

**A QUESTÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUAL
SOCIEDADE MULTICULTURALISTA**

THE FUNDAMENTAL RIGHTS ISSUE IN THE CURRENT
MULTICULTURAL SOCIETY

Mychelli Araújo de Oliveira Pereira

mychelli@msn.com

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – ano
2012

Advogada

RESUMO

O presente artigo desenvolve a temática dos direitos fundamentais dentro de sociedades modernas e multiculturais, tal como se apresenta a estrutura social do Brasil. Através de uma visão pessimista exposta no Estado Social Democrático capitalista e no direito garantista e comunitário da Constituição Federal de 1988, propõe-se traçar contornos acerca de uma hermenêutica diatópica, nos termos de Boaventura de Sousa Santos. Passando ainda pela visão de multiculturalismo de Slavoj Žižek, o artigo caminha no sentido de revelar uma nova visão de pensar a diferença, o outro e, conseqüentemente, o Direito.

PALAVRAS-CHAVE

Multiculturalismo. Direitos fundamentais. Diferença. Hermenêutica diatópica. Direito.

ABSTRACT

The present article develops the fundamental rights theme inside modern and multicultural societies, like the Brazilian social structure. Beyond a pessimistic view exposed in the capitalist social democratic state and in the garantistic and communitarian law of the 1988 Brazilian Federal Constitution, it proposes to trace the contours around a diatopical hermeneutics, according to Boaventura de Sousa Santos terms. Passing through Slavoj Žižek multiculturalist view, the article looks for the disclosure of a new view of thinking the difference, the other one and, consequently, the Law.

KEYWORDS

Multiculturalism. Fundamental Rights. Difference. Law

SUMÁRIO

Introdução. 1. O Multiculturalismo. 2. O Direito e a Hermenêutica Diatópica. 3. O Direito e o grande Outro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Tal como o chamado “ouro dos tolos”, a Modernidade representou uma grande decepção quanto às transformações sociais esperadas, em especial, quando temos em foco países com o quadro social do Brasil, em que Lenio Luiz Streck afirma: “No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade*” (STRECK, 2000, p. 26).

Acontece que as grandes promessas pregadas, quais sejam, o Estado social democrático capitalista e o Direito de base comunitária e garantista fracassaram. Boaventura de Sousa Santos diria: “As promessas da modernidade, por não terem

sido cumpridas, transformaram-se em problemas para os quais parece não haver solução” (SANTOS, 2000, p. 29).

Por um lado, tem-se que a tentativa de instauração de um Estado social não foi frutífera. Ainda que quem detivesse o poder fosse a chamada “esquerda” e que esta desenvolvesse projetos sociais de cunho populista, o modelo de Estado social posto em prática mostrou-se insuficiente, tendo em vista as necessidades da população. Na lição de Fernando de Brito Alves:

Havia esperança de que uma guinada do governo à esquerda pudesse resolver essas distorções que no Brasil provocam exclusão. Todavia, embora a experiência da esquerda brasileira com o poder seja bastante recente, tem-se denotado o contrário (ALVES, 2010, p.86).

E Fernando de Brito Alves ainda prossegue no seu raciocínio:

No Brasil, ocorreu um fenômeno bastante curioso nas últimas décadas: se, por um lado, no início do referido período, instalava-se um governo neoliberal sob o manto da social-democracia, por outro, a esquerda, ao assumir o poder, revelou-se estritamente conservadora de suas conquistas. Resumo da ópera: nunca se instalou no Brasil o Estado Social e nunca se teve esquerda no poder (ALVES, 2010, p. 88).

Por outro lado, apresenta-se o Direito moderno que possui como marco teórico a Constituição Federal de 1988, conhecida como constituição cidadã, como bem indica Ricardo Castilho justamente porque valoriza os princípios democráticos e de cidadania. Em complemento a essa ideia temos a definição clara de Vladimir Brega Filho:

Por fim, a Constituição de 1988, novamente inspirada por ventos democráticos, ampliou os direitos fundamentais, e seguindo a tendência mundial, além dos direitos individuais e sociais, reconheceu os direitos de solidariedade (direitos fundamentais de terceira geração),(...) (BREGA FILHO, 2002, p. 39).

