

Os refugiados e as nossas categorias de moral, política, direito e democracia¹

Refugees and our categories of morals, politics, law and democracy

Emilio Santoro²

Università degli studi di Firenze, Itália
emilio.santoro@unifi.it

Resumo

O presente artigo aborda, em diversos aspectos, as incompatibilidades entre as categorias modernas e ocidentais da política e do direito com as demandas concernentes ao fenômeno migratório, em especial com relação ao problema dos refugiados. Analisa, em um primeiro momento, a insuficiência de teses que partem apenas de um dever moral à inclusão dos refugiados. Em seguida, discute a questão acerca da atribuição de direitos aos imigrantes, sobretudo aos refugiados. Ao final, apresenta uma crítica ao modo como a democracia torna-se excludente ao conservar o conflito ainda nos moldes de uma luta de classes.

Palavras-chave: sociologia jurídica, políticas migratórias, refugiados.

Abstract

This article deals in several aspects with the incompatibilities between the modern and western categories of politics and law with the demands concerning the migratory phenomenon, especially regarding the refugee problem. It analyzes, at first, the insufficiency of theses that depart only from a moral duty to the inclusion of refugees. Then, it discusses the issue of the granting of rights to immigrants, especially refugees. Finally, it presents a critique of how democracy becomes excluding by keeping the conflict in the same patterns of a class struggle.

Keywords: legal sociology, migration policies, refugees.

¹ Traduzido do italiano por Anderson Vichinkeski Teixeira e Aquiles e Silva Maciel. Texto original no italiano, preparado inicialmente para uma conferência. O autor agradece a Diana Genovese, Stefano Pietropaoli, Lucia Re, Filippo Ruschi, Brunella Casalini, Sofia Ciuffoletti, Rosaria Piroso e Giuseppe Caputo, por terem lido, comentado e, sobretudo, criticado uma versão precedente deste artigo. Os seus preciosos comentários me possibilitaram melhorar muitas passagens argumentativas e também reconsiderar algumas reflexões.

² Ph.D em Ciência Política pelo Instituto Universitário Europeu. Fundador e diretor do centro de pesquisas sobre violência e criminalidade *L'altro diritto*. Professor Titular de Filosofia do Direito da Università degli Studi di Firenze. Via delle Pandette, 32, Edificio 4, Dipartimento di Scienze Giuridiche, 3° andar, 50127, Florença, Toscana, Itália.

Moral, Política e Direito

Quando se fala de pessoas que fogem das guerras e da violência (e da escassez e da fome que geralmente produzem), fala-se comumente de “catástrofe” ou “emergência”, qualificando-a como “humanitária”. Estes termos são muito utilizados para se dar ênfase à cogência moral do dever de acolher pessoas que fogem. Apelar para conceitos como humanidade, emergência e catástrofe serve como um lembrete à Itália e aos outros países da União Europeia que eles têm o “dever moral” de fazer algo por essas pessoas. No plano teórico, a necessidade de se definir um dever moral à inclusão de refugiados, em particular, e dos estrangeiros, em geral, tem sido afirmado, como é sabido, especialmente por Seyla Benhabib.

O dado de onde parte a filósofa estadunidense (Benhabib, 2006, p. 12) é que qualquer discussão sobre as diversas formas de pertencimento a uma comunidade estatal deve lidar com o fato de que quem pede a admissão em uma comunidade e se choca com regras vigentes sobre inclusão e exclusão, “não pode *por definição* fazer parte da formulação dessas regras”. O problema da inclusão dos estrangeiros coloca-se fora do quadro do constitucionalismo republicano habermasiano, que representa o fundo sobre o qual Benhabib desenvolve seus argumentos: este de fato se baseia na ideia jus-racionalista, contratualista, da autolegislação, na ideia de que os cidadãos legisladores são os autores da norma a que se sujeitam. Esta cisão entre os autores da norma e os destinatários não deve, em sua opinião, levar a aceitar que práticas de exclusão sejam tratadas como contingências históricas *moralmente neutras*. O problema deve ser enfrentado distinguindo-se entre o moral e o ético, o moral e o político, mediando-se, em sequência, entre os diversos níveis:

se não fizermos distinção entre *o moral e o ético*, não podemos criticar as práticas de exclusão de cidadania e de pertencimento de específicas comunidades culturais, religiosas e étnicas. E se não fizermos distinção entre a moralidade e a legalidade, não podemos colocar em discussão as normas jurídicas implementadas por maioria democrática, mesmo quando essas se recusem a admitir refugiados internamente, rejeitando os requerentes de asilo e barrando nas fronteiras os imigrantes (Benhabib, 2006, p. 13)

Seguindo a mesma linha de pensamento, autores que seguramente se caracterizam pela posição a favor das políticas de inclusão, como Jürgen Habermas ou Joseph Carens, este que publicou um texto significativo intitulado *The Ethics of Immigration*³, colocam a razão para o apoio da admissão dos migrantes em um plano diferente daquele usado pelos parlamentos e pelos governos para justificar as políticas regulativas da imigração. A favor da inclusão estão os princípios abstratamente compartilhados como universais, enquanto que as regras vigentes sobre o acesso às diversas comunidades nacionais estão baseadas em razões pragmáticas, argumentadas (talvez sustentadas) no plano político-econômico. O resultado é, como reconhece Habermas (1998, p. 200-204), relegar a liberdade de circulação transnacional ao status de “direito moral”: ou seja, direito válido somente no âmbito estatal, ainda que reconhecido a todos os seres humanos. Esta abordagem tende, em outras palavras, a aceitar implicitamente, e, portanto, afirmar a tese de Carl Schmitt segundo a qual o liberalismo, que propugna pela igualdade moral universal, e a democracia, baseada na igualdade entre os cidadãos, são incompatíveis: os direitos universais de todos terminam inevitavelmente por conflitar com os direitos de pessoas pertencentes a um *demos* específico.

Nas próximas páginas procurarei explicar por que essas teses não me parecem absolutamente compartilháveis. Sustentarei, em primeiro lugar, que essas teses conduzem à esfera moral – qualquer que seja a acepção que se queira dar a elas – alguns direitos de circulação e de inclusão que são agora parte do panorama jurídico compartilhado em grande parte do mundo. Argumentarei, em seguida, que são teses propensas a obscurecer uma mudança profunda do critério de atribuição de direitos que no continente europeu já foram iniciados há algumas décadas sem nunca terem sido tematizados como uma revolução.

O direito internacional tem por pacífico que a soberania de todos os Estados inclui o poder de decidir sobre os critérios de admissão à sua comunidade; como escreve Benhabib, nas democracias, decidem os incluídos, os cidadãos, enquanto que os excluídos, os estrangeiros, não têm voz. A liberal-democracia se funda naquilo que Pietro Costa (2005) definiu como “uma verdadeira dor de cabeça para os teóricos do direito”. A soberania do povo é uma soberania hobbesiana-rousseauiana: se o soberano vai de encontro a algo que o

³ Segundo este autor, por exemplo, existiria um dever moral das sociedades de acolhimento em permitir que os trabalhadores recebidos se tornem cidadãos plenos em virtude dos laços sociais que eles construíram por meio do trabalho e da residência no território, enquanto que “ninguém se sentiria obrigado em relação a turistas que estão pedindo para prolongar a sua estadia”: os “trabalhadores são diferentes. Na medida em que são membros [da sociedade], eles têm um direito moral de permanecer. Seria errado forçá-los a partir” (Carens, 2013, p. 36).

limita, esse algo é o verdadeiro soberano. A soberania é por definição ilimitada, mas, por outro lado, indisponíveis e absolutos querem ser os direitos fundamentais dos indivíduos.

Em relação ao direito à mobilidade transnacional existem dois casos nos quais o direito de acesso, com um status não muito precário a uma comunidade nacional, tornou-se um “direito fundamental” e, em seguida, vai se chocar com a alegação de soberania dos Estados, impondo-lhe limites. Há dois casos nos quais o direito de entrar em um Estado soberano e ali permanecer pode ser usado, para seguir o léxico de Ronald Dworkin, como *trump card*, como um grande trunfo que compromete as regras decididas pelos cidadãos.

O primeiro destes dois casos é um direito reconhecido a nível praticamente universal: o direito ao asilo. A Convenção de Genebra, de 1951, sobre o estatuto dos refugiados, reconhece a qualquer um que se encontre na condição de refugiado o *direito* de ser acolhido. O artigo 1º da Convenção, com a alteração pelo Protocolo de 1967, define “refugiado” como:

Qualquer um que por temor justificado de ser perseguido por razões de raça, religião, cidadania, pertencimento a um determinado grupo social ou por opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade ou não pode ou, por tal temor, não queira demandar a proteção daquele país, ou ainda que, sendo apátrida e estando fora de seu país de domicílio após tais acontecimentos, não possa ou, por causa do temor mencionado acima, não queira voltar.

Qualquer um que se enquadre nessa definição, depois que o Protocolo de 1967 removeu os limites temporais originariamente previstos e aplicados ao tratamento dos refugiados “sem nenhuma limitação geográfica”, tem um verdadeiro e próprio direito subjetivo a ser acolhido por um dos 140 Estados-parte que assinaram a Convenção. De fato, os artigos 31 e 33 da mesma Convenção impõem aos Estados firmatários, respectivamente, não punir aqueles que entraram irregularmente no seu território pedindo asilo⁴ e não expulsar ou restringir aquele que se enquadre na qualificação de refugiado⁵.

