

Direito, modernidade periférica e colonialidade do poder

Pedro Estevam Serrano e Luis Eduardo Gomes do Nascimento

Justificando, 29.7.2017

Foi Hegel que, nas lições sobre a filosofia da história, cunhou a expressão *época moderna*. Para ele, nessa época de transformações, o espírito rompeu com seu ser-aí imediato, dando nascimento a uma nova época:

Aliás, não é difícil ver que nosso tempo é um tempo de nascimento e trânsito para uma nova época. O espírito rompeu com o mundo de seu ser-aí e de seu representar, que até hoje durou; está a ponto de submergi-lo no passado, e se entrega à tarefa de sua transformação. Certamente, o espírito nunca está em repouso, mas sempre tomado por um movimento para a frente [1].

A Reforma Protestante, o Iluminismo e a Revolução Francesa constituem os acontecimentos-chaves da modernidade que, entendida como metanarrativa da emancipação, representou a esperança de superação do peso opressor da autoridade e da tradição e a construção de um mundo de liberdade e progresso.

A escola de Frankfurt criticou a apropriação do projeto da modernidade pela razão instrumental que, imantada pelas injunções da quantificação, fomenta o domínio sobre a natureza, base para o domínio sobre os homens. A razão, ao se instrumentalizar, passa a ser signo de opressão e não de liberdade. Habermas, apesar de concordar com a crítica, vislumbra na modernidade um projeto inacabado ainda capaz de se encaminhar para a emancipação humana. O que escapa a essa crítica é que no seio da modernidade se encontra um mito que sustenta uma grande violência. Se Adorno mostra que no seio do iluminismo se abriga o mito, não avança para desvelar que no cerne o mito consiste numa *práxis irracional de violência* que, partindo da superioridade da civilização europeia, justifica o direito de conquista sobre os povos da América Latina, África e Ásia.

A modernidade, ainda que acicute o sonho de emancipação humana, se constitui a partir da justificação do direito de conquista traduzido na ideia de guerra justa. Wallerstein, dissecando a justificação de Juan Gines Sepulveda da conquista espanhola, encontra quatro argumentos que embasam toda forma de intervenção: a) a barbárie dos outros; b) o fim de práticas que violam valores universais; c) a defesa de inocentes vítimas da barbárie; d) a possibilidade de disseminar esses valores universais [2]. O mito da modernidade, então, consiste, de um lado, em vitimar o inocente declarando-o culpável da própria vitimização e, de outro, em inocentar o civilizado do ato de extermínio [3].

No plano jurídico, o questionamento de um direito fundado na ordem natural implicou a abertura para o problema da contingência e, portanto, da legitimidade e do fundamento do

direito. Pascal tangenciou o nó da questão quando vislumbrou a delgada e tênue relação entre justiça e força:

É justo que o que é justo seja seguido, é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido. A justiça sem a força é impotente: a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem força é contraditória porque sempre há homens maus; a força sem justiça é acusada. É preciso pois colocar juntas a justiça e a força; e, para fazê-lo, que aquilo que é justo seja forte, ou que aquilo que é forte seja justo [4].

O problema da legitimidade, isto é, a questão da *probabilidade* de uma determinada ordem encontrar *reconhecimento* exsurge sempre mais claramente em períodos de crise, mostrando que a positividade sempre se ancora em certo grau de *fê performática*.

Na teoria do direito moderna, o problema, que é atribuído ao eterno retorno do direito natural, nada mais é do que a recorrente questão espinhosa da legitimidade do direito. Todas as grandes correntes se veem a braços com a questão: 1) Hart, definindo o direito como união de normas primárias e secundárias, vislumbra uma regra de reconhecimento que consubstancia a aceitação do direito; 2) Dworkin, entendendo o direito como conceito interpretativo de forma que a mera fatualidade do reconhecimento não é capaz de conferir-lhe legitimação, vislumbra o direito como união moral e política de um povo expressa num conjunto coerente de princípios; com base na ideia de identidade, ajuste e solidez, Dworkin concebe a interpretação como capaz de fazer do direito a melhor obra possível num sentido de integração comunitária; 3) Habermas, mostrando que o direito não se legitima pela forma nem por um conteúdo material a priori, encontra, nos meandros da facticidade e validade, a legitimidade do direito na formação discursiva da opinião e a vontade, institucionalizada de tal forma que se presume sua aceitação por parte de todos. Uma espécie de kantismo discursivo; 4) Kelsen remete a autoprodução a norma hipotética fundamental erigida como chave mestra da unidade do sistema, situada ambigualmente transcendente e vinculada ao fechamento do sistema.