Entretanto, apesar de possuir um rol extenso de direitos fundamentais e reivindicar princípios, tais como a Dignidade da Pessoa Humana e Igualdade, a Constituição Federal não tem se mostrado efetiva. No clássico *A Essência da Constituição*, Ferdinand Lassale expressa a ideia de efetivação de uma constituição ao dizer:

(...) As constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar (LASSALE, 2001, p. 40).

Ainda pensando em consonância com Ferdinand Lassale, que usa a metáfora da “mera folha de papel” para descrever as Constituições que embora estejam vigentes não possuem efetividade, pode-se dizer que sem identificar os reais fatores do poder que estão presentes na sociedade atual, não há como se falar em concretização de normas constitucionais.

Ampliando essa ideia para uma temática multiculturalista, tem-se que na impossibilidade do reconhecimento da diferença dos grupos sociais que compõem um território nacional reside também a impossibilidade de saber quais são os verdadeiros fatores reais do poder que, pelo menos em tese, deveriam imperar. Em palavras simples, não podemos tutelar um direito fundamental sem saber realmente como identificá-lo enquanto objeto jurídico e como delimitar a sua essência ontológica enquanto objeto social.

De modo que tal como posto e praticado o Direito, em especial o direito constitucional, tem se tornado uma simples folha de papel, como na figura de linguagem de Ferdinand Lassale, no tocante à concretização dos direitos fundamentais, ainda mais quando passamos a analisar esses direitos sob a ótica de uma parcela da população historicamente marginalizada.

Assim, as palavras de Lenio Luiz Streck concluem bem o exposto:

A modernidade propôs uma dupla possibilidade para a humanidade. Por uma delas, a realização da razão seria o desenvolvimento universal para um sistema social que concretizasse o princípio da igualdade formal, através da crescente redução das desigualdades reais no mundo moderno. Tal não aconteceu. Ao contrário, o que ocorreu foi a pós-modernidade aprofundar a irracionalidade, aumentar as diferenças sociais e consolidar relações cada vez mais alienadas. (STRECK, 2000,p.215)

De modo que ainda que se argumente que há a probabilidade de vislumbrar a igualdade formal, enquanto possibilidade de que todos sejam tratados da mesma maneira, no ordenamento jurídico, tal como expresso no artigo 5º *caput* da Constituição Federal, não há que se falar em prol da diminuição da desigualdade em resultado de tal igualdade formal, uma vez que embora garantista em sua forma, a lei não tem se tornado eficaz, trazendo muitas das vezes discriminações arbitrárias, tornando as diferenças cada vez mais claras e criando um abismo jurídico entre as relações. Além do que ainda que se estabelecesse a igualdade formal, esta não resolveria os problemas agudos que foram acentuados pela pós-modernidade, uma vez que aqui é premente falar em igualdade material ou substancial, que ensina que para além de uma igualdade perante a lei é necessário oportunizar que em certas situações os desiguais recebam tratamento especial e diferenciado, de modo que sejam assim considerados iguais.

A esse contexto de insatisfação social e jurídica, deve-se acrescentar o fato de ter que enxergar a sociedade enquanto identidade multicultural. Assim passam a surgir questionamentos acerca da tutela dos direitos fundamentais e da resolução de conflitos pessoais e interpessoais. O presente artigo, dialogando com a ideia de multiculturalismo, expressa principalmente nas obras de Boaventura de Sousa Santos e Slavoj Žižek, e a ideia de direitos fundamentais, passará a propor uma nova visão da sociedade multiculturalista, bem como da hermenêutica jurídica em resposta à tradicional forma de pensar o Direito, e a sociedade que vem sendo veiculada por todo um processo histórico.

