

A DEFENSORIA PÚBLICA E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA LEITURA DEMOCRÁTICO-PROCEDIMENTAL DA CIDADANIA COMO EXIGÊNCIA DE ÔNTICO-TELEOLÓGICA

Daniel Oitaven Pamponet Miguel¹
Erik Palácio Boson²

Resumo

Este artigo mostra que a efetiva instalação da Defensoria Pública é uma condição de concretização do direito como um padrão de reconhecimento. À Defensoria, que tem legitimação para atuar em qualquer situação de vulnerabilidade, inclusive organizacional, cabe traduzir as demandas oriundas dos conflitos sociais e os sentimentos de vergonha causados pelo desrespeito em ações sociais positivas. A cidadania está atrelada à interação democrática entre direitos humanos e soberania popular, em uma dialética de autocentramento e descentramento, na qual a competência comunicativa encontra substrato deôntico-teleológico. Concluimos que a inefetividade da instalação da Defensoria, somada à denegação de reconhecimento dos direitos humanos, constitui uma dupla transmutação da CF/88 em Constituição-álibi.

Palavras-chave: Defensoria Pública; luta por reconhecimento; cidadania; direitos humanos; momento deôntico-teleológico.

1. INTRODUÇÃO

A cidadania pode ser atrelada à autonomia e à solidariedade no contexto da interação entre direitos humanos e soberania popular, em uma dialética de autocentramento e descentramento. O indivíduo autocompreende-se em uma trama de relações, em que o modo-de-ser é se reconhecer como pertencente à comunidade política do Estado Democrático. Tal reconhecimento exige que o sujeito tenha condições de encontrar um ponto de apoio na realidade debitória de que o homem pode se apropriar das possibilidades que conduzem à felicidade. A tal sujeito, como cidadão, é necessário que se lhe garanta a competência interativa em situações de conflito com seus semelhantes, o que impõe, segundo Cortina, a

¹ Advogado graduado pela Universidade Federal da Bahia, mestre em Direito Público (Limites de validade do Discurso Jurídico) pela Faculdade de Direito da UFBA, especialista em Teoria e Filosofia do direito pela PUC Minas, especialista em Direito Tributário pela PUC-SP/COGEAE, ex-professor substituto de Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Lógica e Argumentação Jurídica, Hermenêutica Jurídica, Direito Civil e Direito Comercial/Empresarial da UFBA, professor de Hermenêutica Jurídica/Filosofia do Direito/Argumentação Jurídica da Faculdade Baiana de Direito, professor efetivo auxiliar de Introdução ao Estudo do Direito e Direito Civil da UNEB. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do direito, Hermenêutica e Lógica Jurídica, Filosofia do Direito, Sociologia do Direito, Direitos Humanos e Direito Constitucional.

² Atualmente é Procurador do Estado de São Paulo, atuando na Coordenadoria de Execuções da Procuradoria Judicial. É graduado em Direito (com aprofundamento em Direito do Estado) pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), especialista em Direito do Estado pela mesma instituição e mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). É membro do Grupo de Pesquisa sobre Corrupção e Impunidade no Brasil, vinculado ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFBA.

assunção de um *ethos* virtuoso universalizável, cujo momento deôntico-teleológico está na linguagem como estrutura do ato de fala.

A dinâmica dos conflitos sociais, por sua vez, na acepção de Honneth, encontra no direito uma esfera de reconhecimento que lhe permite, desde que efetivamente disponibilizado um meio de articulação, a potencialidade de direcionar os sentimentos sociais negativos em motivação para ações de resistência política. De tal modo, percebemos que muitas vezes é necessário, para fins de institucionalização da visão de cidadania acima esposada, não apenas a conversão do conteúdo dos “direitos morais” para a linguagem dos “direitos institucionais” – o que exige um movimento de luta por parte daqueles sujeitos que não estejam presentemente contemplados pela legislação em vigor –, mas também a existência de meios de concretização dos direitos já reconhecidos pela ordem jurídica, o que suscita a relevância do tratamento conferido pelo constituinte à assistência jurídica.

A Constituição brasileira de 1988 fez uma opção clara quanto ao modelo de assistência jurídica ao atribuir à Defensoria Pública, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a tarefa de orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados. A escolha constitucional outorgou à referida instituição não apenas a atribuição de defesa dos juridicamente necessitados em uma acepção individual, mas a própria responsabilidade (no sentido de um poder-dever) da tutela de seus direitos transindividualmente considerados enquanto grupos sociais. Nesse contexto, a Defensoria Pública, em sua atribuição de defesa dos grupos sociais vulneráveis, funciona como espaço institucional de viabilização do respeito aos direitos humanos. O exercício da cidadania pressupõe que qualquer vulnerabilidade dê margem à atuação da Defensoria, e a legitimação da instituição abrange não apenas os cidadãos individualmente considerados, mas também a defesa de interesses de integrantes de todos os grupos sociais organizacionalmente carentes.

Diante do exposto, problematiza-se a omissão na efetiva instalação da Defensoria e busca-se responder à seguinte questão: a efetivação organizacional da Defensoria Pública teria o potencial de funcionar como estratégia de articulação idônea a transmutar os sentimentos sociais negativos em uma positiva luta social?

2. FUNDAMENTAÇÃO DEONTOLÓGICO-TELEOLÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS

Adela Cortina (2008, p. 269), em sua leitura procedimentalista qualificada por elementos substanciais de virtude, afirma que o *télos* da comunicação (acordo) só pode ser plenamente produzido em condições de simetria material e cultural. Tal finalidade impõe o

reconhecimento não apenas de direitos humanos universais, independentes dos contextos – “direitos pragmáticos” –, mas também de certos direitos concretamente situados em uma dada comunidade. Esses direitos historicamente reconhecidos estão basicamente relacionados às condições materiais culturais que permitam aos interlocutores discutir e decidir em pé de igualdade, nos moldes da razão comunicativa. A proposta de Cortina manifesta-se em um conceito dualista de direitos humanos, dotado de um momento de instrumentalidade e um momento de indisponibilidade do direito positivo. Essa teoria dos direitos humanos, preocupada com o fato do pluralismo, encontra base em uma ética procedimental, e não em uma ética de bens. A concreção desse conceito de direitos humanos é obviamente contextual. Entretanto, sua validade não é determinada apenas pela história, visto que sua necessária positivação jurídica não se faz suficiente, dado o caráter indispensável da reflexão filosófica sobre a legitimidade.

