

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

**DO POSITIVISMO JURÍDICO AO RELATIVISMO
CULTURAL: uma análise crítica**

Marcos Hime Funari

Orientador: Prof. Dr. Sergio Nojiri

Ribeirão Preto - SP
2013

MARCOS HIME FUNARI

**DO POSITIVISMO JURÍDICO AO RELATIVISMO
CULTURAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Filosofia do Direito e Disciplinas Básicas da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sergio Nojiri

Ribeirão Preto - SP

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Funari, Marcos Hime

Do Positivismo Jurídico ao Relativismo Cultural: uma análise crítica / Marcos Hime Funari -- Ribeirão Preto, 2013.

118 p.; 30cm.

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2013.

FUNARI, Marcos Hime. Do Positivismo Jurídico ao Relativismo Cultural: uma análise crítica. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.

Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.

Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.

Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

À Foster...

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de desenvolver uma base conceitual e uma estrutura lógica que fundamentem uma análise comparativa entre ordenamentos jurídicos e práticas culturais distintas, a fim de que seja possível um questionamento crítico referente a estruturas sociais de controle de condutas humanas. Nesse sentido, é rejeitada a abordagem puramente formal e descritiva realizada pelo Positivismo Jurídico, uma vez que essa corrente se restringe a extrair do direito o que lhe é universal, impedindo qualquer valoração. Busca-se, portanto, em sentido contrário, uma abordagem conceitual ampla, por meio da qual critérios são desenvolvidos para possíveis análises comparativas entre mecanismos de controle social distintos. Assim, analisando-se o direito com uma visão mais ampla e interpretando-o conforme contextos socioculturais específicos, por meio de análises casuísticas, é apresentada uma fundamentação teórica para que práticas sociais e ordenamentos jurídicos possam ser estudados a partir de sua eficiência e legitimidade. Considerando o direito como fenômeno social, o qual se relaciona diretamente com organizações culturais e valores morais específicos, busca-se, também, compreender o âmbito normativo dos costumes, a fim de que estes também possam ser objeto de análises comparativas. Assim, considerando o Relativismo Cultural como corrente teórica que nega qualquer objetividade nas análises morais e culturais, também é exposto um posicionamento crítico em relação a essa corrente, por meio do qual se demonstra possíveis critérios neutros para a valoração de práticas e costumes sociais.

ABSTRACT

The present text has the purpose of developing a conceptual base and a logical structure that fundament a comparative analysis between legal systems and distinct cultural practices, making it possible to do a critical questioning about different social structures of human conduct control. In this effort, was left behind the purely formal and descriptive approach of Legal Positivism, once this doctrine limits itself in extracting from law only what is universal, blocking any attempt of valuation. Therefore, contrary to this, a wide conceptual approach is searched, from which standards are developed to help in comparative analysis between distinct social control mechanisms. In this way, observing law from this wider perspective, and by interpreting it according to specific socio-cultural contexts, within casuistic analysis, is presented a logical structure to study social practices and legal systems in relation to its efficiency and legitimacy. Thereby, considering law as a social phenomenon, which interacts directly with cultural organizations and specific moral values, is searched also the understanding of the normative aspects of custom, making them another object for comparative analysis. In essence, once Cultural Relativism is considered to be a theoretical doctrine that denies any objectivity in moral and cultural analysis, also a critical vision of it is shown, aiming to demonstrate possible neutral standards to be used in the valuation of social practices and customs.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
1 FUNDAMENTAÇÃO CONCEITUAL PARA A ANÁLISE COMPARATIVA DE PRÁTICAS JURÍDICAS E CULTURAIS: UMA CRÍTICA INICIAL AO POSITIVISMO JURÍDICO.....	19
1.1 Direito e ordenamento jurídico.....	19
1.2 Norma e ato jurídicos.....	31
2 VALIDADE E LEGITIMAÇÃO: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE AS PRÁTICAS JURÍDICAS E CULTURAIS.....	37
2.1 Validade.....	37
2.2 Legitimidade.....	40
2.1 O aspecto objetivo da legitimidade: uma análise quanto à eficiência das estruturas sociais de controle de condutas humanas.....	46
3 LEGITIMIDADE E ANÁLISE VALORATIVA: CRÍTICAS AO RELATIVISMO CULTURAL E AO POSITIVISMO JURÍDICO.....	51
3.1 Valores moral e cultural: um conceito.....	51
3.2 A análise comparativa de práticas culturais distintas: críticas ao Relativismo Cultural.....	52
3.2.1 O Relativismo Cultural.....	54
3.2.2 Inconsistências lógicas da tese relativista.....	57

3.2.3 O subjetivismo intrínseco do Relativismo Cultural: a inadequação da tese para a solução de conflitos socioculturais.....	66
3.2.4 Contribuições do Relativismo Cultural.....	72
3.3 A solução de conflitos mediante análises comparativas e valorativas: a inadequação da metodologia positivista.....	74
3.3.1 A existência de valores universais mínimos: um possível critério para a análise comparativa de práticas jurídicas e culturais.....	74
3.3.2 A indevida restrição conceitual e metodológica do Positivismo Jurídico: um obstáculo ao desenvolvimento de estruturas mais eficientes na coordenação de expectativas sociais distintas.....	80
4 O ENFAIXAMENTO DOS PÉS DA CHINA.....	83
4.1 A amarração dos pés das meninas chinesas.....	83
4.2 Origem da prática e sua difusão pelo Império Chinês.....	84
4.3 A extinção do costume milenar.....	87
4.4 Conclusões.....	91
4.5 Análise crítica.....	96
5 CASOS ATUAIS E A VIOLAÇÃO DE DIRETOS HUMANOS.....	103
5.1 Análise e avaliação de práticas e sistemas jurídicos vigentes.....	103
CONCLUSÃO.....	113

REFERÊNCIAS	117
--------------------------	-----

INTRODUÇÃO

Compreendendo-se o direito como um efetivo mecanismo social de controle de condutas humanas, por meio do qual práticas sociais mais benéficas e legítimas podem ser continuamente pretendidas, uma nova base conceitual, mais ampla, deve ser desenvolvida no âmbito da Ciência do Direito, justamente para que seja possível uma análise quanto à eficiência dos ordenamentos e sistemas jurídicos.

Nesse sentido, uma abordagem puramente descritiva e formalista deve ser afastada, para que, então, seja cabível um questionamento crítico em relação a práticas e ordenamentos jurídicos específicos, a fim de que, em termos concretos, o direito possa ser utilizado como efetivo meio para o desenvolvimento de estruturas sociais mais eficientes na coordenação de preferências e expectativas distintas.

Portanto, mostra-se necessário, por primeiro, o desenvolvimento de uma base conceitual adequada, a fim de esteja fundamentada uma análise dinâmica do direito, na qual devem ser incluídas, também, abordagens sociológicas. Desse modo, elementos que vão além do aspecto jurídico devem ser, igualmente, analisados, para que, então, diversas facetas do direito restem em evidência.

Para que seja alcançada a essência do direito, quando este é concebido como um fenômeno social que permite o aprimoramento contínuo das estruturas de controle de condutas, critérios de comparação devem ser estabelecidos, o que exige muito mais elementos do que comporta qualquer análise formal e descritiva.

Assim, uma reformulação conceitual e uma abordagem dinâmica devem ser pretendidas, para que, por meio de análises comparativas, contradições existentes em sistemas e mecanismos de controle social possam ser evidenciadas, compreendidas e, conseqüentemente, questionadas.

Justamente nesse intuito, busca-se no presente trabalho uma estruturação conceitual e lógica que sustente essa análise comparativa entre práticas sociais e sistemas jurídicos distintos, nestes sendo incluídos, também, práticas culturais e valores morais.

1 FUNDAMENTAÇÃO CONCEITUAL PARA A ANÁLISE COMPARATIVA: UMA CRÍTICA INICIAL AO POSITIVISMO JURÍDICO

1.1 Direito e ordenamento jurídico

Considerando as inúmeras conceituações atribuídas ao termo direito, pode-se afirmar, genericamente, que direito é todo sistema normativo que, direta ou indiretamente, regula a conduta humana e a vida social. É nesse sentido que Norberto Bobbio, em sua obra *Teoria Geral do Direito*¹, afirma que “a experiência jurídica é uma experiência normativa”; ou seja, a prática do direito configura uma prática normativa, uma prática de regras de conduta. Bem por isso, na mesma obra, Bobbio afirma que “um dos primeiros resultados do estudo do direito é de nos tornar conscientes da importância do ‘normativo’ em nossa existência individual e social²”.

A percepção do mundo como um sistema normativo decorre de qualquer análise histórica-social, na qual, implícita ou explicitamente, estará configurado determinado padrão comportamental, o qual deriva de um sistema normativo. Assim, pode-se afirmar que uma análise histórica compreende uma análise de sucessivos padrões comportamentais, os quais derivam, necessariamente, de uma ordem social, que, por sua vez, é composta por sistemas normativos. É nítida, então, a estreita relação entre ordem social, sistema normativo e padrão comportamental, este último podendo ser um fenômeno social ou um fenômeno puramente jurídico.

Nessa análise, diversos são os autores que utilizam os termos direito e sistema normativo em sentido restrito, relacionando-os apenas à ordem jurídica posta. É, por exemplo, a definição dada por José de Oliveira Ascensão, que afirma que “o Direito é uma ordem da sociedade. Uma ordem e não a ordem, repara-se, porque na sociedade outras ordens operam. O nosso estudo deve ser uma iniciação à ordem

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 3.

² *Idem*, p. 4.

jurídica da sociedade”³. O que se percebe, nessa diferenciação, é que o termo “jurídico” também é usado em sentido estrito.

Todavia, afirma-se desde já, este não será o tratamento adequado para a presente análise, por meio da qual se pretende um estudo abrangente a respeito do direito e de seus componentes. O termo direito, como aqui utilizado, não se restringe apenas a um sistema legal, ao que é positivado como jurídico. Indo além, refere-se a fontes das quais se extraia, direta ou indiretamente, uma regulação de condutas, o que abrange, dentre outras, a moral, a lei, a cultura, o costume e específicos contextos histórico-sociais. Ou seja, o termo direito, nesses moldes, tende a abranger a ordem de fato e, igualmente, a ordem normativa positivada, já ficando claro, nessa abordagem, que não se reconhece uma absoluta separação entre os planos do *ser* e do *dever-ser*.

José de Oliveira Ascensão, na mesma obra acima mencionada, ao analisar o que seria a ordem social, o faz por meio de uma divisão entre elementos fáticos e elementos normativos⁴. Desse modo, a ordem social seria composta por elementos de mero fato (*o ser*) e elementos normativos (*o dever-ser*). Ou seja, ele divide as ações sociais entre as que, de forma natural, ocorrem, e as que, por meio de força normativa, devem ocorrer, configurando sistema jurídico apenas o *dever-ser*.

Com a devida pertinência, ressalta-se que tal diferenciação, quando concebida como algo absoluto, não é levada em consideração na presente abordagem, simplesmente por não lhe ser adequada. Como dito, o que se busca neste trabalho é uma análise abrangente de padrões comportamentais, os quais podem derivar de todo e qualquer mecanismo social que influencie e ordene condutas. Portanto, perde relevância, aqui, uma análise que questione se o direito deriva de uma norma posta ou de um mero costume. Importa, sim, se há uma conduta prevista e vista como adequada, ou então repetitiva, com a qual se relaciona um sistema normativo institucionalizado e um respectivo mecanismo coercitivo, e tal fato, com algumas observações conceituais que ainda serão realizadas, basta para se afirmar que há direito.

Assim, embora no presente trabalho seja reconhecida a separação entre os mundos do *ser* e do *dever-ser*, essa separação é vista como algo tênue, o que destoa,

³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 14.

⁴ *Idem*, p. 30-31.

em grande parte, do formalismo positivista, que concebe tal separação como algo absoluto e universal⁵.

Nesse sentido, a conceituação aqui pretendida, ao menos em parte, se aproxima da Teoria do Direito como Instituição, a qual foi desenvolvida, inicialmente, por Santi Romano. Referida teoria, na análise de Bobbio, ampliou os horizontes da experiência jurídica para além dos limites do estado, fazendo dele um fenômeno social⁶. Ou seja, independentemente de um direito posto, de um Estado legitimado, pode existir a experiência jurídica, e esta se configura em toda organização que vise, ordenadamente, influenciar e coordenar condutas⁷. À conceituação que se chega, nesse ponto, é que a prática jurídica e o direito em si compreendem fenômenos sociais e, justamente por isso, são diversos e dinâmicos.

Indo em sentido contrário à Teoria Estadista, que enxerga o Estado como o ente detentor do poder normativo e, conseqüentemente, do poder de dizer o direito, a Teoria da Instituição amplia o conceito de direito e de sistema normativo. Nos termos do estudo de Bobbio, tal ampliação, e eventual contradição entre as mencionadas teses, restringe-se a uma questão meramente linguística⁸. Isso porque, considerar o direito apenas como o sistema normativo derivado de um ente Estatal, ou, pelo contrário, considerá-lo como toda organização social da qual surja determinada regra de conduta, é apenas uma questão conceitual, de escolha do respectivo doutrinador.

Nessa linha, a Teoria da Instituição, ao conceituar o direito como fenômeno social, simplesmente amplia o conceito de ordenamento jurídico. O direito passa a ser, assim, decorrente de diversos grupos sociais que, organizados e com condutas previamente estabelecidas, configuram diversos sistemas jurídicos. Em sentido contrário, a Teoria Estadista restringe os termos direito e sistema normativo, vinculando-os, necessariamente, a um poder estatal.

Como afirmado, tal divergência se dá em razão de significados diversos atribuídos às mesmas palavras, o que limita ou expande os respectivos conceitos em análise (direito, sistema jurídico etc.). Não existe, portanto, quanto a essa

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 113-114.

⁶ BOBBIO, *op. cit.*, p. 10.

⁷ *Idem*, p. 6-9.

⁸ *Idem*, p. 13

diferenciação, certo ou errado. Existe, sim, maior ou menor pertinência em relação à escolha que é feita e em razão do estudo pretendido. Nas palavras de Bobbio:

Quem afirma que é direito apenas o direito estatal usa a palavra ‘direito’ em sentido restrito. Quem considera, seguindo os institucionalistas, que é direito também aquele de uma associação para delinquir, usa o termo ‘direito’ em sentido mais amplo. Não existe uma definição verdadeira e uma falsa, mas apenas, quando muito, uma definição mais oportuna e uma menos oportuna⁹.

Baseado, então, nessa lógica e visando maior pertinência ao presente estudo, os termos direito e sistema normativo devem ser considerados e tratados como acima expostos, de modo amplo.

Menciona-se, por esclarecimento, que algumas críticas foram direcionadas à Teoria Institucionalista. Como explica Bobbio, por exemplo, tal teoria pressupõe, na análise de Santi Romano, que antes de o direito ser norma ele é organização. Essa premissa é derrubada por Bobbio quando ele analisa que, para haver qualquer organização social, fazem-se necessárias prévias regras de conduta, o que já configuraria norma. Ou seja, antes do surgimento de uma organização social, de uma instituição, ocorre o estabelecimento de um objetivo comum entre os membros da pretendida organização, e então normas são criadas para que de fato aquele objetivo seja alcançado¹⁰.

Nesse ponto, então, tal teoria seria frágil, uma vez que, na realidade, a norma é pressuposto da organização, e não o contrário. Assim, nesse aspecto, seria mais correta a Teoria Normativa¹¹, a qual pressupõe justamente o contrário; ou seja, que para o surgimento da instituição, do ordenamento jurídico, será prévio o surgimento de um conjunto de normas, uma vez que, para essa teoria, “o fenômeno originário da experiência jurídica é a regra de conduta¹²”. Não seria possível, portanto, a criação da organização sem a criação da normatização.

⁹ *Idem*, p. 13.

¹⁰ *Idem*, p. 15.

¹¹ *Idem*, p. 16.

¹² *Idem*, p. 14.

Todavia, ao invés da aparente incompatibilidade entre as teorias Institucionalista e Normativa, se mostra possível, na realidade, extrair uma congruência. O fato de se afirmar que, antes de uma organização, surge necessariamente um sistema normativo, não implica a negação da Teoria Institucionalista. Pelo contrário, continua válida a tese de que uma organização, uma instituição, ainda que não a estatal ou mesmo contrária ao Estado, configura sim direito e sistema normativo, com a ressalva de que “a produção de regras é sempre fenômeno originário, ainda que não exclusivo, para a constituição de uma instituição¹³”.

Nesse ponto, Bobbio, analisando tais teorias, ainda as compara com a teoria do direito como relação jurídica, segundo a qual o direito, originalmente, se configura na relação intersubjetiva. Nessa comparação, em que pese os atritos conceituais existentes, Bobbio destaca a positiva relação que existe entre tais teorias, expondo que:

Pode-se acrescentar ainda a seguinte consideração: as três teorias não se excluem reciprocamente e, portanto, é estéril toda batalha doutrinária para fazer triunfar uma ou outra. Eu diria até que essas três teorias se integram utilmente uma com a outra. Cada uma delas evidencia um aspecto da multiforme experiência jurídica: a teoria da relação, o aspecto da intersubjetividade; a teoria da instituição, o aspecto da organização social; a teoria normativa, o aspecto da regularidade. [...] De resto, dos três aspectos complementares, o fundamental continua a ser o aspecto normativo¹⁴.

De todo o modo, ressalvadas às críticas cabíveis à Teoria da Instituição, bem como as complementações trazidas pelas teorias Normativa e da Relação, a conceituação do direito indo além do direito estatal mostra-se extremamente adequada ao presente trabalho. Como exposto, busca-se aqui uma análise ampla do direito e de seus diversos elementos, o que justifica maior aproximação à Teoria da Instituição. Isso porque, como adiante restará demonstrado, o que se mostra cabível e necessário, em última análise, é a comparação entre sistemas normativos, entre direitos, a fim de que melhores e mais benéficas práticas sociais possam ser colocadas em destaque.

¹³ *Idem*, p. 16.

¹⁴ *Idem*, p. 24.

Bem por isso, para facilitar o estudo e se atingir mencionado objetivo, há de se considerar direito, com algumas observações que ainda serão feitas, como todo padrão comportamental, ordenado, com o qual se vincula um respectivo mecanismo coercitivo institucionalizado, mitigando-se a importância dada à origem desse padrão. Em outras palavras, todo núcleo social do qual derive condutas vistas e esperadas como normais e corretas, em relação às quais se aplica um efetivo mecanismo coercitivo, institucionalizado em um sistema normativo, deve ser considerado como direito.