1. O MULTICULTURALISMO

Cumpre-se em primeiro plano ressaltar o que vem a ser multiculturalismo. Tratando-se de palavra de semântica variada em dependência do seu contexto, Boaventura de Sousa Santos define assim:

A expressão *multiculturalismo* designa originalmente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades “modernas”. Rapidamente, contudo, o termo se tornou um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global (SANTOS, 2003, p.26).

No mesmo contexto, o autor continua o seu pensamento e divide em três premissas os significados da palavra multiculturalismo, vejamos:

Enquanto descrição, é possível falar de: 1- a existência de uma multiplicidade de culturas no mundo; 2- a coexistência de culturas diversas de um mesmo Estado-nação; 3 - a existência de culturas que se interinfluenciam tanto dentro como além do Estado-nação (SANTOS, 2003, p.28)

Temos, portanto, que multiculturalismo pode designar, basicamente, três situações fáticas, a saber: 1 – A existência de uma gama de culturas no mundo; 2 – A existência de várias culturas dentro de um mesmo país; 3 – A relação internacional de culturas. Atentaremos, no entanto, para o segundo significado, ou seja, multiculturalismo enquanto existência de multiplicidade de culturas¹ dentro de um mesmo país ou território nacional.

Impossível seria não encaixar o Brasil nas descrições de país multiculturalista, haja vista que uma rápida olhadela nos permite aferir os mais variados grupos que praticam uma forma própria e, portanto, única de pensar a cultura. De modo que, se multiculturalismo designa a existência múltipla de culturas ou tradições dentro de um país, logo o Brasil é por excelência um exemplo típico de multiculturalismo.

Entretanto, tal constatação empírica nos leva direto para um paradigma duvidoso, que será analisado. O simples fato de falar em multiculturalismo faz com que fique em voga o binômio diferença e igualdade. Daí, a problemática de reconhecer a existência da diferença e assegurar a igualdade ao mesmo tempo, faz parte do tom dos questionamentos que Boaventura de Sousa Santos passa a propor a seguir:

Como é possível, ao mesmo tempo, exigir que seja reconhecida a diferença, tal como ela se constituiu através da história, e exigir que os “outros” nos olhem como iguais e reconheçam em nós os mesmos direitos de que são titulares? Como compatibilizar a reivindicação de uma diferença enquanto coletiva e, ao mesmo tempo, combater as relações de desigualdade e de opressão

1 Para fins deste artigo considera-se o uso da palavra cultura para designar práticas e condutas sociais que se harmonizam dentro de um contexto temporal, espacial e histórico, formando assim uma identidade entre os envolvidos.

que se constituíram acompanhando essa diferença? Como compatibilizar os direitos coletivos e os direitos individuais? Como reinventar as cidadanias que consigam, ao mesmo tempo, ser cosmopolitas e ser locais? Que experiências existem neste campo e o que nos ensinam elas sobre as possibilidades e as dificuldades de construção de novas cidadanias e do multiculturalismo emancipatório? (SANTOS, 2003, p.25)

Essa sequência de perguntas elaboradas por Boaventura de Sousa Santos nos leva ao grande paradoxo do mundo multicultural, que é a conciliação da diferença. E essa conciliação não diz respeito apenas às pessoas, mas aos direitos. E a reflexão toma outra tônica quando se está em pauta os direitos fundamentais que por sua natureza não podem ser flexibilizados em hipótese alguma.

Importante se faz, portanto, definir quais são esses direitos. Na lição de Vladimir Brega Filho temos que os direitos fundamentais incluem “todos os direitos necessários para a garantia de uma vida humana digna, sejam eles individuais, políticos, sociais e de solidariedade” (BREGA FILHO, 2002, p.42).

