus devidos remédios sociais, o jurista reconheceu com pesar:

Você sabe, só podemos acessar o Tribunal Europeu apenas quando já esgotamos todos os remédios domésticos. Então, isso mostra que você precisa passar por um longo caminho legal dentro do país [de origem] e isso requer muito tempo, na maioria das vezes pelo menos dois ou três anos, e claro, muito esforço das vítimas que gostariam de ter justiça. Então se não tivermos uma solução dentro do sistema doméstico, podemos ir ao Tribunal Europeu, que ainda requer mais tempo normalmente. Nós temos casos aqui que eu enviei em 2013 ou 2014, e ainda estamos aguardando o julgamento, e bem, já estamos em 2018... então são quatro anos. No que diz respeito ao Tribunal [...] a Corte ainda nos contata perguntando se ainda estamos em contato com os litigantes, e se eles ainda tem interesse no caso, e eu me sinto como: “O quê? Claro que eles tem interesse no caso! Mas o que está acontecendo?!”. É muito difícil explicar [para as famílias] porque demora tanto [...] É um processo muito, muito, muito lento. E, eu penso que nós não podemos chamar isso de ‘justiça’. Não podemos chamar isso de justiça efetiva...Especialmente nos casos que demoram quatro anos, pois as vítimas podem ter uma vida totalmente diferente em quatro anos. Como qualquer um de nós pode ter! Então, eu penso que isso causa frustração e eu não tenho certeza se eles tentariam de novo ou se eles pensam que isso seja um ‘procedimento realmente eficaz’. Tivemos casos em que as vítimas disseram que não estavam mais interessadas em prosseguir. Porque eles simplesmente – você sabe – [consideram] uma vida passada, eles se afastaram [dos acontecimentos] ou eles fecham aqueles capítulos de sua vida. Eles não querem mais reabri-los tanto tempo depois e recordar de novo. Até mesmo, se aquilo foi [realmente] importante para eles por décadas, mas agora eles estão tentando seguir em frente e eu penso que isso é natural. [...] [E você sabe] a Corte não gosta que você envie e-mails perguntando: “O que está acontecendo?” eles se sentem

ofendidos, não gostam disso. Então, sim... Esse é um problema e se você adicionar a isso, que uma vez defendido o julgamento ainda precisa ser implementado, então isso pode levar até cinco, oito, dez anos...[Quando o Tribunal exige o pagamento isso é feito em pouco tempo], Mas o pagamento real que é a solução do caso, o remédio... quando você se refere à mudança da política [de inclusão], isso leva mais tempo e esforço. Se você não pressiona, se a sociedade civil não pressiona, se nós não enviamos informações ao Comitê de Ministros... Bem, então o governo não faz nada. Eles pagam, mas ainda existem muitas coisas que precisam ser feitas e isso pode levar muito tempo mesmo. (ERRC, 2018).

Quando abordamos aqui o conceito de ‘justiça’, referimo-nos em particular à capacidade e à necessidade da Corte em bloquear expressões sócio-institucionais inferiorizadoras ou opressivas que limitam a ‘autonomia das vontades livres e individuais’. Trata-se de interromper com os atos repressivos e violentos (factuais, simbólicos ou até mesmo ideológicos), que se colocam, à primeira vista, ‘acima de quaisquer suspeitas’, mas que ainda insistem em naturalizar e postergar relações desiguais de poder – sejam elas, econômico-sociais, culturais ou políticas –, num sentido de viabilizar a reprodução de ‘impérios de dominação’, *i.e.* de uma espécie de reificação focalizada e por isso autodestrutiva para identidades humanas incólumes. (GALLARDO, 2014, p. 80-81).

O direito que se assimila ao poder, torna-se cego às instrumentalizações das relações sociais e intrapsíquicas, as quais se edificam em contextos vitais violados e deformados. Seu flerte com a ‘inação’ não permite apontar de maneira explícita o que consiste modernamente a ‘destruição das identidades’ ou o vislumbre de ‘intersubjetividades sem violência’. A desrealização dos direitos sociais, impede que os indivíduos se tornem aptos em se entenderem consigo mesmos e, portanto, integrem-se num todo solidário. (LIMA, 2013, p.86-87).

Como recorda Gallardo, a função da proteção dos direitos humanos fundamentais deveria perpassar sobre a ideia de proteger as tramas ou as relações sociais de grupos constantemente subordinados que, “por meio da institucionalização jurídica e incidência cultural, perseguem e conseguem [atingir] espaços potencializadores de sua autonomia e autoestima, ou seja, formas específicas, particulares, de libertação para encarar com legitimidade o sujeito humano” (GALLARDO, 2014, p. 80). Por isso, qualquer matriz jurídica que bloqueie ou inviabilize – conscientemente ou não – a ‘justa satisfação’ das condições de formação e concepção ‘autônoma’ de cidadãos ou não cidadãos, ou ainda que se mantenha na pura retórica da ‘efetividade’ – indicando sua juridicidade como mero simulacro –, acaba sendo incompatível com os direitos humanos universais. Seria assim, considerada como “[...] compatível com a inobservância jurídica e cultural dos direitos humanos, ou com sua atenção aleatória ou simulada” (GALLARDO, 2014, p. 87).

Por isso, quando reivindicamos aqui o resgate da ‘questão democrática’ no bojo do projeto jurídico-normativo do Estado de direito europeu nos dirigimos às instituições imperantes, aos regimes republicanos que supõem o desenvolvimento autônomo da personalidade dos seus sujeitos. Esse tipo de discussão ou análise nos conduz a uma reflexão sobre as atuais vulnerabilidades sócio-individuais, ou seja, aos fossos que separam as populações europeias entre cidadãos – dignos de direitos – e, os “[...] indivíduos não reconhecidos como tais ou aceitos como cidadãos de segunda ou terceira categorias, sob cláusulas transitórias ou de exceção” (GALLARDO, 2014, p. 88). Como pontuado por Gallardo (2013, p. 89-90), “[...] a previamente rompida sensibilidade [identitária e] cultural, torna-se violenta ignorância compartilhada entre os desalentos dos condenados a perder e o desapego social e humano dos incorporados [...] nos quais o ser humano e a humanidade são impossíveis”.

Nesse contexto de dismantelamento das tramas sociais de solidariedade, de intensificação das violências estruturais e sistêmicas, e de incremento das vulnerabilidades do *Outro*, os princípios do direito moderno da ‘liberdade’, da ‘igualdade’ e da ‘justiça’ assumem uma espécie de ‘máscara caricatural’. E, os direitos humanos universais somente aparecem como expectativas e demandas, ou seja, como esperanças de uma nova cultura social regida por novas instituições. (GALLARDO, 2014, p.90). A partir desse panorama de supostas omissões jurídicas, quando questionado sobre o possível ‘encobrimento’ do Tribunal Europeu, acerca das assimetrias radicais, das fragmentações e exclusões sociais, o especialista do Centro Europeu ponderou:

Acredito que ‘acobertar’ seja um pouco ‘extremo’. Eu diria que eles não são sensíveis o suficiente para algumas questões, incluindo, por exemplo, a discriminação [...] Isso é algo que o Tribunal realmente precisa desenvolver em sua jurisprudência [...] Quando falamos de identidades cruzadas, por exemplo, de certos grupos vulneráveis, como as mulheres ciganas ou as mulheres muçulmanas ou os ciganos com deficiência e etc. Há pessoas que possuem muitas identidades e estão sujeitas à discriminação por causa disso. Essa discriminação é [ainda pior] que a outra discriminação. Então, é por isso que eu penso que o Tribunal precisa reconhecer isso e eu não os vejo fazendo [nada nesse sentido]. [...] Sim, eles estão negligenciando algumas questões muito importantes, mas também, eu penso que devemos olhar a Corte como uma espécie de instituição política, porque precisamos enxergar [também] ‘como os juízes que estão lá foram eleitos’. Como você sabe, embora eles não devessem ter interesses [políticos], eles não estão num vácuo. Todos eles possuem uma vida anterior, todos eles possuem uma experiência e eu acho que não podemos desconsiderar isso [na análise]. Mas, ao mesmo tempo, eu penso que é o nosso papel trazer mais e mais casos para orientar o Tribunal na adoção de novos conceitos, para tentarmos pressionar a Corte a reconhecer, por exemplo, os crimes de ódio. Eles realmente exigem um padrão de prova ou a evidência de racismo, [e se isso continuar] eles nunca serão capazes de capturar o problema real [da discriminação]. E até agora, a Corte está relutante em fazer isso! E, nós do [Centro Europeu] não sabe-

mos qual a razão disso, se é uma questão política ou se depende apenas de certos juízes. Mas é por isso que estamos pressionando o Tribunal. Há muitos casos de ciganos (crimes de ódio), mas infelizmente a maioria deles não existe o reconhecimento do artigo 14 da CEDH. Portanto, mesmo que a pessoa seja membro de uma minoria (como os ciganos, por exemplo), há uma violação do artigo 3 da CEDH (sobre a brutalidade policial), mas não do artigo 14, pois somente ‘houve uma falta de investigação [da polícia]’. Isso é um crime de ódio racial, mas a Corte não assume! [Nos perguntamos]: “Por que não houve investigação?”, “Por que todo o sistema é arcaico e você não pode esperar o respeito dele?”. Sim, existe um longo caminho a percorrer, e estamos tentando fazer o nosso melhor. (ERRC, 2018, grifo nosso).

Como observado, a permissividade do Tribunal de não tratar todas as questões que envolvem os direitos humanos, dá sequência a uma definição imprecisa sobre o real papel da instituição, fomentando ainda uma abrangência limítrofe no que tange à violação do artigo 14 da CEDH, sendo ela possivelmente de natureza ‘política’. Uma vez que, como já foi apresentado por Erik Voeten (2011, p. 74), vários Estados nacionais europeus tem escapado de suas respectivas punições, devido ao voto estratégico e totalmente político de alguns juízes da Corte. Isto é, o autor atesta que os governos europeus possuem grande influência e competência gerencial para nomear os juízes da Corte, o que incrementa ainda mais o seu partidarismo, prejudicando nitidamente sua imparcialidade. Reconhece-se que os ‘direitos humano universais’, assim como suas respectivas interpretações quase sempre assumiram ou assumem um alto grau de orientação política, o que expõem gravemente, ao nosso ver, suas garantias de justiça individual e comunitária, bem como a proteção humana inclusiva.

A relutância em aceitar o artigo 14 da CEDH em sua jurisprudência tem demonstrado ainda a permanência de estruturas negativas de reconhecimento social e inclusão do *Outro*, já que tais postergações ainda assumem posicionamentos politicamente dirigidos e em consonância com os marcos tradicionais advindos dos Estados nacionais e seus respectivos governos em detrimento da proteção dos direitos em si. A omissão no repúdio total ao racismo e às suas derivações sócio-institucionais discriminatórias, espelham os cenários de negação do *Outro* – vividos tanto nos âmbitos domésticos e silenciados no supranacional. Um exemplo disso, pode ser verificado na resposta do jurista sobre “[...] o que poderia ser feito para aprimorar os mecanismos de inclusão e do reconhecimento das diferenças identitárias nas esferas supranacionais europeias? Quais seriam as principais limitações desse âmbito atualmente?”. Segundo ele,

[...] nos últimos anos, o racismo tem aumentado e isso já é uma das principais correntes na Europa, o ódio aos ciganos [e às minorias]. O racismo tem aumentado mais e mais para uma forma de expressão extrema [...] Não entendo como isso se tornou tão central e até mesmo as pessoas comuns não sentem mais qualquer vergonha em expressar opiniões racistas. Nosso pri-

meiro-ministro e também de outros países europeus andam fazendo declarações políticas extremamente racistas e xenofóbicas contra ciganos, contra imigrantes e contra refugiados. Primeiro, eles deveriam ser reconhecidos como iguais. Mas hoje em dia, é muito presente aqui na Europa, o bode expiatório. Então, agora os refugiados são o nosso problema e eles são a fonte de [todo o mal] e nós dizemos que eles são ‘terroristas’, que as pessoas devem ter medo deles. Por exemplo, aqui na Hungria, nosso primeiro-ministro [Viktor Orbán] e mais alguns funcionários do governo disseram que “nós passamos por muitas dificuldades, e como poderíamos integrar os refugiados quando nós já temos os ciganos como refugiados de quinhentos anos atrás?”. Então, nós temos que trabalhar contra esse tipo de poder. No nível da União Europeia, a estratégia sobre integrar os ciganos [tem] muitos documentos adotados, mas o que vemos na prática, é que não existe nenhuma melhoria. É importante ainda reconhecer, que alguns líderes [de minorias] também estão ligados às elites políticas que estão espalhando essas ideias racistas e, de certa forma, estão fomentando a segregação e os considerando como cidadãos de segunda categoria, como você sabe, os imigrantes e os refugiados também [ocupam essa posição], e isso faz com que seja um tipo [danoso] de segregação dentro da comunidade. Se um líder [pertencente à uma minoria] está disseminando esse tipo de ideia contra o ‘nós’, então será ainda mais difícil [lutar contra isso]. (ERRC, 2018, grifo nosso).