A despeito das diferenças, como decorrência da racionalização baseada na possibilidade de cálculo, o direito, nas formações modernas, é *estruturado* por quatro critérios específicos: a) a *abstração*, pelo qual um conceito ou uma noção é considerado à margem dos dados reais em que emergem; b) *generalidade*, pelo qual as disposições não concernem a uma pessoa determinada, mas ostentam uma aplicação indefinida; c) *formalismo*, pelo qual uma regra se apresenta como desprovida de um conteúdo; d) *regulamentaridade*, pelo qual se busca cristalizar no tempo certos valores jurídicos, estabelecendo sua duração [5].

Instaurada a ordem social que lhe convém, as classes dominantes ocultam a contingência inerente ao social-histórico de tal forma que o direito, subsumido na ordem do calculável, é instituído como causa de si, como autorreferência, isto é, como algo que põe retroativamente seus próprios termos.

São reconhecidas três tradições jurídicas ocidentais: o direito romano-germânico (civil law), direito comum (common law) e o direito socialista. John Henry Merryman entende a tradição não apenas com um conjunto de regras jurídicas, mas como um conjunto de atitudes arraigadas historicamente que traduzem uma concepção acerca da natureza do direito, do papel do direito na

sociedade e do entrelaçamento entre direito e política. Inclui Brasil, Argentina e Chile na categoria do civil law [6]. Não obstante, para captar a singularidade do direito nesses países, cuja matriz jurídica originada na Europa continental foi de forma vertical transplantada, é necessário articular a noção de modernidade periférica como isomórfica à ideia de *positivação transplantada*. Ou seja, os países de modernidade periférica não se enquadram naquelas categorias, demandando um novo paradigma terceiro-mundista capaz de assinalar as venturas e desventuras do dever ser na modernidade periférica.

Não é esse o desafio proposto por Sérgio Buarque ao iniciar *Raízes do Brasil* assinalando que a tentativa de implantação da cultura europeia desde as origens da sociedade brasileira constitui o fato dominante de nossa formação? [7]

Luigi Ferrajoli entrevê parte do problema ao afirmar a necessidade de a cultura jurídica superar a *antinomia* entre os direitos do *homem* e os direitos do *cidadão* [8]. De que marco teórico surge a dicotomia entre o homem e o cidadão? Não é difícil vislumbrar que decorre do opúsculo *A questão Judaica* de Marx. Nessa obra, Marx assinala:

Onde o Estado Político atingiu sua forma definitiva, o homem leva uma vida dupla não só mentalmente, na consciência, mas também na realidade, na vida concreta; ele leva uma vida celestial e uma vida terrena, a vida na comunidade política, na qual ele considera um ente comunitário, e a vida na sociedade burguesa, na qual ele atua como pessoa particular, encara as demais pessoas como meios, degrada a si próprio à condição de meio e se torna um joquete na mão de poderes estranhos a ele. A relação entre o Estado Político e a sociedade burguesa é tão espiritualista quanto a relação entre o céu e a terra. A antítese dos dois é a mesma, e o Estado político a supera da mesma maneira que a religião supera a limitação do mundo profano, isto é, sendo igualmente forçado a reconhecê-lo, produzi-la e deixar-se dominar por ela [9].

Quando Habermas afirma que a positivação de direitos subjetivos não é o egoísmo estabelecido contra os outros e que uma suposta cooriginariedade entre autonomia privada e pública inviabilizaria a imposição de valores não universalizáveis, devemos limitar o alcance de tais assertivas, mostrando que, nos países de modernidade periférica, são idealistas e devem ser rejeitadas.

Em países de modernidade periférica, o problema da legitimação requer outra estratégia teórica que passa pela compreensão realista da particularidade do direito e do estado nas sociedades marcadas pela colonialidade do poder.

Victor Nunes Leal, ao fazer a genealogia do nosso atraso político, vislumbra o coronelismo como incursão do poder privado no domínio público. Mesmo apontando alguns avanços que pudessem por fim a esse nefasto fenômeno político, reconhece que, somente com a transformação da obsoleta estrutura agrária brasileiro, a superação do coronelismo seria possível. Por isso, conclui: “Assim como a estrutura agrária ainda vigente contribui para a subsistência do ‘coronelismo’,

também o ‘coronelismo’ concorre para a conservação dessa mesma estrutura. Os governos brasileiros têm saído, até hoje, das classes dominantes e com imprescindível concurso do ‘coronelismo’” [10].