É o que analisa Bobbio, ainda na análise da Teoria da Instituição, quando explica que, para essa teoria, seria plenamente possível uma organização criada com fins de delinquir configurar ordenamento jurídico, sendo que tal ordenamento não seria menos jurídico do que outros ordenamentos puramente estatais. Seria possível, ainda, que o ordenamento estatal mostrasse-se menos eficiente. Exemplificando tal situação, Bobbio menciona Santo Agostinho, que se referia aos Estados como *magna latrocinia*, criticando o direito por eles criado e imposto¹⁵.

Portanto, nessa consideração, será direito o ordenamento posto, a moral vigente, os costumes, instituições religiosas, dentre outros organismos sociais institucionalizados¹⁶. Consequentemente, será sistema normativo todos os respectivos preceitos que possibilitem e imponham os padrões comportamentais, vinculando-os a mecanismos coercitivos próprios.

Tais direitos, então, tratados como iguais, merecem e devem estar sujeitos às mais diversas comparações, a fim de que práticas sociais possam ser, objetivamente, analisadas. Havendo regras que determinem condutas, independentemente da natureza de tais regras, desde que elas sejam validadas institucionalmente e, em alguma escala, coercitivamente eficazes, há direito e há sistema jurídico, os quais devem ser questionados comparativamente.

¹⁵ *Idem*, p. 10.

¹⁶ O termo *institucionalizado*, conforme definição de Adrian Sgarbi, deve ser compreendido como o resultado de determinadas atividades centralizadas em um mesmo fim (Sgarbi, Adrian. Introdução à teoria do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 40). Seria, desse modo, a entidade (organização) “resultante de necessidades sociais consideradas primordiais, reconhecida e apreciada pelas suas ações ou sistemas voltados à causa pública.” (REZENDE, Afonso Celso. Vocabulário jurídico multidisciplinar. Campinas, SP: Copola Livros, 2002, p. 230).

Ressalta-se, em defesa de tais conceituações, que seria demasiadamente rasa a consideração de direito como apenas o que é positivado e integrante de um sistema, em estrito senso, legal. Nesse sentido, a compreensão de Kelsen, ao analisar o direito e a norma jurídica em seu âmbito formal, restringindo-a ao âmbito do que é puramente estatal¹⁷, não seria, aqui, suficiente.

Do mesmo modo, também é insuficiente a conceituação trazida por Hart, quando afirma que todo sistema jurídico é composto por dois elementos: primeiro, por um conjunto de normas de comportamento fundamentado em um critério último de validade, em relação ao qual há geralmente uma obediência; e, segundo, por normas de reconhecimento que especifiquem os critérios de validade jurídica e por normas de modificação e julgamento que sejam aceitas como eficazes padrões públicos comuns de comportamento oficial¹⁸.

Ainda que tal conceituação seja válida, pois, de fato, tais características são evidenciadas em diversos ordenamento jurídico, não há como restringi-las, rigorosamente, ao que é institucionalizado em um âmbito puramente estatal. Isso, porque, embora esses elementos sejam mais facilmente percebidos nos estados soberanos modernos, tais elementos ainda podem ser verificados em outras estruturas sociais menos complexas.

A estrutura formal positivista, quando desenvolvida por Hart, atribui ao conceito de sistema jurídico uma unificação entre normas primárias (de comportamento) e normas secundárias (de validade, julgamento e modificação), o que traria uma plena separação entre as estruturas descentralizadas “pré-jurídicas” e as estruturas jurídicas propriamente ditas¹⁹. Haveria, assim, uma clara separação entre a fase embrionária do direito e fase na qual ele de fato surge.

Todavia, o que se crítica, aqui, é justamente essa fictícia e rigorosa separação entre o que é direito e o que não é, como se houvesse um momento único no qual determinada estrutura social passasse do estado pré-jurídico ao jurídico. Em termos empíricos, não se verifica essa precisão teórica, motivo pelo qual, neste trabalho, ela é em parte rejeitada. Há, e sempre haverá, estágios intermediários, os

¹⁷ KELSEN, *op. cit.*, p. 53-55.

¹⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 150.

¹⁹ *Idem*, p. 151.

quais, para serem analisados, exigem uma conceituação mais ampla, como aqui se pretende.

Ressalta-se: não há exclusão total quanto à teoria positivista, uma vez que ela coloca em evidência elementos necessários ao estudo do direito; há, sim, algumas rejeições conceituais, simplesmente porque alguns conceitos, quando desenvolvidos pela teoria positivista, mostram-se inadequadamente restritivos. Como afirma Alaôr Caffé Alves:

[...] tirando-se o movimento da norma, exclui-se sua história, o processo de sua formação, seu conteúdo e razão de ser; eliminando-se os momentos de sua própria realidade, tornando-a, por consequência, sempre a mesma em qualquer tempo. É a universalidade abstrata e sem tempo; é a uniformidade morta, sem história e sem movimento. Divergências, contradições e antagonismos são lançados para o obscuro mundo das coisas irracionais [...]. O combate à subjetividade na consideração de um fenômeno, a busca de sua verdade, está na procura de suas articulações e de suas relações de interdependência com o resto do mundo²⁰.

Nesse sentido, os conceitos aqui trabalhados devem ir além da estrutura positivista, aliando-se mais à corrente realista, que, segundo Alaôr Caffé Alves “tende para a forma integrada da abordagem, visando mais explicar o fenômeno jurídico nos planos social e simbólico do que descrevê-lo em sua estrutura racional/formal²¹”.

No âmbito da doutrina positivista e, especificamente na análise de Kelsen, de modo diverso, desenvolve-se uma separação quase que absoluta entre as realidades do *dever-ser* e do *ser*, sendo justamente isso que combate a doutrina realista²², a qual

²⁰ ALVES, Alaôr Caffé. *Dialética e Direito: linguagem, sentido e realidade: fundamentos a uma teoria crítica da interpretação do direito*. Barueri, SP: Manoele, 2010, p. 11.

²¹ *Idem*, p. 12.

²² Aqui, necessária a ressalva de que é preciso cautela nessas grandes linhas de distribuição do pensamento jurídico (ALVES, *op. cit.*, p. 12), havendo inúmeras posições que podem ser qualificadas como *realistas*. A característica que se reconhece como válida, no âmbito dessa corrente, é sua crítica a convicções formalistas da cultura jurídica e sua respectiva busca por uma compreensão do direito como *fato*. Foi nessa busca, por exemplo, que pensadores realistas chegaram a considerar a convicção individual do que é “moralmente obrigatório” como elemento integrante da validade do direito (PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Tradução Ivone C. Benedetti; Revisão técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 212).

questiona essa separação afirmando que o jurídico, em sua essência, decorre do mundo do *ser*²³.

Sem abordar profundamente o mérito dessa questão, pode-se afirmar que a Teoria Realista tem seu mérito na medida em que busca examinar, nos mesmos termos aqui pretendidos, o âmbito prático do direito, vinculando-o continuamente ao mundo dos fatos, à realidade do *ser*. Porém, ressalta-se novamente, pretender tal análise não implica negar uma separação entre os mundos do *ser* e do *dever-ser*, como incisivamente afirma a Teoria Realista²⁴. Aqui, como restará defendido, não se nega que pode haver uma separação entre as realidades fáticas e normativas, mas tal separação, quando entendida como absoluta, só é possível no âmbito de um estudo formal e puramente descritivo, no qual premissas conceituais devem ser cuidadosamente estabelecidas. O que se questiona, portanto, é o radicalismo conceitual do Positivismo Jurídico.

Havendo essa separação, como colocam os positivistas, resta excluído o aspecto ontológico do direito, uma vez que ele fica restrito a uma estrutura puramente teórica e conceitual, relevante apenas no plano epistemológico. Indo além, para que fosse possível a separação pretendida por Kelsen, justamente na lógica de sua pirâmide normativa, em algum momento seria necessário aceitar o pressuposto misterioso da norma hipotética fundamental, a qual transcende ao próprio direito para poder justificá-lo²⁵. Tal análise, então, quando levada ao extremo, é infundada.

Nesse aspecto, com muita precisão, fica claro que, ontologicamente, já em uma análise limite, relativa à concepção do jurídico, o *ser* e o *dever-ser* não são, nem poderiam ser, absolutamente separáveis – há diversos estágios intermediários que não podem ser deixados de lado para alguma outra ciência. Posteriormente, havendo de fato uma norma fundamental e um respectivo sistema jurídico por ela fundamentado, talvez seja possível se afirmar a total autonomia do *ser* em relação ao *dever-ser* - isso ainda no âmbito formal, por óbvio.

²³ *Idem*, p. 278-279.

²⁴ *Idem*, p. 279-303.

²⁵ Conforme explica Alaôr Caffê Alves, “[...] consideramos que uma preposição normativa, de caráter descritivo, não será suficiente para dar conta do conhecimento objetivo do direito em sua principal característica de obrigar objetiva e vinculadamente. Perdemos, de certo modo, a parte do aspecto ontológico do direito, reduzindo-o a uma pura estrutura de sentido, a uma dimensão lógica, relevante no plano epistêmico”. (ALVES, *op. cit.*, p. 290).

A metodologia descritiva demonstra a estrutura de qualquer sistema de regulamentação de conduta já consolidado em uma estrutura estatal complexa. Por isso que deve ser considerada como correta a afirmação de que determinado padrão comportamental, como ordem social normativa, concretiza-se, de modo mais nítido, quando inserido em um sistema coercitivo, o qual, necessariamente, será validado em alguma norma fundamental e hierarquicamente superior às demais. Entretanto, essa mesma afirmação não pode, como fazem os positivistas, justificar uma separação conceitual absoluta entre o que é jurídico e o que não é. Em um primeiro plano, pode ser considerada a análise formal desenvolvida por Kelsen, não para se conceituar o que é direito, mas sim para a validação dos sistemas já considerados como jurídicos. Já em um segundo plano, mais relevante, a valoração dos sistemas analisados é necessária, e então serão imprescindíveis elementos não puramente jurídicos, como busca a Teoria Realista²⁶.

É exatamente fundamentado nesse raciocínio que Alaôr Caffé Alves expõe:

Fazer ciência do direito não é simplesmente buscar o que há de comum, o que existe de universal e uniforme, entre as várias formas de manifestação da norma jurídica durante a história dos controles da vida social, posto que isso explicaria muito pouco do próprio direito como se apresenta a nossa experiência nesse processo. Se o direito é um fato humano e cultural, não pode ele ser tratado como um fato físico, de certo modo igual em toda as partes do planeta. [...] A falta de análise das formas particularizadas – a par de sua universalidade – que as normas jurídicas assumem em determinados contextos históricos e hermeneuticamente circunstanciados impossibilita, decididamente, a utilização adequada e cabal do direito para a solução de controvérsias e conflitos sociais²⁷.

Ou seja, buscando uma análise conjunta do direito em sua totalidade e dos elementos que o compõem, torna-se possível atingir a essência, compreender os diversos movimentos de criação e transformação. Torna-se possível compreender o porquê do direito e sua respectiva eficiência prática, uma vez que a análise passa a

²⁶ ALVES, *op. cit.*, p. 278.

²⁷ *Idem*, p. 30.

estar associada, não apenas à suposta forma universal, mas, também, aos elementos particulares que determinam a existência do direito nas suas mais variadas formas, e então, conseqüentemente, torna-se possível também uma análise objetiva de tais formas. Nessa mesma linha, Alaôr Caffé Alves ainda explica:

Não é compreensível separar o direito de seu amplexo cultural, e este já implica a normatividade, o dever ser em movimento com o ser. Ele igualmente tem, em seu interior, sua própria negação, seu ser outro. O direito se movimenta, transforma-se com a dinâmica do ser social e por isso possui negação ou contradições internas como algo inerente a sua própria natureza²⁸.

Como se observa, a análise estritamente formal e descritiva, nos moldes desenvolvidos pelo Positivismo Jurídico, tem sua validade, uma vez uma que permite se abstrair ao máximo o elemento universal do direito. Permite, ainda, uma compreensão lógica do fenômeno jurídico quando considerado exclusivamente como sistema normativo, sendo exposta sua essência formal. Todavia, tal análise exclui as particularidades que distinguem os diversos ordenamentos existentes e cabíveis na abordagem descritiva, passando a ser o direito um abstrato único e universal.

Assim o sendo, e isto é crucial, fica inviável qualquer análise comparativa, uma vez que já não se observa os elementos diferenciadores. É por isso que a análise descritiva tem a função de se determinar quando e por que há direito, validando-o ao encaixá-lo dentro de uma estrutura teórica; mas mostra-se necessária, posteriormente, para fins socioculturais, a análise comparativa, na qual deverão ser consideradas as particularidades que compõe o todo²⁹.

Portanto, melhor abordagem não há senão a conceituação do direito como fenômeno social, sendo o resultado de organizações institucionalizadas que estabelecem normas de conduta e vinculam tais normas a determinados mecanismos coercitivos, ampliando-o para além dos sistemas legais já positivados no âmbito estatal. É, nesse mesmo sentido, que se atribui maior relevância aos costumes e à cultura, sendo estes a expressão mais nítida do direito como fenômeno inerente às sociedades organizadas, como explica Alaôr Caffé Alves:

²⁸ *Idem*, p. 38.

²⁹ *Idem*, p. 53.

O direito consuetudinário, mais elementar, oferece melhor ilustração para a compreensão do que queremos dizer, pois ele aparece ‘colado’ aos fatos da conduta social, sendo somente visualizado a partir de seu questionamento nos planos dos conflitos e controvérsias jurídicas. De qualquer forma, aqui estamos afirmando que uma relação social, a par de sua feição de suporte material, físico, biológico e cultural dos homens, implica sempre em uma normatividade organicamente inserida nos atos que a constituem. No mundo da cultura, o *dever-ser* marcha sempre integrado com o *ser*³⁰.

Mais adiante, o mesmo autor ainda defende, nos mesmos moldes aqui apresentados:

[...] o caráter válido, porém limitado, relativo e incompleto, do aspecto formal da vida jurídico-normativa, consignando-se sua validade restrita ao nível da forma e entendendo esta como uma parcela operacional e ideal do agir e do pensar, mas não como a verdade toda do agir e do pensar segundo a intenção normativa, a qual não pode prescindir jamais do conteúdo de *ser* para refletir em si mesma o real como realidade³¹.

Portanto, considera-se direito, neste estudo, as inúmeras, possivelmente infinitas e diversas formas institucionalizadas de articulação de conduta humana, das quais derivam o *dever-ser* social, este entendido em sentido abrangente. Considerar-se-á o todo, o sistema normativo em âmbito formal associado aos seus elementos e suas respectivas peculiaridades, das quais resultam os mais diversos norteadores de condutas humanas, o que deve aproximar as realidades do *ser* – a conduta de fato, e do *dever-ser* – a conduta formalmente pretendida. Ou seja, havendo contexto social organizado - instituição que, mesmo de forma mínima, concretize um mecanismo coercitivo para determinada prática e padrão social, haverá direito e ordenamento jurídico. Como consequência, será pertinente sua comparação com outros ordenamentos, para que tal análise comparativa permita o destaque de práticas sociais possivelmente mais benéficas que outras que lhe são similares.

³⁰ *Idem*, p. 39.

³¹ *Idem*, p. 50.

1.2 Norma e ato jurídicos

Tendo sido conceituado direito e ordenamento jurídico, cabe, na mesma linha desenvolvida, a conceituação referente a norma e ato jurídicos. Conforme já exposto na análise dos termos direito e sistema normativo, havendo organização social, instituição e um respectivo mecanismo coercitivo, dos quais decorra um padrão comportamental, há sistema jurídico, há direito. Assim, depreende-se que a norma, quando conceituada como jurídica, necessariamente decorre de um processo de organização social institucionalizado, ressaltando-se, novamente, que o termo instituição deve ser compreendido de forma abrangente, indo além das instituições estatais e das validadas por um direito posto.

Seria, então, norma jurídica, toda orientação da qual resulte uma conduta humana, desenvolvida em determinado contexto social e relacionada, necessariamente, a um respectivo mecanismo coercitivo institucionalizado. Havendo o elemento da organização social e a consequente força coercitiva, dos quais resultem um padrão de conduta visto e aceito como correto, poder-se-á, então, considerar a existência de uma norma jurídica³².

Em coerência com os conceitos anteriormente trabalhados, o termo coerção, do mesmo modo, não deve ser restrito a um mecanismo social que, explicitamente, direcione e ordene condutas. Pelo contrário, o termo pode e deve abranger qualquer mecanismo que influencie determinada prática social e contribua para a existência de um padrão comportamental, ainda que isso ocorra de modo indireto e implícito. Nesse sentido, valores morais e religiosos serão tidos como mecanismos coercitivos, sendo, na essência, semelhantes, por exemplo, à força policial.

Nesse ponto, deve ser estabelecido um recorte, a fim de que, em termos práticos, seja possível se determinar quando a norma é, ou não, jurídica. Para tanto, mostra-se extremamente útil o estudo desenvolvido por Kelsen, com as mesmas ressalvas já feitas em relação a tal estudo. Na análise Kelseniana, desenvolve-se a ideia de que uma norma e um ato, para serem considerados como jurídicos, devem estar

³² BOBBIO, *op. cit.*, p. 181.

inseridos em um “sistema de normas, em um ordenamento social”, devendo existir, ainda, a correspondente conduta social que atribua ao ato e à norma reconhecimento objetivo³³.

Ou seja, o direito sendo um sistema normativo, um ordenamento social, globalmente reconhecido por seus respectivos sujeitos, atribui à norma e ao ato, quando jurídicos, sentido objetivo, o qual é reconhecido, de modo amplo, pelos integrantes do sistema³⁴. Assim, a qualidade jurídica da norma, bem como do ato, depende do reconhecimento pelo sistema no qual ela está inserida, devendo esse reconhecimento ser estável e minimamente duradouro. Consequentemente, então, pode-se afirmar que da norma jurídica, ou do ato jurídico, decorre um *dever-ser* em sentido objetivo, ao qual se relaciona, necessariamente, um mecanismo coercitivo. O *dever-ser*, objetivamente considerado, apenas se configura porque decorre de uma norma jurídica válida, que, por sua vez, apresenta fundamento em um sistema normativo, este inaugurado na norma hipotética fundamental.