A partir desse *insight*, o depoimento ilustra parte da situação vivida pelas comunidades migratórias e minoritárias na Europa, acerca da referida promessa da ‘igualdade pluralista’, da ‘proteção humana inclusiva’ e da expectativa de progredir nos ideais de maior ‘justiça social’. A ampla defasagem entre os anseios institucionais, nos quais “[...] a diversidade não deve ser percebida como ameaça, mas como fonte de enriquecimento” (FACTSHEET, 2013, p. 03), cede lugar às diretrizes de soberania dos Estados nacionais europeus na atribuição de controles rígidos e racistas de segregação e em categorizações de *classes de cidadãos*. Isto é, no acirramento sócio-institucional das violências simbólicas racialmente direcionadas que demarcam os ‘cidadãos de segunda classe’ e limitam suas atribuições básicas de direitos humanos fundamentais.

Esse posicionamento revela o ponto interno da crítica, demonstrando que o *tabu* do racismo ainda permeia a mentalidade de ‘negação da inclusão’ desses grupos e subgrupos nas sociedades europeias. E, as instituições – sejam elas nacionais ou supranacionais – ainda permanecem resistentes ao confronto direto dessas formas de inferiorizações sociais e tensões discriminatórias. Nesse sentido, o *Outro* é colocado como uma possibilidade de inferiorização, ou seja, como uma categoria distinta, que a negação dos direitos mais básicos dá início a um processo onde o mundo compartilhado deixa de existir. Já, quando questionado sobre a importância ético-moral das deliberações da Corte no reparo dos danos sofridos pelas vítimas e sobre o peso das compensações financeiras, o jurista do ERRC atestou a imprescindibilidade do reconhecimento do Tribunal para os litigantes, sendo esse basilar para que as vítimas se concebiam como iguais na qualidade de sujeitos de Direito e de estima social. Segundo ele,

Penso que é importante que as vítimas recebam uma compensação. É claro que quando falamos de violações, de tratamentos degradantes ou transgressão do direito à privacidade ou à vida familiar, que são casos altamente lesivos, é difícil traduzir para a ação de ‘compensar financeiramente’, mas ainda assim é importante. *Mas é igualmente importante que haja o reconhecimento... Quando converso com as vítimas, é muito importante para elas que elas tenham vencido o caso, que elas encontrem justiça.* Há certos casos, nos procedimentos previstos na lei ou onde você pode exigir do Estado a ‘igualdade’ e isso, de fato, não é ‘igual’, e eles encontram discriminação, eles podem reivindicar uma forma de compensação. Mas, *eu tive o caso de uma senhora que exigiu essa medida de igualitarização, e ela ganhou o caso, mas ela mesma não recebeu qualquer compensação financeira, porque esse órgão, essa autoridade de tratamento igualitário só poderia conceder multa pública, era uma quantia que o hospital teria que pagar ao Estado e não à vítima. Mas o fato dela ganhar o caso, era muito importante para ela. Era importante para ela o reconhecimento que ela ganhou, e ela sabia disso desde o começo, sabia que não teria nenhuma compensação financeira.* Então, penso que é igualmente importante, mas também é bom que eles recebam algo pela lesão sofrida, porque isso pode ajuda-los de alguma forma em suas vidas. (ERRC, 2018, grifo nosso).

O trecho acima demonstra a importância para os sujeitos violados do reconhecimento de suas pretensões como portadores igualitários de direitos, no sentido deles poderem se entender como pessoas ‘dignas de valor’, poderem se sentir ‘seguros’ do cumprimento social de seus próprios desejos. Nesses termos, a relação jurídica propicia que o homem possa ser tratado como um ser ‘livre’, como uma pessoa singular, parte de um todo que o torna “[...] digno desse reconhecimento porque ele, obedece a um universal, à vontade sendo em si e para si, à lei, ou seja, se porta em relação aos outros de maneira universalmente válida, reconhecendo-se como o que ele próprio quer valer – como livre, como pessoa” (HONNETH, 2003, p. 179).

O reconhecimento jurídico concede, portanto, aos sujeitos um tipo de ‘proteção social’, uma igual dignidade, estando ainda inteiramente fundido com o seu papel social, ou seja, ao quadro de atribuição dos direitos e deveres, de modo que, não se admita mais – segundo suas pretensões universais –, exceções ou privilégios. Assim, o direito propicia um tipo de respeito basilar para a formação bem sucedida de uma cooperação social não distorcida ou patológica. O princípio da igualdade expressa que todos os seres humanos são merecedores de serem considerados, como um ‘fim em si’, ao passo que o autorrespeito os conduzem à obtenção dos seus próprios ‘valores’, na medida em que passam a se medir pelos critérios de relevância social. (HONNETH, 2003, p. 184).

Compete salientar que os direitos humanos universalmente válidos deveriam se ligar às descrições acima, no sentido de propiciar às vítimas o sentimento de que elas pertencem à mesma classe de pessoas moralmente imputáveis e meritórias. Trata-se pois, do reconheci-

mento de suas qualidades constitutivas de pessoas como tais, o que abriria espaço posterior para a ascensão da estima social, que se colocaria como um sistema referencial valorativo no qual se poderia conceber o valor de suas particularidades e diferenças. (HONNETH, 2003, p. 186-187). Entretanto, como já atribuído, o não reconhecimento de grupos excluídos ou marginalizados tem levado à erosão de suas próprias qualidades como sujeitos capazes de agir autonomamente, violando assim seu autorrespeito (quando se fala de ‘imputabilidade moral’ como o cerne, digno de uma pessoa). Pois,

[Somente] sob as condições em que direitos [humanos] universais não são mais adjudicados de maneira díspar aos membros de um grupo social definidos por *status* [excludentes], mas, em princípio, de maneira igualitária a todos os homens como seres livres, a pessoa de direito individual poderá ver neles um parâmetro para que a capacidade de formação do juízo autônomo encontre reconhecimento nela. (HONNETH, 2003, p. 195).

Deste modo, a privação dos direitos humanos fundamentais, sob o ponto de vista do reconhecimento negado, leva também a perda das possibilidades de autorrespeito individual, conduzindo a um sentimento paralisante de vergonha social, do qual, segundo a teoria honnethiana, somente a resistência e os movimentos sociais poderiam se libertar. Entretanto, quando questionado sobre as reais capacidades das vítimas de partilharem essas orientações contra a atribuição inferiorizadora e hierárquica, notou-se que longe da tese honnethiana de que as experiências de desrespeito seriam consideradas as fontes emotivas e cognitivas para a organização social e os levantes coletivos, o jurista demonstrou uma opinião oposta, ou seja, de interiorização das vítimas de suas condições fáticas de inferioridade. Nas suas palavras:

[O Tribunal] não é apenas um procedimento, é basicamente sobre a vida [dessas pessoas]. Em muitos casos, quando falo com os nossos litigantes, eles próprios pensam que são cidadãos secundários, porque é assim que são tratados o tempo todo. Quando explicamos que “você tem o direito de fazer isso”, “você pode apelar”, “você não precisa aceitar isso”. Em muitos casos, em muitos mesmo, eles ficam surpresos: “Sério?” ou “Existe mesmo uma opção?”...Nós tivemos um caso que mulheres foram abusadas racialmente durante o parto num hospital, física e verbalmente. Elas foram tratadas de modo diferente de outras mulheres, ‘consideradas normais’, e muitas delas pensaram que: “Ah! É assim mesmo, é assim que é!”, “Sempre somos tratadas desse jeito”, “Não é estranho que que sejamos colocadas num quarto separado onde só existem outras mulheres como nós [ciganas]”, “É assim que costuma ser”. E, elas nem sequer questionam “por que isso não está certo?”. Eu tenho o direito ao mesmo serviço que um não cigano, por exemplo. Eu tenho direito ao mesmo tratamento. Noutros países europeus, os ciganos precisam pagar por certos tratamentos que são, na verdade, gratuitos. [...] Isso explica porque existe a necessidade de empoderar essas pessoas. “Sim! Você tem o direito a fazer isso”. E, “você pode ir aqui, aqui e aqui”. E se alguma coisa está acontecendo com você, você realmente pode fazer algo,

tem esse direito. Mas é difícil, porque existe a falta de confiança [nas instituições]. *Quando as pessoas estão lutando dia a dia para ganhar dinheiro para poder alimentar seus filhos, essa será a última coisa que eles pensariam em ir atrás ou procurar por justiça por discriminações que eles sofrem.* [Eles só acionam o Tribunal quando realmente importa, em casos extremos]. *Certamente, penso que isso influencia em suas identidades, em suas autoestimas, com certeza! Eu penso que para todos é a mesma coisa, para aqueles que são maltratados, desrespeitados... Então, sim, é o mesmo.* (ERRC, 2018, grifo nosso).

Em suma, esses graves mecanismos de discriminação – instituídos e perpetuados pelas demandas sócio-jurídicas historicamente não contempladas na Europa –, continuam a resvalar em vastos padrões de reconhecimento negado (desrespeito, difamação e humilhação), situações de violência estrutural (abusos e traumas) e de não direitos (subordinação, marginalização e exclusão), que culminam em interações sociais restritivas e comportamentos identitários altamente lesivos ao ser humano. (HONNETH, 2003).

Foi comprovado, pela teoria honnethiana, que os estágios de formação das identidades individuais estão intrinsecamente vinculadas às condições sócio-jurídicas de reconhecimento intersubjetivamente partilhadas e aos modos de organização e reprodução sociais. Esses quesitos formam as pré-condições essenciais para a conquista da autorrealização pessoal e o desenvolvimento não distorcido das identidades dos sujeitos. Em outros termos, referem-se aos aspectos incontornáveis de edificação da integridade ético-moral das pessoas e de formação de seus sentidos internos de autonomia. De acordo com o referencial crítico-reflexivo, somente com a preservação desses elementos – pautados no desenvolvimento salutar da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima –, poderíamos atingir espaços sociais democráticos e inclusivos, implementando os parâmetros normativos de realização da ‘liberdade’, da ‘igualdade’ e da ‘justiça’ que sustentam as concepções político-filosóficas do Estado Democrático de Direito, onde todas as pessoas são concebidas como sujeitos dignos de valor, direitos e responsabilidades cívicas. (HONNETH, 2003) (HABERMAS, 1997).

Nessa perspectiva, a pesquisa de campo realizada no Centro Europeu comprovou nossas suposições acerca de alguns fatores importantes: ou seja, de que as formas de desrespeito, de discriminação e de racismo podem causar sérias rupturas nas capacidades prático-cognitivas, que ferem não apenas as identidades dos seus agentes – restringindo suas respectivas liberdades de ação –, mas também difama e degrada suas compreensões positivas de si, sendo vistos como parceiros ‘não dignos’. Diante desses cenários sociais tortuosos de sofrimento, o direito europeu deveria se apresentar como um *medium* capaz de reestabilizar as pretensões legítimas desses grupos desprivilegiados, os quais querem e devem ser incluídos nas relações de vida, independentemente de seus costumes ou tradições. (HABERMAS, 2012).

No entanto, as sanções jurídicas formais demonstraram ser ainda as principais responsáveis por preservar esse sistema social de privilégios. E, por mais profícuo que os discursos político-jurídicos do Tribunal Europeu possam parecer à primeira vista, eles ainda se mostram inábeis em fazerem desaparecer as desigualdades entre os homens, as quais possuem raízes profundas na história social de estratificação ocidental, como apresentado no segundo capítulo deste trabalho. As miscelâneas de categorias de marginalizações e inferiorizações sociais continuam assim a formar novas subclasses na Europa – pessoas essas, em sua maioria, excluídas do pacto social dominante. Pois, esses contextos de vida acabaram por se apoiar em sistemas que se reproduziram dissociados da *Alteridade*, intensificando o *éthos* preconceituoso que dista de tudo aquilo que não compartilha. (DAHRENDORF, 1974).

Deste modo, torna-se imperioso rever o atual quadro de aplicação jurisprudencial das normas já institucionalizadas e não realizadas na *práxis* social europeia, identificando suas possíveis arbitrariedades referentes às práticas cotidianas de discriminação e fragmentação sociais, que abalam os processos de socialização e de formação identitária dos sujeitos violados. Uma vez que, a premência desses cenários sociais enfermos, continuam a romper com os laços de solidariedade, comprometendo todo o processo jurídico-social de inclusão e integração dessas minorias nas comunidades políticas europeias.