Cortina (2008, p. 275; 90-2) identifica um declínio das chaves do liberalismo e do socialismo, vertentes superadas contemporaneamente pela congregação dialética de conquistas irrenunciáveis consubstanciadas na autonomia pessoal, já não mais vista como individualismo possessivo, e na solidariedade, já não mais tida como um coletivismo. A solidariedade impõe uma dialética de autocentramento e descentramento que não surge de um se querer a si mesmo, por mais racional que seja. Trata-se de uma relação entre pessoas, as quais têm o mesmo interesse na participação em algo. A solidariedade exprime a atitude de empregar interesse e esforço em empreendimento alheio. Enquanto, na dimensão do autocentramento, o indivíduo valoriza a si mesmo, na dimensão do descentramento, esse indivíduo já se sabe inscrito em uma comunidade, com a qual já compartilha interesses, e valoriza como valiosa em si cada um de seus integrantes. O indivíduo autocompreende-se em uma trama de relações, sem a qual não poderia fazê-lo. O modo-de-ser é pertencer a uma comunidade, em que as pessoas se reconhecem reciprocamente (CORTINA, 2008, p. 290-2).

A *práxis* linguística revela uma dupla face. Na primeira delas, o uso de pronomes pessoais aponta para sujeitos autônomos, dotados da capacidade de comunicação e acordo, sem os quais desapareceria o acontecer linguístico. Tal autonomia é protegida pelos princípios da justiça e pela exigência de reconhecimento de direitos do homem, primordialmente o de participação na legislação do país em que vive. No entanto, a autonomia pessoal não se esgota neste último direito, sob pena de um reducionismo coletivizante castrador da reflexão intrassubjetiva, a qual é insubstituível pelo diálogo (intersubjetivo). Na outra face da *práxis* linguística, é perceptível que as pessoas não subsistem sem uma trama de relações intersubjetivas, de modo que se a justiça é necessária para proteger os sujeitos autônomos e

postula igual respeito e direitos iguais para eles, a solidariedade exige empatia e preocupação com o bem-estar do próximo (CORTINA, 2008, p. 293-4).

Adela Cortina entende que as éticas procedimentais têm como motivo gnosiológico a manutenção de uma ética normativa que prescindia do descobrimento de uma natureza normativa. Entretanto, não há motivo para seguir um princípio sem a percepção de um valor. O princípio racional da ética discursiva só deve ser incorporado em atitudes e virtudes se for considerado valioso ou indicativo de elementos valiosos. O próprio Immanuel Kant falava do ser racional como absolutamente valioso, dotado de dignidade. Uma ética da responsabilidade só pode exigir moralmente o cumprimento de normas que contam com a obrigatoriedade jurídica (universalidade de cumprimento), sob pena de abstracionismo utópico (2008, p. 191 e ss.). Nesse contexto, poderiam ser elencados os seguintes motivos morais das éticas procedimentais: pretensão moderna de liberdade radical, independente de fins dados pela natureza; pretensão de universalidade que ultrapassa as formas particulares de vida (*éthos* concreto); e pretensão de revisão e crítica, extraível de um procedimento racional, e não da *práxis* social (formulação de um dever ser que excede o cotidiano). Em outros termos, o instrumentalismo ético se nega a reconhecer como fim moral – aquele que os homens querem dar a si mesmos (autonomia) – um fim metafisicamente descoberto ou qualquer outro fim empiricamente acessível, noções que implicam heteronomia.

A ética discursiva tem assumido uma espécie de intelectualismo moral. Preocupa-se apenas com virtudes dianoéticas, como a formação democrática da vontade e a disposição para o diálogo, mas não com virtudes éticas (caráter). A instituição autônoma de normas exige não apenas um reconhecimento cognitivo, mas também um reconhecimento prático por livre decisão, que não se confunde com o elemento cognitivo. Na razão real também estão em jogo o querer e o decidir, sem que sejam passíveis de eliminação o querer e a virtude, os atos ilocucionários e perlocucionários. O fim originário da razão é o de constituir um reino de seres autolegisladores. O direito, como espaço de defesa argumentativa de convicções e recepção de réplicas argumentadas, possibilita uma teoria dos direitos humanos conjugadora de racionalidade e história, mas aparenta esvaziar a autonomia do sujeito.

A filosofia moral de Kant, segundo Cortina, trata do bem moral, do móvel das ações, dos fins, do valor e das virtudes, de maneira a construir não apenas uma ética mínima, mas sim uma antroponomia, motivo pelo qual a ética discursiva não precisa dissolver o fenômeno moral ou empobrecer a filosofia moral por via de sua dissolução em outras disciplinas. A referida vertente ética deveria buscar, como caminhos de enriquecimento capazes de solucionar esse problema, uma teoria dos direitos humanos, uma doutrina da virtude/atitude

(valor, móvel moral da ação, telos e “ethos” individual) e uma reflexão sobre a democracia participativa. Na leitura da autora, têm importado, para a ética discursiva, a disponibilidade para o diálogo e o apreço, característico da ética da responsabilidade, pelo bem como o acontecimento do bom. Entretanto, Cortina prega a restauração da intenção do agente, tratada pela ética discursiva como irrelevante.