Desenvolvendo a clássica pirâmide normativa, então, Kelsen qualifica como jurídico apenas o ato que objetivamente nela está inserido e hierarquizado. Nesse ponto, é dada grande relevância a atos coercitivos que, em igual modo, estando inseridos no sistema jurídico, contribuem para o sentido objetivo de *dever-ser* dar normas e atos jurídicos. Nessa lógica, Kelsen expõe:

Quer dizer: atribuímos ao ato do tribunal o sentido objetivo de uma norma individual e, assim, consideramos ou interpretamos como tribunal o grupo de indivíduos que pôs o ato. Isto fazemo-lo nós porque reconhecemos no ato do tribunal a efetivação de uma lei, isto é, de normas gerais que estatuem atos de coerção e que consideramos como sendo não só o sentido subjetivo, mas também o sentido objetivo de um ato que foi posto por certos indivíduos que, por isso mesmo, consideramos ou interpretamos como órgão legislativo. E fazemos isso porque consideramos o ato de produção legislativa como a realização da Constituição, isto é, de normas gerais que, de conformidade com o seu sentido subjetivo, conferem àqueles mesmo indivíduos competência para estabelecer outras normas gerais que estatuem atos de coerção. [...] Esta norma

³³ KELSEN, *op. cit.*, p. 52.

³⁴ *Idem.*

é – como mais tarde se verá melhor – a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual³⁵.

Nesse estudo, ainda é considerada, como elemento relevante para se caracterizar a norma como jurídica, a questão da eficácia, no sentido de que, no correspondente espaço territorial do sistema jurídico, sejam aplicados apenas os atos coercitivos derivados do próprio ordenamento. Assim, embora seja feita a ressalva de que validade normativa não se confunde com eficácia normativa, Kelsen afirma que “pode existir uma relação essencial entre essas duas coisas – que uma ordem coercitiva que se apresenta como Direito só será considerada válida quando for globalmente eficaz³⁶”.

O que se percebe, então, é que a norma, quando jurídica, está inserida e fundamentada em um amplo sistema normativo, no qual há mecanismos coercitivos, aceitos globalmente, que trazem eficácia e, conseqüentemente, validade à norma. Como resultado, tem-se o *dever-ser* objetivo, jurídico³⁷. O que é colocado em evidência é que a norma jurídica e seus respectivos meios de coerção devem ser eficazes, na medida em que, no espaço territorial de abrangência do respectivo sistema normativo (normalmente território do estado soberano) impossibilitem a execução de outros meios de coerção não jurídicos. Assim, Kelsen expõe:

Se esta ordem de coação é limitada no seu domínio territorial de validade a um determinado território e, dentro desse território, ela é por tal forma eficaz que exclui toda e qualquer outra ordem de coação, pode ela ser considerada como ordem jurídica e a comunidade através dela constituída como “Estado”, mesmo quando este desenvolva externamente - segundo o Direito internacional positivo – uma atividade criminosa³⁸.

Em parcial concordância com a análise desenvolvida por Kelsen, compreende-se, para o presente estudo, que as mencionadas conceituações referentes ao o que é “jurídico”, no sentido de *validade*, mostram-se coerentes. Nesse sentido,

³⁵ *Idem*, p. 50 - 52.

³⁶ *Idem*, p. 51 - 52.

³⁷ *Idem*, p. 52.

³⁸ *Idem*, p. 53.

conforme exposto, deve ser reconhecido que a norma, quando considerada como jurídica, de fato deve estar inserida em um sistema normativo e relacionada a mecanismos coercitivos eficazes, devendo, ainda, ser considerada como objetivamente válida pelos integrantes do respectivo sistema.

Todavia, em que pese essa concordância com a conceituação trazida por Kelsen, ressalva-se que, na consideração deste trabalho, um sistema normativo amplo e com eficácia plena em determinado território, tido como válido por seus integrantes, não obsta que outros sistemas, internamente, configurem-se, inclusive com mecanismos coercitivos e normas próprias, também sendo, na essência, jurídicos. Para se conceituar norma jurídica, relacionando-a a um sistema também jurídico, não há vinculação quanto à ideia de um monopólio quase que absoluto do poder coercitivo, ao ponto de que ele seja exercido e reconhecido de forma a excluir todo e qualquer outro mecanismo coercitivo, os quais, segundo a corrente positivista, já não seriam integrantes de um sistema normativo jurídico³⁹.

Defende-se, portanto, a existência concomitante de diversos sistemas jurídicos, os quais terão mecanismos coercitivos próprios, mais ou menos abrangentes e eficazes. Há, nesse sentido, uma tendência a se aceitar o pluralismo institucional do qual decorra diversos sistemas jurídicos, igualmente válidos⁴⁰. Nesse aspecto, a presente abordagem se divorcia, com evidência, da análise realizada por Kelsen e pela doutrina positivista como um todo⁴¹, quando tendem a vincular o aspecto do jurídico a um Estado Soberano⁴². Assim, ainda que haja uma concordância quanto à lógica formalista desenvolvida por Kelsen, deve ficar claro que ela é considerada indevidamente restrita e, por isso, apenas parcialmente reconhecida neste trabalho.

É o que já se afirmou anteriormente, no sentido de que núcleos sociais institucionalizados, ordens religiosas, dentre outros grupos sociais, quando organizados, com o desenvolvimento de padrões comportamentais e mecanismos coercitivos próprios, configuram sim um sistema jurídico, o qual terá validade, do mesmo modo, em uma norma fundamental. Exemplificando, pode-se afirmar que uma ordem religiosa, institucionalmente organizada, com regras de conduta específicas, as quais são reconhecidas como válidas por seus membros e relacionadas a um

³⁹ *Idem*, p. 53.

⁴⁰ BOBBIO, *op. cit.*, p. 10 e 303.

⁴¹ KELSEN, *op. cit.*, p. 53.

⁴² BOBBIO, *op. cit.*, p. 270.

mecanismo coercitivo – por exemplo, um valor moral tido como absoluto - configura um sistema jurídico. Consequentemente, teremos a existência de normas também jurídicas. Nesse sentido, sendo feita tal consideração, há, sim, um afastamento em relação à Teoria Positivista, principalmente quando desenvolvida por Kelsen.

Consequentemente, o que se verifica, nesse raciocínio, é a possível existência, simultânea e em um mesmo espaço territorial, de diversos sistemas e normas jurídicos, que, sob o aspecto formal, não terão distinções. Além disso, serão válidos no mesmo nível, uma vez que, em relação a seus respectivos membros, serão considerados como vinculantes. É justamente isso que se busca no presente trabalho: trazer para o mesmo plano de validade inúmeros e diversos sistemas e normas, que, sendo considerados igualmente como jurídicos, poderão então ser objeto de comparações, a fim de que práticas sociais que se mostrem mais benéficas do que outras possam ser colocadas em destaque.

Isso porque, a fim de que o direito, como ciência, possa de fato ser um mecanismo de solução de conflitos sociais, é necessária a análise comparativa. Do mesmo modo que a economia, como ciência, desenvolve-se constantemente por meio de análises comparativas entre diversos sistemas econômicos, para fins de verificação quanto à sua eficiência, o direito deve ser analisado no todo, por meio de inúmeras comparações entre os mais diversos sistemas normativos. Para isso, os elementos socioculturais, as práticas sociais, deverão ser considerados como direitos válidos e, sem juízo de valor subjetivo, serem comparados em termos de eficiência.

Nesse ponto, no qual foi defendida a existência concomitante de normas e sistemas jurídicos distintos, um problema lógico que decorre é a possível existência de conflitos entre tais sistemas e normas⁴³. Seria o caso, por exemplo, de uma organização social que passasse a ser considerada como criminosa pelo Estado na qual ela está inserida. Diante de tal situação, por óbvio, surgiria um conflito, do qual provavelmente resultaria a afirmação de apenas um desses sistemas, desses direitos. O que se veria, na prática, seria a imposição de um sistema em relação ao outro, até que se configurasse, no respectivo âmbito territorial, a execução exclusiva dos mecanismos coercitivos de um dos sistemas.

⁴³ *Idem*, p. 304.

Tal situação ensejaria, conseqüentemente, uma discussão quanto à existência de possíveis níveis de legitimidade de direito, para então se determinar qual ato, qual sistema normativo, seria válido e considerado como jurídico, o que será analisado posteriormente. O que se pretende, inicialmente, é tão somente se comprovar que, uma vez existentes os elementos necessários à configuração de um sistema normativo jurídico, este deve ser considerado como tal, ainda que conflite com outros. Novamente, fica em evidência a proposta de analisar o direito de modo abrangente, o que interfere, necessariamente, nos respectivos conceitos desenvolvidos.

Como já exposto, para que uma análise comparativa seja imparcial e representativa, faz-se necessário, primeiramente, colocar em idênticos patamares os elementos que estarão sujeitos à comparação. Ou seja, a fim de viabilizar a comparação entre sistemas jurídicos, premissas que os coloquem em níveis iguais devem ser estabelecidas, sendo exatamente isso que é feito aqui. Posteriormente, então, a análise comparativa deve trazer, ou tentar trazer, as práticas sociais que, como mecanismos de regulação de conduta humana, provem-se mais adequadas.

2 VALIDADE E LEGITIMAÇÃO: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE AS PRÁTICAS JURÍDICAS E CULTURAIS

2.1 Validade

Conforme exposto anteriormente, o direito, como aqui tratado, vai além do que de fato é positivado no âmbito de um Estado Soberano, do que, em estrito senso, configuraria um sistema legal. Nesse sentido, foi exposto que uma descrição puramente formalista não condiz com o objeto do presente estudo, que, em última análise, busca fundamentação conceitual para se justificar uma necessidade universal de se comparar práticas socioculturais distintas. Mostra-se necessária, portanto, na perseguição de tal objetivo, uma análise quanto ao que seria o direito legítimo em contrapartida ao que seria o direito válido.

Assim, primeiramente, quanto à validade de um sistema normativo, a fim de que este seja considerado como jurídico, já foi demonstrado que, uma vez restando configurados os elementos que caracterizam a existência de um direito e de um sistema normativo jurídico, estes devem assim ser considerados, válidos, independentemente de qualquer juízo de valor que venha a ser feito. Até esse ponto, referente especificamente à juricidade dos sistemas normativos e dos atos neles desenvolvidos, foi utilizada, em parte e com ressalvas e críticas importantes, a teoria descritiva desenvolvida por Kelsen, nos termos da corrente positivista.

Cabe ressaltar novamente: embora haja uma concordância em relação à corrente positivista, no sentido de que validade não se confunde com qualquer valoração moral, foi defendida uma significação mais abrangente dos termos direito e sistema jurídico, o que já não pode ser enquadrado na estrutura conceitual desenvolvida pelo Positivismo Jurídico, uma vez que essa corrente vincula o termo direito, necessariamente, à existência de um Estado Soberano como modernamente concebido.

Desse modo, o que se defende neste trabalho, em suma, é que, uma vez estando a norma inserida em um sistema normativo institucionalmente válido, com mecanismos coercitivos próprios, os quais são reconhecidos globalmente por seus respectivos membros, fazendo configurar, assim, um determinado padrão

comportamental (uma estrutura cultural imperativa), deve-se atribuir validade a esse conjunto normativo, o qual será considerado como jurídico.

É exatamente isso que defende Kelsen, com a ressalva de que, para ele, tal ordem, quando jurídica, é vinculada a um Estado Soberano⁴⁴, enquanto que, no presente estudo, a ordem jurídica é vinculada a um processo de institucionalização, o qual, embora possa significar também um Estado Soberano moderno, não necessariamente o será. Portanto, independentemente da abrangência conceitual que aqui se aceita, verifica-se que, no âmbito puramente formal, não há espaço para qualquer juízo de valor. Por meio desse raciocínio, afirma-se, reiteradamente, que deve ser atribuído o mesmo grau de validade a todo e qualquer sistema jurídico, justamente porque, a partir de então, quando colocados em igualdade os mais diversos sistemas normativos (direitos), será possível uma análise comparativa técnica e justa, a qual deve permitir que práticas sociais (também culturais) mais benéficas sejam colocadas em evidência.

Especificamente nesse ponto, referente à forma e à conseqüente validade dos sistemas normativos, Kelsen faz uma abordagem adequada. Ao considerar a necessidade de uma norma jurídica ser minimamente eficaz e duradoura, a fim de estabelecer a paz na comunidade jurídica, ele deixa claro que não cabe à ciência do direito, ao constatar essa eficácia normativa, qualquer reconhecimento de um valor de justiça⁴⁵. Nesses termos, pode-se afirmar que o que constitui o direito é, essencialmente, sua validade⁴⁶, a qual estará, de alguma forma, relacionada à sua eficácia⁴⁷.

Ou seja, a valoração de uma ordem jurídica, como, por exemplo, em correta ou incorreta, moral ou imoral, não se confunde com os respectivos elementos que a caracterizam como jurídica. A mera constatação de que um sistema normativo é estável e eficaz não implica reconhecimento de qualquer valor de justiça, sendo esta a *pureza* pretendida e alcançada por Kelsen⁴⁸. Nessa lógica, um valor de justiça não se mostra como um meio hábil para se diferenciar os sistemas entre jurídicos e não

⁴⁴ KELSEN, *op. cit.*, p. 51-52.

⁴⁵ *Idem*, p. 54-55.

⁴⁶ BOBBIO, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁷ KELSEN, *op. cit.*, p. 51-52.

⁴⁸ *Idem*, p. 1 e 54.

jurídicos⁴⁹, o que deve ser feito mediante a análise de requisitos formais, nos moldes aqui já trazidos.

Nesse sentido, quando se utiliza a justiça como critério, a fim de se permitir, ou não permitir, a designação do sistema normativo como direito, já não se tem ciência jurídica. Exemplificando, caso justiça fosse um critério de validade, então as normas de um sistema capitalista jamais seriam direito sob a ótica do ideal comunista de direito, e as normas de um sistema comunista jamais seriam direito sob a ótica do ideal capitalista de direito. Deve-se ter em mente que o conteúdo de uma norma válida, ao ser considerado como injusto, não minimiza, nem deveria minimizar, o aspecto de validade dessa norma⁵⁰.

Ou seja, a validade de determinado sistema normativo se relaciona à configuração de requisitos formais, jamais ao conteúdo do que é normatizado. Já a valoração do sistema como justo ou injusto implica análise comparativa entre um ideal e uma situação de fato, o *deve-ser* e o *ser*. Portanto, não deve ser confundida a análise quanto à justiça de um sistema jurídico com a análise quanto a sua validade⁵¹.

No entanto, conforme restará comprovado, a simples constatação de que direito e moral são algo distintos, no sentido de que a validade dos sistemas normativos está restrita a critérios formais, não exaure o estudo que deve ser feito do direito, e aqui deve ser iniciada uma crítica mais aprofundada ao Positivismo Jurídico. Quando é atribuída à Ciência do Direito a responsabilidade de buscar mecanismos de controle social (coordenação de preferências sociais e expectativas de conduta diversas e antagônicas) mais adequados e eficientes, por meio de estudos comparativos, a análise puramente formal e descritiva passa a representar uma pequena parcela da abordagem que deve ser feita. Nesse sentido, por não permitir qualquer valoração e, conseqüentemente, análises comparativas, a metodologia positivista já não se mostra suficiente para uma real compreensão do direito, quanto este é concebido como mecanismo de aprimoramento contínuo das formas de controle de condutas, o que justifica críticas a esta corrente, conforme se busca neste trabalho.

⁴⁹ *Idem*, p. 54.

⁵⁰ *Idem*, p. 55.

⁵¹ BOBBIO, *op. cit.*, p. 26.

2.2 Legitimidade

Passada a análise relativa à validade da norma e do sistema jurídico, o que se fez em parte conforme uma metodologia descritiva e formalista, mostra-se necessária a análise quanto à legitimidade do direito. Aqui, necessariamente, a forma deve ceder espaço ao conteúdo, o que já implica valoração do objeto a ser estudado - o direito e suas mais diversas formas expressão. Já se busca, neste ponto, justificar objetivamente a constante comparação entre sistemas jurídicos, a fim de que seja possível afirmar que há práticas jurídicas mais adequadas que outras, simplesmente porque se mostram mais legítimas e eficientes.

É nesse aspecto que se afirma que o Positivismo Jurídico, apesar de ter o mérito de extrair do direito o que lhe é universal, mostra-se inadequado para compreendê-lo como efetivo mecanismo social solucionador de conflitos. Quando a pretensão passa a ser a compreensão do fenômeno da convivência social e o porquê das formas de regulamentação, a valoração, por consequência, passa a ser necessária; e, ressalta-se, tal valoração não será, necessariamente, subjetiva. Assim, passa a ser compreendida a ideia de se buscar no direito, continuamente, um mecanismo de controle de condutas cada vez mais adequado à manutenção de um bem-estar social e de uma estabilidade nas relações humanas.

Analisando-se, em termos práticos, o quanto uma ordem social mostra-se estável e capaz de gerar um convívio harmonioso entre seus respectivos membros, por meio de determinados mecanismos que congreguem interesses sociais distintos, pode-se afirmar a eficiência, ou a não eficiência, de tal ordem, de tal sistema normativo. Justamente nesse ponto cabe a diferenciação, aqui adotada, entre legitimidade e validade do sistema normativo, nos termos a seguir expostos.

O estudo relativo à legitimidade, conforme aqui pretendido, encontra respaldo teórico, em grande parte, decorrente de uma análise sociológica. Remetendo-se à corrente contratualista, especificamente à teoria de Rousseau, pode-se desenvolver a ideia de que a sociedade configura uma grande rede de comunicação entre preferências individuais e coletivas⁵².

⁵² Cf. GUIBOURG, Ricardo A. *Pensar en las normas*. Buenos Aires: Eudeba, 1999, p. 185-195.

Tal ideia, inicialmente, decorre do fato de que toda organização social, por ser formada por indivíduos com pretensões e objetivos particulares, deve estar relacionada a algum de mecanismo de coordenação de preferências sociais distintas. Isso simplesmente porque todo ser humano tem desejos, o que nada mais é do que uma expectativa em relação a um fato futuro. Ou seja, todo indivíduo tem uma preferência por um estado de coisas futuro, uma expectativa de realizações, e essas preferências individuais devem ser coordenadas, adequadamente, na prática do convívio social.

Assim, conforme determinado contexto, uma preferência individual pode ser relevante ao ponto de influenciar outras preferências individuais e, desse modo, influir diretamente em sua própria realização. Ou seja, nessa hipótese, na qual a preferência de determinado indivíduo é socialmente relevante (em razão de seu poder econômico, político etc.), uma decisão individual, baseada na respectiva preferência de quem toma a decisão, pode influir diretamente na produção do estado futuro que é pretendido⁵³.