O grau de eficiência do Tribunal Europeu passou a se desprender das reivindicações advindas dos conflitos existentes na tessitura do social, e o direito se converteu num sistema autopoietico, que se autoproduz e autorregula sem a interferência de seus atores sociais, apresentando ainda o *Outro* como uma ‘excrescência que urge eliminar’, camuflado por “[...] discursos políticos de coesão que se tornaram incapazes de produzir novos universais” (CUNHA, 2015, p. 15-22). Os problemas sócio-institucionais que se acirram na Europa, irradiam-se a partir de um modelo jurídico instrumental apoiado numa razão simplificadora que ‘desorienta’ ao mesmo tempo em que ‘indetermina’ os sujeitos reificados. Como consequência dessa des-simbolização e corrosão de suas autorrelações práticas, os indivíduos violados são privados de se conceberem como parceiros merecedores de interação, levando à proliferação de patologias, tais como o sofrimento social face às situações agudas de não reconhecimento e discriminação. Permitiu-se assim, a ascensão de um arquétipo jurídico diluído em naturalizações de poder duais e engessado em formas institucionais desprendidas das exigências democráticas hodiernas.

A partir dessa visão tipicamente eurocêntrica, a opacidade da legitimidade jurídico-política europeia acabou por se apoiar em estratégias por demais burocráticas, distanciados do *éthos* inclusivo e subdividiram-se em grupos que surgiram como ‘imperativos’ desvinculados do *Outro*. Por isso, nosso aprofundamento nessa pesquisa de campo priorizou o mapea-

mento destes ‘efeitos’ e não ‘causas’, que recaem sobre os grupos minoritários atuais – nomeadamente, os ciganos –, e seus descomedimentos jurídicos, bem como sobre as angústias coletivas de indivíduos que tiveram suas condições de realização autônoma restringidas em tempos de reconhecimento malogrado.

Em síntese, pudemos verificar teórico-empiricamente esse enorme fosso crítico existente entre o credo comum da ‘inclusão’ e da ‘universalidade dos direitos’ no sistema europeu de proteção – ancorados em marcadores como a ‘liberdade’, a ‘igualdade’ e a ‘justiça’ –, com a verdadeira realidade de algumas minorias étnicas que são sistematicamente violadas no continente. Evidenciamos, ao fim, como esses elementos patológicos afetaram e ainda afetam os litigantes com a denegação de suas esperanças de mudança de vida e suas respectivas *dessimbolizações do Eu*. Situações essas, que problematizam até mesmo a teoria honnethiana, acerca do vislumbre de identidades que buscam reparação coletiva e levantes contra as agressões e as adversidades vividas.

É provável que somente a combinação de formas político-jurídicas combativas acerca da discriminação, do racismo e da intolerância possam romper com esses ciclos históricos e sistêmicos de subjugação do *Outro*, bem como com esses vastos poderes hegemônicos que corroem as relações intersubjetivas de vida e diluem as perspectivas verdadeiramente democráticas. Busca-se, por fim, atestar que somente o desrespeito e a percepção da injustiça, por si sós, não foram capazes de produzir as chamadas *lutas por reconhecimento*. Ao contrário disso, as vítimas apresentaram um sofrimento experimentado, mas tenuamente verbalizado. Faltam aos violados, os recursos simbólicos necessários para transformar suas experiências lesivas em iniciativas de superação dessas situações reificantes de vida. E, as instituições político-jurídicas apenas reforçam – com suas omissões desveladas – essas relações sociais desiguais, essas carências no âmbito da proteção humana inclusiva e igualitária na Europa. (SOBOTTKA, 2015, p. 701).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para alguns autores, como Yasemin Soysal (2012, p.02-03), a Convenção Europeia representou a progressiva universalização dos direitos do homem e do cidadão, sendo considerada uma mudança significativa nos próprios fundamentos da justiça social e da boa cidadania (para além dos rígidos contornos estatais) na Europa. Centrada em torno do conceito eminente de dignidade humana, ela se traduziu num ambicioso projeto de convergência regional, regida pelo entusiasmo de superação dos conflitos sócio-históricos e como elemento essencial para o reestabelecimento do “amor, da verdade e [como modo de] criar a beleza” (COMPARATO, 2009), no bojo dos Estados democráticos europeus.

Já, o Tribunal de Estrasburgo se revelou como a principal instituição incumbida de proteger e garantir os direitos humanos fundamentais, “pelo simples fato da participação [dos indivíduos] no gênero humano” (COMPARATO, 2009). Como recorda Comparato (2009, p. 266), cabia a ele a função de “fiscalizar o respeito aos direitos humanos e julgar as suas eventuais violações, dentro de cada Estado”, sendo essa “uma questão crucial para o progresso do sistema internacional de proteção da pessoa humana”.

No entanto, quando analisamos os processos político-jurídicos que marcaram a criação, a evolução e a efetividade de suas instituições (Sistema *two-tier* e o Tribunal único e permanente), podemos notar o zelo acentuado dos Estados nacionais em rejeitar sistematicamente as formas de ingerência e intervenções externas, sobretudo nos assuntos considerados de sua completa jurisdição. Mais do que isso, o mapeamento de seus processos germinais, bem como o estudo de suas doutrinas e modificações estruturais revelaram que muitas das principais orientações de Estrasburgo ainda se mantiveram e se mantêm permeadas por velhas virtudes políticas, disputas por influência e, principalmente, por legados tradicionais disfarçados de altruísmo moral. (BATES, 2011, p.21).

Nesse sentido, a análise da infra-estrutura legal da Corte e da Comissão Europeia propiciou o entendimento de seus limites e possibilidades na concessão da proteção humana inclusiva e na defesa irrestrita da igualdade pluralista, apresentando-se ainda com uma composição altamente burocrática que dificulta o acesso real à justiça. Comprovou-se seus baixos esforços, não apenas na ‘justa satisfação’ individual, mas acima de tudo, no combate sistêmico da discriminação, da intolerância e do racismo na Europa. Temas esses, que apesar de terem sido aprimorados nos últimos anos, ainda permanecem numa grande nebulosidade conceitual e prática. (DEMBOUR, 2009, p. 222). A adoção de medidas judiciais complexas e padrões irrealistas de prova transformaram o Tribunal Europeu numa espécie de instituição hábil em protelar conflitos, sem resolver de fato os problemas sociais que assolam, em especial, os

grupos minoritários e mais vulneráveis no continente. Como colocou Mowbray (2007b, p.610), “justiça atrasada é justiça negada”, e quem sofre são os *Eus mutilados*, aqueles que permanecem excluídos do pacto social dominante.

O levantamento das fontes documentais¹²⁰, baseadas nos relatórios oficiais sobre o artigo 14º da Convenção Europeia, ainda ofereceu um arcabouço avaliativo sobre o princípio da não discriminação, tanto no que se refere ao seu escopo político quanto ao seu âmbito de aplicabilidade jurídica. Tencionou-se com isso, obter uma base para a discussão acerca das políticas de não discriminação, de proteção social e da criação de culturas políticas mais inclusivas disponibilizadas pela Corte, bem como por outras instituições de Estrasburgo, tais como a Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI) – a partir dos critérios de etnia, gênero e lugar de origem das vítimas.

As pesquisas bibliográficas, documentais e empíricas identificaram a grande distância que separa ‘o que se diz e o que se faz’ em termos de direitos humanos na Europa, especialmente pelo Tribunal de Estrasburgo. Cabe apontar ainda que esse trabalho não estabeleceu oposições ideologicamente dirigidas, apenas constatou do ponto de vista factual os posicionamentos discursivamente propagados pelas instituições com as sentenças e medidas adotadas pela Corte e pela Comissão. As amostras jurisprudências selecionadas para a apresentação das decisões foram: os *35 Africanos Orientais contra o Reino Unido* (processo nº 4626/70); *Abdulaziz, Cabales e Balkandali contra o Reino Unido* (processos nº 9214/80; 9473/81; 9474/81); *Sander contra o Reino Unido* (processo nº 34129/960); *Velikova contra a Bulgária* (processo nº 41488/98); *Anguelova contra a Bulgária* (processo nº 338361/97); *Nachova* (processos nº 43577/98; 43579/98); e, *D.H. e outros contra a República Checa* (processo nº 57325/00).

Em suma, o estudo dessa amostra jurisprudencial revelou que o papel da justiça concedido pela Corte aos indivíduos ainda é muito restrito e as violações e injustiças, em sua maioria, são ‘omitidas’ ou declaradas como ‘manifestadamente infundadas’. Apoiam-se em elaboradas técnicas jurídicas que possibilitam que questões sociais importantes, tais como o combate às formas assimétricas de poder e dominação, permaneçam inalteradas. Por fim, podemos atestar que as retóricas humanistas europeias têm se traduzido em pequenas concessões num espaço onde o racismo e a legitimação – intelectual e política – da intolerância e da xenofobia crescem mais a cada dia, não sendo a Corte responsável pelo protagonismo constitucional diligente de dismantelar as lógicas exclusivistas de aplicação dos direitos e de minar as

¹²⁰[Foram analisados integralmente 19 relatórios oficiais, com um total de 9.422 páginas. As análises envolveram a história, a jurisprudência e a doutrina de Estrasburgo no que tange ao princípio de não discriminação, bem como o reconhecimento de identidades minoritárias na Europa.]

hierarquias sócio-institucionais de poder. Ao contrário disso, suas orientações, por mais profícuas que possam parecer, não tem viabilizado concretamente a superação das falhas recorrentes nos processos de socialização e a aceitação não inferiorizadora das diferenças no continente, através da racionalização das relações sociais e o combate à presença das tradições nas concepções e práticas sócio-institucionais.

O ressurgimento da violência étnico-racial foi comprovado nos casos jurisprudenciais abordados, envolvendo atos crescentes de agressões simbólicas, físicas e assassinatos contra membros de grupos minoritários e comunidades culturalmente alternativas. Entende-se que as motivações raciais e xenofóbicas encontraram respaldo no meio jurídico-social europeu devido à ‘normalização’ dos discursos de ódio e da retórica política – sendo associadas às questões de segurança nacionais, migratórias, de asilo ou terrorismo. A trivialização da intolerância também se fez presente em diversas plataformas políticas nacionais e supranacionais – como elucidou nossa pesquisa de campo no ERRC –, sendo ela verificada ainda nos âmbitos sociais e midiáticos europeus. A institucionalização da discriminação também tem se alojado nos discursos ‘neutros’ do multiculturalismo – propagados por importantes líderes europeus –, os quais ainda recaem sobre os típicos pensamentos raciais eurocêntricos e paternalistas.

A percepção quanto às ‘omissões’ cotidianas ou até mesmo às ausências de atribuição igualitária de direitos a determinados grupos não pertencentes àqueles que dominam a capacidade de elaborar normas e leis, colocou-nos na difícil tarefa de debruçarmos sobre os possíveis cenários de ‘naturalização’ ético-moral das exclusões e inferiorizações sociais de nosso tempo. No sentido de que, a ampla permissividade ética foi considerada uma reiteração das violações vividas e uma intensa categorização – que não é apenas resultado das diferenças biológicas da espécie humana –, mas sim fonte de um constructo fictício, ideológico e, essencialmente, *exclusivista*. Ou seja, a aceitação passiva da racialização das relações sociais, ao longo da história de formação dos direitos, se traduziu num “[...] moderno instrumento de dominação social [que tem] tudo a ver, com a história das relações de poder no capitalismo mundial, colonial/moderno, eurocentrado” (QUIJANO, 1998, p. 102).

Por isso, essa pesquisa buscou desvelar os valores incorporados e a aparente ‘legitimidade ética’ existente por trás de determinados fenômenos sócio-institucionais que justificam as situações denunciadas anteriormente citadas. O intento não se pautou somente na crítica dos comportamentos judiciais assumidos por Estrasburgo, mas antes se deveu a uma tentativa de compreender os processos de construção da legitimação ética dos grupos envolvidos nos processos de opressão e subjugação do *Outro*. Segundo Raphael Lapa (2017, p. 10-11), “[...] por legitimidade ética não se quer dizer uma pretensa busca pela construção de um sistema ético de valoração no qual o tratamento discriminatório para com o *Outro* encontra abrigo”,

mas sim do engajamento em “entender o comportamento ético que se apresenta em atores [sócio-institucionais] que defendem regimes notadamente discriminatórios”.

Portanto, referimo-nos àqueles sistemas de regras que se tornaram ‘indiferentes’ aos processos de exclusão de seus agentes ou ainda que criaram cenários de ‘invisibilidade’ das inferiorizações que estão no cerne do racismo e da xenofobia moderna. Sistemas esses, que além de negarem a humanidade do *Outro* também se desenvolveram como modelos legitimadores da opressão. Nas palavras de Achille Mbembe, em sua obra **Crítica da Razão Negra**, esses sistemas categóricos fomentaram e ainda fomentam “[...] imagens do saber; um modelo de exploração e depredação; um paradigma da submissão e das modalidades da sua superação, e por fim, um complexo psiconírico”. Eles “apazigua(ram) odiando, mantendo o terror, praticando o alterocídio, isto é, constituindo o *Outro* não como *semelhante a si mesmo*, mas como objeto intrinsecamente ameaçador”. O *Outro* passou a ser visto aqui como aquele obrigado “[...] a sofrer um sem-fim de injúrias, todos os tipos de violações e de humilhações e inúmeras ofensas”. (MBEMBE, 2014, p.25-26, grifos do autor).