Adela Cortina entende que a obediência ao direito é um dever ético indireto, pois a complementaridade entre direito e moral – afirmada por Jürgen Habermas e devida à necessidade de estabelecimento de caráter coativo à moral – pode ser moralmente fundamentada. O desenvolvimento da tese de Cortina (2008, p. 54 e ss.) exigiu o recurso à ética formal de bens de tradição hispânica, cujas raízes remontam a Aristóteles. Essa ética tem em Aranguren, influenciado pelas contribuições antropológicas de Zubiri, sua versão mais bem acabada.

O instrumentalismo neokantiano atribui a pretensão de universalidade das normas morais (e não do bem moral) à razão (prática ou comunicativa). Diferentemente, a ética formal de bens é uma vertente da ética que atribui a pretensão de universalidade à estrutura constitutivamente moral do homem e à bondade da realidade. O formalismo agatológico confere à razão o papel ulterior de configurar os conteúdos concretos a partir de esboços determinados. Tal perspectiva diferencia uma dimensão protomoral e uma dimensão da moral normativa. A primeira delas trata-se de um nível ético que analisa o caráter constitutivamente moral do homem, sua religação e obrigação a uma realidade boa e o papel estimativo e avaliativo do *lógos* (apreensão das coisas enquanto bens e valores). A segunda, por sua vez, consiste na tarefa de construção de uma ética racional.

A ética formal de bens adota um ponto de partida fenomenológico idôneo a evitar: a falácia naturalista do pan-moralismo; o dualismo agatológico de uma ética material dos valores (sentir/inteligir); e o dualismo ontológico/ético (separação ser/dever-ser) da falácia antirrealista. A protomoral é um fundamento formal da moralidade e de todo dever, em consonância com o que caracteriza uma ética procedimental: a pretensão de liberdade radical em face de todo fim dado por natureza. Com a noologia zubiriana, não há uma ruptura entre, de um lado, o bem primordial apreendido na realidade e que leva o *lógos* a avaliar as coisas, e, de outro, os bens e deveres concretos. A impressão da realidade é diferente em relação às coisas (reais por si mesmas) e aos homens (por si mesma e por si, como pessoa). Há uma religação entre o homem e a realidade, estando aquele obrigado a esta. O homem, por ter uma estrutura constitutivamente moral, capta seu meio como realidade a partir de uma inteligência senciante e possuinte, apropriante, que dá ao moral um caráter físico. Diferentemente de um

animal, o homem precisa justificar seus dados (ajustamento a uma ou outra forma de vida), em um incontornável sentido de justiça. A estrutura protomoral não é composta por bens, valores ou normas concretas, mas é incoativamente moral, visto ser o marco que impossibilita aos homens agir amoralmente.

A ética formal de bens não se satisfaz com o apoio em uma pretensa bondade da realidade, nas preferências subjetivas e na experiência moral. O fato de o homem ter de justificar suas escolhas (realidade debitória) afirmado pela ética agatológica não significa que exista um critério para decidir que tipo de deveres são morais, a partir dos quais julgar se a escolha é de tipo moral. A ética discursiva, nesse aspecto, vai à frente ao oferecer, com seu próprio princípio racional, o critério para decidir quais normas devem ser consideradas morais. Esse mesmo critério, fundado na razão, embasa a pretensão de estabelecer “conteúdos” formais universais, independentes da mudança histórica e justificantes da pretensão de universalidade do moral. Por outro lado, a ética formal de bens nos lembra que a análise fenomenológica é complemento necessário para qualquer ética. Qualquer construção de um mundo racional que, em nome de um “como se” ficcional (idealista), ignore a diferença entre a realidade pessoal e a das demais coisas é injusta com a realidade e não serve para justificar nossas escolhas. A contribuição da ética formal de bens à ética instrumental de normas diz respeito à percepção de que, como mostra a antropologia zubiriana, o amoralismo é um conceito vazio, porque o homem se encontra sempre “protomoralmente” estruturado, com anterioridade ao juízo e aos princípios morais. Tomar a via transcendental de reflexão em vez de considerar os pressupostos pragmáticos do discurso prático e chegar a uma pragmática universal sem buscar uma antropologia acessível à apreensão primordial, na visão de Cortina, é modéstia demais para a ética discursiva. A ética discursiva, até então situada desde o início no plano racional, precisa tomar pé na realidade e perceber seu caráter noérgico, que nos obriga a valorizar, preferir e justificar escolhas.

Tomar pé na realidade para a ética discursiva, na concepção de Cortina, é atender aos atos de fala e aos pressupostos pragmáticos que, em relação à vertente prática, expressam a realidade social de um mundo intersubjetivo gerador de normas. Dessa forma, a lógica do discurso prático poderá apresentar não apenas um critério para avaliar a correção das normas ao propor um procedimento de legitimação, mas também um fundamento dessas normas, o qual seria a própria estrutura da razão. Para tal desiderato, a autora considera necessário que uma dimensão virtuosa seja assumida pela ética procedimental.

A ética kantiana, como uma ética de princípios (enunciados prescritivos universalizados), costuma ser considerada por alguns como oposta a uma ética de atitudes

(virtudes). Este último tipo de ética é aquele que podar lugar ao hábito, ao caráter, ao *ethos*. Cortina (2008, p.222-4) não chega a admitir a reconstrução das éticas procedimentais a partir de uma teoria substancial da vida boa, como quer Taylor. Entretanto, dá razão a este em outro ponto: as éticas procedimentais são baseadas em uma valoração forte. Só se pode responder à pergunta “por que tenho de seguir determinado procedimento” com valorações fortes como “dignidade do homem” (Kant), “acordo racional” (Habermas) ou “conceito kantiano de pessoa” (Rawls). Ora, o princípio da ética discursiva pode ser rechaçado, ainda que tendo em vista as dimensões pragmáticas dos atos de fala, em favor de uma alternativa solipsista. O próprio Habermas admite que são tidos como “moralmente bons” aqueles que, em situações de conflito, mantém a competência interativa, em vez de rejeitar inconscientemente o conflito. Trata-se, como diz Apel, de um compromisso com a razão impossível de ser demonstrado, cujo sentido, na visão de Cortina, pressupõe a percepção de um valor.