Note-se que o próprio significado de direitos fundamentais carrega em seu núcleo a ideia de vida humana digna. Acontece que a concepção de vida digna varia de grupo para grupo e, portanto, os direitos perseguidos para que essa vida digna se concretize também irão variar de grupo para grupo. A grande questão reside no fato de que na busca do ideal de vida digna, muitas vezes os interesses de certas culturas entram em conflito ou colisão com a coletividade ou ainda com outras culturas e, portanto, os direitos que nascem desses interesses também se tornarão conflituosos, de modo que o binômio diferença e igualdade mais uma vez estará em destaque. Nesse sentido, pondera Boaventura de Sousa Santos:

Multiculturalismo, justiça multicultural, direitos coletivos, cidadanias plurais são hoje alguns dos termos que procuram jogar com as tensões entre a diferença e a igualdade, entre a exigência de reconhecimento da diferença e redistribuição que permita a realização da igualdade (SANTOS, 2003, p.25).

Diante deste fato, pode-se, a priori, dividir esses “choques culturais”, por assim dizer, que dão origem aos interesses conflituosos em três grandes contextos, quais sejam: quando dois grupos multiculturais entram em conflito entre si, como, por exemplo, o conflito entre homossexuais e heterossexuais católicos, no que diz respeito à constituição da família; quando um grupo multicultural choca-se com a coletividade, nesse caso se pode pensar na questão das ações afirmativas, como as cotas em universidades para negros e a isonomia do processo seletivo para a maioria; ou ainda na hipótese de um direito fundamental pleiteado por determinado grupo colidir com um princípio ou direito expresso na Constituição Federal, vislumbra-se este choque, a título de exemplo, na recusa de transfusão de sangue como tratamento médico pelas Testemunhas de Jeová, tem-se aí uma colisão entre a liberdade de religião ou ainda liberdade de escolha de tratamento médico e o direito à vida.

Ainda que hoje sejamos capazes de subdividir a sociedade em inúmeros grupos culturais que professam a própria ideologia de vida digna, a questão do multiculturalismo é mais ampla quando temos em vista certos grupos que sofreram um longo processo histórico de discriminação e marginalização, processo este que fez com que fossem silenciados, como, por exemplo, o caso dos negros no Brasil. A partir daí, a questão passa a ser outra, como bem pontua Boaventura de Sousa Santos:

Como realizar um diálogo multicultural quando algumas culturas foram reduzidas ao silêncio e as suas formas de ver e conhecer o mundo se tornaram impronunciáveis? Por outras palavras, como fazer falar o silêncio sem que ele fale necessariamente a linguagem hegemónica que o pretende fazer falar? Estas perguntas constituem um grande desafio ao diálogo multicultural. Os silêncios, as necessidades e as aspirações impronunciáveis só são captáveis por uma sociologia das ausências que proceda pela comparação entre os discursos disponíveis, hegemónicos e contra-hegemónicos, e pela análise das hierarquias entre eles e dos vazios que tais hierarquias produzem. O silêncio é, pois, uma construção que se afirma como sintoma de um bloqueio, de uma potencialidade que não pode ser desenvolvida. (SANTOS, 2000, p.30)

Pensar o multiculturalismo faz com que o debate sobre igualdade e diferença tome outros contornos e se aprofunde ainda mais, uma vez que revela vários aspectos relevantes que compõem um todo, como as facetas de um diamante lapidado. Olhando por uma faceta, temos os direitos fundamentais de grupos que possuem uma histórica luta, tais como negros, homossexuais e índios; sob a ótica de outra faceta, temos o surgimento de grupos dentro da sociedade e que também passam a engajar-se na luta por seus direitos, tais como as minorias religiosas. E não podemos esquecer da coletividade ou maioria, se assim podemos dizer, que tem elaborado o discurso contra o que denominam de “ditadura da minoria”.

Expostas as premissas acerca de multiculturalismo e como as suas variadas facetas agem dentro da sociedade multicultural brasileira, surge o questionamento central: Como então conciliar todos os interesses e direitos dentro de uma sociedade multicultural, garantindo que todos possam ter acesso àquilo que denominam vida digna? Bem, é o que passará a ser analisado à medida que a reflexão de como o Direito tem atuado e como deveria atuar dentro da sociedade atual, nos levará a questionar o que a atual hermenêutica jurídica ensina sobre o relacionamento que se estabelece com o outro e a diferença.