Já em uma situação diversa, pode ocorrer que a satisfação de uma preferência individual, a qual não se mostra socialmente relevante, dependa de condutas externas alheias, as quais são motivadas pelas respectivas preferências de quem decide por elas. Nessa hipótese, para que então seja exercida uma influência para a realização do estado futuro pretendido pelo indivíduo, ele deve, primeiramente, influenciar preferências de outros indivíduos⁵⁴. Cabe analisar aqui, especificamente, essa segunda hipótese, na qual a preferência de um indivíduo, para que seja realizada, depende da preferência de outros indivíduos. Ou seja, o estado futuro pretendido por determinado indivíduo depende de uma prévia influência na preferência de terceiros.

Tal influência pode ocorrer, primeiramente, por mera imposição, desde que haja alguma espécie de força social que permita isso. Nesse caso, um indivíduo, temendo a imposição de outro indivíduo, agiria de acordo com a preferência deste. Já em uma segunda hipótese, não havendo força para a imposição, um indivíduo pode ser persuadido a tomar determinada decisão, quando lhe é demonstrado que a decisão a ser tomada lhe é benéfica, apesar de ser benéfica também para o outro. Ou seja, a decisão pretendida por um indivíduo, apesar de ser benéfica à preferência de um terceiro, também lhe é favorável, o que justifica sua realização.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.*

Todavia, pode ocorrer ainda outra situação, e é o que se verifica com maior frequência, na qual um indivíduo, dependendo da preferência de um terceiro para a realização de sua própria preferência, não tenha força impositiva, tampouco a capacidade de persuasão. Nessa hipótese, o que se verifica é que há, então, uma oferta, de um indivíduo a outro indivíduo, para que este tome uma decisão que beneficie aquele – há um acordo de vontades relativo a uma troca de preferências.

Assim, um indivíduo, ofertando determinada conduta, que muitas vezes vai em sentido contrário a suas preferências individuais, exige uma conduta específica de outro indivíduo, a qual sim é favorável a suas preferências. Aqui, o benefício ofertado, no mesmo sentido da ameaça de um prejuízo (na hipótese da imposição por meio da força), introduz na realidade fática uma modificação capaz de afetar as preferências alheias⁵⁵. Nas palavras de Ricardo A. Guibourg, é o recurso de “inyectar motivos artificiales en el razonamiento del outro⁵⁶”.

Quando essa troca de preferências, mediante oferta e exigência de condutas, é restrita a dois indivíduos, tem-se basicamente um contrato privado. Já quando a troca abrange determinado grupo social, no qual há uma convergência de preferências, com múltiplas concessões e exigências, há, então, uma rede de compromissos semelhantes. É o que ocorre quando a preferência de um indivíduo envolve a conduta de todos os outros membros do grupo social no qual ele está inserido. Assim, tal indivíduo, presumindo que os outros membros também tenham alguma preferência semelhante, que inclui sua própria preferência individual, oferta determinada conduta em troca de uma conduta do restante do grupo. Se é ofertado algo ao grupo, no caso uma conduta, é porque se espera que haja uma série de ofertas semelhantes, o que, sendo constantemente aceito, leva a um interligação de diversos compromissos. É a clássica visão, desenvolvida por Rousseau, do contrato social⁵⁷.

⁵⁵ Adrian Sgarbi, analisando os modos de realização das “relações sociais”, explica que estas sempre comportam algum nível de poder, nos sentido de que os contatos sociais significam, ainda que de modo mínimo, influências e reações entre indivíduos (SGARBI, *op. cit.*, p. 35).

⁵⁶ GUIBOURG, *op. cit.*

⁵⁷ Guibourg explica que a denominação *contrato social* tem um aspecto metafórico, por meio da qual se faz referência à convergência de condutas (e fundamentos de condutas) praticadas no meio social (GUIBOURG, *op. cit.*, p. 188). Já de modo mais preciso, Jonathan Hernandes Marcantonio expõe que “Ao mesmo tempo que a liberdade detém em Jean-Jacques Rousseau um caráter dúplice, *assim também o é em seu respectivo aspecto racional. Este, além de possuir elementos que dão ao homem os benefícios e malefícios da dúvida, também lhe entrega a capacidade de aperfeiçoamento. É esse aperfeiçoamento racional que leva o indivíduo de Jean-Jacques Rousseau do Selvagem para o Cidadão. (...) A desigualdade dos homens é formatada por essa capacidade racional de aperfeiçoamento que, uma vez em ação, individualizada mais e mais a ponto exigir paradoxalmente sua coletivização mediante a*

Nessa lógica, quando há uma prática de condutas convergentes, em relação às quais se comunicam os respectivos fundamentos, os membros do grupo no qual as condutas são praticadas passam a utilizar tais fundamentos como diretrizes e, com base nelas, passam a emitir um juízo de valor referente às condutas praticadas no grupo, reprovando-as ou ratificando-as. Posteriormente, quando tais diretrizes e condutas passam a ser vistas como consensuais, criando determinado costume, passa-se então a ser considerada a existência de uma norma, uma regra⁵⁸.

Ou seja, havendo convergência entre os fundamentos de condutas sociais diversas, esses fundamentos tendem a configurar diretrizes, as quais passam a ser utilizadas como critério para a valoração das próprias condutas desenvolvidas naquele contexto social. Cria-se um padrão de análise de condutas, o qual permitirá uma reprovação ou uma aprovação⁵⁹.

O que se verifica, portanto, é que núcleos sociais desenvolvem mecanismos capazes de garantir estabilidade às interações humanas, o que é feito por meio de diretrizes sociais que passam a ser aceitas homoganeamente. Para Tercio Sampaio Ferraz Junior, essas diretrizes seriam as expectativas normativas, que se impõem conforme seus respectivos níveis de institucionalização⁶⁰. Ou seja, são expectativas gerais quanto às condutas que possivelmente serão realizadas naquele contexto social, as quais, ao se fundamentarem em preferências sociais supostamente homogêneas, passam a ser consideradas como corretas (legais).

Nesse sentido, uma vez que a existência concomitante de expectativas normativas opostas tende a abalar a estabilidade do sistema social, esta passa a ser controlada por meio de instituições, as quais, ao fazerem prevalecer determinada

necessidade de se garantir a *propriedade privada*. Assim, a virtude do homem de Jean-Jacques Rousseau tornou-se um vício que impeliu o homem a uma necessidade de construção da sociedade civil". (MARCANTONIO, Jonathan Hernandes. *Direito e controle social na modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 71).

⁵⁸ GUIBOURG, *op. cit.*

⁵⁹ Jonathan Hernandes Marcantonio, primeiramente expondo, como determinante da dinâmica social, que "as ações humanas seguem padrões referenciais de comportamento, que se caracterizam por sua repetitividade, bem como a vida social, aqui na forma primitivamente conceituada de agrupamento de indivíduos", também afirma que "Em todo o caso, a sociedade se estrutura por mecanismos e moldes de adequação e controle sociais representando, *a priori*, uma forma de assegurar o desenvolvimento daquele ordinário, que se mantém na ordem, ou seja, *os normais*, e identificar e remoldar os *desordenados*, que não se comportam conforme as ordens, ou seja, *os anormais*." (MARCANTONIO, *op. cit.*, p. 176).

⁶⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 111.

expectativa normativa, exprimem uma presunção de expectativas globais quanto às interações que ocorrem no respectivo meio⁶¹.

Ressalta-se, neste ponto, que afirmar que a norma traduz a vontade geral ou a preferência de um grupo é mera figura de linguagem. Quando se diz que determinado grupo A, em determinado tempo B, tem preferência por determinado estado de coisas C, quer dizer-se, na realidade, que em determinado tempo B, determinado grupo A, que se presume ser relevante socialmente, tem preferência em relação ao estado de coisas C, cuja relevância social também se presume expressiva⁶².

Nessa lógica, conforme cada contexto social, não necessariamente a norma representará a vontade geral do grupo. Inclusive, pelo contrário: não há nessa rede de trocas contínuas de preferências qualquer mecanismo eficiente ao ponto de garantir que a norma represente a vontade geral, tanto porque dificilmente existirá uma vontade efetivamente geral – a probabilidade de existir um consenso absoluto quanto a qualquer demanda social é ínfima.

Todavia, independentemente da expressão social que é refletida na norma, pode-se afirmar que cada indivíduo que compõe o grupo oferece determinada conduta para dele fazer parte, justamente a fim de obter condutas semelhantes dos demais membros, as quais darão forma à própria norma. Assim, é altamente provável que cada membro do grupo disponha de uma preferência particular em razão do cumprimento da conduta normatizada.

É aceitável então, como condição para se adentrar ao grupo, que haja um ônus para o indivíduo ingressante. Tal ônus, por diversas vezes, quando pesa demais ao indivíduo, o leva a transgredir a norma posta pelo grupo, apesar de ele continuar a preferir que os demais membros mantenham a conduta previamente acordada. Ou seja, a partir do momento que temos, necessariamente, um custo para que o indivíduo faça parte de determinado grupo, a existência de situações de transgressão é inevitável.

Em suma, o que se extrai dessa análise é que o direito se mostra como uma expressão da preferência social. Aqui, embora haja uma carga de subjetividade em relação a qual seria efetivamente a preferência social, justamente porque ela pode ser imposta por uma parcela restrita do grupo, seria excessivo afirmar que não há, nessa

⁶¹ *Idem*, p. 111.

⁶² GUIBOURG, *op. cit.*

faceta do direito, um reflexo da realidade. Isso porque, em primeiro lugar, as instituições sociais, quando minimamente democráticas, levam em consideração as preferências individuais, ainda que de modo genérico, quando institucionalmente decidem. Além disso, também porque nenhuma tirania, por mais severa que se apresente, seria viável sem a existência de um mínimo de consenso ou acatamento social, ainda que tal consenso seja qualitativo.

Ou seja, se percebe nesse sistema de coordenação social a lógica do surgimento de uma norma, a qual representará, de algum modo, um reflexo da realidade da qual ela é originária. Essa mesma lógica também se aplica, evidentemente, aos valores morais e aos costumes, que, como já exposto, serão tratados como normas jurídicas (desde que presentes os requisitos de validade, por óbvio). Justamente por isso, o direito, como mecanismo solucionador de conflitos, se mostra vantajoso, na medida em que explicita as diretrizes de conduta que quem exerce o poder atribui às preferências sociais, tornando-as públicas. Assim, quando tais diretrizes de fato correspondem a uma preferência social, os respectivos mecanismos coercitivos e, principalmente, o exercício do poder, mostram-se legítimos⁶³.

Verifica-se, assim, que o compromisso social é reafirmando, constantemente, por meio de uma pluralidade de relações sociais, as quais são identificadas na reprodução permanente da vida material e cultural da sociedade⁶⁴.

É o que explica Tércio Sampaio Ferraz Junior, em raciocínio semelhante, quando afirma que a norma inaugura uma relação comunicativa de autoridade, na qual o emissor prescreve determinada conduta ao receptor. Assim, segundo Tércio Sampaio, para que essa relação de fato seja válida e configure uma norma, o emissor deve estar socialmente respaldado por terceiros, a fim de que seja reconhecido como uma autoridade institucionalizada; ou seja, deve estar em conformidade com diretrizes sociais que, em alguma medida, representam um consenso⁶⁵. Nessa análise, as normas se diferenciam em razão de seus diversos níveis de institucionalização, sendo basicamente expectativas de conduta já cristalizadas no âmbito das instituições sociais.

Ora, o que se coloca em evidência, nessa análise, é exatamente a ideia de que a norma deve representar alguma preferência social, justamente para que seja

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ ALVES, *op. cit.*, p. 262.

⁶⁵ FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 107-108.

considerada como tal, para que seja legítima. Ressalta-se que isso significa, tão somente, que a norma representa alguma preferência social, e não *a preferência* ou *a vontade de maioria*, como metaforicamente costuma ser afirmado. Por isso que não há como se negar, nesse aspecto, que as normas variam em termos de legitimidade e, conseqüentemente, de eficácia, conforme representem uma preferência social mais, ou menos, institucionalizada. Portanto, existindo tal variação, automaticamente passa a existir a possibilidade de comparação entre normas e sistemas jurídicos. Indo além, Tércio Sampaio ainda expõe que, com base no critério da institucionalização da norma, ela pode ser afirmada como jurídica ou não jurídica⁶⁶.

Ora, nesse sentido, resta em evidência a possibilidade de uma análise comparativa entre normas sistemas jurídicos opostos, sendo exatamente isso que se pretende neste trabalho. Do mesmo modo, considerando a inclusão dos costumes culturais e dos valores morais no âmbito do direito, estes também se tornam passíveis de comparação.

2.2.1 O aspecto objetivo da legitimidade: uma análise quanto à eficiência das estruturas sociais de controle de condutas humanas

Conforme exposto no tópico anterior, percebe-se que a valoração da norma pode ser a simples mensuração do quanto ela corresponde a uma preferência social, e isso é feito objetivamente. Por isso que atribuir valor moral a uma norma, muitas vezes, não é atribuir valor moral ao conteúdo da norma em si, mas, tão somente, verificar se esse conteúdo corresponde a alguma preferência social. Nesse ponto, e isso deve ser ressaltado, não se nega a possibilidade de uma norma ser, em relação a seu conteúdo, moral ou imoral. Obviamente, desde que sejam estabelecidos critérios de moralidade, uma norma pode ser caracterizada como moral ou imoral, mas esta já seria uma segunda análise.

O que se pretende expor aqui, primeiramente, é a necessidade de se verificar o quanto uma norma corresponde a determinada preferência social, a fim de se aferir, por consequência, sua legitimidade. Havendo correspondência entre uma norma e uma preferência social, pode-se afirmar que a norma se mostra legítima,

⁶⁶ *Idem*, p. 108.

sendo a recíproca verdadeira. Do mesmo modo, não havendo qualquer correspondência entre norma e preferência social, a transgressão passa a ser legítima e, conseqüentemente, em última instância, deixa de ser transgressão. Essa valoração é a premissa para se aceitar a obrigação de se cumprir a norma, sendo que há, obviamente, diversos níveis de aceitabilidade.

Quando, por meio de uma valoração do sistema jurídico, verifica-se uma correspondência minimamente aceitável entre as condutas normatizadas e as respectivas preferências sociais, pode-se crer na obrigação de cumprir o que determina o sistema jurídico, uma vez que este será, ainda que em grau mínimo, legítimo. Evidentemente, considerando as infinitas preferências individuais que podem existir, atingir o consenso absoluto - pretender que seja de fato alcançado uma única preferência social - se mostra utópico. Todavia, afirmar que toda e qualquer valoração é viciada por um subjetivismo intrínseco também se mostra equivocado.

Considerando-se diversos sistemas normativos, igualmente jurídicos e, portanto, válidos, devem ser questionados seus respectivos graus de legitimidade, conforme correspondam, ou não, a uma preferência social. Exatamente nessa lógica, valores culturais, práticas sociais e costumes devem, igualmente, corresponder a uma efetiva preferência social, podendo ser analisados comparativamente. Tal análise, como aqui se pretende demonstrar, não será subjetiva.

Ou seja, nesse ponto, uma relação extremamente importante é delineada: expandindo-se o conceito de norma jurídica às práticas culturais e morais, estas também podem ser percebidas como expressão de um mecanismo social de coordenação de preferências individuais e coletivas. Conseqüentemente, sendo a prática moral e cultural o resultado de uma coordenação de preferências sociais, elas podem ser analisadas, igualmente, sob o aspecto da legitimidade.

Portanto, o que se verifica é que uma comparação entre práticas culturais e valores morais distintos pode ocorrer de forma objetiva, desde que o critério da legitimidade, como aqui desenvolvido, seja utilizado. Com base em uma análise semelhante, afirma Alaôr Caffé Alves que a norma, apesar de ser homogênea quanto ao seu âmbito de obrigatoriedade, uma vez que toda norma comporta um aspecto de vinculação, apresenta múltiplos níveis de força imperativa⁶⁷, justamente em razão de

⁶⁷ ALVES, *op. cit.*, p. 261.

seu grau de institucionalização, por meio do qual o comando se impõe à consciência do indivíduo.

Exemplificando, quando se afirma que uma prática cultural A se mostra melhor que uma prática cultural B, tal afirmação não configura, necessariamente, um mero juízo de valor subjetivo. Por óbvio, quando o fundamento de tal afirmação é apenas uma crença individual - um ideal referente ao que seria a melhor prática, a análise fica restrita ao campo da subjetividade. No entanto, quando essa mesma afirmação é fundamentada em uma análise comparativa, por meio da qual se identifica a prática cultural que expressa mais adequadamente uma preferência social, ela deixa de estar restrita ao campo da subjetividade. Do mesmo modo que uma lei, em estrito senso, reflete uma realidade social, uma prática cultural também o faz.

Nesse aspecto, pode ser indagado, em relação a uma prática cultural, qual preferência social ela reflete. Consequentemente, ainda pode ser indagado que grupo social, ou que aspectos sociais, dão relevância a essa preferência social ao ponto dela ser refletida em uma prática cultural. Continuamente, pode ser colocado em evidência o porquê de uma prática cultural, e então ela pode ser analisada sob o âmbito de sua eficiência como mecanismo coordenador de preferências e expectativas de condutas distintas.

Para se utilizar o direito como efetivo instrumento solucionador de conflitos sociais, essa lógica é imprescindível. Do contrário, não sendo estabelecido um critério objetivo de comparação, toda e qualquer análise passa a ser relativa e significará apenas uma opinião. O direito (o âmbito jurídico de uma sociedade), assim como as diversas práticas culturais e valores morais que se desenvolvem em estruturas sociais, deve ser interpretado e compreendido como instrumento de organização social, o qual, por sua essência, deve buscar um bem-estar mínimo, justamente na medida em que disciplina as relações entre preferências sociais antagônicas⁶⁸.

⁶⁸ Conforme já mencionado, é de modo semelhante que Tercio Sampaio Ferraz Jr. expõe que “Partimos da ideia de que os sistemas sociais desenvolvem mecanismos capazes de garantir dinamicamente certa estabilidade às interações humanas, cuja seletividade está sempre sujeita à contingência. Expectativas normativas, assim, garantem *duração* às interações, em face da simples passagem do *tempo*, que modifica, torna contingente as expectativas em jogo nas interações sociais. Para garantir aquela estabilidade, porém, não bastam as expectativas normativas, posto que sempre haverá mais normas que o suportável. Por isso, encontramos nos sistemas sociais um segundo mecanismo estrutural, a institucionalização, que confere a certas expectativas normativas uma preeminência. Com isso, a contingência de várias expectativas normativas contrapostas, que afetam a estabilidade do sistema, (...) é controlada por meio de instituições,

Sob esse aspecto, uma prática cultural, ainda que não configure uma norma jurídica (como muitas vezes pode configurar), também deve ser interpretada como um instrumento de organização social, porque, igualmente, coordena e disciplina relações entre preferências sociais distintas. O que se percebe é que, por traz de toda forma de regulação de conduta humana, há uma tentativa de se conciliar interesses conflitantes e, muitas vezes, opostos, e tal tentativa pode ser analisada e avaliada sob o âmbito de sua eficiência.