A reconstrução de uma ética procedimental a partir de uma teoria substancial da vida boa não é admissível justamente porque as éticas procedimentais estão ocupadas com o universalizável no fenômeno moral, e não com os bens relativos a determinados indivíduos, grupos ou sociedades. Mas a assunção de um elemento valioso pelas éticas deontológicas é necessária para fins de entrelaçamento entre princípios e atitudes, justamente porque o interesse por um valor motiva determinadas atitudes, as quais são idôneas a estimular o hábito e a virtude. Isso significa que a ética procedimental pode contar com um *ethos* universalizável. A identificação de uma origem para este valor exige a reconstrução do que se entende por razão prática. É próprio da estrutura da ação racional tender a um fim, sem o qual não se poderia falar de sentido subjetivo da ação. Porém, no caso da razão prática, a ação por ela regulada não pode ser considerada um meio a serviço de um fim situado fora dela. Ao contrário, a ação inclui o *télos* em si mesma, e é esse momento teleológico incluído na própria ação que faz dela um tipo de ação maximamente valiosa e realizável por si mesma. Leva-nos, portanto, não a uma ética de bens, mas sim a uma ética de valores, atitudes e virtudes (CORTINA, 2008, p. 222-4). “O *télos*, para aqueles que desejem se comportar racionalmente, leva ao *déon*. O momento é deontológico por ser teleológico. [...]. [...] não têm por que ser opções disjuntivas, já que a percepção de um procedimento como valioso gera um *éthos* correspondente” (CORTINA, 2008, p. 224).

Cortina (2008, p.225-6), inspirada em Cubells, recorre a Aristóteles para demonstrar que um deontológico teleológico sempre esteve presente desde a filosofia do ser, passou pela filosofia da consciência e chegou à filosofia da linguagem. Em Aristóteles, as ações humanas são dirigidas para um *télos*, mas a constituição da *práxis* diante da *poíesis* consubstancia um

momento deontológico. Enquanto o fim da produção é diferente dela própria, o fim da ação é, em si, um fim. No primeiro caso, trata-se de *práxis atelés* (*kínesis*). Por sua vez, o segundo caso diz respeito à *práxis teleía*, na qual tendência e fim se identificam em uma simultaneidade temporal.

Isso é o que acontece na *práxis* do homem enquanto homem, isto é, na contemplação: o conhecimento move a vontade, que, por sua vez, desperta um novo desejo. A sucessão entre desejo e felicidade não tem por que ser interrompida, por isso nos encontramos diante de uma atividade contínua. Ao contrário, na atividade em que tendência e fim se dão sucessivamente, alcançar o fim supõe o desaparecimento da tendência. Por isso, aqui, o fim é perfeição e limite da ação. [...]. O conceito de *práxis teleía* ilumina, portanto, o campo prático em toda a sua amplitude: na ética teleológica de Aristóteles, o momento constitutivo da racionalidade do prático é deontológico. (CORTINA, 2008, p.226).

Cortina vê na razão prática kantiana um momento teleológico-deontológico semelhante ao do intelecto prático aristotélico, visto que os imperativos categóricos têm o fim englobado pela própria ação ordenada, enquanto os imperativos hipotéticos submeteriam o preceito a um fim diferente da ação. O imperativo categórico entrelaça o preceito e a vontade de todo ser racional, o que exige a ampliação da concepção dessa vontade como universalmente legisladora, autotélica, um fim em si mesma. Em Kant, há uma convicção de que a razão nos foi dada para produzir uma vontade boa, motivo pelo qual um ser que é um fim em si, absolutamente valioso, tem dignidade e, dotado de capacidade autolegisladora, não deve se submeter a leis alheias. Estabelece-se assim uma ponte entre uma ética procedimentalista e o sentimento, o que exige o cultivo de uma atitude correspondente ao princípio de moralidade, representável: pela forma da universalidade; pelo reconhecimento do fim em si mesmo; e pela concordância de todas as máximas em um reino dos fins.

Naquilo que se refere à proximidade com o sentimento moral, existe entre eles uma gradação: a representação que um homem tem a respeito de si mesmo, ou como fim em si, ou como membro de uma comunidade de seres que são fim em si, está mais próxima do sentimento que a representação da lei em sua universalidade. Talvez seja essa a razão pela qual os termos-ponte entre o princípio e a atitude, os termos “valor absoluto” e “dignidade”, introduzem-se mediante o reconhecimento do fim em si e do reino dos fins. (CORTINA, 2008, p.231).

As éticas procedimentais podem fazer afirmações de valor, as quais possibilitam aos indivíduos e aos grupos se interessarem por esses elementos valiosos. Nesse particular, a ética dialógica habermasiana, caracterizada pela entrada do princípio dialógico no lugar do princípio moral, é constituída por um momento deontico-teleológico, o qual não se encontra mais na consciência, mas sim na linguagem, entendida esta como estrutura do ato de fala. Se

o bem moral em Habermas é a capacidade de preservar a competência interativa em situações de conflito, a bondade moral, agora entendida como uma atitude de disponibilidade para a solução dialogada de conflitos, pode, assim como em Kant, ser predicada da vontade. Boa vontade e formação discursiva da vontade estão em uma relação estreita (CORTINA, 2008, p. 232-3).

Habermas considera que o uso linguístico orientado para o acordo é o modo originário de usar a linguagem. Os efeitos perlocucionários produzidos contingentemente, independentemente dos contextos regulados de modo gramatical, só podem ser alcançados com a ajuda de ações linguísticas quando estas são consideradas como meios dentro do contexto de ações teleológicas que buscam o êxito. Trata-se de um uso parasitário da linguagem orientado pelas consequências, dado que o acordo é inerente como *télos* à linguagem humana. Linguagem e acordo não se comportam reciprocamente como meio e fim. Ao contrário, os conceitos de fala e de acordo interpretam-se reciprocamente, pois só podemos esclarecer o conceito de acordo quando definimos o que significa utilizar proposições com sentido comunicativo. De tal forma, conclui Cortina que o fato de realizar o fim próprio da linguagem é o que confere especial valor à ação comunicativa.