Nessa senda, exsurtem algumas notas que são preciso realçar. Primeiro, o Estado se confunde com o interesse das classes dominantes, inviabilizando a produção da universalidade concreta como sua tarefa primeva e fundante. Segundo, a marginalização dos grupos que nos formam (negros, índios e brancos pobres) só se efetua com a constrição do processo político, isto é, as desigualdades só se reproduzem na medida em que a exclusão sócio-econômica encontra anteparo no plano político. Noutras palavras, é preciso reprimir todas as formas de organização ou movimento político capaz de questionar a forma colonial de distribuição do poder e dos bens. A exclusão social depende da fetichização da política. Terceiro, as teorias voltam-se para um universalismo abstrato que ignora as particularidades concretas, particularidades essas que levariam ao contato com a realidade do poder colonial e, por corolário, a devida crítica.

A colonialidade do poder marca-se pela imposição da ideia de raça como mecanismo de dominação. Achille Mbembe com argúcia mostra como a ideologia de raça funciona como mecanismo de perverso de poder:

Nesse contexto, os novos processos de racialização visam a marcar grupos de populações, a fixar o mais precisamente possível os limites no seio das quais elas podem circular, a determinar o mais exatamente possível a colocação que podem ocupar, enfim, assegurar as circulações no sentido que permite afastar as ameaças e assegurar a segurança geral. Trata-se de selecionar esses grupos de populações, de marcá-los a sua vez como espécies, séries e como casos, no seio de um cálculo generalizado de risco, de acaso e de probabilidades, de maneira a poder prevenir os perigos inerentes a sua circulação e, se possível, a neutralizar seu avanço tanto pelo encarceramento quanto pela deportação. A raça, desse ponto de vista, funciona ao mesmo tempo como ideologia, dispositivo de segurança e tecnologia do governo das multiplicidades. Ela é o meio mais eficaz de abolir os direitos no ato mesmo pelo qual se pretende erigir a lei [11].

A ideologia da raça funciona, pois, como o grande expediente ideológico para a instauração da exceção. Carl Schmitt define o poder soberano não somente como aquele que decide sobre o estado de exceção, mas o que tem o poder de nomear o inimigo para instaurar a exceção. Não se caracteriza, então, o estado por meio do monopólio da violência legítima, mas pela detenção do *jus belli*, ou seja, o direito do soberano de nomear o inimigo e de combatê-lo. A função do Estado é subordinar todas as formas de conflitos ao imperativo da *unidade nacional* de tal forma a ativar um *estado de exceção* capaz de identificar, marcar e aniquilar os inimigos [12].

Criticar a suspensão colonial do direito não significa reconhecer que o direito é mero epifenômeno político ou econômico. Ao revés, a busca do comum no significado do texto normativo em relação circular analógica de sentido, se dá no interior do direito, já que a inflexão dos dados sócio-econômicos não é direta, mas mediada pelo código lícito-ilícito. O que a colonialidade do poder faz é coartar as possibilidades do comum ínsito ao direito. Por isso, na realidade dos países de modernidade periférica, é mais adequado falar em *suspensão colonial do direito* e não suspensão teleológica ou consequencialista.

Pedro Estevam Serrano é mestre e doutor em Direito do Estado pela PUC/SP com pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Constitucional da PUC-SP. Advogado.

Luis Eduardo Gomes do Nascimento é Professor de Direito na Universidade Estadual da Bahia (UNEB).

-
- [1] HEGEL, G.W. F. Fenomenologia do espírito. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 26.
- [2] WALLERSTEIN, Immanuel. O universalismo europeu: a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 35.
- [3] DUSSEL, Enrique. 1492: el encubrimiento del outro: hacia el origen del mito de la modernidade. La paz: Facultad de Humanidades y ciências de la Educación, 1994, p. 74.
- [4] PASCAL, Blaise. Pensées. Paris: Garnier, 1925, p. 135.
- [5] POULANTZAS, Nicos. Natures des choses et droit: essa sur la dialectique du fait et de valeur. Paris: LGDJ, 1965, p. 263-4.
- [6] MERRYMAN, John Henry. La tradición jurídica romano-canónica. México, FCE, 1989, p. 16-7.
- [7] HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.31. O direito, como ciência social, deve ser estruturado a partir de uma *interdisciplinaridade controlada* evitando o maniqueísmo simplista que imanta certas teorias.
- [8] FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 31.
- [9] MARX, Karl. Sobre a questão judaica. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 40.
- [10] LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 275 e ss.
- [11] MBEMBE, A. Prefácio. FANON, Franz. Oeuvres. Paris: La découverte, 2011, p. 20.
- [12] BALIBAR, Étienne. Ciudadanía. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2013, p. 160.