2. O DIREITO E A HERMENÊUTICA DIATÓPICA

Assim como um prédio necessita de colunas para que se mantenha estável e próprio para desempenhar a sua utilidade, a sociedade humana necessita do Direito para que exista estabilidade e harmonia em suas relações sociais de modo a ser possível conviver coletivamente.

Acontece que as relações que o homem trava consigo mesmo, com o outro e com a sociedade em geral deixaram de ser lineares e passaram a ser complexas em todos os sentidos. Advém daí o surgimento de novas e urgentes necessidades e anseios, passando o Direito, conseqüentemente, a ter que lidar não somente com as antigas questões ainda não resolvidas, mas também a tutelar esses novos conflitos que vêm surgindo. Ainda que com uma visão pessimista acerca do multiculturalismo e sua implicações, Slajov Zizek pontua que:

That is to say, the 'real' universality of today's globalization through the global market involves its own hegemonic fiction (or even ideal) of multiculturalist tolerance, respect and protection of human rights, democracy, and so forth; it involves its own pseudo-Hegelian 'concrete universality' of a world order whose universal features of the world market, human rights and democracy, allow each specific 'life-style' to flourish in its particularity. So a tension inevitably emerges between this postmodern, post-nation- state, 'concrete universality', and the earlier 'concrete universality' of the Nation-State (ZIZEK, 2011, p.15).

Nesse sentido que a crise do Direito contemporâneo está exposta. Principalmente, no fato de que este foi incapaz de reduzir as desigualdades históricas e muito menos tem conseguido acompanhar as transformações sociais. É como se o Direito estivesse parado no tempo e a sociedade evoluísse a cada segundo, tem-se aqui, portanto, o grande paradigma da pós-modernidade, a universalização, nos termos de Slajov Zizek, de um Estado-nação que não resolveu as questões básicas quanto mais resolverá os novos dilemas. Com uma visão arcaica e limitada do Direito, esse mesmo Estado-nação mostra-se insuficiente diante da globalização e do multiculturalismo.

Em seu livro, *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, Boaventura de Sousa Santos traz uma metáfora acerca de olhar-se no espelho. Ali ele diz que tal como os humanos a sociedade também se olha no espelho, espelho que representa aqui as instituições e organizações, em especial para o nosso caso, as instituições jurídicas e o direito positivado em leis. Acontece que o correto é que o espelho reflita a imagem da sociedade e não o contrário. Entretanto, não é esse o fenômeno que vemos acontecer, então Boaventura de Sousa Santos diz:

Quando isso acontece, em vez de a sociedade se ver reflectida no espelho, é o espelho a pretender que a sociedade o reflecta. De objecto do olhar, passa a ser, ele próprio, olhar. Um olhar imperial e imperscrutável, porque se, por um lado, a sociedade deixa de se reconhecer nele, por outro não entende sequer o que o espelho pretende reconhecer nela (SANTOS, 2000, p.48).

É mais que urgente uma mudança nessa maneira de pensar o Direito. Precisa-se que a sociedade passe a ver sua imagem refletida na lei posta, bem como nas decisões judiciais e jurisprudências. Entretanto, o primeiro passo para isso é o reconhecimento das diferenças sociais e o conhecimento da sociedade como um todo.

Para tal reconhecimento e consequente conhecimento, Boaventura de Sousa Santos propõe uma hermenêutica diatópica que nos levaria a um imperativo trans-cultural enunciado da seguinte forma: “(...) temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, 2003, p.458).