Outro caso de mobilidade transnacional em que a discricionariedade, ou se preferir a soberania, do País tem sido mitigada por meio do reconhecimento de um

direito subjetivo do migrante, pelo menos na “Grande Europa” (ou seja, aquela dos quarenta e sete países que assinaram a Convenção Europeia de Direitos do Homem), é o de reagrupamento familiar. O artigo 8º da Convenção reconhece, de fato, o direito à vida familiar. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem já firmou de modo claro que existe um verdadeiro e próprio direito subjetivo, dos migrantes residentes em um dos países que assinaram a Convenção, a se reagruparem com seus familiares permanentes no país. O público-alvo dos titulares deste direito pode ser restringido a fim de reduzir-se ao cônjuge e aos filhos menores (como ocorre na Itália), o direito pode ser ponderado com outros interesses do país acolhedor (por exemplo, a segurança nacional), mas isso existe e vincula os países ao seu cumprimento.

Nesses dois casos o direito subjetivo reconhecido aos migrantes tem uma função “contramajoritária”, como é próprio de todos os direitos fundamentais ou, no dizer de Dworkin (1982, p. 319), responde a uma lógica antiutilitarista pela qual “se alguém tem direito a alguma coisa, então é errado negar-lhe por parte do Estado, ainda que por interesse público fosse mais útil agir assim”.

Voltando nossa atenção para além destes dois casos e colocando em evidência as histórias da Convenção Europeia de Direitos do Homem e do Tribunal que garante a sua eficácia, deparamo-nos com uma experiência que eu não hesitaria em definir “revolucionária”: no sentido de que revoluciona o paradigma de atribuição de direitos da modernidade. A reviravolta teórica que ocorreu secretamente vem à luz de modo mais claro, a partir da introdução do recurso individual, na metade dos anos noventa do século passado, com o progressivo aumento dos casos em que a Corte Europeia de Direitos do Homem é chamada a se pronunciar sobre os recursos impetrados por cidadãos estrangeiros, que não pertencem a Estados que assinaram a Convenção. Essas decisões evidenciam que o jogo dos direitos e dos deveres, das expectativas e dos temores, dos ônus e das reivindicações do indivíduo não se exaure mais, como acontecia durante os séculos XIX e XX, naquilo que Eric Hobsbawm chamou de “the short twentieth Century”, no cenário unitário e monolítico do Estado-nação, pois tal cenário não é mais definido pela cidadania (Costa, 2001).

⁴ Artigo 31: “Os Estados Contratantes não aplicarão sanções penais em virtude da sua entrada ou permanência irregulares, aos refugiados que, chegando diretamente do território no qual sua vida ou sua liberdade estava ameaçada no sentido previsto pelo art. 1º, cheguem ou se encontrem no seu território sem autorização, contanto que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares”.

⁵ Artigo 33: “Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”.

A noção de cidadania, como sublinha Costa (2005), foi sempre usada para representar a relação entre o indivíduo e a comunidade política. No período moderno, essa noção foi o campo no qual se reposicionou a composição da tensão schmittiana entre a soberania exercida pelos cidadãos pertencentes à comunidade política e os direitos de todos os seres humanos. A retórica da Revolução Francesa é uma retórica dos direitos:

a Declaração de 1789 valeu-se do léxico jusnaturalista e insistiu no protagonismo do sujeito [...]. O indivíduo revolucionário não é, porém, um indivíduo prepolítico, meramente 'natural': é membro de um corpo político; [...]. Enfim, a retórica dos direitos e a retórica do pertencimento cumulam-se com uma terceira retórica, que se refere à onipotência da soberania. O sujeito é titular de direitos naturais, mas suas atuações passam pela nação soberana e pela sua lei: não por acaso que os direitos da tradição jusnaturalista (a liberdade privada e a propriedade) começam a ser chamados (como lucidamente preconizara Rousseau) 'civis'. Fecha-se então o círculo: o sujeito é simultaneamente titular de direitos fundamentais, membro ativo da nação (não mais senhor ou servo, mas precisamente *citoyen*) e, finalmente, sujeito obediente ao império absoluto da lei e da nação soberana (Costa, 2005, p. 257-258).

No entanto, a ratificação da Convenção Europeia de Direitos do Homem abriu uma brecha na tríade direitos/nação/Estado, que se constitui como base de sustentação indiscutível da cidadania moderna e, portanto, do critério de atribuição de direitos aos indivíduos. Com efeito, o próprio título da Convenção é um oxímoro aparentemente indicador de megalomania. O oxímoro nasce do fato de que a Convenção é europeia, tendo sido aberta e modificada somente por países europeus, mas garante os “Direitos do Homem” que elenca. Ocorre que não é exatamente isso. A indicação de direitos tutelados não é meramente tipológica, mas define também o âmbito de competência: a Convenção, e a Corte que lhe dá concretude, pretendem sim garantir os “Direitos do Homem”, quais sejam aqueles listados na mesma convenção, mas pretendem também garantir os “Direitos do Homem” no sentido de garanti-los a todo e qualquer ser humano, não apenas aos cidadãos dos países que a assinaram⁶. Daí o oxímoro e a megalomania: uma convenção europeia, com a vigência em um

âmbito geográfico muito limitado, pretende garantir os direitos de modo universal.

Esse oxímoro megalomaniaco não confere o poder a qualquer um, em qualquer lugar do mundo, que considere violado um direito seu previsto na Convenção, de propor recurso perante a Corte Europeia de Direitos do Homem. Uma solução deste gênero não respeitaria o âmbito “europeu” de validade da convenção; mesmo que se admita, por absurdo, que a Corte possa dar conta de todos os recursos que a ela chegaria, os países não pertencentes ao Conselho da Europa não teriam nenhum dever de respeitar as suas decisões.

O oxímoro e a megalomania consistem no art. 34 da Convenção, onde consta a expressão “Recursos Individuais”, que dispõe:

A Corte pode ser acionada por um recurso por parte de uma pessoa física, uma organização não governamental ou um grupo de indivíduos que se considere vítima de uma violação por parte de uma das Altas Partes contratantes dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes contratantes se comprometem a não obstaculizar o exercício efetivo de tal direito.

A Corte, portanto, não tem competência universal: os direitos elencados na Convenção não são sempre acionáveis por todos os seres humanos, ainda que atribuídos a todos os seres humanos. A atribuição abstrata torna possível propor o recurso, então a tutela do direito se torna efetiva somente quando quem estiver violando o direito seja um funcionário de um dos Estados que assinaram a Convenção, onde quer que tenha ocorrido a violação e qualquer que seja o ser humano vítima dela. Na medida em que o direito é uma situação jurídica, uma pretensão ou uma imunidade (Hohfeld, 1923; Ross, 1990, p. 149-159) para tutelar o ordenamento jurídico atribui a possibilidade de recorrer a um juiz, pois os direitos previstos na Convenção existem, ou seja, são acionáveis, somente quando quem estiver violando for funcionário de um Estado signatário da Convenção em si.

É evidente a revolução na lógica do reconhecimento dos direitos: estes não são atribuídos com base no pertencimento a uma nação, concretizada em um Estado, pois a possibilidade de acioná-los não depende do

⁶ Esta é a grande diferença com a “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, que é parte integrante do Tratado de Lisboa. Os direitos previstos nesta Carta, em muitos casos por completo análogos aos previstos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, concernem geralmente aos cidadãos da União Europeia, salvo se a própria Carta não os declare universais, não os considere direitos morais no sentido de Habermas. O critério de atribuição dos direitos continua a ser o da cidadania.

poder conferido por um Estado a um sujeito individual pertencente à comunidade política que isso representa, i.e., um cidadão seu. O direito se concretiza, confere o poder de agir em juízo quando o ser humano, seu titular, independentemente de sua nacionalidade, é vítima do exercício de um poder por parte de um funcionário de certos Estados, i.e., aqueles firmatários da Convenção. Pela primeira vez o carácter universal dos direitos corresponde à possibilidade concreta e sistemática de sua jurisdicionalização, independentemente do Estado de pertencimento, desde que a violação seja praticada por um dos Estados que aderiram à Convenção.