Diante do exposto, uma mudança na mentalidade generalizada não modificaria a estrutura originária da linguagem, o que implica reconhecer a continuidade da solução dialógica de conflitos como o melhor caminho. Seguir sem reservas as metas ilocucionárias do próprio discurso em busca de um acordo pressupõe adotar uma forma de vida transparente e desinteressada, cujos atores estão dispostos a perseguir apenas os interesses conjugáveis com os demais e dialogar com eles sem reservas. Pode-se, então, falar em uma nova teleologia, de caráter moral, em que a linguagem é originariamente encaminhada a alcançar, como fim moral, a conjunção de interesses, a união entre a vontade particular e a vontade universal. O uso correto da linguagem exige a forma de vida moral do homem que quer um universal (CORTINA, 2008, p.234-6).

A forma de vida daquele que busca o acordo é um *éthos* universalizável. Quem aprecia o valor do princípio da ética discursiva se sente impelido a cultivar tal comportamento. Pode-se, assim, conceber uma doutrina da virtude idônea a complementar substancialmente a ética discursiva. Cortina, após apropriar-se analogicamente da descrição de Peirce sobre uma atitude investigativa exigível daquele que busca a verdade, indica quatro traços da dimensão do *éthos* universalizável do “homem com vocação humana”.

Autorrenúncia em face dos próprios interesses e convicções que, em virtude de sua

limitação, obscurecem o caminho rumo à verdade; reconhecimento do direito dos membros da comunidade real de pesquisadores a expor suas próprias descobertas e da obrigação, diante deles, de justificar os próprios achados; compromisso na busca da verdade, porque só se pode encontrá-la por meio dos participantes reais em uma comunidade real, mesmo falível; e esperança no consenso definitivo, que é crítica e garantia dos consensos fáticos e, nesse sentido, ideia reguladora. (CORTINA, 2008, p.237-8)

O princípio da ética discursiva não esgota sua fundamentalidade na norma. Existe uma dimensão ética da argumentação em que reside o reconhecimento de todos os seres capazes de comunicação como pessoas. A norma fundamental dessa ética da argumentação seria aquela formulada por Karl-Otto Apel nos seguintes termos:

Todos os seres capazes de comunicação linguística devem ser reconhecidos como pessoas, visto que em todas as suas ações e expressões são interlocutores virtuais, e a justificação ilimitada do pensamento não pode renunciar a nenhum interlocutor e a nenhuma de suas contribuições virtuais à discussão (CORTINA, 2008, p. 246).

Lembremos, quanto ao problema do pluralismo, que a protomoral serve como sistema de referência para a construção racional de uma moral normativa: os homens tendem à felicidade (autorrealização), alcançável pela apropriação de possibilidades que conduzem a ela. A protomoral não avaliza nem obsta o formalismo kantiano, o princípio de imparcialidade ou o convite ao amor, pois ela não propõe caminhos universais para alcançar a autorrealização, nem dá razão da pretensão de universalidade do fenômeno moral. Os ideais de felicidade pertencem à dimensão do moral e seu inerente pluralismo (ideais distintos de vida sincrônica e diacronicamente considerados). Trata-se de uma caracterização formal comum que conta com o *daímon* de cada homem. A felicidade é entendida aí como realização de um projeto no qual se crê e se espera continuar realizando. Deve, portanto, corresponder ao desejo, à vontade, e ao desenvolvimento de virtudes que a potencializem, motivo pelo qual a ética apenas pode dar conselhos, mas nunca impor concepções de felicidade, o que é coadunável com a relevância do reconhecimento da capacidade autolegisladora do homem pela ética discursiva.

A preocupação de Adela Cortina quanto às limitações da ética discursiva habermasiana na dimensão da realidade é semelhante, em certos termos, à crítica de Arthur Kaufmann (2009, p. 431 e ss.) sobre as teorias do consenso. O autor germânico entende que o modelo discursivo habermasiano considera o consenso como legitimado pela força do melhor argumento, conceito vazio que não estabelece prioridades de conteúdo e pode ser explicado unicamente à luz de características formais do discurso.

A fraqueza da teoria do consenso consistiria, segundo Kaufmann, essencialmente no

fato de ela crer poder dispensar a experiência e o material, o que, inclusive, se coaduna com a mera preocupação com as asserções de verdade (teoria do consenso), e não com a verdade em si (teoria da correspondência). Não é possível garantir o impedimento empírico do agir estratégico. Faz-se necessário, pois, pensar sobre os conteúdos do direito e da justiça. O autor, ao buscar uma superação da teoria habermasiana, não deixa de concordar com esta quanto ao fato de que a verdade (correção), no domínio normativo, se produz não apenas por meio do processo, mas, precisamente, no processo. Entretanto, esse discurso normativo também precisa ter um tema, um “objeto” (em sentido não metafísico-substancial). O consenso, como critério de verdade e correção, deve ser substituído pelo critério de um conhecimento convergente objetivamente (materialmente) fundado a respeito do mesmo “objeto” por vários sujeitos independentes uns dos outros.

Kaufmann adota a posição processual daqueles que conhecem um objeto processual não como algo pré-dado, mas sim como um acontecimento histórico caracterizado pela sua relação com o direito e cujos contornos precisos e concretos só se configuram no decorrer do processo. O objeto a que se refere o discurso sobre a justiça não pode se encontrar nem totalmente dentro nem totalmente fora do processo de determinação do direito, ou seja, é “sujeito” e é “objeto”, da ordem do ser e processual. É o homem, em sentido ôntico-processual, como pessoa, em sentido ontológico-relacional, pois o direito é legitimado sempre pelo fato de garantir a cada um o que lhe compete como pessoa e pela exigência de respeito mútuo. Aqui, o consenso não é o fundamento, mas sim um meio de identificação do direito objetivo correto. Supera-se, então, o pensamento substantivo-ontológico (metafísico), bem como se complementa a teoria discursiva de Habermas com um princípio de convergência, cerne de uma teoria processual materialmente fundada.