Deste modo, o teor reconstrutivo dessa investigação viabilizou a identificação desses ‘lastros remanescentes’ e considerados patológicos, que corroeram e ainda corroem as identidades individuais e coletivas saudáveis e as formas afetuosas da solidariedade social. A opção por apresentar a ‘*arqueologia da universalidade e da inclusão na tradição do conhecimento jurídico moderno*’ se fez presente devido a importância da compreensão dos signos civilizatórios que se impuseram por trás da ordem social dominante, isto é, dos traços fictícios que serviram para fundamentar abissalmente o sistema moderno de direitos e o pensamento racial europeu antes mesmo da ascensão do racismo contemporâneo. Longe de incorrer em anacronismos, as análises priorizaram as doutrinas político-filosóficas a despeito de suas muitas ‘promessas quebradas’ – acerca dos ideais de ‘universalidade’ e ‘inclusão’ –, retratando o surgimento do ‘germe do racismo’ no interior do pensamento Ocidental que viria a assumir forma concreta nas práticas imperialistas e totalitárias, a partir de meados do século XIX. Nosso interesse,

Result[ou] da necessidade de proporcionar argumentos aparentemente coesos, e assum[ir] características reais, porque seu poder persuasório fascina também a ciência, desinteressados pela pesquisa propriamente dita e atraídos pela possibilidade de pregar à multidão as novas interpretações da vida e do mundo. É graças a esses ‘predadores científicos’, e não a quaisquer descobertas científicas, que não há praticamente uma única ciência cujo sistema não tenha sido profundamente afetado por cogitações raciais. (ARENDR, 2011, p.189).

Por isso, os termos ‘raça’, ‘seres sub-humanos’ e ‘cidadãos de segunda classe’ foram usados como ‘categorias’ nesta pesquisa. Uma vez que, eles reforçaram os sentidos sócio-institucionais de não reconhecimento do *Outro*, segundo “[...] determinadas qualidades ou corpos de significação [...] para que ocorr[esse] uma legitimação ética de sua subumanização. Ou seja, desumaniz[ou]-se colocando o *Outro* em posição inferior em nível ontológico, o que legitim[ou] uma moral que pode[ria] excluir” (LAPA, 2017, p.15). Objetivou-se com isso, formar um contraponto teórico, a partir de um ‘re-olhar’ de um ‘re-conhecer’ do *Outro*. Portanto, revisitar os fundamentos dos direitos humanos propiciou o vislumbre de novas construções político-filosóficas mais aptas em reconhecer o diverso, a partir de suas especificidades e diferenças.

Ao contrário do que lembrou Norberto Bobbio em 1964, em sua sentença que se transformou, para muitos, num ‘chavão’: “[...] o problema de nosso tempo a respeito dos direitos humanos não é o de fundamentá-los, mas o de protegê-los”. Acredita-se que, a transferência do âmbito filosófico-fundacional para o campo político-social, ao longo da história de formação humana, não fez desaparecer seu conteúdo moral e ético anterior. Ao invés disso, os ressignificaram e os recodificaram. Pois, os valores e critérios eurocêntricos e dominantes que sustentaram seu embasamento histórico permaneceram incólumes. O caráter ‘absoluto’ das fundamentações filosóficas passaram a se expressar agora em práticas político-institucionais que atuam em espaços hierarquizados e discriminatórios, e ambas as esferas assumiram relevância, uma vez que o ponto do debate permaneceu o mesmo: “[...] o abismo que se abre entre o que se diz e o que se faz em [termos de] direitos humanos” na Europa. Portanto, “[...] a eficácia jurídica dos direitos humanos [e a] questão cultural, política e social, [são] inseparáveis de uma discussão abrangente sobre seu fundamento. O fundamento, por sua vez, não aparece como fator causal, mas como matriz” (GALLARDO, 2014, p. 19-21).

Por isso, não nos pareceu conveniente separar o fundamento dos direitos humanos de sua aplicabilidade político-institucional, já que a inviabilização dessa análise acarretaria num alto custo sobre sua eficiência jurídica e sua maior incidência político-cultural. Nesse sentido, foi priorizado nas formulações, a *matriz* da história de formação social moderna, tanto pelos seus projetos normativos quanto pelas suas lógicas políticas, segregacionistas e exclusivistas. O ‘igualitarismo estruturalmente altérico’ surgiu como modelo segundo o qual parte dos homens foram considerados ‘livres’ e ‘iguais’ em detrimento daqueles que se mantiveram simultaneamente rebaixados. A partir dessa perspectiva, podemos parafrasear Boaventura de Sousa Santos (2007),

As teorias do contrato social dos séculos XVII e XVIII são tão importantes pelo que dizem como pelo que silenciam. O que dizem é que os indivíduos modernos, ou seja, os homens metropolitanos, entram no contrato social abandonando o estado de natureza para formarem a sociedade civil. O que silenciam é que, desta forma, se cria uma vasta região do mundo em estado de natureza, um estado de natureza a que são condenados milhões de seres humanos sem quaisquer possibilidades de escaparem por via da criação de uma sociedade civil. A modernidade ocidental, em vez de significar o abandono do estado de natureza e a passagem à sociedade civil, significa a coexistência da sociedade civil com o estado de natureza, separados por uma linha abissal com base na qual o olhar hegemónico, localizado na sociedade civil, deixa de ver e declara efectivamente como não-existente o estado de natureza. (SANTOS, 2007, p. 08).

Por isso, por meio do mapeamento arqueológico, explicitamos qualitativamente como os discursos de ‘universalidade’ e ‘inclusão’ foram, na verdade, reproduzidos e propagados como ideologias esfumaçadas que encobriram seus avanços e retrocessos na evolução social e nas suas práticas de desigualdade entre os homens. De modo comprovado, pudemos denunciar a retórica da ‘universalidade’ e de sua ignorância para com os grupos e culturas minoritárias (incluindo raça e cor). Algo que, ainda se espelha fortemente nas sociedades pós-tradicionais europeias e nos seus mecanismos de proteção humana. Já que o termo ‘raça’ ainda se apresentou, no interior do bloco, de modo ambíguo e polémico, trazendo à tona “[...] a natureza do ressentimento, as relações em que se expressa, e o papel que desempenha no movimento que consiste [...] em transformar a[s] pessoa[s] humana[s] numa coisa, num objeto”, num ‘ser reificado’. (MBEMBE, 2014, p. 26).

Aos horizontes fundacionais do sistema de direitos contemporâneo, este trabalho trouxe as *novas teorias de justiça* para esboçar as bases estratificadoras e inferiorizadoras que ainda permeiam as esferas sócio-institucionais de nosso tempo e, que fincaram raízes nos modelos de proteção atuais. Embora essas discussões não tenham apresentado conceitos unívocos de ‘justiça’, de ‘liberdade’ e de ‘igualdade’, todas elas se preocuparam em produzir um tipo de conhecimento que fosse considerado hábil em superar as assimetrias históricas, inserindo-se num debate de ambição universal. Para além de suas especificidades teóricas, John Rawls, Charles Taylor e Robert Nozick demonstraram a importância do espelhamento crítico-reflexivo para reivindicar uma nova concepção de justiça e de direito, que se mostrasse capaz de nutrir a esperança de um vocábulo ético-moral mais adequado, *i.e.* que procedesse de forma pluralista, diminuindo a distância para com a *práxis* político-jurídica atual.

No entanto, como bem notou a tradição do pensamento crítico social – liderada por Jürgen Habermas e Axel Honneth – tais concepções de justiça, não se mostraram suficientes para contornar as erosões das próprias bases da solidariedade social e evitar o declínio das narrativas de valorização identitária de cunho coletivo-individual. Pois, ao mesmo tempo em

que a corrente liberal enfatizou os direitos individuais absolutos e a mera igualdade de *status* entre os cidadãos, os comunitaristas buscaram nas obrigações cívicas e nas formas éticas de participação, o seu ponto de refúgio. Apesar das diferenças basicamente ontológicas, ambas as construções permaneceram ainda em sistemas classificatórios e categóricos duais, os quais demonstraram como as relações sócio-políticas do Ocidente foram divididas e executadas, reestabelecendo ainda, por meio de demarcações, ‘quem e o quê’ deveriam ser incluídos no sistema de direitos contemporâneo.

Esses modelos, com os seus processos de subjetivação e individualização das formas de vida sócio-culturais, continuaram oferecendo sentido às experiências sociais exclusivistas – ora nos papéis ou lealdades, ora nos direitos e nas obrigações – das comunidades pós-tradicionais. As bases da solidariedade continuaram abaladas e, colaborando com a formação de nichos político-jurídicos que exploraram o princípio da diferença de modo precário, e conduziram as sociedades a uma nova Era de fragmentações e inferiorizações do *Outro* (através do não reconhecimento de suas capacidades e habilidades identitárias).

Por isso, utilizamos o pensamento crítico habermasiano para entendermos esses cenários de potenciais conflitos, dissensos e lógicas reificantes de vida, os quais poderiam ser neutralizados através da racionalidade comunicativa e do desenvolvimento político de um espaço social verdadeiramente democrático e inclusivo. Ou seja, que implicasse apenas o apego à forma constitucional. Não por acaso, sua teoria política foi apresentada junto com a teoria reconstrutiva do direito que tinha como elemento central o Estado democrático de direito. Habermas enfatizou, portanto, a relevância dos tribunais, dos parlamentos e das redes da esfera público-político para a racionalização das relações sociais de vida, evitando ainda que o conjunto de normas sócio-institucionais e deliberações definhassem frente às ordens de dominação vigentes. Para o autor, os fluxos comunicativos seriam os únicos capazes de regenerar os processos sistêmicos e dirigi-los de modo que os tornassem hábeis em traduzir as diversas demandas existentes no *mundo da vida*, abrindo caminho para o desenvolvimento de uma *ética constitucional*, não discriminadora e mais inclusiva. Nas palavras de Marcos Nobre (2008),

O processo de deliberação política não pode ser orientado por nenhuma forma de vida determinada, por nenhum modelo concreto do que deva ser a sociedade ou os cidadãos que vivem num Estado Democrático de Direito [...] [para que se tenha um] processo cada vez mais intenso de pluralização das formas de vida [...] é preciso garantir que o direito e a política, que as instituições democráticas não restrinjam as possibilidades de discussão ao favorecer determinadas formas de vida em detrimento de outras. Isso significa ainda que os processos de formação da opinião e da vontade dos cidadãos têm de ser institucionalizados, de forma que, a cada vez, a maior participação possível possa ser garantida [...] que permita o surgimento do maior nú-

mero possível de vozes, de tematizações, de valores e interesses. (NOBRE, 2008, p. 34-35).

Habermas defendeu que a tendência hodierna do direito é o de se tornar cada vez mais procedimental. Ou melhor, deixar de vincular seus fundamentos aos modelos concretos de vida, assumindo assim uma perspectiva que comportasse o questionamento de seus próprios pressupostos e desenvolvimentos internos. Sua estabilização se daria mediante aos processos de deliberação racional e discussão que atendessem às exigências de uma democracia total, entendida como expressão da autocompreensão e da autodeterminação de seus sujeitos de direito. Deste modo, o autor esboçou não apenas as tensões inerentes ao sistema de direitos moderno e às sociedades complexas como também formulou sua fonte democrática de *legitimidade social*. Legitimidade essa, que transbordasse para outras instâncias: I) Garantindo o desenvolvimento não patológico das identidades (pós-convencionais); II) Equilibrando as tensões entre as autonomias públicas e privadas; E, III) efetivando plenamente os direitos humanos consubstancializados na soberania popular. Habermas formulou assim uma nova proposta de Estado democrático de direito, pautada nos ideais de inclusão com sensibilidade às diferenças, livre das determinações culturais exclusivistas, das dominações verticais e, finalmente, forjada sob a insígnia da política democrático-deliberativa.

No entanto, como recorda Cohen (1999, p. 256), a ‘ética constitucional’ habermasiana não poderia ser obtida apenas mediante a universalização dos princípios morais de uma determinada comunidade, pois uma Constituição envolve muito mais cultura, tradição e costume que o seu próprio termo admitiria. Nesse sentido, a proposta habermasiana de ‘patriotismo constitucional’ não seria suficiente sozinha para superar essa dialética paradoxal, não excluindo a inferiorização de seus moldes de proteção e inclusão do *Outro* no nível europeu.

Assim, consideramos que a teoria do reconhecimento honnethiana ofereceu categorias e instrumentos de análise mais aptos em nos auxiliar no diagnóstico das patologias sociais europeias do tempo presente, ligadas à desagregação social-institucional, às assimetrias de poder, e finalmente, às condições reais de realização da ‘liberdade’, da ‘igualdade’ e da ‘justiça’. O autor colocou em evidência o valor das lutas sociais para a ampliação das relações de reconhecimento social e jurídico das identidades historicamente negadas e subjugadas. Tais problemáticas se colocaram como indispensáveis para a ampliação dos direitos humanos no continente e para o reconhecimento das prerrogativas universalistas e particularistas existentes nas sociedades multiculturais europeias.