O quadro que se criou está apoiado em uma distinção entre o fundamento dos pedidos individuais e a sua efetiva satisfação: o fundamento remete ao carácter universal da Convenção a tutela e a prestação dos recursos eventualmente necessários, e então a concreta resposta às exigências vitais dos sujeitos, é deixada aos Estados que a assinaram, se, e somente se, são esses os culpados pela violação. Essa situação nos leva, de diversas maneiras, às origens do pensamento liberal, à Revolução Francesa, quando o discurso dos direitos nascia de uma distinção de planos: o plano do fundamento e o plano da realização (Costa, 2001, 2005). Então, o fundamento dos direitos era fornecido pelas leis naturais, e se queria que o Estado, a nação, realizasse a tarefa de torná-los efetivos. Este dualismo não está mais no sistema da Convenção, uma vez que hoje vigora um dualismo schmittiano entre o plano moral universal e o plano jurídico do concreto ordenamento estatal. O fundamento dos direitos não remete, de fato, à lei natural, mas a um documento jurídico positivo, uma convenção assinada por quarenta e sete países europeus. É jurídico sobretudo porque se articula em um verdadeiro sistema que organiza o uso da força, centrado em uma corte que tem o poder de detectar e sancionar as violações dos direitos. A sua efetividade não é remetida, como ocorre com os direitos naturais, à vontade política do Estado-nação, mas é juridicamente garantida por um aparato burocrático, i.e., a Corte e o Conselho dos ministros, que supervisiona a execução de suas sentenças. O sistema da Convenção não cria um soberano, não realiza o monopólio weberiano da força em detrimento dos Estados membros; não anula formalmente a soberania dos Estados que a subscreveram, mas a funcionaliza por meio do princípio de subsidiariedade. Os Estados tornam-se atores insubstituíveis da nova ordem: devem seguir a concreti-

zação dos direitos da Convenção que conferem à Corte o poder de lhes garantir efetividade. Cria-se então uma rede de vínculos e de interdependência: os Estados são soberanos, mas aderindo à Convenção, abdicam o seu poder de excusar-se a reconhecer os direitos previstos na Convenção⁷ e, enquanto membros do Conselho da Europa, poderão ser condenados, se não a respeitarem⁸, ou repararem o sujeito que teve seus direitos violados, independentemente de sua nacionalidade. Além disso, como resultado de uma condenação, eles são obrigados a eliminar a causa que levou à violação do direito, que não raras vezes é uma lei aprovada pelo parlamento que representa o povo soberano.

No novo horizonte determinado pela atividade da Corte, a configuração do sujeito e de sua relação com a ordem político-jurídica não é muito clara e inequívoca, enquanto definida pelo critério de pertencimento ao Estado-nação, mas se torna, pode-se dizer, situacional, pois mudará de acordo com quem viole os seus direitos previstos na Convenção. Até hoje, era o Estado que conferia o carácter universal, muitas vezes concretizando previsões da Declaração Universal dos Direitos Humanos, feita pela ONU, em 1948, a alguns direitos que reconhecia, estendendo-os também a não cidadãos. O que fez parecer nada revolucionário a mudança operada pela Convenção é o fato de que sua subscrição é formalmente um ato deste gênero: um ato pelo qual o Estado confere um valor universal a alguns dos direitos que reconhece. Assim, com a ratificação da Convenção, não ocorreu nada de novo, nada de disruptivo. Porém, foi introduzido um mecanismo que, de fato, fez os Estados perderem o controle dos direitos que vinham sendo reconhecidos desse modo: é a Corte agora que define o conteúdo normativo do texto e, por consequência, os direitos que por ela são reconhecidos. Por outro lado, os Estados perderam também o controle dos sujeitos cujos direitos são reconhecidos, uma vez que a atribuição de direitos é completamente desligada da vontade do Estado de incluir, ainda que de alguma forma não plenamente, os estrangeiros.

Desse discurso decorre um outro aspecto importante. Cria-se uma duplicidade entre os direitos atribuídos aos estrangeiros por parte dos Estados onde eles se encontram e aqueles que, podemos hipotetizar, deveriam ser reconhecidos segundo a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem. Esse hiato abre espaço para uma “luta pelos direitos”, para reformular

⁷ Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 1, *Obrigações de respeitar os direitos humanos*: “As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente de sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no Título I da presente Convenção”.

⁸ Artigo 19, *Criação do Tribunal*: “Para assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos, é criado um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a seguir denominado ‘o Tribunal’, o qual funcionará a título permanente”.

a famosa expressão de Jhering. Os direitos não se configuram, como os atribuídos pelo Estado aos cidadãos, como a articulação de uma ordem existente, mas como instrumentos, reivindicações jurídicas, para satisfazer exigências que a ordem estatal vigente, mesmo de uma pluralidade de Estados, é incapaz de satisfazer. Conforme salienta Costa (2001, 2005), este não é um cenário por completo novo. Se remontamos à origem do discurso moderno sobre os direitos, em outras palavras, à Revolução Francesa, encontramos, como referido anteriormente, o desacordo entre o plano do fundamento, representado pela lei natural, e o plano da realização dos direitos, representado, como dito, pela cidadania estatal. Na sua origem o discurso dos direitos era um discurso revolucionário, que servia para criticar um presente sem direitos: os direitos eram o objetivo futuro a perseguir por meio da luta, da revolução⁹.

Diferentemente da situação atual, o conflito, iniciado entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, mas depois prosseguido até o conferimento do sufrágio universal e a criação de um *welfare state* quase universalista (para os cidadãos), era uma luta política conduzida com métodos normalmente não formalizados e raramente violentos. Hoje, o fundamento jurídico dos direitos reivindicados, as normas da Convenção e a existência da Corte fazem com que ao menos uma parte do conflito seja procedimentalizado e transcorra de acordo com as regras jurídicas. Sublinho este dado. O reconhecimento dos direitos operado pela Convenção não resolveu o problema da falta de direitos dos migrantes: abriu um caminho para que esses possam procedimentalizar suas reivindicações. Percorrer essa estrada não é algo simples: a estrada é longa e tortuosa, as regras estabelecidas para segui-las muitas vezes se revelam impraticáveis e, portanto, os direitos de mui-

tos migrantes não se tornam efetivos. A isso se deve acrescentar que a possibilidade de procedimentalização do conflito representada pelo direito de levar à Corte Europeia dos Direitos do Homem uma violação dos próprios direitos não pode certamente superar a extrema fragilidade da subjetividade política (e social) dos migrantes, que se encontram acometidos por fatores como exploração, violência, falta de capital cultural e social etc. O canal que se abriu certamente não é uma panaceia para todas as formas de conflito social, mas simplesmente um modo novo de poder fazê-lo de maneira procedimentalizada.

Deduzo algumas consequências desta primeira parte do raciocínio. Alguns direitos dos migrantes ao entrarem em um Estado começam a se configurar não como direitos morais, mas como direitos, se não universais, internacionalmente reconhecidos. Além disso, pelo menos na Grande Europa, a atribuição dos direitos começou a se desligar do pertencimento para seguir uma lógica agonística-situacional. Isto significa que o direito se tornou um campo em que se realiza um conflito procedimentalizado entre diversos atores. Nesse ponto, para compreender a implicação de tal quadro, parece-me essencial rever o problema da relação entre direito e política.

Política e direito

Para Weber, no plano que podemos definir como ontológico ou essencialista, a política é uma atividade humana definida não com base no objetivo que persegue, mas no meio que emprega: é o fato de usar como meio a força física legítima que a distingue de todas as outras formas de agir social. Um grupo assume conota-

⁹ Poder-se-ia refletir sobre um teorema. Primeira condição: existem apenas dois status, o de “cidadão” e o de “estrangeiro”, *tertium non datur*, o apátrida deverá virar um cidadão ou ser um estrangeiro. Segunda condição: a cidadania, conforme nos ensinou T.H. Marshall, é o pertencimento a um grupo que garante uma cesta de direitos igual a todos os seus membros. Conclusão: as mulheres na Itália até 1948 eram “estrangeiras”, pois, de fato, não gozavam de uma cesta de direitos igual a dos homens, estes que votaram pela primeira vez no referendo sobre a república. Se não tivessem os mesmos direitos dos outros membros do grupo, não seriam cidadãos (a igualdade de direitos é um elemento constitutivo da cidadania), portanto, eram estrangeiras: dado que pela lógica do terceiro excluído ou se é cidadão ou estrangeiro. Esta conclusão paradoxal se relaciona com os dois significados da cidadania: o de pertencer ao grupo político Estado e o da atribuição de direitos. Hoje, os dois significados são apresentados como o lado da mesma moeda, mas até setenta anos atrás não era assim, seria possível pertencer ao grupo sem ter os direitos dos outros membros do mesmo grupo. Para ressaltar esse paradoxo, eu gostaria de enfatizar que não é, como pretendia Habermas, uma situação ideal de agir comunicativo que pode permitir decidir sobre um limite moralmente aceitável do grupo, um significado normativo de “pessoa”, mas a luta dos indivíduos que conseguem impor a sua plena participação no povo. Todavia, primeiro deve-se ressaltar que a leitura da extensão dos direitos ao suposto povo não é a única leitura dos eventos históricos que se passam desde o século XVIII até o século XX. Tais eventos também pode ser lidos como uma história em que o conceito de povo foi construído por meio da extensão dos direitos. Se não tivesse vencido o anti-escravagismo nos Estados Unidos, provavelmente contaríamos uma história diferente, onde cidadãos e não cidadãos existem no mesmo território. Se pode ler a história da extensão dos direitos como uma história em que não foi o fazer parte a uma certa nação o elemento responsável por determinar seus limites. Foram os conflitos sociais que surgiram nos vários países que levaram muitos indivíduos, reconhecidamente pertencentes à nação, a serem considerados cidadãos, ou seja, atribuindo a eles uma cesta de direitos igual a dos que desfrutavam daqueles que eram chamados de “privilégios”. Na fase revolucionária esse dado não nacional da cidadania é bastante evidente, a primeira Constituição francesa atribuiu a cidadania a todos aqueles que contribuíram para o bem-estar social, independentemente do nascimento ou do local de pertença. Isto, na minha opinião, merece ser relembrado porque, no momento em que nos esforçamos para criar fronteiras nacionalistas, no momento de grande sucesso dos movimentos “soberanistas”, lembra-nos que, de fato, a base da cidadania não é a nacionalidade, mas a luta: o fundamento originário dos direitos dos cidadãos, não é nacionalista, mas “agonista”. A participação na luta pelos direitos poderia, e provavelmente será, também o fundamento dos direitos daqueles que ora chamamos estrangeiros. Se tornaram-se cidadãos os pertencentes ao grupo dos sem direitos, podem muito bem se tornar cidadãos, titulares de direitos não pertencem ao grupo, e o mecanismo pelo qual isso pode acontecer continua a ser sempre a luta política.