As perspectivas agatológica e processual conferem uma fundamentação ontológica para a compreensão dos direitos humanos como aqueles atribuídos a todo homem pelo simples fato de ser homem, ou seja, de, em consonância com a pragmática linguística, ter competência comunicativa ou potencial para possuí-la. Essa caracterização permite a Cortina escapar de uma falácia naturalista e encontrar uma fundamentação normativa dos direitos humanos mediante o princípio da ética discursiva. Todo participante virtual em um discurso prático deve ter certos direitos reconhecidos, direitos estes descobertos pela via da reflexão transcendental, porque todo aquele que argumenta seriamente já os reconheceu. Obviamente, tais direitos são diferentes daqueles efetivamente reconhecidos pelas comunidade concretas de comunicação ao longo da história. Os direitos humanos são exigências cuja satisfação deve ser legalmente obrigada justamente porque sua satisfação é condição de possibilidade para

que se possa falar de “homens” com sentido. Nesses termos, os sujeitos que não apresentem tais exigências ou que, agindo contra sua própria racionalidade, não respeitem os direitos de outros dificilmente poderiam ser reconhecidos como homens. O estatuto normativo dos direitos humanos, pela sua intrínseca relação com a humanidade, acarreta a legitimação de todos os homens para fazê-los valer como direitos, mesmo que não tenham sido reconhecidos como tais pelas legislações correspondentes, o que permite qualificá-los como direitos “morais”, e não “institucionais”.

Exposta nossa perspectiva de fundamentação moral dos direitos do homem, devemos adentrar o problema da abrangência da titularidade dos direitos na comunidade jurídica brasileira, ou seja, à questão da conversão dos direitos “morais” para a linguagem dos direitos “institucionais”, ponto em que a noção de “luta por reconhecimento” de Axel Honneth se faz premente.

3. HONNETH E O DIREITO COMO PADRÃO DE RECONHECIMENTO

Honneth, ao abordar o tema da luta pelo reconhecimento, está a tratar do que costumamos entender como respeito, ou seja, uma atribuição de um valor positivo ao outro, o que gera para este outro, compreendido como autônomo e moralmente imputável, um incremento de autoestima. Tal luta se estende a todos os tipos de minorias, sejam elas de credo, de gênero, de etnia ou qualquer outro tipo, e pode ser travada nas esferas de reconhecimento intersubjetivo.

Em termos sintéticos, pode-se afirmar a existência de três distintas esferas de reconhecimento em Honneth: amor, direito e solidariedade. Grosso modo, a primeira corresponderia à expressão afetiva de uma dedicação (amor, amizade) e desenvolveria a autoconfiança; a segunda consistiria na possibilidade efetiva de reclamar direitos e desenvolveria o autorrespeito; e a terceira estaria ligada à ideia de estima social, com o potencial de desenvolver a autoestima. Para o foco deste trabalho interessa apenas a segunda esfera. Neste contexto, a possibilidade efetiva de reclamar direitos nas dimensões pública e privada é essencial ao desenvolvimento do autorrespeito, e o Estado Democrático de Direito, como evolução moral da sociedade, proporciona um aumento do grau de reconhecimento intersubjetivo dos sujeitos, os quais têm condições de compreender a si próprios como pertencentes à comunidade jurídico-política.

A faculdade de exigir o cumprimento de direitos deve ser abrangente em todos os sentidos. É dizer, a mera ampliação objetiva de direitos, desacompanhada da efetiva ampliação subjetiva de seus titulares (em termos universalizantes) não satisfaz a esfera

jurídica de reconhecimento. A experiência do reconhecimento jurídico exige que o sujeito, concebendo sua ação como uma manifestação da própria autonomia, encare a si próprio como pertencente àquela comunidade em caráter universal, para, assim, respeitar a si próprio, porque merecedor do respeito de todos os outros. Portanto, os direitos não podem ser adjudicados desigualmente em função de grupos sociais definidos por *status* (HONNETH, 2009, p. 195-7).

O caráter de publicidade das prerrogativas jurídicas assume, aqui, relevância fundamental, pois a autoridade que põe as normas jurídicas, com a conseqüente publicidade que as acompanham, ao tornar pública a universalização da titularidade daquele direito, torna públicos tanto o direito quanto a própria equiparação entre seus titulares. Noutras palavras, quando o direito é conferido pela ordem legal, o sujeito não só ganha por si a sua titularidade formal, como também recebe a constatação, por todos os parceiros de interação, de que é um titular, sendo, portanto, um igual. Esta constatação é, em âmbito macro, uma conseqüência fulcral no papel social desempenhado pela Defensoria Pública, instituição que, conforme veremos no próximo tópico, tem papel fundamental na concretização dos direitos reconhecidos pela ordem jurídico-positiva.

4. A DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública, por expressa determinação constitucional, é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. A ela incumbe, como expressão e instrumento do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados. Trata-se de conceito retirado diretamente da Lei Complementar 80/1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública) e que traz elementos que, embora já se tivesse como ínsito à natureza da instituição, só passaram a ser previstos expressamente pela mudança implementada pela Lei Complementar 132/2009.

No que diz respeito ao tema proposto, basta registrar que, malgrado a Lei 11.448/2007 já tenha consagrado a legitimidade da instituição para a Ação Civil Pública, foi a partir de tal alteração que ficou definitivamente consagrada na Lei Orgânica a questão da legitimidade da Defensoria para a tutela coletiva. Não se deve limitar, todavia, a atribuição da instituição na defesa dos necessitados apenas às situações de hipossuficiência econômica. Os contornos constitucionais dados à Defensoria Pública, bem assim as previsões contidas em sua respectiva Lei Orgânica, não permitem tal exegese minimalista. Ao revés, o que deve nortear a análise da atribuição da instituição é a ideia do exercício pleno da cidadania. Daí porque

qualquer vulnerabilidade dá margem à atuação da instituição.