Tendo em mente o proposto por Boaventura de Sousa Santos, podemos refinar a ideia de multiculturalismo sob o ângulo do Direito. Conceituando, primeiramente, a premissa de que o multiculturalismo pressupõe a convivência em um país, região ou local de diferentes culturas e tradições. Há aqui uma miscelânea de culturas, de visões de vida e valores. Nesse caso, o multiculturalismo é diversidade, uma vez que aceita diversas opiniões sobre um mesmo tema, abolindo o pensamento único. Há, nesse caso, o diálogo entre culturas diversas para a convivência pacífica, o que, sem dúvida, traz resultados positivos a todos.

Tem-se aí a função primordial do Direito, que é reconhecer a existência multicultural e incentivar o diálogo entre os grupos e entre a coletividade. Tal como o pluralismo jurídico², que é reconhecido em texto legal e constitucional, o multiculturalismo também deve assim o ser.

Relacionando a ideia de reconhecimento do multiculturalismo com a hermenêutica diatópica prelecionada por Boaventura de Sousa Santos pode-se chegar a conclusões interessantes e pragmáticas. Em primeiro lugar, temos como necessidade a criação de espaços ou “topois”, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, que nada mais são do que lugares de retórica amplos, quando cria e regula esses espaços o Direito é o agente propiciador do diálogo. Já em um segundo momento, temos o Direito como mediador, não só por criar as regras em que se basearão os diálogos, mas também por torná-lo inteligível, acessível e até certo ponto justo.

Percebe-se que não se trata apenas de reconhecer a diferença e a partir daí segmentar o Direito. A intenção é poder entender a ordem jurídica como um todo, ainda que atenda às individualidades. Essa conclusão está no texto de Boaventura de Sousa Santos quando o autor afirma que:

Não se trata do pluralismo jurídico estudado e teorizado pela antropologia jurídica, ou seja, da coexistência, no mesmo espaço geo-político, de duas ou mais ordens jurídicas autônomas e geograficamente segregadas. Trata-se, sim, da sobreposição, articulação e interpenetração de vários espaços jurídicos misturados, tanto nas nossas atitudes, como nos nossos comportamentos, quer em momentos de crise ou de transformação qualitativa nas trajetórias

2 O pluralismo, característica marcante do Estado Democrático de Direito, é assegurado no preâmbulo da Constituição Federal, que reza: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

personais e sociais, quer na rotina morna do cotidiano sem história (SANTOS, 2000, p.221).

É nesse momento jurídico em que é possível falar em igualdade, ainda que em um sentido formal, no qual todas as culturas, mesmo aquelas que foram excluídas e silenciadas por um longo processo histórico, podem ser ouvidas e entendidas. É quando as minorias, em sentido qualitativo, retomam a sua voz sem, no entanto, sobrepujar a coletividade, que podemos vislumbrar o Direito e suas instituições refletindo como o espelho da metáfora de Boaventura de Sousa Santos os anseios da sociedade.

3. O DIREITO E O GRANDE OUTRO

Ainda trabalhando com o conceito de reconhecimento multicultural e de fala dentro da sociedade, temos a visão de Slavoj Žižek em seu livro *Em defesa das causas perdidas*. Dialogando com Lacan acerca do grande Outro, o autor diz que a supressão do grande Outro traz à tona a problemática de não haver um padrão que nos permita mensurar se determinados atos são éticos ou não, tomando ética em um sentido kantiano³. Assim afirma Slavoj Žižek:

A severidade da ética lacaniana é que ela exige que abduquemos totalmente dessa referência – e, além disso, aposta que esse abdicar não só nos põe nas garras de uma insegurança ética ou relativismo, ou até solapa as próprias bases da atividade ética, como a renúncia da garantia de algum grande Outro é a própria condição da ética verdadeiramente autônoma (ŽIZEK, 2011, p.230).

Ainda que o autor não identifique o grande Outro ou ainda que permita que ele assuma identidades diferentes ou até seja suprimido nos variados contextos históricos do livro, a descrição que tende do individualismo ao universalismo que segue o trecho supracitado nos permite apontar o “povo” como sendo o moderno grande Outro, conforme vê-se:

O nome moderno desse Outro que é “suposto crer” em nossa posição é “povo”. Quando perguntaram a Golda Meir se acreditava em Deus, ela disse: “Acredito no povo judeu, e o povo judeu acredita em Deus” (ŽIZEK, 2011, p. 232).