ção política, não pelos fins que persegue, mas quando se estrutura sobre o exercício efetivo do uso da força que os membros do grupo geralmente consideram legítima. Uma autoridade é “política” não quando visa um determinado fim, mas quando exercita um comando sobre um território e sobre uma população em virtude da capacidade de recorrer legitimamente ao uso ou simplesmente à ameaça de coerção física.

Neste item sustentarei que essa definição weberiana atrai o “direito”, ou melhor, o sistema jurídico nacional, para dentro da “política”. Tal atração parece irresistível, em particular, caso compartilhemos da reviravolta operada por Hans Kelsen (2013, p. 17) em relação às celeberrimas definições de John Austin. De fato, segundo a tese do jurista austríaco, compartilhada pelos jusrealistas escandinavos Karl Olivecrona (1967 [1939], p. 134) e Alf Ross, as normas jurídicas não são sancionadas pela força, não dependem desta, mas dizem respeito ao seu uso. Segundo essa abordagem, como escreve Ross (1990, p. 34):

um sistema jurídico nacional é um conjunto de regras que determinam as condições nas quais a força física será exercida em relação a uma pessoa; o sistema jurídico nacional predispõe de uma organização de autoridades públicas (as cortes e os órgãos executivos), competindo-lhe a tarefa de ordenar e colocar em prática o exercício da força segundo os vários casos específicos. Em resumo, um sistema jurídico nacional é o conjunto de regras para a organização e o funcionamento do aparato coercitivo do Estado.

É evidente que, se confrontarmos essa definição com aquela weberiana de política, estamos quase sobrepondo o sistema jurídico e a política. De um lado, é evidente que as regras para a organização do aparato coercitivo do Estado representam o instrumento precípua pelo qual se usa a força legítima e se ameaça com o seu uso (a essa ameaça está ligada a função preventiva de caráter geral do direito). De outro lado, a definição esclarece que o sistema jurídico não se caracteriza pelos fins que persegue (sobre isso Ross escreve muitas páginas), mas precisamente pelo meio que regula a força física legítima, que é o pivô da definição weberiana de política. Não obstante isso, a inclusão do “direito nacional” na “política” é aparentemente contra-intuitiva e aos juristas cria ainda uma dissonância cognitiva: na mentalidade comum e na *ciência* jurídica, direito e política são duas esferas, duas atividades, bem distintas e a sua confusão é considerada perigosa.

Essa situação encontra as próprias origens no fato de que a época moderna logrou sucesso em trans-

portar ao seu aparato conceitual a separação clara entre direito e política própria do direito pré-moderno, ainda que revirando o relacionamento entre as duas entidades. O Iluminismo santificou essa abordagem, permitindo que o positivismo do século XX pudesse entendê-la como algo certo.

Nas sociedades pré-modernas, como no período romano clássico, o direito não era considerado algo que pudesse ser produzido: a sua legitimidade e sua força, em outras palavras, a sua validade, derivavam do fato de que era considerado ou um costume muito antigo ou uma criação divina. A validade do direito se fundava no fato de que não era um produto social, ou pelo menos um produto da sociedade cujas vidas deveriam ser reguladas: toda a sociedade encontrava o direito já predisposto e o entendia como imutável. *Ele* não devia ser criado ou estatuído, mas simplesmente conhecido. De tal pressuposto decorria que não se colocaria o problema da conformidade do direito à justiça: o direito coincidia com a justiça, era o parâmetro de avaliação axiológica das ações e, em particular, das ações políticas. O direito era hierarquicamente superior ao poder político; não competia à política determinar o conteúdo do direito, ela deveria simplesmente tutelar sua efetividade, reprimindo as violações. A legitimidade do poder político, as suas *possibilidades*, para usar uma expressão weberiana, de exigir obediência, dependiam do fato de que a política agisse de acordo com os ditames do direito. O direito se configura então em um respeito *a priori* ao uso da força legítima em relação à política: o direito resguarda o uso da força, regula-o e o legitima, mas não é um agir social, não é obra de ações humanas, é um mero objeto do conhecimento humano. Como é sabido, essa foi uma ficção que podemos definir como ideológica: o direito pré-moderno foi por longo tempo um direito substancialmente produzido por juristas, mas essa conotação substancial se fundava, paradoxalmente, em uma crença que a contradizia. Os juristas formalmente não criavam o direito: declaravam-no. O seu poder repousava sobre o saber exclusivo de conhecer o direito e de poder derivar todas as suas implicações. Se viessem a emanar normas em virtude de um fundamento diverso do seu conhecimento, estariam assim minando a sua própria legitimidade.

Com a afirmação do Estado moderno, a positividade do direito mudou radicalmente, revolucionou a relação entre direito e política, mas não tocou, pelo contrário, fortaleceu, o dogma pelo qual o sistema jurídico não é, como se extrai da definição de Ross, um agir social que se vale da força legítima. E assim fazendo perpetuou o estranhamento do direito à política.

Para Weber, como é sabido, o Estado é a forma especificamente moderna do grupo político: aos seus olhos, a principal novidade política, a partir do século XVI, constitui-se na centralização monopolística da capacidade de recorrer ao uso da força física legítima. Para a pluralidade de atores que exerciam o controle político de diferentes aspectos da vida social sobre um determinado território, substitui-se o Estado proto-moderno único detentor por um tempo de todo o poder de regulação, ora concebida como ação social, e da coerção física legítima. Com o nascimento do Estado moderno o direito é positivado, deixa de ser concebido como o produto de um costume imemorial de uma ordem transcendental, para se tornar o produto de decisões tomadas e de outras a serem tomadas. Torna-se algo construído que pode ser reconstruído. Vem concebido como algo que nasce da atividade humana consciente, visando estabelecer as modalidades de uso da força legítima.

Todavia, uma vez concebido o direito como produto de uma ação social consciente que busca alcançar fins políticos, o trabalho dos juristas, como na época medieval, é confinado à esfera cognitiva, excluindo-lhes da atividade política. Essa operação é conduzida distinguindo-se claramente a esfera da produção da esfera da aplicação do direito: para os juristas modernos, como para seus colegas medievais, o direito é um mero objeto de conhecimento, não algo que eles produzem. A política produz o direito e a essa se junta a *ciência jurídica*, onde “ciência”, com a conotação iluminista e positivista que este termo tem na modernidade, está a indicar uma esfera que não somente compreende ações meramente cognitivas – mas ações cognitivas com resultados vinculados e verificáveis, como o são todas as ações cognitivas das verdadeiras ciências! Assim, a mudança radical da natureza do direito inverte a hierarquia anterior, a política deixa de ser a esfera da execução do direito e passa a ser hierarquicamente superior para lhe dar conteúdo e validade. Mas ação “jurídica”, aquela do jurista, não entra na esfera da política, continua a ser uma ação meramente cognitiva, científica. Não há decisões a serem tomadas dentro do sistema jurídico, a esfera das decisões é a esfera política, é o sistema político: o que é juridicamente válido vem determinado politicamente. *A política necessariamente transcende o direito*, na medida em que é ela que deve produzi-lo. O conteúdo da lei continua a não depender das ações dos juristas, pois é determinado pela política.

Esquematisando essa tese, pode-se dizer que o poder político programa o uso da força legítima emanando normas de caráter geral, após o que a interpre-

tação e a aplicação das normas nos casos concretos são retiradas de sua influência: ele não pode assumir para si essa tarefa, nem pode transmitir disposições aos órgãos que estão predispostos à aplicação da lei. Mas nem mesmo os órgãos judiciais exercitam alguma discricionariedade ao exercer suas funções – se o fizessem, desempenhariam uma ação política e não jurídica –, mas se comportam de modo científico, são vinculados pelo método que os leva a um resultado que não depende de quem realiza a operação e de suas ideias.