Qualquer cidadão, portanto, enquanto indivíduo, a despeito de sua situação econômica, por integrar alguma coletividade, pode estar sujeito à proteção jurídica da defensoria pública. Nesse sentido é que a instituição encontra-se plenamente legitimada para a defesa de interesses de sujeitos pertencentes a grupos como mulheres em situação de violência, idosos, crianças, estrangeiros, portadores de necessidades especiais, integrantes de minorias religiosas. Ou seja, todos os que puderem se encaixar como grupos sociais em situação de vulnerabilidade, conforme se pretende explicar a seguir.

5. A DEFENSORIA E A DEFESA DOS GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS

Insta registrar, de início, que a defesa de grupos sociais em situação de vulnerabilidade é função institucional da defensoria pública, tal como prevê literalmente a Lei Complementar 80/94, nos seguintes termos:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

Por grupo social não se entenda uma distinção dada por critérios exclusivamente culturais. Não que a cultura (embora seja um conceito vago) não seja um elemento a ser considerado. O conceito de grupo social, todavia, deve ser compreendido de forma mais ampla: como uma coletividade de pessoas unidas por vínculos tais como o reconhecimento de uma identidade formada a partir de uma história, destino ou experiência comum, ou ainda baseando-se em elementos como gênero, raça e etnicidades. Nesse sentido, Gislene Aparecida dos Santos (2012), em interpretação do pensamento de Nancy Fraser, afirma que:

Os grupos sociais incluem, mas não se limitam a grupos culturais. Entre os grupos sociais, estariam aqueles baseados em gênero, raça e etnicidades (além de cultura e religião). O que os torna um grupo social é que formam suas identidades a partir de práticas comuns de vida, pelo reconhecimento de uma história comum e do mesmo status social. A identidade é construída com base na partilha de um destino comum. Um ponto fundamental para entender a noção de grupo social é que sua identificação não é dada pela adoção, consciente, de práticas ou modos de agir, mas pelo modo como é visto pelos outros grupos sociais.

Ademais, em termos de sociedade de massa, a categoria jurídica dos necessitados (e portanto a própria função constitucional atribuída à Defensoria Pública) não se esgota na

necessidade econômica. Ao revés, ao sentido jurídico da hipossuficiência deve, por imperativo, ser atribuída uma conotação que seja adequada às necessidades contemporâneas. Nesse contexto é que surge uma “nova” categoria de hipossuficientes: os carentes organizacionais.

Por carência organizacional entenda-se a questão da vulnerabilidade de pessoas que, enquanto grupos sociais, permaneceriam fragilizados na tutela de seus direitos em face da complexidade das relações sócio-jurídicas da contemporaneidade. São os titulares daqueles direitos coletivos (em sentido amplo) os quais, embora perceptíveis isoladamente pela sua violação, em sentido individual acabam tendo sua tutela obstada por uma série de fatores, jurídicos ou não. Um grupo assim identificado, portanto, decisivamente se encontra em situação de vulnerabilidade.

A tutela coletiva dos interesses transindividuais dos grupos sociais em situação de vulnerabilidade pela Defensoria pública não pode ser encarada, assim, como uma mera possibilidade. A “necessidade de a Defensoria Pública, cada vez mais, desprender-se de um modelo marcadamente individualista de atuação” é, na contemporaneidade, ao revés, uma imposição (SANTOS, 1985, p. 150).

6. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO ARTICULADORA DO DIREITO COMO PADRÃO DE RECONHECIMENTO

Observando o traçado constitucional delineado para a Defensoria Pública, facilmente se nota que tal instituição tem as atribuições e instrumentos jurídicos para efetivar o direito como reconhecimento.

Por certo que, em Honneth, é a violação às expectativas de reconhecimento que dá origem aos conflitos sociais. A intolerância, o autoritarismo e o chauvinismo, enquanto conflitos sociais, por sua vez, proliferam com o aumento da interação e comunicação transculturais. Como faz questão de registrar Fraser (2008, p. 14),

As lutas pelo reconhecimento estão hoje a proliferar apesar (ou por causa) do aumento da interação e comunicação transculturais (...) não fomentam a interação e o respeito entre diferenças em contextos cada vez mais multiculturais, mas tendem antes a encorajar o separatismo e a formação de enclaves grupais, o chauvinismo e a intolerância, o patriarcalismo e o autoritarismo.

A figura da Defensoria Pública surge, neste contexto, como instrumento necessário e potencialmente efetivo para a articulação do direito como padrão de reconhecimento. E mais, não se pode olvidar que, ao menos no caso brasileiro, são mandamentos constitucionais tanto

a efetiva instalação das Defensorias Públicas quanto a efetivação dos próprios direitos em si. Deste modo, não garantir efetividade a ambas previsões é furtar-se à máxima efetividade da norma constitucional (que, como cânone hermenêutico, deveria se impor) para dar à Carta Magna o caráter de mera legislação-álibi, a qual, como diz Marcelo Neves (1994, p. 49-50),

Decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, eis que as variáveis normativo-jurídicas se defrontam com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos [...]. A resolução dos problemas da sociedade dependeria então da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normalizar as respectivas relações sociais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político [...] desempenhando uma função ideológica. Mas parece muito limitada e simplista a concepção que considera, no caso da legislação-álibi, o legislador como quem ilude e o cidadão como o iludido. Em primeiro lugar, deve-se observar que, face à "perda de realidade da legislação" em um mundo que se transforma aceleradamente, confundem-se o real e a encenação, "desaparecem também os contornos entre desejo e realidade", "ilusão e auto ilusão tornam-se indiferenciáveis", de tal maneira que "líderes políticos não são apenas produtores, mas também vítimas de interpretações simbólicas". A legislação-álibi implica uma tomada de papéis sociais tanto pelas elites que encenam, quanto por parte do público-espectador, não podendo ser restringida a atividades conscientes das elites para alcançar seus fins; eis que tentativas de manipulação desse tipo "tornam-se usualmente conhecidas" e tendem ao fracasso. Entretanto, embora seja de relativizar-se os conceitos de manipulação e de ilusão, é evidente que a legislação-álibi pode induzir "um sentimento de bem-estar" ("resolução de tensão"), portanto, servir à lealdade das massas.