Tem-se aqui a fetichização do “povo”, que passa a gozar de status de grande Outro, ou seja, aquele que desempenha papel significante dentro da sociedade,

3 Segundo Kant, o princípio universal do Direito poderia ser traduzido em um imperativo categórico constituído a partir da ideia de que “É justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais.”(KANT, 1993, p.46)

ora como vigia, ora como agente. Nesse sentido, o Direito passa a ser visto como elemento cultural ou social.

As pessoas enquanto grupos culturais passam a ser mais que os destinatários do Direito, mas sim fontes de criação e interpretação do Direito. Ora, se o grande Outro é capaz de determinar o que dentro de um contexto histórico e cultural é correto ou não do ponto de vista de uma ética kantiana, é igualmente capaz de formular as perguntas que definirão em cada caso concreto o que será direito fundamental.

É claro que para que o grande Outro se estabeleça de forma coerente prespõe-se que o estágio de reconhecimento da diferença e diálogo amplo já estejam superados e suficientemente pautados em regras de civilidade tácitas, tal qual articula Slajov Zizek:

O respeito aos direitos e às liberdades individuais (ainda que à custa dos direitos do grupo), a emancipação total das mulheres, a liberdade de religião (e de ateísmo), a liberdade de orientação sexual, a liberdade de atacar publicamente a tudo e a todos são elementos constituintes centrais da *Leitkultur* liberal ocidental (ZIZEK, 2011, p. 40).

Enquanto fato cultural, o Direito deixa de ser um procedimento técnico para ser um procedimento justo que se aproxima da realidade social. A partir do momento que se aproxima da realidade, passa a cumprir o seu fim precípua – a paz social. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos fala da “vulgarização” das formalidades jurídicas e tece uma crítica pontual às instituições jurídicas e, conseqüentemente, aos operadores do Direito.

Ao contrário do senso comum jurídico dominante, o novo sistema comum parte de uma concepção de direito autônoma da que é produzida pelas profissões e instituições jurídicas do Estado moderno e que está na base da ideologia jurídica dominante. Ao questionar esta ideologia enquanto forma de autoconhecimento que legitima e naturaliza o poder social dos profissionais e das classes sociais que eles servem com maior ou menor autonomia, o novo senso comum jurídico é um conhecimento vulgar mais crítico. Trivializar o direito implica, necessariamente, numa fase de transição ideológica, questionar e criticar o poder social dos que insistem na sacralização, ritualização e profissionalização do direito (SANTOS, 2000, p. 222).

Sob uma perspectiva sociológica, Zenon Bankowski definiria o objetivo das regras de convivência e, conseqüentemente, o conteúdo formal das decisões jurídicas da seguinte maneira:

O fato de uma regra ser corretamente aplicada é uma questão que deve ser determinada não apenas a partir do seu significado, mas com base nas circunstâncias particulares da situação, necessitando, desse modo, ser avaliada em cada caso. Esta é uma decisão que devemos tomar, não deixando que o significado da regra venha a tomá-la por nós. Se deixássemos que isso acontecesse,

estariamos, como diz Wolf, rendendo nossa autonomia. Aliás, esse é precisamente o objetivo de uma regra ao afastar a decisão concreta da circunstância particular e atraí-la para a universalidade (BANKOWSKY, 2007, p. 13).

Ainda trabalhando a temática de formalismo jurídico temos as palavras pontuais de Lênio Luiz Streck, que apesar de apregoar como solução da problemática moderna o ativismo judiciário, traz reflexões pertinentes quanto à questão da burocratização e impessoalidade das instituições jurídicas:

Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em norma da certeza jurídica e da “segurança do processo”. Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos contextos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos (STRECK, 2000, p. 37).