Honneth extraiu das experiências de injustiça e desrespeito, os potenciais de aprendizado necessários para o aprimoramento ético e moral das relações jurídicas, sociais e institu-

cionais. A tessitura dos conflitos e a repressão do mundo não emancipado foram consideradas fundamentais para a evolução das sociedades contemporâneas e para o restabelecimento de novos horizontes mais plurais. Segundo ele, as esferas do reconhecimento formam as bases elementares para a edificação de identidades individuais e coletivas não distorcidas. Elas propiciam sujeitos que podem se autocompreender como autônomos, individualizados e de igual valor, reconhecidos reciprocamente nas formas de sociabilidade comuns. No entanto, quando essas expectativas são desapontadas ou negadas, ascenderia uma base motivacional muito forte para a mobilização política. Portanto, “[...] a sequência formada pelo desrespeito, pela luta por reconhecimento e pela mudança social constitui[ria] o desenvolvimento lógico dos movimentos coletivos [...] em resumo, a ideia básica é a de que sentimentos morais, quando articulados numa linguagem comum podem motivar as lutas sociais”. (HONNETH, 2007, p. 16).

Apesar disso, essa pesquisa destacou como as rotineiras violações das condições intersubjetivas de reconhecimento (autorrealização, autorrespeito e autoestima) corroem a ‘autonomia’ individual e, conseqüentemente coletiva, levando a um sofrimento que resulta numa realização incompleta ou insuficiente da ‘vontade livre’ nos âmbitos institucionais da sociedade (não estruturados conforme a *eticidade*). Isto é, como os processos de injúria, discriminação e injustiça constroem os indivíduos e as coletividades a tal ponto de impedi-los de desenvolverem autorrelações práticas salutares, inviabilizando ainda a formação de identidades próprias que dariam suporte às suas autonomias. Autonomias essas, indispensáveis para a sustentação do próprio ideal político-normativo de Estado democrático de direito e para a ressocialização dos laços sociais, pautados no reconhecimento das especificidades de toda a pessoa e de todas as pessoas.

Longe de negar por completo a teoria honnethiana, esse trabalho apenas chamou a atenção para essa lacuna que se abriu na pesquisa, na qual as formas simbólicas e físicas de agressão, de denegação de direitos e até mesmo de discriminação de grupos inteiros de pessoas se configuraram como barreiras reais à formação e à organização de resistências coletivas. Assim como dificultaram a ascensão e generalização dos contornos morais para a identificação das injustiças (direitos desigualmente distribuídos e a ausência de chances isonômicas de vida). Portanto, concluímos que as injúrias não foram ou são suficientes para impulsionar as mobilizações políticas ou ainda para conceberem sujeitos engajados em recuperar o reconhecimento malgrado e realizarem seus próprios projetos de vida. (SOBOTTKA, 2015, p. 696-697). O fato é que essas pessoas – os *Eus multilados* –, não demonstraram suficiente clareza sobre os seus direitos e, foi verificado que as formas de discriminação transcenderam as relações individuais e coletivas e se fixam em hábitos e estruturas sócio-institucionais muito mais amplas e viscerais.

Portanto, destacamos a instigante interpretação honnethiana que residiu justamente nesse vínculo indissociável entre as instituições, as relações de reconhecimento e a socialização de seus atores, como sendo esses processos intrínsecos à formação das capacidades prático-cognitivas para a realização completa da democracia, da liberdade, da igualdade e da justiça. Em suma, podemos concluir que as atuais lacunas do Tribunal Europeu, no que tange à condenação da discriminação, do racismo e da intolerância, acabaram por reiterar a perversa lógica da carência por reconhecimento recíproco e apresentou uma racionalidade desfigurada, encoberta e substituída por atitudes sistêmicas e instrumentais. (VOIROL, 2011, p. 150). Perdeu-se de vista o sentido originário da defesa dos direitos humanos fundamentais, que se assentava na ‘libertação dos indivíduos’ e no fomento dos laços vivos da ‘solidariedade humana’. Suas práticas judiciais tem se fechado frente aos contextos reificantes de vida, com atitudes cumulativas de indiferença e descaso em relação ao *Outro*, ao diferente, ao diverso. Uma precedência considerada grave para uma instituição que busca efetivar os direitos humanos universais, garantir a liberdade individual e a igualdade pluralista. Valores esses, centrais para as democracias Ocidentais e para o bloco europeu, mas pouco realizados.

Apesar das substanciais análises realizadas por essa pesquisa, temos consciência que a Europa vive um momento de acirramento das tensões e antagonismos sociais no que diz respeito à sua legitimidade democrática e, principalmente, à garantia dos direitos humanos universais para imigrantes, refugiados e grupos alternativos diversos. E, embora os modelos habermasianos e honnethianos tenham oferecido perspectivas mais democráticas de inclusão e reconhecimento das diferenças identitárias, é sabido que eles representam o cerne de um pensamento aristocrático alemão. Ou seja, marcado pelos anseios teóricos de um país historicamente ligado à busca pela hegemonia político-econômica no continente.

Desde a idade imperial, a Alemanha tem assumido posições ‘semi-hegemônicas’ na Europa, sendo uma das principais responsáveis pelos desastres humanitários ocorridos ao longo do século XX. Como se não bastasse o seu passado sombrio, seus principais líderes políticos já assumiram posicionamentos de conotações raciais inferiorizadoras, os quais se alastraram para outras instâncias supranacionais – Conselho Europeu, Parlamento Europeu e Comissão Europeia. Exemplos disso, decorrem de suas recentes medidas contra os imigrantes indocumentados e os refugiados, com propostas políticas que visam a criação de zonas especiais de trânsito na fronteira com a Áustria e campos desumanos de refúgio, localizados fora do espaço Schengen.

Por isso, é essencial estarmos atentos aos caminhos ambivalentes que ainda se apresentam na Europa e às necessidades urgentes para o reestabelecimento de novas diretrizes mais democráticas e plurais. Vislumbrar novos mecanismos sócio-institucionais para a resolu-

ção dos conflitos é o primeiro passo, no entanto, é necessário não abrir mão da fonte inesgotável de crítica, que é fundamental para um estudo científico bem-sucedido e objetivo, sem cair num viés civilizatório, que se tentava inicialmente fugir. Apesar disso, também reconhecemos que as atuais disposições legais europeias – incumbidas ‘discursivamente’ de proteger direta ou indiretamente as minorias étnicas no continente –, ainda podem oferecer mudanças significativas em suas posturas político-jurídicas, as quais atualmente são negativas contra a discriminação. Alterando assim, sua conduta para posicionamentos mais pró-ativos de igualitarização e racionalização das relações sociais de vida e se tornando mais susceptíveis às diversidades e à teleologia emancipatória. Afinal, o Tribunal ainda representa um avanço importante no tocante à proteção dos direitos humanos e da democracia na Europa, e cabe apenas novas medidas judiciais mais adequadas que permitam a igualdade do exercício dos direitos fundamentais, negociadas em processos de engajamento democrático, e não impostas por padrões abstratos de dominação. Isso viabilizaria um combate mais robusto dos marcos tradicionais existentes em suas concepções e práticas sócio-institucionais, bem como a instituição de uma cultura universal dos direitos humanos que não fosse proveniente da perpetuação de tratamentos assimétricos, mas sim guiada pela compreensão da interação entre a igualdade e a diferença. (RUDIGER, 2007, p. 42-45).

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. 1ªed. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2015.
- ADORNO, Teodoro W.; HORKHEIMER, Marx. *Dialética do Esclarecimento*, 1988.
- AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.
- ALBINATI, Ana Selva Castelo Branco. *A ideia da justiça em Marx*. VIII Colóquio Internacional Marx Engels. Centro de Estudos Marxistas (CEMARX/ Unicamp), 2015. Disponível em: < https://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2009/trabalhos/a-ideia-de-justica-em-marx.pdf >. Acessado em 07 de nov. de 2017.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ANAGNOSTOU, Dia; PSYCHOGIOPOULOU, Evangelia (eds.). *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalised Individuals and Minorities in National Context*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- ANDERSON, Joel; HONNETH, Axel. Autonomia, vulnerabilidade, reconhecimento e justiça. *Cadernos de filosofia alemã: crítica e modernidade*, (17), 2011, p. 81-112.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das letras, 2011.
- AROLD, Nina-Louisa. *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- ANDRADE, R.C. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república. In: WEFFORT, F.(org.). *Os clássicos da política 2*. São Paulo: Editora Ática, 1989, p. 47-100.
- ARISTÓTELES. *Política*. Livro II. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1951.
- ARISTÓTELES. *Constituição de Atenas*. Tradução de Therezinha M. Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- BALIBAR, Etienne. Postface. In: BERTOSSI, Christophe (eds.). *European Anti-Discrimination and the Politics of Citizenship*. New York: Palgrave Macmillan, 2007, p. 237-242.
- BALIBAR, E. *Une critique marxiste des droits de l'homme est-elle encore possible?* Raison-Publique, 2016. Disponível em: < Disponível em: < <http://www.raison-publique.fr/article806.html> >. Acessado em 08 de nov. de 2017. _
- BATES, Ed. 'The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights'. In: CHRISTOFFERSEN, Jonas; MADSEN, Mikael Rask (eds.). *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 17-42.

BATTJES, Hemme. 'The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law'. *European Journal of Migration and Law* 11, 2009, p.205-2019.

BATTJES, Hemme (et all). 'The European Court of Human Rights and Immigration: Limits and Possibilities'. *European Journal of Migration and Law* 11, 2009, p. 199-204.

BAUMAN, Z. *No more walls in Europe: tear them down. Social Europe*, 2016. Disponível em: < <https://www.socialeurope.eu/2016/07/no-walls-europe-tear/> > Acessado em: 31 de agosto de 2016.

BERTOSSI, Christophe. Introduction. In: BERTOSSI, Christophe (eds.). *European Anti-Discrimination and the Politics of Citizenship*. New York: Palgrave Macmillan, 2007, p. 01-16.

BOGAERT, Sina van. *Roma Segregation in Education: Direct or Indirect Discrimination?* Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011, p. 720-753.

BRANCO, F. C. Anti-espírito: crise e reconciliação (Hegel, Habermas, Derrida). *Analógos*, Rio de Janeiro: Edição especial, 2017. DOI: [10.17771/PUCRio.ANA.30439].

CAMPOS, B. de. *Introdução à filosofia marxista*. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1988.

CARRÉ, Louis. Além da distribuição: a teoria ética da justiça de Honneth. *Civitas*, Porto Alegre, v.15, n.4, out.-dez., 2015, p. 619-630.

CHRISTOFFERSEN, Jonas; MADSEN, Mikael Rask (eds.). *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p.01-16.

CICHOWSKI, Rachel A. 'Civil Society and the European Court of Human Rights'. In: CHRISTOFFERSEN, Jonas; MADSEN, Mikael Rask (eds.). *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 77-97.

COHEN, J.L. Changing paradigms of citizenship and the exclusiveness of the demos. *International Sociology*, 14(3), 1999, p.245-268.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CONNOLLY, W. E. *Identity/ Difference: Democratic Negotiations of Political Paradox*. Expanded ed. Minnesota Press, 2002.

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos Humanos, 2014. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf >. Acessado em: 19 fev. de 2014.

CONSEIL de L'Europe – Cour Européenne des Droits de L'Homme – Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom (Application n° 9214/80; 9473/81; 947481), 1985. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57416> >. Acessado em 17 de dez. de 2016.

CONSEIL de L'Europe – Cour Européenne des Droits de L'Homme – Case of Sander v. The United Kingdom (Application n° 34129/96), 2000a. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58835> >. Acessado em 17 de dez. de 2016.

CONSEIL de L'Europe – Cour Européenne des Droits de L'Homme – Case of Velikova v. Bulgaria (Application n° 41488/98), 2000b. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58831> >. Acessado em 17 de dez. de 2016.

CONSEIL de L'Europe – Cour Européenne des Droits de L'Homme – Case of Anguelova v. Bulgaria (Application n° 38361/97), 2002. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60505> >. Acessado em: 17 de dez. de 2016.

CONSEIL de L'Europe – Cour Européenne des Droits de L'Homme – Case of Nachova and Others v. Bulgaria (Applications n° 43577/98; 43579/98), 2005. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69630> >. Acessado em 17 de dez. de 2016.

CONSEIL de L'Europe – Cour Européenne des Droits de L'Homme – Case of D.H. and Others v. The Czech Republic (Application n° 57325/00), 2007. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83256> >. Acessado em 17 de dez. de 2016.

COUNCIL of Europe, Details of Treaty n° 140: *Protocol n° 9 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 1990. Disponível em: < <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/140> >, acessado em 07 de nov. de 2016.

COUNCIL of Europe. *Chart of signatures and ratifications of Treaty 177: Protocol n° 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 2016. Disponível em: < http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=8TykdFIw >, acessado em 06 de nov. de 2016.