A articulação da Defensoria na universalização da efetividade dos direitos, enquanto realização da ordem jurídica como esfera de reconhecimento, pode ter o condão de orientar o pólo (positivo ou negativo) para o qual se direcionariam os obstáculos sociais dos hipossuficientes. Isso porque, aliado a uma Defensoria efetivamente instalada, eficiente e ativa, os desrespeitos cotidianos podem se converter em impulso para a realização de lutas sociais, ao invés de apenas indignação e sentimentos sociais negativos. Ademais, não se espera de nenhum ser humano que haja de modo neutro. Ao revés, toda experiência de desrespeito a pretensões de reconhecimento acaba desencadeando uma reação emocional. O problema é justamente saber se referida potencialidade permanecerá como sentimento da vergonha social ou se se transmutará em uma convicção política e moral.

Os sujeitos humanos não podem reagir de modo emocionalmente neutro às ofensas sociais, representadas pelos maus-tratos físicos, pela privação de direitos e pela degradação, os padrões normativos de reconhecimento recíproco têm uma certa possibilidade de realização no interior do mundo da vida social em geral; pois toda reação emocional negativa que vai de par com a experiência de um desrespeito de pretensões de reconhecimento contém novamente em si a possibilidade de que a injustiça infligida ao sujeito se lhe revele em termos cognitivos e se torne o motivo da resistência política.

[...]

Saber empiricamente se o potencial cognitivo, inerente aos sentimentos da vergonha social e da vexação, se torna uma convicção política e moral depende sobretudo de como está construído o entorno político e cultural dos sujeitos atingidos – somente quando o meio de articulação de um movimento social está disponível é que a experiência de desrespeito pode tornar-se uma fonte de motivação para ações de resistência política (HONNETH, 2009, p. 224)

Nessa conjuntura novamente se sobressai a Defensoria, pelo menos enquanto potencialidade. Isso porque, embora instalada de forma precária no país, a instituição surge como potencial articuladora das demandas dos grupos sociais vulneráveis, de modo a ter aptidão para articular e transformar aquelas demandas em ações positivas.

7. CONCLUSÃO

Este trabalho demonstrou que a efetiva instalação da Defensoria Pública é uma condição catalisadora da assunção do direito como um padrão de reconhecimento. Com Cortina, assumimos uma concepção de cidadania fundada em uma dialética entre autonomia e solidariedade, na qual o indivíduo se autocompreende em uma trama de relações, em que o modo-de-ser é se reconhecer como pertencente à comunidade política do Estado Democrático, instituição política que permite ao homem poder se apropriar das possibilidades que conduzem à felicidade. O exercício de tal concepção de cidadania exige que os conflitos sociais sejam resolvidos nos conformes de uma competência comunicativa e tendo como critério uma legislação que permita aos cidadãos se sentirem reconhecidos como iguais, inclusive no que diz respeito à condição simultânea de destinatários e coautores das leis. Buscamos em Honneth a ideia de que a esfera de reconhecimento do direito consiste na possibilidade de reclamar direitos e desenvolver o autorrespeito, o que exige que o sujeito conceba sua ação como uma manifestação da própria autonomia exercida na comunidade a que pertence. À Defensoria Pública cabe traduzir as demandas oriundas dos conflitos sociais e os sentimentos de vergonha social causados pelo desrespeito em ações sociais positivas, fundadas em uma convicção política e moral. O exercício dessa cidadania pressupõe que qualquer vulnerabilidade dê margem à atuação da Defensoria, e a legitimação da instituição abrange não apenas os cidadãos individualmente considerados, mas também a defesa de

interesses de integrantes de todos os grupos sociais organizacionalmente carentes, de modo a permitir que tais cidadãos cultivem o autorrespeito. Concluímos que a efetiva instalação da Defensoria Pública tem o potencial de criar um agente articulador com possibilidades concretas de transmutar os sentimentos sociais negativos em uma positiva luta social, bem como que a inefetividade da instalação da referida instituição, somada à denegação de reconhecimento dos direitos humanos, constitui uma dupla transmutação da CF/88 em constituição-álibi.

Abstract

This article shows that the actual installation of the Public Defender Service is a condition of realization of the right to a standard of recognition. The Public Defender Service, which is legitimate to act in any situation of vulnerability, including organizational, translates the demands born to social conflicts and feelings of shame caused by disrespect to positive social actions. We state that Citizenship is related to the democratic interaction between human rights and popular sovereignty, in which communicative competence is deontically and teleologically based. We concluded that if Public Defender Service is not installed properly and the recognition of human rights is denied, the Brazilian Constitution of 1988 turns into an alibi-constitution.

Keywords: Public Defender Service; struggle for recognition; citizenship; human rights; deontic-teleological moment.

REFERÊNCIAS

CORTINA, Adela. **Ética sem moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, Vols. I e II**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

FRASER, Nancy. **Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça**, 2008. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 167-190.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. São Paulo: Editora 34, 2009.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. Revista de Processo. São Paulo, n. 37, jan.-mar. 1985.

SANTOS, Gislene Aparecida dos Santos. **As cotas como projeto do multiculturalismo.** In: Reconhecimento, utopia, distopia. Os sentidos da política de cotas raciais. São Paulo. Annablume/FAPESP, 2012.