Nos sistemas em que o poder político tem uma legitimação democrática, essa abordagem, que é a essência do iluminismo jurídico, é considerada o baluarte do caráter democrático do próprio sistema. De um lado deveria garantir que as opiniões políticas, não recebidas nas medidas normativas emanadas, permaneçam irrelevantes para fins de interpretação e aplicação do direito. De outro lado, e aqui assume relevância decisiva a conotação científica do conhecimento jurídico, ela garante que o uso da força legítima não seja vinculado, na fase de interpretação da norma, às idiosincrasias de um intérprete singular da lei, do juiz singular. O fato de que o conhecimento jurídico seja “científico” garante que seja neutro, que qualquer intérprete, que o faça adequadamente, possa chegar à mesma conclusão, exatamente como qualquer matemático chega ao mesmo resultado se fizer um cálculo de modo correto. A cientificidade do direito garante então que as cortes judiciais se limitem a aplicar e não a criar o direito: qualquer um, dotado do conhecimento necessário, poderá determinar se a norma está sendo interpretada corretamente, e então a força é usada verdadeiramente de modo legítimo, caso contrário, se o direito não é interpretado, mas criado, então o uso da força é arbitrário. Na verdade, o direito não encontra aplicação somente nos tribunais, mas sempre que um comportamento seja orientado por uma exigência jurídica ou sejam avaliadas as suas consequências jurídicas; a aplicação do direito culmina, porém, na atividade jurisdicional, uma vez que, em caso de controvérsia, são os tribunais que estabelecerão, em última instância, quais são, em um caso concreto, o significado e o alcance de uma disposição normativa de caráter geral.

A não politicidade e a “cientificidade” do direito, que de certa forma se configura como a antítese da politicidade, opondo-se à discricionariedade desta a certeza do resultado decorrente do rigor do procedimento, são consideradas a base da capacidade de o ordenamento jurídico dar confiança e segurança aos atores sociais. A separação entre direito e política é, junto com a proibição de se emanar normas para casos individuais ou com eficácia retroativa, um dos três

pilares sobre os quais se sustenta o mito da segurança jurídica. Para que um indivíduo possa se comportar no modo exigido pelo direito e preveja as reações do Estado, é necessário que a norma, na qual vem juridicizada uma ação, já esteja em vigor ao tempo em que a ação seja tomada; pela mesma razão a norma deve indicar claramente qual o comportamento a ser seguido pelo indivíduo. A obrigação a emitir normas de caráter geral, válidas para um número indefinido de casos futuros, deveria impedir, na intenção, o legislador de elaborar textos normativos que possam favorecer situações específicas. Essa obrigação torna óbvia a proibição ao juiz de “produzir” normas em vez de “aplicar” aquelas existentes: a norma produzida por um juiz seria uma norma para um caso individual, uma vez que ele decide já conhecendo o fato concreto e, como sustentava Jeremy Bentham (1970, p. 184-195) ao criticar o direito jurisprudencial, seria uma norma retroativa. A capacidade do sistema jurídico de ser claro e previsível foi definida por Lon Fuller (1969) como a moralidade intrínseca do direito. Friedrich von Hayek (1944) sustentou, no seu famoso texto sobre o Estado de Direito, que, caso o direito não tenha essa característica, o Estado se torna uma ameaça permanente à autonomia dos indivíduos e à possibilidade de autodeterminar a própria conduta de vida. Se o Estado não pode garantir a certeza das regras, se não pode observar e fazer observar o direito, os indivíduos, conforme sustenta a concepção iluminista do direito, não se encontram em condições de planejar com suficiente segurança suas próprias escolhas e sentirão como arbitrário um poder estatal que atua de forma não uniforme e imparcial.

Os teóricos iluministas, inicialmente, e os juristas alemães da segunda metade do século XIX, enfatizaram, em particular, a necessidade de que o Estado fosse vinculado ao direito por ele mesmo estabelecido. Aos olhos deles, o poder político era fortemente influenciado pela tendência a remover todos os obstáculos para a consecução de seus próprios objetivos. A separação entre política e direito foi vista como o instrumento capaz ao menos de não permitir que o poder político reformulasse os caminhos do direito conforme seus próprios desejos. Para evitar esse risco, forçá-lo a formalizar as expressões de sua própria vontade e cumpri-las até que as modifique formalmente com um procedimento predeterminedo, foi teorizada a independência e, ao mesmo tempo, a não politicidade da magistratura: isso representa, segundo essa abordagem, o complemento necessário do princípio de que a administração deve operar em

conformidade com o princípio da legalidade. Princípio da legalidade e autonomia da magistratura são consideradas as duas faces da mesma moeda que definimos “Estado de direito”.

A separação entre direito e política, e aquela entre a produção do direito e sua aplicação, busca, portanto, garantir em primeiro lugar que no desenvolvimento de suas atividades os órgãos jurisdicionais não sejam sujeitos a influências de natureza política, exercidas especialmente pelos órgãos do Estado com poder de decisão e pelas partes que concorrem na sua determinação. À política resta atribuída a função de ser o único modo legítimo de orientar a atividade jurisdicional para produzir ou modificar as normas gerais que os juízes têm de aplicar, mas a ela é absolutamente proibido intervir em um procedimento em trâmite. O poder político continua a exercer sua faculdade decisória sobre o texto normativo, no sentido de que pode modificá-lo ou revogá-lo, mas enquanto o deixe em vigor não há modo de controlar a sua aplicação. A separação dos poderes e a independência da magistratura servem, em suas intenções, para garantir contra influências políticas externas ao exercício da jurisdição.

A separação entre direito e política, no plano da aplicação do direito, pode ser um instrumento para garantir a independência do Judiciário em relação aos atores institucionais envolvidos no processo de formação do direito e em relação aos partidos envolvidos nas eleições, mas não pode garantir ao certo que o processo judicial seja politicamente neutro. A separação entre direito e política depende de duas condições: que os órgãos legislativos ou o executivo não possam intervir na aplicação do direito, e que os órgãos jurisdicionais não possam determinar as normas com base nas quais decidem. Esse segundo fator não depende do primeiro e, como sustentarei, é uma condição que não se pode realizar. A *impostação* iluminista confunde a separação entre órgãos políticos e órgãos judiciais com aquela entre a política e o direito. A identificação das duas coisas não se baseia na independência da magistratura, mas na sua concepção, para dizer à la Montesquieu (1965 [1758], livro XI, cap. III) como poder neutral, como boca da lei¹⁰, i.e., na ideia de que a interpretação dos textos normativos é uma atividade de resultados vinculados, uma ciência.

Essa concepção, de um ponto de vista da coerência interna, baseia-se na suposição incorreta de que juízes (e os outros órgãos do Estado) interpretam *normas* e não textos normativos. Como escreveu Giovanni

¹⁰ Para uma crítica dessas teses, permito-me remeter a Santoro (2008, cap. I).

Tarello (1976-1977, p. 936): “é imotivado cientificamente e inoportuno didaticamente identificar *in limine* a noção de ‘norma’ com a de texto legislativo, porque isso oculta o dado empírico de que operadores diversos, em tempos diversos ou contemporaneamente, por diferentes fins ou buscando com meios diversos os mesmos fins, encontram no mesmo texto legislativo normas diferentes e talvez conflitantes”.

Como observa Riccardo Guastini, partindo dessa citação de Tarello, que ele coloca, não por acaso, nas primeiras páginas do seu manual *Interpretar e argumentar*, a interpretação jurídica tem por objeto não “normas”, mas textos normativos. Uma vez que um texto normativo é produzido no âmbito político – não olvidemos que são textos normativos também as sentenças – e entra em vigor, tornou-se direito, adquire uma vida independente da sua origem política, uma existência autônoma. Torna-se um texto e como todos os textos, superada a ideia neopositivista segundo a qual a linguagem é feita de termos que têm um correspondente significado empírico determinado, é aberto às interpretações que lhe dão os leitores¹¹. Os juristas não interpretam “normas”, como comumente sustentam e como, igual e frequentemente os professores ensinam, mas *formulações de normas*, enunciados que exprimem normas. Esse uso impróprio da linguagem não é somente errôneo, um *misleading*, como se diz em inglês, uma fonte de erros, mas também ideológico. De fato, como argumenta Guastini (2011, p. 9), isso “cria a falsa impressão de que o significado dos textos normativos (ou seja, as regras propriamente ditas) é inteiramente pré-constituído à interpretação, de modo que os intérpretes não precisariam ter conhecimento disso”. Em outras palavras, esse uso lexical enganador persiste na ideia de que a atividade do interprete seja vinculada, científica e, portanto, não discricionária, para que se possa distinguir o momento político de criação das normas e o momento jurídico de sua aplicação.

Um autor com entendimento diametralmente oposto àquele de Tarello, como Uberto Scarpelli (1985, p. 570), escrevera que

As normas não existem: elas não existem como entes em si, independentemente dos procedimentos interpretativos. Uma regra é apenas o ponto de chegada de um processo interpretativo, nem pode ser expressa sem se confiar em um enunciado ou conjunto de enunciados que, por sua vez, devem ser reinterpretados por aqueles que querem entender o seu significado e encontrar a norma.

Em resumo, o espectro completo das várias posições jusfilosóficas, de Kelsen a Olivecrona, vindo desde Ross, e na Itália, na direção oposta, de Tarello a Scarpelli, concorda que não se pode distinguir entre um momento de criação da norma – fazendo-o coincidir com o de redação do texto legislativo por uma autoridade política – e um momento de implementação confiado a uma autoridade jurídica: *a autoridade jurídica cria a norma interpretando o texto*.