COUNTRY Fact Sheets 1959-2010. European Court of Human Rights, Strasbourg: Council of Europe, 2010. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Country_Factsheets_1959_2010_ENG.pdf >. Acessado em 17 de dez. de 2016.

CRISSIUMA, Ricardo. Trocando o jovem pelo velho. In: MELO, Rúrion (org.). *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CVCE. *The Congress of Europe in The Hague (7-10 May 1948): the establishment of and the first steps taken by the European Movement*, 2016a. Disponível em: < <http://www.cvce.eu/en/recherche/unit-content/-/unit/04bfa990-86bc-402f-a633-11f39c9247c4/272166ae-84b2-466b-9cfa-4df511389208> >, acessado em: 06 de out. de 2016.

CVCE. *The first organisations and cooperative ventures in post-war Europe: the establishment of the European Convention for the Protection of Human Rights*, 2016b. Disponível em: < <http://www.cvce.eu/en/education/unit-content/-/unit/026961fe-0d57-4314-a40a-a4ac066a1801/e5143a50-1a43-4a26-8ffd-7a5aaa12ecf7> >, acessado em 06 de out. de 2016.

DAHRENDORF, Ralf. *Ensaio de Teoria da Sociedade*. Trad. Regina Lúcia M. Morel. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

DAHRENDORF, Ralf. *A Lei e a Ordem*. Trad. Tamara D. Barile. São Paulo: Instituto Tancredo Neves, 1985.

DALBOSCO, C.A. Reificação, Reconhecimento e Educação. *Revista Brasileira de Educação*, v.16. n° 46, jan-abr., 2011, p. 33-49.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. 'Still Silencing the Racism Suffered by Migrants: The Limits of Current Developments under Article 14 ECHR'. *European Journal of Migration and Law* 11, 2009, p. 221-234.

DERRIDA, J. *L'autre cap suivi de La démocratie ajournée*. Paris: Minuit, 1991.

EAGLETON, Terry. *A ideia de cultura*. Tradução Sandra Castello Branco. 2ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

EDER, K., GIESEN, B. European Citizenship: An Avenue for the Social Integration of Europe. In: EDER, K., GIESEN, B. (Org.). *European Citizenship: National Legacies and Transnational Projects*. Great Britain: Oxford University Press, 2001, p.01-16

EISENSTADT, S.N., GIESEN, B. The Construction of Collective Identity. *European Journal of Sociology*, 1995, vol. 36, p. 72-102.

ESQUEMA simplificado de tramitação de uma queixa no Tribunal por formação judicial, 2014. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Case_processing_Court_POR.pdf >. Acessado em: 22 agos. de 2014.

ETS157, *Relatório explicativo*, 1995. Disponível em: < <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/ETS157relatexp.pdf> >. Acessado em 04 de nov. de 2016.

EUROPEAN Court of Human Rights. Press release issued by the Registrar: Chmaber judgment in the case of Anguelova v. Bulgaria, Estrasburgo, 2002. Disponível em: < https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiP0I_t_HQAhUJ1GMKHdNfAAkQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D003-568835-571231%26filename%3D003-568835-571231.pdf&usq=AFQjCNER6wQRAHRGL5aM53EXJPAFEPxopQ&sig2=Uzqe0MFqz9f_RadV5XbdmA >, acessado em 13 de dez. de 2016.

EUROPEAN Court of Human Rights. *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, 2012. Íntegra do documento, disponível em: < http://www.echr.coe.int/documents/2012_brighton_finaldeclaration_eng.pdf >, acessado em 18 de nov. de 2016.

EXPLANATORY Report to Protocol n°11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby. European Treaty Series – n°155: Strasbourg, 11.V, 1994. Disponível em: <

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cb5e9> >, acessado em 08 de nov. de 2016.

EXPLANATORY Report to the Protocol nº 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 2000. Disponível em: < <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce48> >, acessado em 06 de nov. de 2016.

EXPLANATORY Report to Protocol nº 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, Council of Europe Treaty Series, ° 194, Estrasburgo, 2004. Disponível em: < <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d380f> >, acessado em 15 de nov. de 2016.

FACTSHEET – Racial Discrimination. European Court of Human Rights. 2013. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Racial_discrimination_ENG.pdf >. Acessado em 17 de dez. de 2016.

FERRARESE, Estelle. Does anti-discrimination require recognition? In: BERTOSI, Christophe (eds.). *European Anti-Discrimination and the Politics of Citizenship*. New York: Palgrave Macmillan, 2007, p. 64-77.

FERREIRA, V.C. *Lutas Identitárias e Cidadania Supranacional: Política e Reconhecimento na União Europeia*. 1ªed. Charleston: CreateSpace Independent Publishing, 2017.

FILHO, O. V. B. Legalidade e Legitimidade no Pensamento de Jürgen Habermas. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e Democracia*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 147-172.

FRIEDMAN, Lawrence M. ‘Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law’. *Stanford Journal of International Law* 32, 1996.

FORST, R. *Contextos da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

GALLARDO, Helio. *Teoria Crítica: Matriz e Possibilidades de Direitos Humanos*. Tradução: Patricia Fernandes. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

GIESEN, B. National Identity and Citizenship: The Cases of Germany and France. In: EDER, K., GIESEN, B. (Org.). *European Citizenship: National Legacies and Transnational Projects*. Great Britain: Oxford University Press, 2001, p.36-60.

GONÇALVES, R.J. A superioridade racial em Immanuel Kant: As justificações da dominação europeia e suas implicações na América Latina. *Kínesis*, vol.VII, nº13, julho, 2015, p. 179-195.

GREER, Steven. *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems, and Prospects*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GREER, Steven; WILDHABER, Luzius. “Revisiting the Debate about ‘Constitutionalising’ the European Court of Human Rights”. *Human Rights Law Review* 12:4, 2012, p. 655-687.

HABAT, L. *A vontade de potência e a política democrática*. **Cad. Nietzsche**, Guarulhos/Porto Seguro, vo. 36, nº2, 2015, p. 219-252. DOI: [<http://dx.doi.org/10.1590/2316-82422015v3602ljh>]

HABERMAS, J. *Conhecimento e Interesse*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

HABERMAS, J. *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, J. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a, vol. I

HABERMAS, J. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b, vol. II

HABERMAS, J. *A constelação pós-nacional*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, J. *A inclusão do outro*. 3.ed. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002a.

HABERMAS, J. *O discurso filosófico da modernidade*. 2.ed. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. Tradução Denilson Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

HANDBOOK on European Non-Discrimination Law. Luxembourg: European Union Agency for Fundamental Rights – Council of Europe, 2010. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_EN.pdf>. Acessado em 17 dez. de 2016.

HARMSSEN, Robert. ‘The Reform of the Convention System: Institutional Restructuring and the (Geo-)Politics of Human Rights’. In: CHRISTOFFERSEN, Jonas; MADSEN, Mikael Rask (eds.). *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 119-143.

HONNETH, Axel. Negative Freedom and Cultural Belonging: An unhealthy tension in the political philosophy of Isaiah Berlin. *Social Research*, Nova York, 66, 4, p. 1063, 1999.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. Organized Self-Realization: Some Paradoxes of Individualization. *European Journal of Social Theory* 7(4), 2004, p. 463-478. [DOI: 10.1177/1368431004046703].

HONNETH, Axel. *Sofrimento de indeterminação*. Tradução Rúrion Soares Melo. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

HONNETH, Axel. A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, v.9, n. 3, 2009, p. 345-368.

HONNETH, Axel. *O Direito da Liberdade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

JUSTINIANO, Leonides da Silva. Estado e Identidades Pós-Convencionais. In: MARTINS, C.A.; POKER, J.G. (orgs.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária Unesp, 2008, p. 41-60.

KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: o que é esclarecimento?*, s/d, p. 01-09. Disponível em: < <http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/b47.pdf> >. Acessado em 07 de nov. de 2017.

KANT, Immanuel. *Das diferentes raças humanas*. Trad. Alexandre Hahn. **Kant e-prints**. Campinas, série 2, v.5, n.5, p. 10-26, número especial, jul.-dez., 2010. Disponível em: < https://www.academia.edu/3221053/DAS_DIFERENTES_RA%C3%87AS_HUMANAS_-_IMMANUEL_KANT >. Acessado em: 07 de nov. de 2017

KANT, I. *A Metafísica dos Costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude*. TRad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

KEINERT, M.C.; HULSHOF, M.; MELO, R.S. Diferenciação e complementaridade entre Direito e Moral. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e Democracia*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 73-90.

KELLY, Mark. *10 Years of Combating Racism in Europe: A Review of the Work of the European Commission Against Racism and Intolerance*. Strasbourg: Council of Europe, 2004.

KRISCHKE, Paulo J. (org.). *O contrato social: ontem e hoje*. São Paulo: Editora Cortez, 1993.

KYMLICKA, Will; NORMAN, Wayne. *El retorno del ciudadano: una revisión de la producción reciente em teoría de la ciudadanía*. Revista de estudios sobre el estado y la sociedad, nº3, 1997.

LAWS, John. ‘Are Human Rights Undemocratic?’ In: SEIBERT-FOHR, Anja; VILLIGER, Mark E. (eds.). *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*. Munich: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014, p. 187-192.

LAPA, Raphael Santos. *A alteridade como fundamento para uma teoria crítica de direitos humanos*. Brasília/DF. Universidade de Brasília: Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania, 2017.

LEFORT, C. *The Democratic Invention*. Paris: Fayard, 1981.

LEMOINE001, *Marx et les droits de l’homme*. Paris, 2014. Disponível em: < <https://lemoine001.com/2014/02/03/marx-et-les-droits-de-lhomme/> >. Acessado em 08 de nov. de 2017.

LENIN, V. I. *O Estado e a Revolução*. Trad. J. Ferreira. 2017. Disponível em: < <https://pcb.org.br/portal/docs/oestadoearevolucao.pdf> >. Acessado em 07 de nov. de 2017.

LEPE-CARRIÓN, P. *Racismo filosófico: el concepto de ‘raza’ em Immanuel Kant*. Filosofia Unisinos, Vol.15, nº1, jan/abril, 2014, p. 67-83. DOI: [10.4013/fsu.2014.151.05]

- LESTER, Anthony. 'The European Court of Human Rights after 50 Years'. In: CHRISTOFFERSEN, Jonas; MADSEN, Mikael Rask (eds.). *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 98-118.
- LIMA, Erick Calheiros. Normatividade e a dialética de individualização e socialização Hegel, Habermas e Honneth. In: MELO, Rúrion (coord.). *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83-116.
- LOCKE, J. Carta acerca da tolerância. In: KRISCHKE, Paulo J. (org.). *O contrato social: ontem e hoje*. São Paulo: Editora Cortez, 199, p. 95-117.
- MADSEN, Mikael Rask. 'The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence'. In: CHRISTOFFERSEN, Jonas; MADSEN, Mikael Rask (eds.). *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 43-60.
- MARX, K. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I. Tradução Rubens Enderle. Editorial Boitempo, 2017a. Disponível em: < <https://coletivocontracorrente.files.wordpress.com/2013/10/tmpsq7jbv.pdf> >. Acessado em 07 de nov. de 2017.
- MARX, Karl. *A questão judaica*. Trad. Artur Morão. LusoSofia press, 2017b. Disponível em: < http://www.lusosofia.net/textos/marx_questao_judaica.pdf >. Acessado em: 07 de nov. de 2017.
- MARX, Karl. Crítica do Programa de Gotha. In: *Marx/Engels. Obras escolhidas*, v.2. Rio de Janeiro: Editorial Vitória, 1961.
- MBEMBE, Achille. Crítica da razão negra. Tradução: Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2014.
- MEDEIROS, Marcelo de Almeida. 'O Mercosul e a União Europeia: Uma Abordagem Comparada do Processo de Formação de Instituições'. *Contexto Internacional*. Rio de Janeiro, vol. 18, nº1, janeiro/junho, 2006, p. 89-119.
- MORAIS, C. W. J. *Habermas e Höffe: Solipsismo metódico ou razão cosmopolita em Kant?*. UEPG Humanit: Ponta Grossa, Vol. 18, nº 2, jul./dez, 2010, p. 113-120.
- MORAVCSIK, Andrew. 'The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe', 54 *International Organization*, 2000, p.248-249.
- MOWBRAY, Alastair. *Cases, Materials and Commentary on the European Convention on Human Rights*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2007a.
- MOWBRAY, Alastair. 'Faltering Steps on the Path to Reform of the Strasbourg Enforcement System'. *Human Rights Law Review* 7:3, 2007b, p. 609-618.
- NETO, João Costa. *Dignidade Humana: Uma Visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF, e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ªed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2013.

NEVES, R.; LUBENOW. Entre promessas e desenganos: lutas sociais, esfera pública e direito. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e Democracia*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 249-268.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e Democracia*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

NOBRE, M. Introdução. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e Democracia*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 15-36.

NOBRE; M.; REPA, L (orgs.). *Habermas e a Reconstrução: Sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana*. Campinas, SP: Papirus, 2012.