Ainda aprofundando as ideias aqui correlacionadas, temos que uma leitura mais humana do Direito e das instituições que são responsáveis por dizer o direito em um caso concreto está no cerne das mudanças necessárias. Parte-se então do pressuposto de que o real significado de um regra geral não será determinado por exercício matemático predefinido, mas será buscado no seio da sociedade ou, como prefere Slavoj Žižek, do “povo”.

É sob esta perspectiva que o Direito passa a ser um agente efetivo de transformação social, pois à medida que é capaz de ouvir e conciliar as mais diversas culturas que se encontram unidas pelo sentimento de comunidade e solidariedade, permite identificar a diferença como agente discriminador positivo consoante traz a igualdade. E é exatamente essa atitude que tornará o Direito Fundamental, enquanto expressão de semântica aberta, meio concretizador da vida digna.

CONCLUSÃO

A angústia da modernidade pode ser expressa através do Estado social democrático capitalista e do Direito comunitário e garantista da Constituição de 1988, institutos que foram incapazes de solucionar os problemas antigos relativos às desigualdades sociais e igualmente insuficientes para solucionar os conflitos emergentes das relações contemporâneas multiculturais, tornando os direitos fundamentais não efetivos em todos os seus aspectos, ampliando ainda mais as desigualdades e fomentando a marginalização.

Cumprase ressaltar o conceito de multiculturalismo, haja vista tratar-se de termo não unívoco. Utilizando como metodologia, para tanto, a visão do autor

Boaventura de Sousa Santos, que traz pelo menos três significados para a palavra. Entretanto, atenta-se para apenas um desses significados, a saber, multiculturalismo como sendo a existência e, portanto, convivência de diversas culturas dentro de um mesmo território nacional. Sendo que a distinção entre um grupo e o outro estaria, justamente, na forma de enxergar o conceito de vida digna, derivando o conteúdo formal e material de direitos fundamentais da conceituação própria de vida digna.

Estabelecida a ideia de multiculturalismo passa-se para um segundo estágio perante o qual analisa-se a questão do Direito, tendo como foco principal os direitos fundamentais, dentro da atual sociedade multicultural. Em primeiro plano, desenvolve-se a ideia da hermenêutica diatópica apregoada por Boaventura de Sousa Santos. Assim sendo, o Direito passa a desempenhar o papel de propiciador e mediador social, à medida que possibilita o reconhecimento da diferença e estabelece as regras de diálogo entre os grupos multiculturais. O objetivo de tal reconhecimento e posterior diálogo objetiva estabelecer uma ordem jurídica única, mas apta a tutelar os mais diferentes interesses e necessidades e, sobretudo, adequada para efetivar os direitos fundamentais.

Posta essa etapa, passa-se a dialogar com Slavoj Žižek, utilizando-se da premissa do grande Outro para estabelecer uma comunicação que, partindo do indivíduo, tomasse contornos universais, consoante define o Direito enquanto fato cultural ou social. Tem-se aí que o grande Outro moderno seria o “povo” que, sob uma construção multiculturalista designa todos os grupos multiculturais que compõem um determinado território nacional. Enquanto grande Outro, a sociedade multicultural estaria pronta para não só interpretar o Direito, como também agir qual fonte. Decompõe-se dessa forma a visão excessivamente técnica e burocratizada do Direito e passa a vê-lo de forma mais próxima à realidade.

Assim, diante da atual conjuntura, prima-se que antes do Direito esteja a justiça e antes da justiça esteja o ideal de solidariedade que permitirá enxergar a diferença quando estiver presente, e a igualdade quando for necessária.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias/ Fernando de Brito Alves*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.
- BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos. Processo histórico – Evolução no mundo, Direitos Fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1993.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ZIZEK, Slavoj. *Multiculturalism, or the cultural logico of multinatinal capitalism*. The New Left Review, 2011.

ZIZEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. São Paulo: Boitempo, 2011.

Submetido: 16/11/2011

Aceite: 15/10/2012