Esse dado torna impossível a separação entre direito e política. Os supostos destinatários das normas são efetivamente os seus autores: *os juizes são os destinatários dos “textos normativos” e, precisamente em razão de seu papel institucional, os produtores das normas*. A tarefa política de produzir normas não é, portanto, aquilo pretendido pelo Iluminismo, por órgãos políticos legitimados e organizados para canalizar opiniões, interesses, visões de mundo e transformá-los em direito. As normas são produtos da administração pública que segue, quando existentes, as diretivas dos órgãos executivos e dos juizes que atuam em plena autonomia e, portanto, sob a influência de suas percepções sobre o que é legítimo, certo etc. e assim exercem um poder “político” pleno no sentido weberiano do termo. Um grande número de decisões políticas, tomadas diariamente nos tribunais, são demandadas por órgãos não sujeitos à responsabilidade de ordem política, enquanto os funcionários e os órgãos sobre os quais recai a responsabilidade política não são titulares do poder de produzir normas, mas somente textos normativos. Esse é o quadro realístico, seja do ponto de vista do realismo político seja do jurídico, da distinção funcional e entre o âmbito do direito e o da política.

Democracia (excludente) e procedimentalização do conflito

Se a possibilidade de usar a violência legítima define os limites da política para Weber, a “luta” descreve, ao seu ver, a atitude subjetiva das pessoas que se envolvem nesta ação coletiva. A política é uma decisão sobre o uso da força legítima, e a luta é a forma adequada de participação neste processo decisório que tem um êxito não pré-estabelecido. A decisão política é o resultado da luta dos participantes da ação política.

À luz desta consideração weberiana, retomo o debate sobre o direito e, em particular, sobre a situação jurídica que, no que diz respeito aos migrantes, se

¹¹ Sobre estes pontos, permito-me remeter a Santoro (2008, cap. IV).

manifestou de modo evidente em virtude das atividades da Corte Europeia dos Direitos do Homem, mas que também em Estados europeus já havia surgido progressivamente com as atividades, contramajoritárias, das cortes constitucionais (Santoro, 2008, p. 17-24). Como disse, esta atividade recriou uma situação comparável à da origem revolucionária do direito moderno, na qual os direitos não representam unicamente a expressão de uma ordem constituída e consolidada, mas também, e do ponto de vista dos migrantes, acima de tudo, um objeto/instrumento de reivindicação, de luta. O direito, entendido como o momento de produção da norma, portanto, como fase judicial, uma vez que fora deixado de lado o mito ideológico segundo o qual o processo levado a cabo pelo tribunal seria um processo científico de resultado vinculado, torna-se um espaço onde a objetividade é impossível, o parâmetro de validade só pode ser intersubjetivo e a neutralidade é uma virtude exigida do juiz individual. A produção da norma é, portanto, inevitavelmente sempre particular, é sempre decisão política, afirmação de uma tese em busca do reconhecimento de sua assertividade pela comunidade de intérpretes, cuja validade é submetida à força persuasiva reconhecida pela mesma comunidade (Santoro, 2008, p. 306-318). Por um lado, no momento em que se encerrou a época da crença na aplicação mecânica da lei e, por outro lado, quando não é mais possível contar com ideologias como um recurso crítico e com a força do Estado como uma ferramenta para mudanças radicais, o direito parece se apresentar como o principal instrumento institucional de contestação do *status quo*. Como Antoine Garapon observa (1997, p. 34), “enquanto, outrora, se concebia a justiça como negativa e punitiva, hoje ela é tida cada vez mais como positiva e construtiva. Enquanto a instituição judiciária mostrava algum atraso em relação à evolução dos costumes, hoje traz consigo a esperança de mudança. Se acreditávamos nela como instituída, hoje a vemos como instituinte”.

Nos países ocidentais, meta dos grandes fluxos migratórios, o poder judiciário assumiu uma “função estratégica”, como observado por Saskia Sassen (2000, p. 71) “quando está em jogo a defesa dos direitos dos imigrantes, dos refugiados, daqueles que buscam asilo político”. A conotação “individualista” do recurso à justiça é particularmente importante para todos aqueles indivíduos que se encontram em um país porque lá chegaram após um percurso migratório e estão des-

providos de muitos direitos de cidadania. Esses, de fato, encontram grandes dificuldades, para usar uma célebre frase de Wright Mills (1959), em transformar os seus problemas privados em questões públicas: mesmo aquilo que para os cidadãos é indiscutivelmente um problema público (a segurança social, a segurança do posto de trabalho, a casa, a própria possibilidade de fazer valer seus direitos em juízo), para os migrantes se apresenta essencialmente como um problema individual que deve ser enfrentado frequentemente na quase total solidão. Para os migrantes o recurso judiciário se apresenta frequentemente como o único instrumento em condições de dar vida a um conflito procedimentalizado segundo regras jurídicas. São os migrantes a tirar a vantagem mais evidente do caráter supranacional de muitas das fontes normativas em que os juízes podem se basear e do emergir de novas jurisdições também de competência supranacional. Estes dois elementos contribuem, de fato, de modo determinante para desvincular da pertença nacional e da cidadania a possibilidade de recorrer à autoridade judicial.

Os juízes podem, naturalmente, ocupar e orquestrar essa função apenas se adotarem uma linguagem que se encarregue das instâncias que, muitas vezes sem encontrar qualquer outro destinatário, são a eles direcionadas. Esta linguagem é, certamente, a dos direitos constitucionais e dos direitos do homem.¹² A disponibilidade dos juízes para usar essa linguagem, cujo uso é enormemente facilitado pelo fato de que agora também são configurados como juízes de leis, juntamente com o novo quadro plural, e dificilmente hierarquizável das fontes do direito, modifica radicalmente o papel do direito e do poder judiciário que o administra. Parecem distantes os tempos em que os marxistas qualificam o direito como “burguês”, repreendendo-o por ser pensado e utilizado apenas como meio de conservação: o direito desempenha um papel relevante na estabilização social das reivindicações dos excluídos pelos circuitos de vários tipos de representação (política, corporativa, local etc.).

Se é verdade que a prática do direito faz preferir naturalmente a ordem estabelecida pela aventura, isso não impede a contestação de vir a ocorrer nas salas de audiências dos tribunais, mas lhe confere uma conotação particular: a crítica realizada por meio do direito não é nunca externa, não é sempre conduzida em nome de uma sociedade completamente diferente, é sempre

¹² Até agora usei essa expressão, que não é neutra em relação ao gênero, quando referi à Convenção Europeia (precisamente) dos Direitos do Homem e à Corte que a ela dá concretude, porque esses são os nomes da convenção e do órgão judiciário. Uso essa expressão novamente, não aquela neutra em termos de gênero, i.e., “direitos humanos”, porque não me refiro aos direitos morais, elaborados por alguma teoria jurídico-moral, mas aos direitos jurídicos, i.e., aqueles que vivem por meio das normas criadas por órgãos judiciários.

interna, é sempre conduzida precisamente a partir do direito que se presume estar em vigor naquela mesma sociedade. Numa época em que parece não haver espaço cultural, nem mesmo para imaginar uma organização social alternativa a essa em que vivemos, o direito se torna o instrumento privilegiado da luta “procedimentalizada” para a mudança social, especialmente para aqueles que estão excluídos dos direitos políticos que permitem participar de outras formas procedimentalizadas de luta.

Como havia previsto Alexis de Tocqueville, o papel do judiciário torna-se essencial para equilibrar os riscos da tirania da maioria ontologicamente incorporados em um governo democrático¹³, e, há algumas décadas, acentuados pelo fato de que, como argumenta John Kenneth Galbraith (1992), nas democracias opulentas, os ricos, aqueles que possuem muitas posses, os que vivem na fartura, aqueles que sempre existiram, mas que no passado eram minoria, tornaram-se maioria. Esse dado transformou gradualmente as democracias liberais do Nordeste ocidental em “ditaduras de uma classe satisfeita” que já não é mais forçada a defender seus privilégios, favorecendo a substituição social: pode se permitir o imobilismo e se recusar a dividir os recursos com os novos pobres. No entanto, diferentemente do que pensava Tocqueville, o papel dos juristas não é apenas (e talvez nem mesmo principalmente) o de salvaguardar os valores próprios da aristocracia desaparecida, o gosto pela ordem, o apego às formas, o conservadorismo, mas também (e acima de tudo) o de permitir aos excluídos o acesso aos direitos.

Isso parece particularmente verdadeiro em uma fase em que da ditadura de uma classe satisfeita estamos passando para uma *ditadura da classe apavorada*, algo que está transformando as sociedades democráticas de sociedades caracterizadas pela progressiva “extensão do poder econômico e social a quem não o tem” (Du Bois, 2010, p. 251) para sociedades caracterizadas pela progressiva exclusão social e política de grandes faixas de indivíduos, principalmente migrantes.