NOBRE, M. Reconstrução em dois níveis: Um aspecto do modelo crítico de Axel Honneth. In: MELO, R. *A Teoria Crítica de Axel Honneth: Reconhecimento, Liberdade e Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 11-54.

NOGUEIRA, Oracy. *Pesquisa Social: introdução às suas técnicas*. 4ªed. São Paulo: Editora Nacional, 1977.

OVERVIEW 1959-2014 ECHR. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2015. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592014_ENG.pdf >. Acessado em 12 dez. de 2016.

PAMPHLET n° 7 Minority Rights under the European Convention on Human Rights, s/d. Disponível em: < <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideMinorities7en.pdf> >. Acessado em 17 dez. de 2016.

PASCAL, G. *Kant*. Trad. Raimundo Vier. 6ªed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

PARLAMENTARY Assembly. *Granting of the right of asylum to European Refugees*, 1965. Disponível em: < <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=14471&lang=en> >. Acessado em 18 de out. de 2016.

PARLIAMENTARY Assembly, *Recommendation 453: Measures to be taken agaisnt incitement to racial, national and religious hatred*, 1966, disponível em: < <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=14490&lang=en> >. Acessado em 17 de out. de 2016.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

PINZANI, A. Apresentação à edição brasileira. in: HABERMAS, J. *Sobre a constituição da Europa*. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. XI-XXXI.

PLATÃO. *Górgias*. Trad. Manuel Pulquério. Lisboa: Edições 70, 1992.

POKER, J.G.A.B; ALVES, B.S.F.; FERREIRA, V.C. Direitos humanos, linguagem, normatividade e emancipação nas relações internacionais. In: SALATINI, R. (org.). *Cultura e direitos humanos nas relações internacionais*. Vol. II. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2016.

QUIJANO, Aníbal. Que tal raza. *Alai*, v. 1, n. 1, 1998.

QURESHI, Khalida. 'Kenyan Asians and the Commonwealth Immigrants Act – 1968'. *Pakistan Horizon*, vol.21, nº2, 1968, p. 134-146.

RACISMO, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância – Conexa. Conferência Mundial contra o Racismo – Conferência Europeia contra o Racismo, 2001. Disponível em: < <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Racismo.pdf> >. Acessado em 17 dez. de 2016.

RAPPORT Teitgen – 19 novembre 1954 (CVCE), 2014. Disponível em: http://www.cvce.eu/en/obj/teitgen_report_19_november_1954-en-e5e7e6e8-035d-4c40-a04d-6d747a74b198.html >, acessado em 12 de nov. de 2016.

REPA, Luiz. A reconstrução da história da teoria: observações sobre um procedimento da teoria da ação comunicativa. In: NOBRE; M.; REPA, L (orgs.). *Habermas e a Reconstrução: Sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana*. Campinas, SP: Papyrus, 2012, p. 43-64.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo. Discriminação múltipla e discriminação interseccional. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, nº 16, jan-abril, 2015, p. 11-37.

ROCHA-CUNHA, Silvério. *A crítica da razão simplificadora*. Ribeirão: Editora Húmus, 2015.

ROSENFELD, Cinara; SAAVEDRA, Giovani. Reconhecimento, teoria crítica e sociedade: sobre desenvolvimento da obra de Axel Honneth e os desafios da sua aplicação no Brasil. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 15, n. 33, agost, 2013, p. 14-54.

ROSENFELD, C. L.; SOBOTTKA, E. A. Justiça e instituições sociais na democracia. *Civitas*, Porto Alegre, v. 15, n.4, p.-567-574, 2015. DOI: [10.15448/1984-7289.2015.4.23236].

ROSSEAU, J.J. Princípios do direito político. In: KRISCHKE, Paulo J. (org.). *O contrato social: ontem e hoje*. São Paulo: Editora Cortez, 1993, p. 118-128.

RUDIGER, Anja. 'Cultures of Equality, Traditions of Belonging'. In: BERTOSSI, Christophe (org.). *European Anti-Discrimination and the Politics of Citizenship*. New York: Palgrave Macmillan, 2007, p. 41-63.

SANDEL, M.J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Marias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, B. S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, n.79, p. 71-94, Nov. 2007.

SCHEECK, Laurent. 'Diplomatic Intrusions, Dialogues, and Fragile Equilibria: The European Court as a Constitutional Actor of the European Union'. In: CHRISTOFFERSEN, Jonas;

MADSEN, Mikael Rask (eds.). *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 164-180.

SCHIERUP, Carl-Ulrik. Social Exclusion, Diversity and the EU's Anti-discrimination Agenda. In: BERTOSSI, Christophe (org.). *European Anti-Discrimination and the Politics of Citizenship*. New York: Palgrave Macmillan, 2007, p. 99-124.

SCHUMACHER, Aluisio. Sobre moral, direito e democracia. São Paulo: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, nº 61, 2004, p. 75-96.

SCHWIMMER, Walter. 'Foreword'. In: KELLY, Mark. *10 Years of Combating Racism in Europe: A Review of the Work of the European Commission Against Racism and Intolerance*. Strasbourg: Council of Europe, 2004, p. 10-11.

SECOND Summit of Heads of State and Government, *Final declaration and action plan*.

Strasbourg, 1997. Disponível em: <

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168063dced> > Acessado em 02 de nov. de 2016.

SEGATTO, A. I. A tensão entre facticidade e validade. In: In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e Democracia*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 37-54.

SEIBERT-FOHR, Anja; VILLIGER, Mark E. (eds.). *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*. Munich: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014.

SILVA, Felipe Gonçalves. A solidariedade entre público e privado. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e Democracia*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 91-116.

SILVA, F. G.; MELO, R. Crítica e reconstrução em direito e democracia. In: NOBRE, M.; REPA, L. (orgs.). *Habermas e a Reconstrução*. Campinas: Editora Papirus, 2012, p. 135-168.

SIMIM, Thiago Aguiar. A justiça das instituições sociais: uma crítica da reconstrução normativa de O direito da Liberdade de Axel Honneth. *Civitas*, Porto Alegre, v.15, n.4, out.-dez., 2015, p. 648-663.

SIQUEIRA-BATISTA, R.; SCHRAMM, F. R. A saúde entre a iniquidade e a justiça: contribuições da igualdade complexa de Amartya Sen. *Ciênc. saúde coletiva* [online], vol.10, n.1, p.129-142, 2005. DOI: [10.1590/S1413-81232005000100020].

SOBOTTKA, Emil. Desrespeito e luta por reconhecimento. *Civitas*, Porto Alegre, v.15, n.4, out.-dez., 2015, p. 686-702.

SOYSAL, Yasemin. Citizenship, Immigration and the European Social Project: rights and obligations of individuality. *The British Journal of Sociology*, Oxford, v. 63, 2012.

TAYLOR, Charles. 'A Política de Reconhecimento'. In: TAYLOR, Charles (org.). *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self: A Construção da Identidade Moderna*. 2ª ed. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

THIEBAUT, Carlos. As racionalidades do contrato social: Kant em Rawls. In: KRISCHKE, Paulo (org.). *O contrato social ontem e hoje*. São Paulo: Cortez, 1993, p. 283-315.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de. *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 07-62.

TULKENS, Françoise (et al). (eds.). *Judge Loukis Loucaides: An Alternative View on the Jurisprudence of European Court of Human Rights*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

VOETEN, Erik. 'Politics, Judicial Behaviour, and Institutional Design'. In: CHRISTOFFERSEN, Jonas; MADSEN, Mikael Rask (eds.). *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 61-76.

VOIROL, Oliver. A teoria crítica da Escola de Frankfurt e a teoria do reconhecimento. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 18, jul.-dez., 2011. p. 133-160.

WILLIG, Rasmus; Honneth, Axel. Grammatology of modern recognition orders: an interview with Axel Honneth. *Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory*, v. 13, n. 1, p. 145-149, 2012.

WERLE, D. L.; MELO, R. S. Reconhecimento e justiça na teoria crítica da sociedade em Axel Honneth. in: NOBRE, M. (org.). *Curso livre de Teoria Crítica*. Campinas: Papirus, 2008, p. 183-198.

WERLE, D.L.; SOARES, M.V. Política e Direito: a questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e Democracia*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p.117-146.

WERLE, D.L. Construtivismo “não metafísico” e reconstrução “pós-metafísica”: o debate Rawls-Habermas. In: NOBRE, M.; REPA, L. (org.) *Habermas e a reconstrução: sobre a categoria central da teoria crítica habermasiana*. Campinas: Papirus, 2012, p. 169-205.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Revista Sequência*, nº 54, p. 95-106, jul.2007.

YEARBOOK of the European Convention on Human Rights 1958-1959. Strasbourg: Springer Science+Business Media, B.Y., 1960.

YEARBOOK of the European Convention on Human Rights 1961. Strasbourg: Springer Science+Business Media, B.Y., 1962.

YEARBOOK of the European Convention on Human Rights 1963. Strasbourg: Springer Science+Business Media, B.Y., 1964.

YEARBOOK of the European Convention on Human Rights 1966. Hague: Martinus Nijhoff, 1968.

YEARBOOK of the European Convention on Human Rights 1968. Hague: Martinus Nijhoff, 1970.

YEARBOOK of the European Convention on Human Rights 1970. Hague: Martinus Nijhoff, 1972.

YEARBOOK of the European Convention on Human Rights 1971. Hague: Martinus Nijhoff, 1973.

YEARBOOK of the European Convention on Human Rights 1972. Hague: Martinus Nijhoff, 1974.

YEARBOOK of the European Convention on Human Rights 1974. Hague: Martinus Nijhoff, 1976.

35EAST African Asian (Citizens of the United Kingdom and Colonies) v. The United Kingdom, 1978. Disponível em: <

[http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-](http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-74355&filename=ASIATIQUES%20D%27AFRIQUE%20ORIENTALE%20%28citoyens%20du%20Royaume-Uni%20et%20des%20colonies%29%20c.%20ROYAUME-UNI.pdf)

[74355&filename=ASIATIQUES%20D%27AFRIQUE%20ORIENTALE%20%28citoyens%20du%20Royaume-Uni%20et%20des%20colonies%29%20c.%20ROYAUME-UNI.pdf](http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-74355&filename=ASIATIQUES%20D%27AFRIQUE%20ORIENTALE%20%28citoyens%20du%20Royaume-Uni%20et%20des%20colonies%29%20c.%20ROYAUME-UNI.pdf) >.

Acessado em 17 de dez. de 2016.

**ANEXO – INTERVIEW EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE
(ON 14 MAY 2018 AT 3 P.M)**

1) What is your view on the solutions given by the ECHR in situations of racism, discrimination and intolerance against Romani people in Europe? Have they been successful or not, in your professional opinion?

Response:

Yes! Well, there haven't been so many cases brought by Roma before the European Court of Human Rights, there have been some cases but we think (the European Roma Center) there haven't been enough cases. This is due to the fact Roma have very low ability to bring cases to Court. It is because, you know, they are socially and economic excluded to out Europe so actually, they don't have really access to these services (to legal services) to be able to enforce their right and that is the reason why there aren't so many cases that concern Roma at the European Court of Human Rights. But of course, there are some, there are also some that are groundbreaking roles, one of them is about, for example: *Nachova vs Bulgaria* case, which is a groundbreaking case with regard to article 2 (right to life) and discrimination and also basically 'hate crime'. And also, all of them, that there are civilians involved is the *D.H and others vs Czech Republic* and also *Horváth and Kiss vs Hungary*, which both concerns special education and these propose behind the drama number of Romani kids in special schools. Now what we are trying to (...) and of course, there are other cases, like for example, Anguelova's case against Bulgaria, which is a housing case. There are many cases, but we think that it is not enough. So that's why we are trying to provide legal help to Roma and try to bring more and more cases to the European Court of Human Rights. For the Court, actually recognized the fact that Roma are historically being excluded and they have recognized this through other cases-law, so the Court already says the Roma is a vulnerable community and that's why they need a special consideration. The Court has recognized this, but I think in terms of bringing judgments with regards discrimination, the Court hasn't recognized yet the fact that Roma are victims of systemic discrimination. They are victims of anti-gypsies, which is, you know, a kind of embedded in many state institutions, so I think we are not there yet. The Court does not recognized this. What we are trying to do (with the ERRC) is to kind of try to guide the Courts towards recognition of this kind of anti-gypsies in this state institutions in certain countries and to call the Court to recognize this elements. When they are bringing their judgments because, you know, the Court really requires evidence in terms of racist

language, racist intent, and you know, victims of hate crime, victims of discrimination are in a very difficult position to show this evidence. So, in many cases we can't show any evidence, like a hard evidence for this, what we can show that: 'this is what is happening to Roma and systematically this happens, for example, the police violence, but we can't see evidence in terms of racist language or racist documents or something. We know that certain act happens more often to Roma than not-Roma. What we try to do is certifying interventions. Whenever, there is a case, which concern Roma, and we can see that the case is concerning some events that are kind of part of a systemic discrimination, practice that happen often, then we try – you know - to go up on the Court attention to this. Well... we haven't been so successful yet, but it is something that we are trying to push on. (6m:04s).