Existindo qualquer tentativa de se atingir um mínimo de harmonia entre interesses opostos – bem-estar e estabilidade social, essa tentativa se mostrará mais ou menos eficiente na medida em que ela de fato permita essa harmonia. Tal verificação, empírica, não comporta, necessariamente, meros juízos de valores quanto ao que seria um bem-estar de fato desejável. Pelo contrário, ela comporta uma constatação fática de que determinado sistema social se mostra mais ou menos adequado do que outros, por permitir ou restringir uma coordenação de preferências sociais que ocorra de modo estável.

Quando o objeto do estudo passa a ser os mais diversos arranjos sociais, por meio dos quais os homens buscam manter e desenvolver as melhores condições para o contínuo desenvolvimento da espécie, não há como se negar uma análise objetiva quanto à eficiência desses arranjos, os quais são construídos por meio de sistemas normativos, práticas culturais e valores morais. Consequentemente, todos esses elementos podem, igualmente, mostrarem-se mais ou menos eficientes na persecução dos objetivos para os quais foram criados.

Afirma-se, assim, que a legitimidade de um sistema jurídico, bem como de práticas culturais e valores morais, deve estar relacionada, primeiramente, às preferências sociais desenvolvidas no sistema e, posteriormente, à sua eficiência como mecanismo de coordenação e controle dessas preferências (expectativas de conduta). Nesse âmbito, a análise deixa de ser subjetiva, já que critérios neutros, constatados empiricamente, passam a ser estabelecidos para a comparação.

isto é, expectativas presumidas a respeito das expectativas globais e anônimas dos outros, dos terceiros, em face das interações que ocorrem.” (FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 111).

3 LEGITIMIDADE E ANÁLISE VALORATIVA: CRÍTICAS AO RELATIVISMO CULTURAL E AO POSITIVISMO JURÍDICO

3.1 Valores moral e cultural: um conceito

Conforme reiteradamente afirmado, mostra-se necessária uma fundamentação teórica da qual decorra a conclusão de que valores morais e culturais, assim como sistemas jurídicos, são passíveis de comparação. Nesse sentido, ao se pretender a comparação entre valores culturais e morais, é porque se defende a tese de que há práticas culturais melhores do que outras, o que pode e deve ser verificado no plano da objetividade, ao ponto de trazer resultados não relativos.

Por óbvio, considerando que, em alguma medida, essa mesma pretensão configurou justificativas para atos de atrocidades, como, por exemplo, o regime da escravização sistemática de africanos e afrodescendentes na América e, mais recentemente, a agressiva perseguição nazista aos judeus, há receios quanto a qualquer tese que sustente a existência de práticas e valores culturais mais adequados do que outros⁶⁹.

Tal receio é plenamente justificável e, de fato, a pretensão de se afirmar que determinada prática cultural mostra-se mais adequada do que outra pode ensejar a ideia da existência de superioridade entre raças e povos distintos. Exatamente por isso, tal análise comparativa deve ser feita no âmbito da objetividade e nos estritos termos da base conceitual que a fundamenta, sob o risco de mostrar-se inadequada ao objetivo que lhe é atribuído, qual seja, colocar em destaque estruturas de controle social que se mostrem mais eficientes na coordenação de preferências e expectativas de condutas distintas.

Em razão desse rigor conceitual que deve ser observado, mostra-se necessário, antes de se buscar a comparação entre valores morais e culturais, conceituá-los como tais. Portanto, previamente devem ser definidos os conceitos, para

⁶⁹ Nghia Hoang expõe que “The formal colonized and less developed countries have viewed the universal perspective of human rights as a new form of the ‘new imperialism’, which the band names were such as cultural imperialism. Consequently, universalism has been heavily criticized by such as cultural imperialism. Critics have charged that universalism perpetuates colonist practice, and that it is nothing but Western moral imperialism.” (HOANG, Nghia. *Human Dignity and Freedoms: Global and Universal Values Of Human Right*. Communist Journal, v. 35, n. 664, p. 01-54, 2008, p. 18).

que então esteja delimitado o objeto a ser examinado, o que se faz, a seguir, com os termos *valor moral* e *prática cultural*, respectivamente.

O termo “moral”, em aspectos doutrinários, muitas vezes é conceituado como uma relação de dualidade⁷⁰. Assim, para se afirmar que algo é moral, é porque necessariamente deve existir seu oposto imoral. Ou seja, a moral pode ser interpretada como um valor, uma qualificação baseada em determinados critérios, a qual serve para caracterizar o agir do homem⁷¹.

Nesse sentido, quando se afirma, por exemplo, que mentir é imoral, é porque existem valores que atribuem à honestidade o caráter de dever moral. A moral nada mais é, então, do que um conjunto de valores que guiam e norteiam a vida em sociedade, configurando, assim, uma dimensão da ética, quando esta é considerada como “fazer o que o que deve ser feito ao outro” na vida social⁷².

Desse modo, considerando essa conceituação sobre a moral, pode-se entender que os valores culturais compreendem uma moralidade, na medida em que, igualmente, são valores que conduzem, em algum nível, a vida social. Em suma, então, pode ser afirmado que valor, seja moral ou cultural, é uma diretriz social, uma orientação de condutas, ainda que essa orientação ocorra em escala mínima. Conseqüentemente, então, uma prática cultural configura-se no efetivo exercício de um valor considerado socialmente relevante; ou seja, determinada diretriz social. É, portanto, a reafirmação contínua de uma moral desenvolvida em determinado contexto social.

3.2 A análise comparativa de práticas culturais distintas: críticas ao Relativismo Cultural

Constatado que práticas culturais configuram, também, o exercício de valores morais, sob esse aspecto elas podem ser analisadas. Inclusive, exatamente isso

⁷⁰ NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 238.

⁷¹ O termo *moral*, mais precisamente, pode ser conceituado como “uma codificação das regras, leis, normas, valores e motivações que governam o agir e a conduta humana.” (CABRAL, Roque et al. (dir.). *Logos: enciclopédia luso-brasileira de filosofia*. v.3. São Paulo: Verbo, 1999, p. 956).

⁷² APPIAH, Kwame Anthony. *O código de honra: como ocorrem as revoluções morais*. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 14.

que foi verificado quando analisado o processo de surgimento de uma norma, tópico no qual exposto que esse processo configura a evolução de uma preferência social ao status normativo, ao plano jurídico. Nesse sentido, ainda foi demonstrado que valores morais e práticas culturais, bem como as normas jurídicas, são, necessariamente, uma expressão da realidade social, uma vez que explicitam algum consenso quanto às expectativas de conduta existentes no respectivo meio.

Em suma, então, já restou afirmado que a moral, a norma jurídica e as práticas culturais são referências relativas a expectativas de condutas, diferenciando-se entre si conforme seus respectivos níveis de institucionalização, por meio dos quais serão mais ou menos eficazes e vinculantes⁷³. Ou seja, são práticas sociais que, em diferentes níveis, influenciam condutas humanas, refletindo uma realidade e coordenando preferências sociais, e sob esse aspecto é possível, sim, a análise objetiva.

O que se percebe, nessa análise, é que as práticas sociais representam determinado valor, determinada expectativa de conduta, a qual sempre apresenta uma razão social de existir. Portanto, deve ser minimizada a ideia de que práticas culturais e valores morais são em sua própria essência relativos, o que levaria à conclusão de que não há como serem analisados objetivamente, como afirma a corrente teórica denominada de Relativismo Cultural⁷⁴.

Conforme adiante se demonstra, referida corrente teórica, ao adotar esse posicionamento, no sentido de que valores morais e práticas culturais não comportam qualquer análise objetiva, além de incorrer em inconsistências lógicas, simplesmente inviabiliza a decidibilidade de conflitos socioculturais. Havendo uma estrutura de valores que ganha o status de moralidade, passando assim a conduzir a vida em sociedade, essa estrutura pode ser compreendida objetivamente, de modo que sejam identificados os respectivos fatores sociais que a fundamentam e lhe atribuem relevância. É justamente essa compreensão da moralidade que pode facilitar a solução de conflitos e permitir um aprimoramento das formas de controle social, como a seguir é demonstrado.

⁷³ Kelly Walsh, de modo análogo, expõe a visão de William Graham Sumner, segundo o qual os costumes (“mores”) diferenciaram-se dos usos populares (“folkways”) justamente em razão de serem mais coercitivos, uma vez que são associados a sanções políticas, culturais e religiosas (WALSH, Kelly. *Moral Absolutism: A Response to Relativists*, University of New Hampshire, 2010, p. 73. Disponível em: <<http://cola.unh.edu/philosophy/dialectic/dialectic-spring-2009>>. Acesso em: 22 out. 2013.).

⁷⁴ BLUMENSON, Eric D. *Cultural Relativism* (2011). Encyclopedia of Global Justice, Springer, October 2011; Suffolk University Law School Research Paper n. 12-56. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2192655>>. Acesso em 21 out. 2013.

3.2.1 O Relativismo Cultural

Segundo os relativistas culturais, não há como se verificar a existência de uma verdade universal, a qual seria simplesmente um mito. Para essa corrente, o que se verifica, em termos de padrões sociais, é a existência de costumes e valores morais infinitamente distintos e igualmente válidos⁷⁵, os quais não poderiam ser analisados objetivamente, pois, para que de fato fosse possível essa análise, deveria haver um padrão universal de comparação, o qual não existe⁷⁶. Nesse sentido, ideais de justiça e moral seriam relativos, pois apenas poderiam ser afirmados de acordo com específicos contextos sociais; ou seja, não haveria como ser verificada qualquer verdade, seja normativa, seja moral, que superasse o pluralismo sociocultural⁷⁷.

Exemplificando essa linha de raciocínio, James Rachels expõe a ideia desenvolvida pelo sociólogo William Graham Sumner, segundo o qual:

A maneira certa é maneira que os antepassados utilizavam e nos foi transmitida. A tradição é a sua própria garantia. Não está submetida à verificação pela experiência. A noção do que é certo está nos hábitos do povo. Não reside além deles, não provém de origem independente, para os pôr à prova. O que estiver nos hábitos populares, seja o que for, está certo. Isto é assim porque são tradicionais, e por isso contêm em si a autoridade dos espíritos ancestrais. Quando abordamos os hábitos populares a nossa análise chega ao fim⁷⁸.

Fica em evidência, nesse trecho, um radical posicionamento que muitas vezes é adotado para se justificar o Relativismo Cultural. Conforme se observa, o relativismo busca evitar o conflito entre visões e crenças contrárias, validando posicionamentos antagônicos por meio de suas respectivas contextualizações⁷⁹. Ou

⁷⁵ WALSH, *op. cit.*, p. 69.

⁷⁶ RACHELS, James. *Elementos de Filosofia Moral*. Tradução de F. J. Azevedo Gonçalves. Lisboa: Gradiva, 2004, p. 33-55.

⁷⁷ BLUMENSON, *op. cit.*

⁷⁸ RACHELS, *op. cit.*

⁷⁹ WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of philosophy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985, p. 156.

seja, um eventual atrito entre posicionamentos morais distintos seria, na realidade, apenas uma diferença de percepção, mas não um conflito moral em si, já que a moralidade não comportaria qualquer certeza ou verdade.

Nesse sentido, observa-se que o relativismo é estruturado em duas partes: primeiramente, considera um conflito como algo apenas aparente, demonstrando que, por meio de contextualizações, posicionamentos contrários podem ser igualmente válidos e, portanto, compatíveis; posteriormente, o relativismo busca explicar por que, aparentemente, haveria algum conflito⁸⁰. Assim, explica a corrente a relativista que supostos conflitos (posicionamentos morais e práticas culturais contrárias) apenas evidenciam interpretações distintas, as quais se validam nos seus respectivos contextos sociais. Ou seja, nessa lógica, não haveria conflito, mas apenas a utilização de critérios diferentes para a análise de uma mesma situação, o que acarretaria na suposta divergência.

Normalmente, para se comprovar essa linha argumentativa, no sentido de que não haveria um padrão universal que permitisse a comparação objetiva entre práticas culturais opostas, motivo pelo qual entre elas não poderia haver qualquer conflito, os relativistas se valem de exemplos práticos⁸¹. Um caso muito ilustrativo, relatado por Heródoto, em *História*, menciona o choque cultural verificado por Dário, um rei da antiga Pérsia, quando esteve em contato com os calatinos, uma tribo indiana⁸².

No relato, é narrado o costume dos calatinos de se alimentarem dos cadáveres de seus pais, o que era visto com repúdio pelos gregos, os quais tinham o costume de cremar os mortos em rituais funerários. Dário, então, intrigado com esse conflito cultural, reuniu alguns calatinos na presença de alguns gregos, perguntando aos gregos o que achavam da ideia de comerem os mortos e perguntando aos calatinos o que achavam da ideia de queimá-los. Tanto os gregos quanto os calatinos ficaram perplexos com a pergunta que lhes foi dirigida, respondendo que jamais poderiam agir daquela forma.

O que esse caso ilustra é justamente a ideia de que culturas diferentes apresentam códigos morais diferentes; ou seja, algo que em determinado contexto

⁸⁰ *Idem*, p. 157.

⁸¹ WALSH, *op. cit.*, p. 70.

⁸² RACHELS, *op. cit.*

social pode ser considerado correto pode também ser repudiado em outro. O que seria correto, alimentar-se dos mortos ou queimá-los?

Outro exemplo, este mais atual, diz respeito aos esquimós, dentre os quais o maior grupo é o chamado Inuíte. Os inuítes, que vivem basicamente no extremo norte do planeta, especificamente na Groenlândia e na América do Norte, apresentam alguns costumes muito diferentes dos costumes praticados na cultura ocidental moderna.

Por exemplo, os homens inuítes muitas vezes têm relações fixas com mais de uma mulher, sendo ainda que as compartilham com convidados, concedendo-as em sinal de hospitalidade. Além disso, na comunidade, um homem dominante muitas vezes exige e obtém regularmente relações sexuais com as esposas de outros homens. Já as mulheres, por sua vez, têm a liberdade de se separarem de seus maridos, relacionando-se com outros parceiros. Ou seja, essa prática dos esquimós em nada se assemelha ao instituto do matrimônio como é desenvolvido em grande parte da cultura ocidental.

Todavia, não apenas em relação ao casamento e às práticas sexuais que os esquimós se diferenciam da atual cultura ocidental. A prática do infanticídio, por exemplo, é extremamente comum. Knud Rasmussen, um dos primeiros exploradores que teve contato com os esquimós, narrou que conheceu uma mulher que, dentre os vinte filhos aos quais ela havia dado à luz, dez haviam sido mortos na ocasião do nascimento. Knud ainda relatou que os bebês do sexo feminino estão mais sujeitos à prática, o que ocorre mediante mera escolha dos pais, sendo que isso não acarreta qualquer repercussão negativa no âmbito social. Do mesmo modo, é comum na prática dos esquimós que pessoas idosas sejam abandonadas pelo grupo, sendo deixadas no frio e na neve para morrerem solitárias⁸³.

Por óbvio, como se percebe, os costumes dos esquimós diferem muito de grande parte dos costumes ocidentais, o que, supostamente, levaria à conclusão de que não há valores compartilhados entre os esquimós e as sociedades ocidentais modernas. Nesse sentido, poderia se extrair dessa lógica, como fazem os relativistas, que culturas distintas apresentam códigos morais distintos, não havendo, portanto, objetividade na

⁸³ *Idem.*

moralidade. Ou seja, qualificar algo como certo ou errado depende de determinado contexto social, o que resulta em mera opinião, que, por sua vez, é relativa.

É exatamente isso que embasa o Relativismo Cultural, corrente esta que afirma, como princípio, que crenças e condutas individuais são determinadas por aspectos culturais, devendo apenas assim ser entendidas⁸⁴; ou seja, relativamente. Em uma primeira abordagem, talvez o Relativismo Cultural se mostre como uma teoria fundamentada em uma consistente linha argumentativa. No entanto, já em uma análise mais aprofundada, algumas incongruências lógicas dessa corrente podem ser verificadas, o que justifica sua rejeição neste trabalho, conforme adiante se demonstra.

3.2.2 Inconsistências lógicas da tese relativista

(a) A existência de valores idênticos em práticas opostas

Já em abordagem crítica do Relativismo Cultural, algumas incoerências lógicas devem ser questionadas. Assim, primeiramente, um aspecto a ser colocado em evidência é que a conclusão alcançada por essa corrente, qual seja, que “não há verdade objetiva nas questões morais”, não decorre da premissa posta, que é “culturas distintas apresentam códigos morais distintos⁸⁵”. Diferentemente da conclusão extraída, o simples fato de haver diferença de opinião, por si só, não leva à conclusão de que não haja uma verdade referente ao objeto da divergência⁸⁶. Não basta, para se afirmar que não há verdade quanto à moralidade, a simples demonstração de que existe divergência quanto ao o que é moral. Analisando-se outras questões temáticas, isso fica muito claro.

Exemplificando, em determinadas sociedades foi desenvolvida a crença de que a Terra era plana, enquanto que, em outras, foi desenvolvida a crença de que a Terra era arredondada. Ora, do fato de haver discordância quanto à forma geográfica da Terra não decorre a conclusão de que não haja uma verdade objetiva quanto a esse

⁸⁴ WALSH, *op. cit.*, p. 70.

⁸⁵ RACHELS, *op. cit.*

⁸⁶ BECKWITH, Francis J. *Politically Correct Death: Answering the Arguments for Abortion Rights*. Grand Rapids: Baker Book House, 1993, p. 19-25.

assunto. O fato de a Terra ser arredondada⁸⁷ independe, absolutamente, das crenças relacionadas a essa questão, sendo que as pessoas podem simplesmente estar erradas em suas crenças. Do mesmo modo, afirmar que há uma verdade em relação à forma da Terra não depende de todas as pessoas terem conhecimento dessa verdade.