Como foi enfatizado por várias partes, a chegada maciça de estrangeiros provocou uma mudança nas políticas de *welfare* em quase todos os Estados europeus, dando-se a progressiva extensão aos migrantes da intervenção pública para apoiar algumas necessidades fun-

damentais que até agora eram asseguradas somente aos cidadãos. Prova desta tendência tem sido o surgimento da categoria de *denizenship*, i.e., os meio-cidadãos, pessoas que têm alguns direitos de nacionalidade, mas não são cidadãos a título completo, pois não possuem todos os direitos políticos. Esta mudança nos critérios de alocação imperativa dos recursos dentro dos Estados nacionais, por um lado, desencadeou e está desencadeando reações violentas; por outro lado, modificou a fundação, a base legítima das reivindicações individuais, repropoendo, de maneira dramática, o dualismo schmittiano entre os direitos universais e os direitos do povo que exerce sua soberania democrática. No momento em que a cidadania deixa de ser o critério que define a população para a qual o Estado fornece recursos, muda – como sustentaram Yasemin Soysal (1994) e Dominique Schnapper (1997, p. 199-222) – o fundamento dos direitos sociais: estes, até hoje, como os direitos políticos, intimamente ligados à pertença ao grupo político, i.e., ao Estado, assumem um caráter universalista e são baseados nas necessidades vitais da pessoa. A jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem, no que se refere aos cidadãos não europeus¹⁴ e ao alargamento da União Europeia, em relação aos países do Leste com uma renda per capita muito mais baixa que a dos países do Noroeste, conferiu às necessidades vitais do indivíduo o papel de base jurídica das reivindicações sociais de muitos “estrangeiros”.

Essa mudança no fundamento das reivindicações de direitos sociais ocorreu enquanto na Europa, mas eu diria em todo o mundo do Noroeste, propagou-se a percepção de que o jogo de soma positiva terminou, aquele jogo em que todos ganham, onde a riqueza sempre crescente e sem conflitos excessivos poderia ser dividida sempre entre mais e mais pessoas. Em seu lugar, espalhou-se a ideia/consciência de que entramos em um momento em que a riqueza disponível para esta parte do mundo está em progressiva contração e devendo ser dividida entre pessoas cada vez mais numerosas. A percepção da inevitável escassez de recursos utilizáveis pelo Estado para fins sociais, induzida pela ideologia da globalização, difunde a convicção de que a garantia dos direitos em favor das maiorias “autóctones” passa, necessariamente, pela exclusão desses direitos aos sujeitos migrantes (e, em segundo lugar, aos cidadãos “não

¹³ “Duvido que a democracia possa governar a sociedade por um longo tempo, e não creio que hoje uma república possa esperar continuar a existir se a influência dos juristas não crescer de acordo com o poder das pessoas” (Tocqueville, 1968 [1840], Livro I, Parte II, Cap.VIII, p. 314)

¹⁴ Veja-se Ranalli (2010) sobre a jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem que, com base no princípio da não discriminação (artigo 14 da Convenção), estabeleceu que os direitos sociais ligados a uma determinada necessidade não podem ser reservados aos cidadãos, mas devem ser estendidos a todos aqueles que estão legalmente presentes no território e com base na limitação parcial operada pelo Tribunal Constitucional que, ao receber, esta jurisprudência restringiu essa extensão somente aos direitos necessários para atender às “necessidades vitais”.

meritórios”). O que interessa à maioria dos eleitores nos países europeus não é incluir os recém-chegados, eventualmente por meio de uma disciplina rigorosa e forte homologação cultural, na população que vive no âmbito de um Estado. Interessa muito mais impedir que o acesso indiscriminado dos migrantes aos direitos de cidadania possa reduzir consideravelmente as garantias sociais de que tradicionalmente desfrutam. De um modo mais cru, pode-se dizer que os cidadãos dos países europeus, convencidos de que os direitos sociais são um jogo a soma zero, temem que a atribuição aos migrantes dos benefícios do *welfare state* acentue a redução, já em curso como resultado dos fenômenos da globalização econômica e financeira, das garantias sociais de que gozam.

Neste contexto, a democracia se transforma do pivô da construção de uma identidade nacional interclassista, o que tem sido há mais de um século, em um instrumento de exclusão, defensivo da riqueza dos seus cidadãos, muitas vezes a riqueza de apenas uma parte reduzida deles. Prova viva dessa transformação é a disseminação de tendências secessionistas nas áreas mais ricas e a disseminação de movimentos “soberanistas” que encontram na reivindicação do direito (apesar dos direitos proclamados pelas constituições e acordos internacionais e praticados nos tribunais) de fechar completamente as fronteiras a principal fonte de seu sucesso. A época em que as práticas de exclusão social, que sempre existiram, foram incluídas na retórica da cidadania inclusiva e justificadas à luz desta, parece se encerrar e deixar o campo aberto para a época da percepção tácita da inevitabilidade, sob um ponto de vista utilitarista-pragmático, da exclusão e da exploração. O pêndulo da cultura ocidental, depois de ter há muito apontado para a retórica dos direitos, parece estar rapidamente retornando para o lado da retórica utilitarista, pela qual parece justificado sacrificar os direitos dos poucos em nome do bem-estar coletivo, especialmente se esses poucos podem ser pintados como “estranhos”.

Como salienta Costa (2001), a intervenção do Estado em apoio às necessidades vitais de seus próprios cidadãos decorre de uma longa história de conflitos sociais ainda do século XVIII que encontra seu epílogo na criação dos sistemas de *welfare* do pós-Segunda Guerra Mundial e sua inclusão nas previsões de muitas constituições. Neste episódio o fundamento de legitimidade mais frequentemente invocado (desde a Constituição jacobina de 1793 até a Terceira República, de Green a Beveridge, de Toniolo a La Pira) é o princípio da solidariedade: uma solidariedade que, assegurando a todos os cidadãos de uma mesmo Estado nacional, os benefícios

da convivência, também lhes impõe a partilha de riscos. Portanto, no horizonte dos séculos XVIII e XIX, o pertencimento ao Estado justificava a intervenção da mão pública em proveito das necessidades fundamentais dos sujeitos. Uma vez que a reivindicação desta intervenção está vinculada, além do Estado, à presença no seu território, é evidente que a democracia excludente se manifesta tentando modificar as regras que permitem o acesso ao território estatal por parte de estrangeiros e é claro que as primeiras regras que são percebidas como insuportáveis são aquelas que garantem aos estrangeiros o direito de entrar mesmo em contrariedade à vontade do Estado, em outras palavras, contra a maioria democraticamente expressa: portanto, em primeiro lugar, as normas sobre o asilo.

O resultado natural desta situação é que os estrangeiros que reivindicam o direito de asilo recorrem aos tribunais, nacionais e supranacionais, aos quais é institucionalmente confiada a tarefa de protegê-los, enquanto que os tribunais, na medida em que garantam essa proteção, entrarão em conflito com decisões democráticas tomadas por maiorias assustadas. Tudo isso é normalmente retratado como um conflito entre magistratura e política: de fato, é um conflito político entre duas partes, de modo que cada uma escolhe o terreno onde encontra os melhores instrumentos para poder procedimentalizar a luta para direcionar, em proveito próprio, o uso legítimo da força. Os cidadãos que possuem direitos políticos, que fazem parte de redes profissionais, corporativas, econômicas ou locais, optam por participar do conflito por meio dos instrumentos procedimentais que chamamos de democráticos, em primeiro lugar, por meio do voto, ou mediante as contratações com os outros grupos portadores de interesses organizados. Os estrangeiros não possuem esses caminhos à disposição, não contam com direitos políticos, e portanto distantes nas salas de audiência dos tribunais, como ainda estão grandes parcelas de cidadãos, que embora formalmente tenham direitos políticos, restam relegados para a área da marginalidade ou que, de qualquer modo, se percebem desprovidos de outros tipos de ferramentas para sustentar o conflito.

Epílogo apólogo: ainda sobre moral e política, recordando Hobbes

É uma opinião unanimemente aceita que a reflexão política moderna nasce com a obra de Thomas Hobbes. Ele é o autor que, pela primeira vez, teoriza de modo completo sobre a organização política a partir da ideia de que não existe um plano providencial, divino ou

consuetudinário que garanta a vida dos seres humanos: essa garantia deve ser construída e a política, que é a criação de um corpo com o monopólio de poder legítimo, é precisamente o instrumento por meio do qual tal garantia pode ser criada.

Como é amplamente notório, Hobbes parte da constatação de que, sem a garantia da força do Estado, os homens viveriam em uma situação perene de instabilidade e insegurança: ninguém, por mais potente que possa ser, estaria completamente seguro, mas se encontraria sempre exposto às armadilhas de um sujeito mais forte, que também poderia ser representado por uma coalizão de pessoas individualmente mais fracas. Os seres humanos, por um lado, são instintivamente levados a defender a autopreservação e, portanto, o próprio poder que os garante pela força e pela violência. Por outro lado, eles também sabem como calcular as consequências de suas ações e calibrá-las para garantir a auto-conservação. Essa capacidade de cálculo os leva, ou melhor, deveria levá-los se fossem racionais, a reconhecer que “o direito de todos a tudo” não pode ser garantido: se todos exercitassem “o direito a tudo”, todos invadiriam a esfera dos direitos dos outros, desencadeando uma reação defensiva por parte daqueles que se sentissem ameaçados. O Estado, a criação do monopólio legítimo da força, em uma palavra, a organização “política”, tem a tarefa de garantir a autopreservação e evitar a guerra desencadeada pelas reivindicações daquele “direito a tudo” que colocaria em perigo a sobrevivência de todos.