2) What could improve to struggle against systemic abuse of rights of the Roma across Europe? Has the collection of case law (or jurisprudence) against 'discrimination' been satisfactory in the ECHR? Has it contributed to promotion more inclusion – of these minorities – in the affected states?

Response:

Yes. I mean this is (like) a complicated question and I would say that the struggle is going on against systemic abuse, and in some cases, there have been no recognition of systemic abuse like in, for example, education cases. Then the problem is the implementation of these judgments. For example, in Hungary there was the Horváth's case judgment [*Horváth and Vajnai vs Hungary*], which is a very important ruling, but there still a need for implementation or full implementation of the judgment. And, that's of course, a kind of goes beyond the competence of the Court, but still when we think about what has changed on the ground, we need to recognize that just by adopting the judgment not, the real change still need to be achieved. That's why it is a bit, you know, It has to face, that one is a success to have a judgment, but then when we talk about implementation, there is still a lot of work is need. Of course, I don't know how much you are familiar with the European system, but the Court has orders the Committee of Ministers, which is responsible for the implementation of judgment and there are two procedures, one is an enhanced procedure and, for example, this particular case is on the enhanced procedure. So the state has to report what they have achieved. At the same time like us, we also stopped and submit information to the Court, which of course requires us to work on that to monitor what is happening in order to be able to send information to the Committee of Ministers, because of course the state says "oh, we have

implemented!"; "we have done everything!" So it requires a lot of work and additional work, that is a burden on the civil society. Basically the work and the success are not achieved only by the judgment, but there are much more work after. At the same time, just referring back to the first question: that is the Court is really kind of reluctant to consider article 14, like these discrimination cases even in cases when it is kind of explicitly targeting Roma and I am referring to sterilization cases. I don't know if you have heard about the sterilization cases against Romani women, and it is very well-documented case, it showed that these women were victims of a systematic discriminatory act targeting Roma and still the Court hasn't said that it is a discrimination. What they said: "yes, it is a violation of the right to protection of life, but they haven't found about discrimination". So, yes... Of course, the problem with that is that in our view the Court's misses the point in these cases, because, for example, cut sterilization does not happen globally. Of course, it happens mostly to minority women or, of course, also to men, I am not saying that it is only, but disproportionately affect women and normally minority women or women belonging to vulnerable groups. By kind of just overlooking this and not like, just disregarding this aspect. I think they really miss the point of the case and now I actually with regards to this cut sterilization we are seeking, we are trying to suggest before the civil committee, they might be more open to – you know –, consider like intersectionality basically. (*Im:38s*).

3) In general, do you believe the affected families feel satisfied with the legal proceedings conducted by the ECHR? Do you think that they would demand it again if they needed in the near future or are they frustrated?

Response:

You know you can only go to the European Court of Human Rights if you are exhausted of the domestic remedies. So, that shows that you need to go through legal avenue within the country and that requires a lot of time, mostly to 2-3 years at least and, of course, a lot of effort also from the victims, who would like to have justice. Then if there wasn't remedy within domestic system, then we can go to the European Court which is even more time normally. We have cases that I submitted in 2013 or 2014, and we are still waiting for the judgment and now it is 2018, so four years ago. Interesting the Court, I mean, it is effective like even this justice deserved, this is effective, after 4 or 5 years. Interesting it, nowadays, the Court contact us asking whether we are still in contact with the clients and whether the clients are still interested in the case and I feel it like "What? Of course, they are interesting, but

what's happening?" We are in contact with the client, but it is difficult for us to explain why takes so long... Because, really... There are cases that we submitted in 2013 and we had older exchange of observations...you know, with the government or submissions and for like 2 years we are, just waiting and we don't know what's happening. It is a very, very slow process. And, I think it is questions we know whether, we can't call it, 'like really justice'...especially, in cases where, of course, four years is a long time, so these victims can have a totally different life in four years. Like any of us can. So I think it causes frustration and I am not sure that they would go to try it again or they would think that it is like an 'effective procedure' to go. We also had cases where the client or a litigant said that they are not interested in pursuing anymore. Because they just – you know – their life past changed and they moved away or they just closed that chapter of their lives and now they don't want, after so many years, to open it again and do it again. Even, if it was about decades that once was very important for them but they are trying – of course – to move on and I think this is natural. This is the real problem, but also we have to say that; there is a difference between the register, like the departments of the Court in terms of countries. Because, for example, in some countries the judgments and the cases are going faster, it is my personal experience, and when you bring case from other countries it goes much slowly. I think it depends on the number of cases that the state have.

[Here in Hungary?]

Well, some of cases went pretty faster, for example, the education's case it went quiet faster, but I have now cases that we also submitted few years ago and it hasn't even been communicated. I don't even know if it is – the case - going to be admissible or not. I don't know anything. We just submitted the case, for 2 or 3 years, we haven't anything, and the Court doesn't really like to communicate so if you send an e-mail, asking: 'what's happening?' They feel offended, they don't like it. So, yes... that's the problem, and if you add to this, defended once a judgment is brought and then you still need to advocate for the implementation, then it can go up to five, eight, ten years until actually a judgment is implemented. Of course, the European Court, what is good is that they order admitted claim, they order payment, then that is, normally, paid within short time. The actual payment, that is the remedy, but when you talk about police change, which takes more time... and, of course, effort...Because, of course, if you are not pushing, if civil society not pushing and sending information to the Committee of Ministers... Well, the government still hasn't ... They have paid about, but there are still things to do and it is can take [time]. Really. (17m56s).

4) As a prominent legal adviser, do you believe that the European system of human rights still insists on disguising (or *covering up*) the ‘radical asymmetries’, ‘fragmentations’ and ‘social exclusions’, which are still present in European social context?

Response:

Well, I think that ‘covering up’ is too ‘extreme’. I would say that they are more – how can I say? –, more not sensitive enough to some issues, including, for example, intersectional discrimination. That’s something that the Court really needs to – I think – develop issues in their jurisprudence soon. When we talk about intersecting identities of certain vulnerable groups, for example, like Romani women... I don’t know... Muslim Romani women or Roma with disability. There are people they don’t have like all of us, have many identities that can expose us to discrimination. That discrimination is different from other discrimination, so that’s why intersection discrimination, I think it is something that the Court has to recognize and I don’t see that they are really doing that so far and also. I wouldn’t say it, I think it is too extreme to say that they are covering up. But yes...sometimes they are overlooking some important issues, but also in the way I think that the Court itself is kind of a political institution, because when we say we always should also look at how the judges – who are elected – are there. Whether you know, although they shouldn’t have any interest but, of course I don’t think they are not in a vacuum. Right?! They all have their previous life, they all have their previous experience or their own so – I mean – I think we can’t really disregard this. But at the same time, I think that’s also our role to bring more and more cases to kind of – you know – educated (no educated), but guide the Court on adopting new concepts, to recognize new concepts to broaden and that’s also true for article 14 cases. That’s why, we are trying to push the Court’s recognize anti-gypsies. That is really highest spread in Europe now and if they disregard this. Then, they really require the hardcore proof or evidence of racism, then they will never be able to capture the real problem. And, so far the Court is reluctant to do that and we don’t know, I don’t know what is the reason for that, if it is political reason or it depends on the certain judges – we don’t know – But that’s why we are consistently trying to push the Court, for example, to that. Because also in the Roma’s case... there are many Roma cases but unfortunately most of them there is no article 14. So even if the person was Roman there is a finding a violation of article 3 (it is the police brutality) but not article 14 or just because the lack of investigation. Over that’s a racial hatred, but the Court hasn’t looked at yet ‘why there is no investigation’, that the whole system is kind of wild and you can’t even

expect. It is – I think – it is a long way to go. We are trying to do our best. (23m36s).

5) Have minorities been able to organize themselves to fight against these everyday discriminations? How does ERRC help them?

Response:

Yes! Of course, there is a movement and there are many Romani activities and activist who are working in local communities and I think it depends on country's how active they are and how much they have been able to organize themselves. What we can do is – I mean – basically we are an international NGO so what we can do is to try to empower local communities to recognize their own rights (human rights). And, then to seek help and then we can connect them with either and other organizations on ground that we know or we can help to insure the right. That's what we have been doing in the last 20 years, basically. (24m 54s).

6) What could do to improve the 'inclusion' and the 'recognition of differences in identity' of Romani people at supranational sphere in Europe? What are the main limitations in racism field in the present moment?

Response:

It is difficult to answer because now...In the last couple of years in Europe, racism – I think – has been on the rise and it has been mainstreamed before, like anti-Roma, anti-gypsies. The racism were more and more kind of extreme form of expressions of extreme right-wing parties. I don't know how it became more and more mainstream and even everyday people are without any shame expresses racists views. You know, our prime Minister or also in other countries making statements which are extremely racist against Roma, against Immigrants – xenophobes –, against refugees. I think, it is very difficult to say, first, they should be recognition, because everyone is equal. There is other thing which is – I think – nowadays, is very present here in Europe is the scapegoating. So now, refugees are our problem and they are the source of all our problems and we have saying that they are 'terrorists', we have to fear from them. Then, for example, here in Hungary, refugees and Roma (no comport refugees), our prime minister and somebody in the government said that "we have difficulty how we could integrate refugees when we already have Roma as refugees from 500 years ago". So, then we have to work with these kind of powers. Yes, then it is very

difficult and then, at the same time, on EU level, the Roma's framework strategy so there are a lot of policy documents adopted but, then what we see on the ground, there is hardly no improvement at all. [*So, it is a long way!*]. And then, of course, there is also important to recognize the fact that, for example, in Hungary. Of course, some Roma people or leaders are also linked to the political elite who are spreading this racist ideas and, they are kind of ... they are promoting segregation and considering Roma as a secondary citizens as you know, immigrants and refugees, and then it is causes also like kind of "dispropense" within the community. That you know, and then if a Romani leader is belonging to this party, who are actually disseminating ideas against 'us', so it is very difficult. (29m: 32 s).

7) As a present solution, the damages have been converted into financial compensations to the victims... what is your professional opinion about it? Is this a form of compensation enough to repair the damages suffered by the Romani people?

Response:

Yes, I think that it is important. I personally think that it is important for the victims to have a financial compensation. Of course, It's the violations that you talk about, let's say, I don't know, in human or degrading treatment or violation of right to privacy or family life. Of course, this kind of violations can't be measured in money. Of course. The problem in damaged cases, that's there are damaged, it is difficult to translate to action to financial compensation, but I think still it is important. It is equally important that there is a recognition...so when I talk to victims, it is equally important for them that they won the case that they found the justice. And, for example, there are certain cases, for example, in the procedures under in law or where you can go to equality body in Europe in your member state and it is not necessarily that it is equality body, they found discrimination, they can awarded you compensation. I had a case where the woman turn to the equality body and she won the case and she herself didn't receive any financial compensation, because this body, this equality treatment authority could only award public fine so It is an amount that this hospital has paid to the state not to the victim. Still the fact that she won the case it was very important for her. It was an important recognition that she won and she knew from the beginning that she won't have – she was not going to have any financial compensation. So I think it is equally important but I think it is good also to have a damaged award to the victims, because it can help them in any way in their life. Of course, it can't bring back, for example, if a woman was sterilized, two thousand euros won't bring back the possibility that she can have a child again.

(32m59s).

8) Do you think that these victims of the racism and discrimination feel themselves as real candidates of the 'fundamental rights'? Do they internalize their factual conditions of inferiority in their identities? I mean... Do you think that the self-respect, self-confidence and self-esteem of the victims are affected during the process of non-recognition of their identity specificities?

Response:

Yes! Sure! I do think it is not only to the procedure; basically it is to their life. When in many cases when I talk to our litigants, they themselves, they think that they are secondary citizens because that's how they were treated all the time. They themselves, when we explain that "you have the right to do that", "you can appeal, you don't have to accept these", they are very... in many cases, they are very surprised that "oh, really?" or "There is an option?" So for example, we have been... I have been in contact with women who were abused during childbirth in hospital racially, physically, verbally abused or just treated differently than the normal women and, many of them thought that this is how it is. "We have been always treated like this way"; "it is not too strange for us that we are put in a segregated ward where there are only the Romani women". "This is how it used to be" and they don't even question that "why is it not right". I have the right to the same service as no Roman. I have the right to the same treatment. In other countries, Roma has to pay for certain treatment which is, actually, for free. So I don't think that this is only when we take a case, but this is something that's why there is a need for empowerment, to empower people that: "Yes! You have the right to do that" and "Here, here, here you can go" and if there is something happening to you than you can really pursue. Of course, is difficult because there is a lack of trust. Of course, there are no means. You know, when people are struggling all day to day on how to win or feed their children it is going to be the last thing that they wouldn't think of going and seeking justice for any discrimination they suffer from. Certainly, I think that it is influence in their identity and their self-esteem for sure. I think for everyone it is the same, for those who are treated badly... Then, yes... is the same.