Ou seja, da mesma maneira, para se afirmar que não há verdade objetiva quanto à moralidade, não basta o fato de haver discordância quanto ao o que é moral. Além disso, a existência de uma verdade objetiva quanto à moral não depende de todas as pessoas conhecerem esta verdade⁸⁸. Note-se que, neste ponto, ainda não se refuta a afirmação de não há verdade objetiva na moralidade. Apenas se esclarece um problema lógico muitas vezes cometido pelos relativistas, quando afirmam que a simples existência de códigos de conduta distintos comprovaria a inexistência de verdade objetiva quanto ao o que seriam condutas corretas ou erradas⁸⁹.

O que deve ser colocado em evidência, neste ponto, é que a simples existência de práticas sociais distintas não significa, necessariamente, uma diferença de valores morais⁹⁰. Muitas vezes, diferentes práticas sociais são decorrentes de crenças distintas, mas não de valores morais também distintos.

Exemplificando novamente, na Índia, há uma prática cultural que se resume no fato de as pessoas não se alimentarem de carne bovina; mesmo em uma situação de miséria e fome, as pessoas permanecem vinculadas a essa prática e os gados bovinos intocáveis. Ora, dessa mera constatação poderia se afirmar, como muitas vezes fazem os relativistas, que há uma diferença quanto aos valores morais dos indianos e, por exemplo, dos norte-americanos? Certamente que não.

Quando se indaga o porquê dessa prática cultural, quando se busca descobrir que valor social ela reflete, percebe-se que os indianos simplesmente não comem carne bovina porque acreditam que as almas de seus antepassados eventualmente possam residir no corpo desses animais, podendo um desses animais ser, por exemplo, o irmão ou o pai de um indivíduo. Ora, tanto na Índia como nos Estados Unidos há uma concordância quanto ao fato de que não se deve se alimentar

⁸⁷ Tecnicamente, conforme o atual conceito utilizado pela Geografia, a forma da Terra é *Geoide* (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1445).

⁸⁸ RACHELS, *op. cit.*

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ BECKWITH, *op. cit.*

do irmão ou do pai de um indivíduo, havendo discordância, apenas e tão somente, quanto ao fato de um animal ser, ou poder ser, o irmão ou o pai de alguém.

Ou seja, práticas culturais nitidamente opostas, no caso, alimentar-se ou não de carne bovina, podem estar respaldadas, apenas, em crenças distintas, sendo que muitas vezes não indicam a existência de valores morais também distintos. Isso porque valores morais são apenas um dos fatores que levam ao desenvolvimento das práticas culturais, havendo ainda outros, como, por exemplo, crenças religiosas e circunstâncias geográficas. Não se pode presumir que, por existirem práticas sociais distintas, os respectivos valores também sejam distintos, ainda que, eventualmente, de fato possam ser⁹¹.

Retomando ao caso dos esquimós, poderia se afirmar que, pelo fato deles praticarem o infanticídio, há uma diferença entre seus valores morais e os valores do mundo ocidental moderno, no qual o infanticídio é considerado crime e amplamente repudiado. Todavia, quando se analisa a razão que leva os esquimós a matarem suas crianças, percebe-se, também, que não há diferenças de valor. Os esquimós habitam locais extremamente hostis geograficamente, nos quais as condições de sobrevivência são rigorosas e a comida é escassa. As mães esquimós, por exemplo, amamentam seus filhos por até quatro anos, motivo pelo qual há um limite para o número de filhos que uma mulher pode ter. Além disso, os esquimós são um povo nômade, uma vez que, não sendo possível o desenvolvimento da agricultura, estão constantemente em busca de alimentos, fazendo com que as mães tenham que carregar seus filhos nas costas⁹².

Em razão de tais circunstâncias, então, os bebês passam a estar sujeitos à prática do infanticídio, simplesmente porque, muitas vezes, não é possível a preservação física de todas as crianças que são concebidas. Especificamente em relação aos bebês do sexo feminino, que são mais rejeitados, também há uma explicação muito simples: os homens, como caçadores, têm a função de prover comida e, por isso, estão sujeitos a uma taxa de mortalidade precoce mais elevada, a qual é superior à taxa de mortalidade das mulheres. Assim, para que haja um grupo de caçadores capaz de prover alimentos a todos, a diferença entre o número de mulheres e homens deve ser rigorosamente equilibrada, sob o risco de não haver caçadores suficientes para fornecerem comida a todo o grupo.

⁹¹ *Idem.*

⁹² RACHELS, *op. cit.*

Ressalta-se ainda que, apesar de todas essas circunstâncias, a opção pela morte dos recém-nascidos é a última à qual recorrem os esquimós, sendo que a prática da adoção é extremamente comum⁹³. Portanto, na realidade, os esquimós não apresentam qualquer valor de desprezo pela vida, mas apenas demonstram que, em determinadas situações, são necessárias atitudes drásticas para que seja possível a sobrevivência do grupo. Não se verifica, como inicialmente poderia ser concluído, que haja uma grande diferença de valores entre os esquimós e o atual mundo ocidental; pelo contrário, consta-se que ambas as culturas apresentam práticas distintas para preservarem um mesmo valor: no contexto dos esquimós, o infanticídio é apenas um meio último para se permitir a sobrevivência do grupo, enquanto que, na prática do mundo ocidental moderno, a criminalização do infanticídio é um meio para se preservar a manutenção e a estabilidade do grupo.

Como crítica ao relativismo cultural, então, primeiramente deve ser percebido, como aqui se faz, que o simples fato de haver práticas culturais distintas não demonstra a existência de valores morais também distintos⁹⁴ e, muito menos, que estes valores estão restritos a um aspecto necessariamente subjetivo. Em segundo plano, deve ser compreendido que práticas culturais são desenvolvidas mediante inúmeros fatores sociais, os quais vão além dos valores morais⁹⁵. E, por fim, ainda deve ser ressaltado que, embora haja julgamentos morais que variam conforme o contexto cultural, isso não comprova a afirmação de que a moralidade é culturalmente relativa⁹⁶.

Analisando-se, objetivamente, o que respalda as práticas culturais, podem ser extraídos seus respectivos valores sociais, os quais podem se repetir, como aqui se comprovou, em práticas opostas. O que se verifica, em tal análise, é que muitas vezes há uma diferença de valores menor do que aparentemente poderia ser presumido. Ou seja, inicialmente, o Relativismo Cultural falha por justificar a existência de valores morais distintos com base, apenas, na existência de práticas culturais contrárias; posteriormente, falha por presumir que, havendo de fato a divergência de valores, essa divergência comprovaria a ausência de uma verdade ou uma objetividade nas questões morais, o que jamais poderia ser sustentável, como restou demonstrado.

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ BECKWITH, *op. cit.*

⁹⁵ RACHELS, *op. cit.*

⁹⁶ WALSH, *op. cit.*, p. 70.

Quando é realizado um questionamento e um estudo quanto aos fatores sociais que levam à configuração de uma prática cultural – de um exercício de uma moralidade, empírica e objetivamente podem ser percebidos elementos que fundamentam a estruturação cultural e moral de determinada sociedade, o que permite a real compreensão de seus valores. Nessa abordagem, já fica claro que a suposta relatividade intrínseca às questões morais não é, de modo algum, absoluta, o que, por si só, já permitiria uma rejeição do Relativismo Cultural. Não obstante, a inconsistência lógica do Relativismo Cultural não se esgota nesses aspectos, sendo que outros problemas, também lógicos, ainda podem ser verificados, conforme adiante se demonstra.

(b) A incompatibilidade entre posicionamentos morais opostos: a inexistência de relatividade nas questões morais ainda que estas sejam vistas como subjetivas

Nos termos já analisados, segundo a corrente relativista, os conflitos morais, na realidade, não configurariam conflitos propriamente ditos, mas, sim, meras divergências interpretativas – de perspectivas. Nesse sentido, avaliações morais antagônicas passam a ser validadas simultaneamente, desde que sejam analisadas em seus respectivos contextos. Exemplificando, poderia ser afirmado que um posicionamento moral contrário à prática do aborto pode ser igualmente válido a um posicionamento favorável à prática, não havendo, segundo os relativistas, qualquer incompatibilidade entre eles.

De fato, quando hipoteticamente concebemos duas realidades sociais totalmente desvinculadas e independentes, uma mesma situação pode ser objeto de análises morais opostas e estas não seriam mutuamente excludentes, uma vez que estariam em conformidade com seus respectivos contextos socioculturais. Nesse ponto, especificamente, a lógica relativista é sustentável e correta⁹⁷.

Ocorre que, se de fato não há conflito em julgamentos morais opostos, deve ser explicado e compreendido por que, aparentemente, há conflito. Se há, na lógica relativista, compatibilidade entre avaliações morais contrárias, por qual razão

⁹⁷ WILLIAMS, *op. cit.*, p. 157.

haveria um aparente conflito? É justamente na busca dessa resposta que outras incongruências do Relativismo Cultural são evidenciadas.

Na realidade, considerando julgamentos morais distintos e antagônicos, os quais se validam em contextos culturais próprios, eles não são contraditórios, justamente porque se baseiam em premissas diferentes. No entanto, não há entre eles compatibilidade, pelo contrário, são mutuamente excludentes. Quando um posicionamento moral é adotado, ele necessariamente apresenta determinadas premissas que o fundamentam, motivo pelo qual não pode contradizer outro posicionamento, baseado em outras premissas. No entanto, o fato de não haver contradição entre posicionamentos morais distintos não significa, por óbvio, que eles não são excludentes ou então que não haja conflito entre eles. A contradição deixa de existir porque parte-se de premissas distintas; porém, sendo as premissas distintas, entre elas há incompatibilidade, o que leva, por consequência lógica, a uma incompatibilidade entre os respectivos posicionamentos morais que são adotados.

O que se analisa, neste ponto, é que o Relativismo Cultural afirma que avaliações morais distintas são compatíveis e, portanto, simultaneamente aceitáveis, o que levaria à inexistência de qualquer conflito⁹⁸. Todavia, tal afirmação é insustentável, sendo que, na realidade, verifica-se o oposto: julgamentos morais diversos podem não ser contraditórios, mas serão, sim, incompatíveis e, portanto, jamais simultaneamente válidos.

A contradição não se configura porque posicionamentos diversos são fundamentados em premissas também diversas. Porém, se as premissas são diversas, ao ponto de conduzirem a convencimentos opostos, obviamente elas são incompatíveis e, por lógica, excludentes⁹⁹. Se determinada premissa “A” é adotada a fim de se alcançar determinada conclusão “B”, a premissa “A” exclui, necessariamente, outra premissa que levaria a uma conclusão diversa. Ou seja, se há dois caminhos a serem percorridos, os quais se excluem mutuamente, configurando verdadeiro conflito (não contradição), não há como ambos serem validados simultaneamente. Um deles, necessariamente, provará ser mais adequado, o que exclui a ideia de relatividade.

O que não percebem os relativistas é que não há, em termos práticos, divisões absolutas entre valores morais e práticas culturais distintas. Como explica

⁹⁸ *Idem*, p. 157.

⁹⁹ *Idem*, p. 157.

Bernard Williams, as condutas e práticas desenvolvidas dentro de uma cultura não são vistas como inapropriadas apenas por serem analisadas conforme o comportamento de outro grupo, sendo que seria simplesmente artificial tratar a questão como se houvesse sempre duas culturas completamente autônomas e independentes¹⁰⁰. É exatamente nesse sentido que o autor afirma:

In any case, it is artificial to treat these matters as if they always involved two clearly self-contained cultures. A fully individuable culture is at best a rare thing. Cultures, subcultures, fragments of cultures, constantly meet one another and exchange and modify practices and attitudes. Social practices could never come forward with a certificate saying that they belonged to a genuinely different culture, so that they were guaranteed immunity to alien judgments and reactions. So instant relativism is excluded. For similar reasons, strict relational relativism in ethics is excluded altogether. It has had able to defenders, but is implausible to suppose that ethical conceptions of right and wrong have a logically inherent relativity to a given society¹⁰¹.

Ou seja, conforme a ideia exposta, percebe-se que, na realidade, as relações sociais, nelas incluídas as práticas culturais (o exercício de valores morais), são dinâmicas e estão em constante modificação. Não existe, por óbvio, um contexto único e absolutamente independente, o qual estaria, assim, imune a qualquer análise valorativa externa. Quando uma prática cultural é reiteradamente realizada, é porque ela é considerada mais adequada, ou ao menos mais útil, do que outras, não havendo relatividade nessa análise. As divergências morais e culturais são concretas, os conflitos são reais e influenciam as formas de organização social, não havendo como se falar, em termos práticos, que posicionamentos morais opostos são compatíveis.

Ainda na argumentação de Bernard Williams, é exposto:

If two cultures, or outlooks, or ways of life exclude one another, is there any room for relativism? Not instantly. Someone who has certain dispositions and expectations as a member of one culture will often be unwilling, when confronted with an alternative way of life, to do what is done in the other

¹⁰⁰ *Idem*, p. 159.

¹⁰¹ *Idem*.

culture. Moreover, it is part of what makes his responses ethical responses that they are deeply internalized enough for his reaction, in some cases, to be not merely unwillingness but rejection¹⁰².

No mesmo sentido, David Lyons ainda faz a seguinte consideração:

It may seem secure, so long as we forget that individuals can belong to more than one social group at any time. While suggesting their group-oriented theories, anthropologists have seemed strangely insensible of the fact that, even within the relatively small societies to which they typically refer, social classes, families, and other real social groups (of the sort social scientists are concerned to investigate) are maintained. And social norms can be ascribed to many such groups. Most important, one can belong to groups that have differing values (as well as be disaffected from values that prevail within a group to which one continues to belong¹⁰³.

Ressalta-se que, nessas considerações, ainda não se afirma a existência de objetividade nas relações morais e culturais. O que se afirma, neste momento, é que o Relativismo Cultural, em termos de lógica, é insustável, independentemente da subjetividade que possa ser encontrada nas questões morais e culturais. Isso é deixado em evidência por Bernard Williams, quando afirma “that nonobjectivity does not imply any relativistic attitude¹⁰⁴”.

Nesse sentido, afirma-se neste ponto que, ainda que as questões morais e culturais fossem consideradas como essencialmente subjetivas, isso não significaria, como pensam os relativistas, a validade simultânea de todas as práticas e valores (já que seriam relativos), a fim de que fossem igualmente tolerados. Inclusive, conforme ainda será analisado, pensar que a subjetividade dos valores culturais justificaria, como valor moral, a tolerância, seria paradoxal na própria lógica relativista, pois tal valor deveria ser considerado como universal.

¹⁰² *Idem*, p. 158.

¹⁰³ LYONS, David. *Ethical Relativism and the Problem of Incoherence* (July 25, 2012), p. 109 - 110. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2117178>> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2117178>>. Acesso em: 20 out. 2013.

¹⁰⁴ WILLIAMS, *op. cit.*, p.159.

O Relativismo Cultural, quando pretende validar, simultaneamente, posicionamentos morais antagônicos, afirmando que os conflitos seriam apenas aparentes, simplesmente analisa a questão de modo artificial, restringindo-a a um plano meramente teórico e fictício. Justamente por isso que, quando a análise relativista é levada a um plano fático, real e concreto, ela se mostra insustentável, ficando em evidência a incongruência de seus argumentos.

Assim, explicitados os problemas lógicos decorrentes do Relativismo Cultural, o que deve ser pretendido, conforme aqui almejado, é uma teoria intermediária. Afirmar que não há separação absoluta entre culturas e sociedades e que não há relatividade nas questões morais não significa, de modo algum, pretender a imposição de determinados valores, absolutos e universais, para que sejam aplicados a todo e qualquer arranjo social. A questão deve ser limitada, de modo favorável, às questões práticas, sendo que há, sim, desacordos e divergências mais relevantes do que outros, e estes devem ser priorizados em uma análise comparativa. Posicionamentos morais antagônicos que realmente influenciam o modo de vida de determinada sociedade devem ser confrontados, sim, porque a partir tal confronto práticas sociais mais benéficas podem ser desenvolvidas¹⁰⁵.

Por fim, ainda deve ser ressaltado que constatar a insuficiência de determinada prática, ou então qualificá-la como injusta, não significa culpar as pessoas que a tenham praticado ou defendido. Essa constatação não exige uma respectiva responsabilização, podendo configurar, apenas, um meio de se buscar formas de controle social e práticas mais adequadas. O que deve ser percebido é que conflitos morais representam conflitos entre modos de vida, são práticas culturais em atrito, e isso influencia no modo como as próprias sociedades são desenvolvidas. Justamente porque isso que, em termos práticos, conflitos morais representam posicionamentos conflitantes e incompatíveis, motivo pelo qual não são relativos. Se há uma opção social por determinada prática, necessariamente outras opções foram rejeitadas, e isso envolve diversos fatores e critérios que fundamentam a escolha. Tais fatores e critérios podem e devem ser questionados, continuamente, a fim de que a própria prática possa ser questionada e, eventualmente, aprimorada, conforme as razões sociais que lhe fundamentam.

¹⁰⁵ Conforme sugere Nghia Hoang, “Arguments of relativism or universalism should thus not be used to impose one’s own values upon others, but to widen open debate around which values should be absorbed and which abolished.” (HOANG, *op. cit.*, p. 34.).

O relativismo cultural, por meio de suas inconsistências, acaba por menosprezar, inclusive, qualquer debate, uma vez que este já não poderia conduzir a qualquer conclusão objetiva e concreta. Porém, é justamente por meio de conflitos e debates que as sociedades são desenvolvidas, nos quais determinadas práticas são ratificadas em detrimento de outras, o que exclui a relatividade das questões morais e culturais (ainda que estas sejam vistas e compreendidas como subjetivas). A própria busca por convencimentos, intrínseca ao ser-humano, já exclui qualquer ideia de relatividade. As necessidades morais e culturais são reais, elas significam escolhas fundamentadas, as quais são realizadas mediante critérios de comparação aceitos socialmente, o que implica valorações minimamente consensuais e, conseqüentemente, exclui qualquer relatividade absoluta. Nesses termos, novamente, resta rejeitado o Relativismo Cultural.

3.2.3 O subjetivismo intrínseco do Relativismo Cultural: a inadequação da tese para a solução de conflitos socioculturais

Além dos problemas já evidenciados, por afirmar a existência de um subjetivismo intrínseco a toda forma de expressão sociocultural, não enxergando nos valores morais qualquer neutralidade racional, o Relativismo Cultural não se mostra como uma doutrina adequada para o estudo do direito, quando este é visto como um meio adequado ao aprimoramento contínuo das formas de solução de conflitos.