Em um paradoxo divertido, enquanto filósofos famosos, mestres reconhecidos do pensamento laico, sublinham a necessidade de encontrar um plano moral que legitime a definição dos confins daqueles que podem acessar uma comunidade política e seus recursos, o missionário, dom Giulio Albanese (2016), sobre um opúsculo religioso¹⁵, publica um pequeno artigo intitulado *A importância da política*, em que o raciocínio desenvolvido, justificando o título, é absolutamente hobbesiano.

Albanese lembra a narração feita por Ammiano Marcellino, no seu *Rerum gestarum libri*, da morte do Imperador Valente na Batalha de Adrianópolis, em 378 d.C., evento que marca o início da queda do Império Romano e convida-nos a refletir sobre nossas políticas de exclusão dos refugiados à luz deste relato histórico: a narrativa da última parte do trabalho de Ammiano é transformada, por ocasião, em um apólogo para nos lembrar que é “por completo normal para homens e mulheres, afligidos em seus respectivos países por guerras e pobreza, tentem apostar na busca por uma vida

melhor. Trata-se de pessoas dispostas a fazer tudo, prontas a enfrentar perigos de todo tipo, até mesmo para resgatar sua dignidade” (Albanese, 2016, p. 1).

Lidar com pessoas desesperadas, cuja existência a cada minuto está em risco, é como diz o título do artigo de Albanese, é um problema político: o problema de Hobbes de tratar com pessoas que não têm nenhuma certeza quanto ao seu direito à vida, a sua própria autopreservação, e buscam prontamente usar a violência, a sua garantia. O apólogo nos diz que esperar resolver este problema com tais pessoas por meio da força momentaneamente disponível pode ser uma escolha desastrosa, pois é necessário usar nossa capacidade de cálculo para entender que é o caso de desistir de parte do nosso “direito a tudo” para garantir o seu “direito a algo”. Não é uma questão moral, mas hobbesiana, logo, política.

Historiador tardo-imperial de origem helênica, Ammiano, na parte final de sua obra, nos conta como, no final do século IV d.C., o Império Romano foi forçado a enfrentar aquilo que hoje chamaríamos de “crise humanitária”: a dos refugiados godos. Por volta dos anos que variam de 370 a 375 d.C., as vanguardas dos hunos, que avançavam para o Ocidente, atacaram os visigodos ao norte do Danúbio e saquearam suas cidades, empurrando-os a buscar hospitalidade junto ao Imperador Valente. Não obstante uma certa perplexidade, Valente aceitou o pedido e permitiu que os godos atravessassem o Danúbio e se instalassem no território romano disperso entre Mésia, Trácia e Dácia Ripense. Em troca, Fritigerno, chefe dos visigodos, prometeu entregar as armas de seus guerreiros e entregar aos romanos como reféns algumas crianças de famílias nobres. O acordo previa que, enquanto aguardavam poder se assentar em terras cultiváveis, os godos receberiam dos romanos o que fosse necessário para sobreviver. O acordo alcançado aparentava ser vantajoso para ambas as partes: os godos se sentiriam seguros, protegidos pelas fronteiras do Império, enquanto os romanos criavam uma espécie de almofada entre as províncias internas e os povos bárbaros que se encontravam estacionados além do Danúbio. Valente então contou que, como já havia acontecido, um certo número de godos seria recrutado como legionários.

O gerenciamento dos recém-chegados foi desastroso.

Ammiano descreve a enorme travessia do Danúbio por parte dos godos, feita em barcos, barcaças, jangadas e outros meios entregues à sorte. A corrente do rio fez muitas vítimas. Uma vez cruzado o rio, os go-

¹⁵ Trata-se do *Messaggero di sant'Antonio*. Esta anotação é dedicada ao ANVUR e a sua pretensão de classificar a relevância das revistas do mundo.

dos foram então vítimas da ganância dos governantes da província, que, ao invés de lhes dar os subsídios, fizeram-lhes pagar um preço caro e entregaram comida avariada para um grande número de escravos. Depois de estarem sendo forçados a viver em condições extremamente precárias na margem ocidental do Danúbio, a multidão de refugiados foi para Marcianópolis, atual Devna, onde, no entanto, não encontraram nenhuma medida de acolhimento: os habitantes da cidade não permitiram sequer que os godos famintos pudessem se aprovisionar, não lhes deixando outra solução além do saque e da guerra. Valente, entendendo o perigo que estava ganhando corpo, reuniu as forças na Armênia e na Ásia Menor e as levou até Trácia para enfrentar os bárbaros.

Na alvorada de 9 de agosto de 378 d.C. o Imperador deixou a cidade de Adrianópolis à frente de um exército de veteranos: estava determinado a destruir de uma vez por todas a horda de godos que havia cruzado o Danúbio dois anos antes para buscar abrigo no território romano. O choque, como mencionado, resolveu-se em uma derrota para os romanos que culminou na morte do próprio Valente. Cerca de trinta anos depois de Adrianópolis, em 410 d.C., Roma seria saqueada pelos godos de Alarico.

Referências

- ALBANESE, G. 2016. L'importanza della politica. *Messaggero di sant'Antonio*, febbraio, p. 1.
- BENHABIB, S. 2006. *I diritti degli altri*. Milano, Cortina, 197 p.
- BENTHAM, J. 1970. *Of laws in general*. London, The Athlone Press, 342 p.
- CARENS, J.H. 2013. *The Ethics of Immigration*. New York, Oxford University Press, 364 p.
- COSTA, P. 2001. La cittadinanza fra Stati nazionali e ordine giuridico europeo: una comparazione diacronica. In: G. BONACCHI (ed.), *Una costituzione senza Stato*, Bologna, il Mulino, p. 289-326.
- COSTA, P. 2005. La cittadinanza: un 'geschichtlicher Grundbegriff'? In: S. CHIGNOLA; G. DUSO (ed.), *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*. Milano, FrancoAngeli, p. 251-262.
- DU BOIS, V.E.B. 2010. *Sulla linea del colore. Razza e democrazia negli Stati Uniti e nel mondo*. Bologna, il Mulino, 450 p.
- DWORKIN, R. 1982. *I diritti presi sul serio*. Bologna, il Mulino, Bologna 505 p.
- FULLER, L. 1969. *The Morality of Law*. New Haven (CT), Yale University Press, 262 p.
- GALBRAITH, J.K. 1992. *The Culture of Contentment*. Harmondsworth, Penguin Books, 176 p.
- GARAPON, A. 1997. *I custodi dei diritti: giudici e democrazia*. Milano, Feltrinelli, 188 p.
- GUASTINI, R. 2011. *Interpretare e argomentare*. Milano, Giuffrè, 453 p.
- HABERMAS, J. 1998. *L'inclusione dell'altro*. Milano, Feltrinelli, 284 p.
- HAYEK, F.VON. 1944. *The Road to serfdom*. Chicago/London, Chicago University Press/Routledge, 283 p.
- HOHFELD, W.N. 1923. *Fundamental legal conceptions*. New Haven, Yale University Press, 114 p.
- KELSEN, H. 2013 [1925]. *Dottrina generale dello Stato*. Milano, Giuffrè, 956 p.
- MONTESQUIEU C. DE S. 1965 [1758]. *Esprit des Lois*. Torino, Utet.
- OLIVECRONA, K. 1967 [1939]. *Il diritto come fatto*. Milano, Giuffrè, 172 p.
- RANALLI, D. 2010. L'accesso dello straniero all'assistenza sociale. Profili giurisprudenziali. *L'altro diritto*. Disponível em: <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/migranti/ranalli/index.htm>
- ROSS, A. 1990. *Diritto e giustizia*. Torino, Einaudi, 365 p.
- SANTORO, E. 2008. *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of law*. Torino, Giappichelli, 334 p.
- SASSEN, S. 2000. Regulating Immigration in a Global Age: A New Policy Landscape. *The Annals of the American Academy*, 570:65-77. <https://doi.org/10.1177/000271620057000105>
- SCARPELLI, U. 1985. Norma. In: U. SCARPELLI, *Gli strumenti del spaere contemporaneo*. Torino, Utet, Vol. II, p. 570-577.
- SCHMITT, C. 2004 [1923]. *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*. Torino, Giappichelli, 120 p.
- SCHNAPPER, D. 1997. The European Debate on Citizenship. *Daedalus*, 126(3):199-222.
- SOYSAL, Y.N. 1994. *Limits of Citizenship. Migrants and Postnational Membership in Europe*. Chicago/London, The University of Chicago Press, 244 p.
- TARELLO, G. 1976-1977. Recensione a N. Irti, Introduzione allo studio del diritto privato. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 5-6, t. II, p. 932-941.
- TOCQUEVILLE, A. de. 1968 [1840]. *De la démocratie en Amérique*. In: A. TOCQUEVILLE, *Scritti politici*. Torino, Utet.
- WRIGHT MILLS, C. 1959. *The Sociological Imagination*. New York, Oxford University Press, 248 p.

Submetido: 09/09/2017

Aceito: 16/11/2017