Aceitando o que defende a corrente relativista, não haveria como se analisar, comparativamente, quaisquer práticas sociais distintas, uma vez que estas seriam justificáveis por si só. Ainda, como supostamente não haveria um padrão universal neutro que permitisse a comparação entre práticas sociais, qualquer exame nesse sentido restaria configurado como relativo, retratando, assim, mero juízo de valor (opiniões)¹⁰⁶. Portanto, com base em tais premissas, já não haveria qualquer noção de *certo* e *errado*, sendo que toda e qualquer manifestação cultural estaria respaldada por sua respectiva tradição, provando-se como legítima pelo simples fato de ter sido praticada reiteradamente por determinado período de tempo¹⁰⁷.

¹⁰⁶ BECKWITH, *op. cit.*

¹⁰⁷ RACHELS, *op. cit.*

Nessa lógica, então, jamais seria sustentável a afirmação de que determinado costume é moralmente inferior do que outro, pois todo costume seria, por sua própria essência, moral. Não seria possível qualquer análise crítica, qualquer reprovação, uma vez que outras sociedades seriam “apenas diferentes”. Do mesmo modo, qualquer conflito moral que abrangesse sociedades e culturas distintas seria insolucionável, pois não haveria como se recorrer a critérios externos de avaliação. Ou seja, o Relativismo Cultural, quando afirma a inexistência de normas que transcendem culturas¹⁰⁸, acaba por aceitar que há conflitos sem solução.

Quando essa ideia é restrita a determinados exemplos, como o mencionado caso dos calatinos e dos gregos, que discordavam quanto ao que seria um tratamento adequado aos mortos, talvez ela seja plausível. No entanto, o mesmo raciocínio leva à impossibilidade de práticas culturais menos benéficas serem criticadas ou questionadas. Inclusive, caso a tese relativista fosse aceita, sequer seria possível qualificar uma prática cultural como “menos benéfica”, pois qualquer caracterização seria relativa. Como dito, em alguns casos específicos, talvez o raciocínio mostre-se adequado, mas, em muitos outros, ele é insustentável¹⁰⁹.

Pensando, hipoteticamente, em uma sociedade que declare guerra constantemente com o fim de escravizar outros povos, ou então uma sociedade que seja manifestamente antisemita; tais práticas simplesmente não poderiam ser questionadas. Por óbvio, nesses exemplos, o Relativismo Cultural já não se mostra aceitável. Seria impossível afirmar, objetivamente, que uma sociedade não escravista apresenta práticas mais benéficas do que uma sociedade escravista? Em que pese o fato de terem existido sociedades escravistas ao longo da história, tal prática sempre foi passível de questionamentos.

Como explica o filósofo Kwame Anthony Appiah, quando analisa os motivos que levaram ao fim do regime de escravidão de africanos e afrodescendentes no mundo atlântico, tal prática, antes mesmo do movimento abolicionista, já era vista como moralmente errada, sendo que os sentimentos antiescravocratas também já estavam amplamente difundidos¹¹⁰. Não só nessa análise, referente especificamente à escravidão atlântica, mas também em outras relativas a “revoluções morais”, o mesmo

¹⁰⁸ BLUMENSON, *op. cit.*

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ APPIAH, *op. cit.*, p. 119.

autor explica que o argumento moral já está presente muito antes do movimento revolucionário. Ou seja, a prática cultural, apesar de ser reiteradamente realizada, não é, necessariamente, apreciada como algo correto. Nem poderia ser diferente, uma vez que determinadas práticas, como no caso da escravidão, são contrárias a valores essenciais à vida.

O que se verifica na sistemática da escravidão desenvolvida nas Américas é que determinados valores, apesar de serem considerados como essenciais ao desenvolvimento das sociedades, simplesmente eram negados aos negros. E, embora essa sistemática possa ser validada no âmbito do direito, como realmente o foi, ela continua sendo minimamente questionável, justamente porque restringe valores básicos a determinado grupo que “compõe” a sociedade. É simplesmente uma constatação factual: a escravidão, simplesmente por ser uma prática extremamente agressiva e discriminatória, apesar de ter sido prática em diversos momentos da história, nunca deixou de ser lamentável ou, ao menos, questionável.

Ilustrando exatamente esse argumento, Kwame Anthony Appiah cita *A Sentimental Journey*, de Laurence Sterne, obra na qual foi exposta a seguinte passagem:

Disfarça-te como quiseres, porém, Escravidão!” eu disse, “ainda és amarga dose; e se em todos os tempos milhares foram abrigados a beber de ti, nem por isso és menos amarga¹¹¹.

Caso seja considerado o Relativismo Cultural, nos termos em que ele é posposto, qualquer argumentação nesse sentido, contrária à escravidão, já não poderia ser considerada como algo sustentável objetivamente. Tal prática simplesmente estaria imune a quaisquer críticas, uma vez que estas seriam meras opiniões, ou seja, juízos de valores marcados por um subjetivismo intrínseco.

O Relativismo Cultural, muitas vezes embasado em uma teoria antropológica, restringe as moralidades a seus respectivos contextos sociais, os quais devem ser, segundo essa corrente, os próprios critérios para qualquer análise

¹¹¹ *Idem*, p.123.

valorativa¹¹². Portanto, o que é moral ou imoral passa a depender dos códigos de conduta de cada sociedade, e de nada mais. Desse modo, por exemplo, desde que haja uma sociedade na qual a escravidão é vista como algo moralmente correto, tal prática assim deve ser considerada, não havendo qualquer outro critério que permita uma análise em sentido contrário.

Nesse raciocínio, então, uma conduta é correta, apenas e tão somente, se ela estiver em conformidade com as normas do grupo social no qual o respectivo agente está inserido. Conseqüentemente, uma possível avaliação moral daquela conduta apenas deve considerar, como critérios avaliativos, as normas existentes naquele grupo. Ora, esse raciocínio simplesmente leva à conclusão de que condutas idênticas podem ser objeto de julgamentos morais opostos e, igualmente, válidos, o que já se comprovou ser insustentável. Isso porque, conforme já analisado, não há como se enfrentar a questão considerando, artificialmente, que as práticas culturais são absolutamente independentes e autônomas, como se fossem referentes a contextos sociais específicos que lhe atribuíssem uma marca própria e única, fazendo elas imunes a qualquer análise externa (a qual seria deslocada).

Levado ao extremo, o Relativismo Cultural, afirmando a possível existência de julgamentos morais opostos e igualmente válidos, bem como a compatibilidade entre eles¹¹³, além apresentar inconsistências lógicas, simplesmente impede a solução de conflitos. Como já exposto, por mera questão de lógica, valorações morais distintas, referentes a um mesmo objeto e tendo como base o mesmo contexto sociocultural, podem ser consideradas válidas, mas não compatíveis. Em última instância, existindo diversas bases morais para o julgamento de uma mesma conduta, sequer haveria possibilidade de julgamento, pois este seria eternamente relativo e, portanto, precário e distante de qualquer realidade.

O que se percebe é que a argumentação relativista acaba por permitir a sobreposição contínua de valores morais distintos para uma mesma hipótese fática, a qual se torna imune a qualquer análise valorativa. E, diferentemente do que é afirmado por esta corrente, no sentido de que uma conduta apenas seria passível de julgamento moral quando fossem considerados os valores do grupo social na qual ela é praticada, a

¹¹² LYONS, *op. cit.*, p. 109.

¹¹³ *Idem*, p. 119.

lógica utilizada pelo Relativismo impede, quando levada a sério, todo e qualquer julgamento moral.

Além disso, a conclusão é falaciosa porque, de forma quase que absoluta, nenhuma sociedade enxerga seus valores morais e culturais como perfeitos, o que já implica a aceitação de que estes podem ser aprimorados. Conseqüentemente, se há a possibilidade de aperfeiçoamento, é porque existem critérios de comparação, os quais vão além dos próprios valores desenvolvidos naquela sociedade. O Relativismo Cultural, ao coibir qualquer análise crítica relacionada a práticas culturais distintas, faz com que determinada sociedade já não possa questionar seus próprios valores, uma vez que estes também serão relativos. Ora, em última instância, já não fará sentido o uso dos termos *certo* e *errado*.

O que deve ser percebido é que, quando há qualquer discussão moral, há tentativas de convencimento, o que implica que as partes que divergem creem na objetividade de seus argumentos. Além disso, se há uma discussão moral, é porque critérios também morais – pressupostos – são aceitos por ambas as partes, os quais já não estão em discussão. Posicionamento moral não significa mera “vontade” ou “opção”, mas sim uma crença efetiva em determinado estado ou postura que julga-se ser, em razão de determinados parâmetros, melhor (mais benéfica do que outros(as)). É exatamente nesse sentido que Bernard Williams afirma:

Se as pessoas podem discutir entre si sobre assuntos morais específicos ou sobre questões de princípios, é somente porque existem posturas morais como pano de fundo que não estão em discussão e à luz das quais a discussão prossegue. Para afirmar a mesma coisa de maneira mais enfática, podemos dizer que é somente sobre a *aplicação* dos princípios morais aceitos que a discussão se dá. Logo, onde não há um pano de fundo de concordância moral, não pode haver discussão. Nesse ponto a postura subjetivista pode reaparecer, agora afirmando que tudo que foi demonstrado pelas ponderações sobre os debates de ideias é que a moralidade de um homem ou de uma sociedade é até certo ponto genérica e sistemática, e que posições genéricas podem se aplicar a casos menos genéricos. Quando saímos da estrutura de atitudes genéricas

convencionadas, não há mais nenhuma discussão, e tampouco nenhuma maneira de demonstrar que uma posição é certa ou errada¹¹⁴.

Ou seja, caso não houvesse qualquer objetividade nas questões morais e culturais, como que determinada prática cultural poderia ser questionada, internamente, pelo próprio grupo que lhe concedeu validade? Se uma sociedade não é legítima para criticar os valores de outra sociedade, ela também não o é para criticar seus próprios valores, o que se conclui por simples questão de lógica. Consequentemente, o termo *progresso*, que significa a substituição de uma prática por outra que seja mais adequada ao fim que se pretende alcançar¹¹⁵, também perde seu sentido. Se a premissa de que não há um padrão de análise neutro for aceita, uma sociedade não mais conseguirá avaliar sua própria evolução histórica¹¹⁶.

Segundo a corrente relativista, se os valores antigos foram desenvolvidos em conformidade com determinado contexto histórico, eles não poderiam ser avaliados sob os padrões de outra época, pois isso já configuraria uma análise entre sociedades distintas. Portanto, não se poderia afirmar qualquer progresso, o que já implicaria julgamento, que, por sua própria essência, seria relativo. Ora, por fim, o significado de *reforma social* também perderia sentido ou então ficaria restrito a um uso muito específico. Isso porque qualquer reforma social apenas seria possível se fosse verificado que determinada sociedade não está desenvolvendo práticas em conformidade com seus respectivos ideais e valores; do contrário, havendo conformidade entre os valores e as práticas, estas já não podem ser objeto de reforma, pois serão corretas. E, não sendo possível questionar os valores em si, que são por definição corretos, não seria plausível qualquer tentativa de mudança¹¹⁷.

Em suma, o que se verifica ao aceitar Relativismo Cultural é que toda e qualquer prática passa a ser imune a críticas, o que exclui, por consequência, a possibilidade de se falar em progresso cultural (na realidade, qualquer termo que signifique a mudança de um estado por outro que seja melhor perde seu sentido, pois a

¹¹⁴ WILLIAMS, Bernard. *Moral: uma introdução à ética*. Tradução Remo Mannarino Filho; Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 27-28.

¹¹⁵ O termo *progresso* pode ser compreendido como “mudança considerada desejável ou favorável”, “mudança de estado (de algo) que o move para um patamar superior; crescimento, desenvolvimento” (HOUAISS; VILLAR, *op. cit.*, p. 2308.).

¹¹⁶ RACHELS, *op. cit.*

¹¹⁷ *Idem.*

própria ideia de “melhora” seria relativa). Justamente por levar a tais conclusões, essa corrente, além de falaciosa, é extremamente inviável para a compreensão do direito como um mecanismo social solucionador de conflitos, motivo pelo qual, neste trabalho, é rejeitada¹¹⁸.

Como já demonstrado, práticas culturais distintas muitas vezes não representam, necessariamente, valores sociais também distintos. Além disso, muitas vezes as diferenças estão relacionadas a crenças e outros fatores sociais, mas não aos valores em si. E, não bastando tais constatações, ainda deve ser levado em consideração, conforme ainda será mais profundamente abordado, que há valores morais que representam um sistema mínimo de abstenção de condutas, os quais são imprescindíveis para a viabilização de toda e qualquer organização social e, assim, configuram critérios neutros e universais para análise comparativa entre práticas e costumes culturais distintos, o que é feito em um plano objetivo.

Assim, com base em tais constatações, deve ser rejeitado o Relativismo Cultural, uma vez que esta corrente não se mostra viável ao pleno estudo a ser realizado pela Ciência do Direito, uma vez que crê na existência de um subjetivismo absoluto nas questões morais e culturais, o que implicaria na impossibilidade de solução para qualquer conflito sociocultural.

3.2.4 Contribuições do Relativismo Cultural

Ainda que a Teoria Relativista seja aqui rejeitada, devem ser demonstrados alguns esclarecimentos trazidos por ela. Desse modo, cabe mencionar, primeiramente, que o Relativismo Cultural traz um alerta quanto ao perigo de se assumir que todas as preferências sociais são baseadas em um critério absolutamente neutro e racional, o que de fato não poderia ser afirmado. Há diversas práticas culturais – não todas – que são peculiares e específicas de determinadas sociedades, e em relação a elas pode não haver um fundamento racional e neutro.

É o que se verificou no exemplo anteriormente mencionado, referente aos costumes dos calatinos e dos gregos de tratarem os mortos. No caso, o atrito cultural é

¹¹⁸ *Idem.*

decorrente de uma particularidade de cada um dos povos, que desenvolvem rituais funerários conforme suas respectivas crenças. Há muitas situações em relação às quais não há, de fato, um critério objetivo de certo e errado, e o relativismo destaca isso. Muitas práticas são apenas convenções sociais e nada além disso; exemplificando, em muitas sociedades é considerado obsceno o ato de uma mulher expor o busto, enquanto que, em outras, é uma prática que não apresenta qualquer conotação nesse sentido. Trata-se, nesse caso, de mera convenção social, em relação à qual dificilmente seria encontrado um critério neutro e objetivo para uma análise comparativa¹¹⁹.

Nesse sentido, o Relativismo Cultural esclarece que muitas perspectivas morais podem refletir preconceitos, os quais são baseados, muitas vezes, apenas em convenções sociais. É por isso que, atualmente, há uma relutância quanto a qualquer pretensão de se interferir em hábitos culturais alheios, pois isto muitas vezes é feito com base em meros preconceitos. Foi exatamente isso que se verificou, por exemplo, na destruição de culturas nativas em nome do cristianismo, a qual deixou em evidência as possíveis consequências de uma pretensão deste tipo.

Todavia, deve ser ressaltado que apontar uma prática cultural como deficiente não significa sugerir uma imposição, por qualquer meio que seja, de outra cultura. Embora a tolerância seja uma virtude e permita com que pessoas com perspectivas distintas cooperem para um mesmo objetivo, ela não deve significar que todas as crenças, religiões e práticas sociais sejam consideradas como igualmente admiráveis, tanto porque, se assim fossem, não haveria o que ser tolerado¹²⁰. O próprio ato de tolerar pressupõe que seja errado (ou considerado como) o ponto de vista a ser tolerado; que haja visões que não podem ser simultânea e igualmente válidas¹²¹.

Inclusive, se de fato o Relativismo Cultural fosse considerado, não haveria porque se falar em tolerância, uma vez que tal valor seria relativo e, como tal, poderia ser considerado como correto ou errado, moral ou imoral. Ou seja, embora o relativismo pregue pela tolerância, isso sequer seria compatível com a lógica exposta

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ Francis J. Beckwith explica que “(...) tolerance can only be a virtue if we think the other person, whose viewpoint we’re supposed to tolerate, is mistaken. That is to say, if we do not believe one viewpoint is better than another, then to ask us to be tolerant of other viewpoint makes no sense. For to tolerate another’s viewpoint implies that this other person has a right to his or her viewpoint despite the fact that others may think is wrong. To be tolerant of differing viewpoints involves just that – differing *viewpoints*, all of which cannot be equally correct at the same time.” (BECKWITH, *op. cit.*, p. 4 - 5).

por esta corrente. Nesse mesmo sentido, Louis Pojman observa tal ponto com precisão, argumentando que:

Herskovits seems to be treating de *principle of tolerance* as the one exception to his relativism. He seems to be treating it as an absolute moral principle. But from a relativistic point of view there is no more reason to be tolerant than to be intolerant, and neither stance is objectively morally better than the other ¹²².

De qualquer forma, deve ser considerado que, de fato, nem todas as práticas culturais podem ser objeto de uma análise objetiva, já que elas podem configurar, em alguns casos, meras crenças e convenções sociais. Desse modo, em relação a tais práticas, verifica-se que uma análise crítica pode representar, apenas, um preconceito. Assim, o Relativismo Cultural demonstra a necessidade de se manter uma visão ampla e livre de preconceitos, para que então diferentes práticas possam ser compreendidas de acordo com os seus respectivos contextos sociais. Nesses aspectos, embora se rejeite a Teoria Relativista, suas contribuições devem ser evidenciadas.

3.3 A solução de conflitos mediante análises comparativas e valorativas: a inadequação da metodologia positivista

3.3.1 A existência de valores universais mínimos: um possível critério para a análise comparativa de práticas jurídicas e culturais

Conforme demonstrado, ao contrário do que poderia se presumir da prática dos esquimós quanto ao infanticídio, não há em tal prática qualquer manifestação no sentido de que os recém-nascidos não devam ser protegidos. Inclusive, por óbvio, não poderia ser diferente, uma vez que toda e qualquer organização social, por necessidade de manutenção e sobrevivência, deve priorizar práticas que protejam as crianças, pois isso é uma condição para a propagação da própria espécie humana.

¹²² POJMAN, Louis. Who's to Judge. In: SOMMERS, Christina Hoff; SOMMERS, Fred. *Vice and Virtue in Everyday Life*. 7. ed. Canada: Thomson Wadsworth Press, ANO. p. 169 *apud* WALSH, *op. cit.*, p. 72.

Do mesmo modo, seria inconcebível a ideia de uma sociedade na qual não houvesse um consenso quanto à necessidade de os indivíduos, ao se comunicarem, priorizarem pela verdade. Caso não houvesse uma presunção consensual de que, quando as pessoas se comunicam, elas falam a verdade, sequer faria sentido a comunicação. Do contrário, não haveria razão para um indivíduo dirigir uma pergunta a outro indivíduo, porque este poderia simplesmente responder qualquer coisa que lhe viesse à mente, e já não haveria, assim, relação comunicativa inteligível – sequer haveria razão para o ato de perguntar se não houvesse uma expectativa de que a resposta fosse dada em conformidade com a verdade (ou a suposta verdade).

Toda organização social é construída mediante a comunicação e, se as pessoas não presumissem que os outros, quando se comunicam, falam a verdade, a própria organização seria inviável. Obviamente, sempre haverá situações nas quais a mentira seja permitida, mas estas serão exceções à regra geral¹²³. Igualmente, como seria possível uma organização social na qual as pessoas permitissem a prática livre e indiscriminada do homicídio? Não haveria sensação de segurança nesta hipótese, e as pessoas tenderiam a buscar um modo de sobrevivência individual, pois qualquer associação seria perigosa. É simplesmente óbvio que qualquer coletividade que se pretenda viável deve ter como regra básica algumas abstenções quanto ao uso irrestrito da força e da violência.

É nessa lógica que se presume que, em qualquer organização social, as pessoas que optam por fazer parte dela têm um objetivo mínimo em comum e, evidentemente, para a consecução de qualquer objetivo social, são necessárias certas abstenções básicas¹²⁴.

Na realidade, trata-se de mera obviedade que valores que pregam a honestidade e a preservação da vida são universais, uma vez que são condições para a vida humana, a qual se desenvolve em sociedade. Inclusive, esse truísmo, ao ser interpretado como o *conteúdo mínimo do Direto Natural*, é reconhecido pela Teoria Positivista, na qual é pacífica a ideia de que, pela suposição tácita de que o fim da atividade humana é a sobrevivência, a qual se baseia no fato de que a maioria das pessoas, na maior parte de tempo, deseja continuar a existir, determinadas normas de

¹²³ RACHELS, *op. cit.*

¹²⁴ *Idem.*

conduta são imprescindíveis, justamente porque estão relacionadas a valores necessários à sobrevivência dos homens¹²⁵.

A constatação desses valores universais demonstra que, segundo Hart, “enquanto homem e mundo subsistam, haverá determinadas normas de conduta que qualquer organização social que se pretenda viável precisa incluir¹²⁶”. Nesse sentido, pode-se afirmar que essas normas, essenciais à sobrevivência do homem, constituem um elemento comum ao direito e à moral¹²⁷. É o que também afirma Hart quando expõe que a igualdade aproximada entre os homens “torna evidente a necessidade de um sistema de abstenções a acordos recíprocos que constituem a base tanto da obrigação jurídica como do dever moral¹²⁸”. São as denominadas “normas estáticas”, que impõem obrigações de forma invariável.

Assim, percebe-se que, embora os positivistas jurídicos, dentre eles, especificamente Hart, defendam a separação entre direito e moral, justamente porque há inúmeros sistemas jurídicos válidos que são imorais, eles também reconhecem uma convergência mínima entre direito e moral. Essa convergência diz respeito exatamente às “normas estáticas”, que são imprescindíveis para o desenvolvimento de qualquer organização social. Ou seja, presumindo-se que o fim da atividade humana é, na imensa maioria das suas formas de manifestação, a propagação da espécie, há valores básicos que passam a ser necessários, apenas porque são condicionantes para a realização desse fim. Tais valores são, nada mais, do que o resultado de um consenso quanto à necessidade de determinadas abstenções por parte dos membros dos grupos sociais, as quais figuram como diretrizes de condutas – são diretrizes, morais e normativas, essenciais a toda e qualquer sociedade.

Ressalta-se, entretanto, como bem evidencia Hart ao justificar a possibilidade de um sistema jurídico ser imoral, que “embora uma sociedade deva, para se viável, oferecer a alguns de seus membros um sistema de abstenções mútuas, ela não precisa, infelizmente, oferecê-lo a todos¹²⁹”.

Como já mencionado no início deste trabalho, realmente, quanto ao âmbito de validade dos sistemas jurídicos, estes comportam qualquer conteúdo. No entanto,

¹²⁵ HART, *op. cit.*, p. 247-258.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ No mesmo sentido, Bernard Williams afirma que, de modo geral, não seria possível o desenvolvimento de sociedades sem regras morais ((b) WILLIAMS, *op. cit.*, p. 6).

¹²⁸ *Idem.*, p. 253.

¹²⁹ *Idem.*, p. 259.

ainda que possam comportar qualquer conteúdo, haverá sempre o conteúdo do qual não podem prescindir, e é isso que deve ser colocado em destaque. A mera constatação de que os sistemas jurídicos podem ser imorais, justamente porque podem dar validade a qualquer preceito, não exaure o estudo que deve ser feito do direito, o qual vai além de sua própria validade. Aqui deve ser entendida a necessidade de se ampliar os conceitos de direito e sistema jurídico, para que tais termos possam abranger, na medida do possível, inúmeras formas de regulamentação de conduta humana, e então será possível uma análise quanto ao porquê dos mecanismos de controle de condutas. Por isso que, embora se reconheça o mérito da teoria positivista, a qual extrai do direito o que lhe é universal, afirma-se também que tal análise, quando esgotada em si mesmo, passa a ser insuficiente.

Quando se pretende verificar a eficiência dos possivelmente infinitos sistemas normativos, os quais abrangem, sim, práticas culturais e valores morais, não há como dissociar o direito, em seu âmbito formal, de seu conteúdo, seu aspecto material. Por isso que, em última análise, jamais caberia restringir o direito à existência de um estado soberano como modernamente é concebido o termo, sendo neste ponto inevitável a crítica ao estudo desenvolvido por Kelsen, que muito afirmou o direito nesse sentido¹³⁰. Reconhecer o direito como fenômeno social e expandi-lo para além das instituições puramente estatais nada mais é do que trazer validade às mais diversas formas de regulamentação de conduta humana, incluindo nelas valores morais e práticas culturais. Tal expansão conceitual, como aqui defendida, permite a análise do direito como ela deve ser, vinculada a uma contínua busca pelo mecanismo social mais adequado e eficiente para a coordenação de preferências e valores antagônicos.

As práticas culturais, ao serem, na medida do possível, incluídas no conceito de direito, passam a ser reconhecidas neste plano de validade, e então podem ser analisadas, igualmente, quanto a sua eficiência na coordenação de preferências sociais distintas. As diretrizes sociais – expectativas genéricas de condutas - desenvolvidas no âmbito dos costumes e da moral, quando validadas e reconhecidas como jurídicas, trazem ao direito, como fenômeno social, a totalidade dos elementos que compõem sua estrutura formal de sistema normativo, o que facilita o respectivo estudo a ser realizado.

¹³⁰ KELSEN, *op. cit.*, p. 53.

Em paralelo, a constatação de que existe uma convergência necessária entre direito e moral (ainda que tal convergência seja mínima) serve como referência, objetiva e universal, para se avaliar a eficiência do direito. Consequentemente, quando direito passa a ser, também, práticas culturais e moralidades cristalizadas nos costumes, a mesma referência se aplica, o que apenas engrandece o estudo do direito, colocando-o no plano da objetividade. A convergência entre direito e moral, o chamado *conteúdo mínimo de Direito Natural*, simplesmente comprova a existência de diretrizes de conduta universais, que são as abstenções necessárias a todo e qualquer agrupamento social. Tais diretrizes, ainda que levem ao desenvolvimento de outras diretrizes, já não universais mas particulares de sociedades específicas, continuam servindo como critério neutro para a comparação aqui pretendida.

Quando se aceita a premissa de que o fim da atividade humana, conforme ela constantemente se expressa, é a continuidade da espécie, não mais se sustenta a afirmação de que não haveria um padrão comparativo neutro, universal e objetivo. As organizações sociais, as manifestações culturais, ainda que tragam diretrizes extremamente complexas e referentes a contextos específicos, continuam sendo originárias, mesmo que por um remoto vínculo, das diretrizes necessárias ao desenvolvimento de qualquer sociedade.

Portanto, o que se verifica em tal análise é que, diferentemente do que afirma o Relativismo Cultural, há sim uma convergência mínima entre o direito e a moral, e esta convergência serve, por óbvio, como critério para análises comparativas entre sociedades e culturas distintas. Consequentemente, já não seria sustentável a afirmação de que não há qualquer padrão normativo que supere o pluralismo sociocultural. Exatamente nesse sentido, a antropóloga Carolyn Fluehr-Lobban afirma que “the exchange of ideas across culture is already fostering a growing acceptance of universal nature of some universal human rights, regardless of cultural differences¹³¹”. Do mesmo modo, Nghia Hoang também afirma:

Thus, it is worth nothing that the respect for dignity and fundamental freedoms of each human being, as an individual and as a member of greater groups (such as communities, peoples, and nations), is a prerequisite for the existence of

¹³¹ FLUEHR-LOBBAN, Carolyn. *Cultural Relativism and Universal Rights*. In: SOMMERS, Christina Hoff; SOMMERS, Fred. *Vice and Virtue in Everyday Life*. 7. ed. Canada: Thomson Wadsworth Press, ANO. p. 152.

human society, for peace, equality, and sustainable development of the humankind community¹³².

Ou seja, de fato, a moralidade de um sistema jurídico não se confunde com sua validade. Do mesmo modo, práticas culturais diferentes podem apresentar moralidades distintas e, muitas vezes, antagônicas. No entanto, e isso sim deve ser ressaltado e analisado pela Ciência do Direito, há sempre um mínimo de conteúdo moral imprescindível a toda e qualquer prática social, seja ela jurídica ou não, cultural ou moral. Assim, ainda que seja relevante constatar a existência de sistemas jurídicos imorais válidos, bem como perceber que há inúmeras práticas culturais fundamentadas em valores sociais específicos, muito mais necessário é compreender e questionar porque e como tais práticas são fundamentadas, seja no âmbito do direito, seja no âmbito dos costumes (quando estes não compreende uma juridicidade).

É exatamente esse questionamento que se exige de fazer o Positivismo Jurídico, quando restringe seu estudo a uma análise puramente formal e descritiva do direito, excluindo dele todo seu suporte fático (realidade cultural dos sistemas jurídicos em análise). Consequentemente, para fins de decidibilidade de conflitos, resta em evidência que a metodologia positivista mostra-se completamente insuficiente, independentemente desta ter sido ou não sua proposta. Há, sim, para a Ciência do Direito, uma necessidade de se entender como que conflitos sociais são, de modos diversos, solucionados, e isto exige uma análise não apenas valorativa mas, também, comparativa, o que jamais seria possível por meio do Positivismo Jurídico.

Nesse sentido, por ser pretendido no presente trabalho uma análise dinâmica do direito, a fim de que sejam evidenciadas práticas de coordenação de preferências sociais e expectativas de condutas distintas, a crítica ao Positivismo Jurídico é inevitável, em razão da proposta colocada por esta corrente, a qual indevidamente restringe sua base conceitual e deixa de analisar os fatores reais (culturais, sociais e políticos) que fundamentam os mais diversos sistemas normativos existentes.

¹³² HOANG, *op. cit.* p. 1.

3.3.2 A indevida restrição conceitual e metodológica do Positivismo Jurídico: um obstáculo ao desenvolvimento de estruturas mais eficientes na coordenação de expectativas sociais distintas

Neste ponto, como restará demonstrado, resume-se a necessária comparação objetiva entre práticas culturais distintas, entre direitos opostos, para se perceber as últimas razões dos sistemas jurídicos, o que apenas se realizará mediante a exploração de suas respectivas estruturas sociais - condições básicas da produção da vida material e cultural da sociedade. E, nesse sentido, deve ser reafirmado que as regras de direito são expressões de fatos culturais, que já trazem em sua essência um *dever-ser*, um mínimo de jurídico¹³³, o que justifica a ampliação da base conceitual a ser utilizada pela Ciência do Direito.

Uma argumentação semelhante é utilizada por Hart, para outro fim, quando ele afirma que a Ciência do Direito nada teria a ganhar com a restrição do termo *direito* às práticas normativas que são morais. Questionando a corrente que prega pela existência única de um direito natural, o qual estaria vinculado, necessariamente, a determinada moralidade, Hart expõe que, desde que sejam verificados os critérios formais de um sistema de normas primárias e secundárias, ainda que tais normas sejam imorais, há direito e há norma jurídica¹³⁴. Justamente para fundamentar sua escolha pelo uso mais abrangente do termo *direito*, o qual, segundo Hart, deve incluir normas imorais, ele afirma:

Se temos de fazer uma escolha bem fundamentada entre esses dois conceitos, é porque um deles é superior ao outro na forma como poderá favorecer nossas investigações teóricas, ou aprofundar e esclarecer nossas deliberações morais, ou ambos. [...] Se adotarmos o conceito mais restritivo, excluiremos do 'direito' essas normas moralmente ofensivas. Parece claro que o estudo teórico e científico do direito como fenômeno social nada tem a ganhar adotando conceito mais restrito: este nos levaria a excluir certas normas mesmo quando apresentassem todas as outras características complexas do direito. Seguramente nada, exceto a confusão, poderia resultar da proposta de deixarmos a alguma outra disciplina o estudo dessas normas, e é certo que

¹³³ ALVES, *op. cit.*, p. 437.

¹³⁴ HART, *op. cit.*, p. 270-271.

nenhuma história do direito ou qualquer outra forma de estudo jurídico considerou proveitoso fazê-lo¹³⁵.

Ao que parece, para se entender e analisar a eficiência dos diversos sistemas normativos, igualmente em nada contribuiria restringir a característica de “jurídico” apenas aos sistemas institucionalizados no âmbito das estruturas puramente estatais. Em sentido diverso, mostra-se muito mais adequado, para o próprio estudo que deve ser pretendido pela Ciência do Direito, incluir nele as estruturas institucionais que vão além de um sistema positivado em âmbito estatal, trazendo à esfera jurídica práticas culturais e valores morais, os quais, ao serem validados também como direito, poderão assim ser examinados e avaliados.

Negar a juricidade das práticas institucionais que vão além da positivação estatal tende, apenas, a obscurecer a análise dos problemas que o direito continuamente enfrenta como instrumento de coordenação de preferências sociais diversas. Quando se busca mensurar a eficiência dos diversos sistemas jurídicos, incluindo neles práticas culturais, não há como se encerrar a análise, precocemente, na estrutura formal dos sistemas normativos. Por isso que, como já afirmado, o Positivismo Jurídico mostra-se inadequado para uma efetiva compreensão do direito quando ele é entendido como um mecanismo solucionador de conflitos sociais.

Não tratar o direito nos termos aqui pretendidos - de modo abrangente, relacionando-o aos contextos sociais dos quais é originário, seria enxergá-lo, apenas e tão somente, como uma neutralidade absoluta, a qual independe de qualquer contexto histórico-social. Seria negar, por exemplo, qualquer diferença entre o direito de uma sociedade escravista e o direito de uma sociedade feudal, seria negar qualquer diferença entre o direito de uma sociedade capitalista e o direito de uma sociedade comunista¹³⁶.

Buscar o universal e imutável direito tem sua razão de ser, e se mostra útil por permitir uma descrição estritamente formal. Tal análise, embora de extrema utilidade, restringe o *saber o direito* apenas ao que lhe é universal, excluindo qualquer contradição interna que ele possa apresentar. É nessa lógica que Alaôr Caffé Alves defende que:

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ ALVES, *op. cit.*, p. 23.

Fazer ciência do direito, sem olvidar o compromisso de não se desprezar o universal, é justamente buscar o que diferencia e singulariza essas formas de manifestação das normas, pois as diferenças exprimem a imensa diversidade das comunidades jurídicas no tempo e no espaço: a busca das distinções historicamente definidas é precisamente o que faz a diferença e distingue entre um conhecimento real e um conhecimento metafísico do direito¹³⁷.

Nesses aspectos, é inevitável uma crítica ao Positivismo Jurídico, restando evidente que essa doutrina não demonstra, ou sequer pretende demonstrar, as diferentes razões que podem compor a forma universal que se restringe a estudar. Para que de fato sejam colocados em destaque organizações sociais mais adequadas ao pleno desenvolvimento de um bem-estar social, com uma estável coordenação de valores e preferências individuais distintas, deve-se ir além da descrição formal, abstrata e absoluta, a qual, ainda que válida, já não se mostrará útil.

Nesse sentido, a fim de que possam ser colocados em destaque práticas e sistemas normativos mais benéficos (eficientes no alcance dos objetivos que lhe são impostos), a análise comparativa é necessária. Consequentemente, valorar também passa a ser necessário, o que exige uma nova proposta metodológica e uma estrutura conceitual mais ampla, as quais comportem e compreendam o suporte fático que o plano do *ser* confere ao plano do *dever-ser*. Desse modo, para que de fato seja possível tal análise, o Positivismo Jurídico terá sua adequação, quando muito, para análises referentes à validade dos sistemas jurídicos (ao encaixá-los em uma estrutura formal e descritiva), sendo muito mais relevante, após tal análise, a busca por critérios neutros de valoração e comparação, e então será possível uma afirmação quanto à eficiência dos mais diversos sistemas jurídicos. Em razão de tais propostas, portanto, no presente trabalho rejeita-se também o Positivismo Jurídico, uma vez que esta corrente sequer busca compreender o direito conforme seu suporte material, restringindo-se a alcançar uma *pureza* teórica, descritiva e conceitual, a qual, ainda que válida, já não permite uma abordagem real do fenômeno social *direito*.

¹³⁷ *Idem*, p. 31.

4 O ENFAIXAMENTO DOS PÉS DA CHINA

4.1 A amarração dos pés das meninas chinesas

A fim de ilustrar todo o plano teórico aqui exposto, o qual foi desenvolvido com base na afirmação contínua de que práticas culturais e valores morais são passíveis de análises comparativas, cabem algumas abordagens práticas. Assim, para tal abordagem, um caso que se mostra bastante adequado é o antigo costume chinês que consistia na amarração e enfaixamento dos pés das mulheres.

Menciona-se, por esclarecimento, que o relato aqui exposto é baseado integralmente no estudo desenvolvido pelo filósofo Kwame Anthony Appiah, quando considerou este caso como uma “revolução moral”, conforme foi colocado no livro “O código de honra: como ocorrem as revoluções morais¹³⁸”.

Referido costume, desenvolvido na China ao longo de um inteiro milênio, consistia basicamente na amarração dos pés das mulheres, desde sua infância, fazendo com que, já na idade adulta, os pés não ultrapassassem a medida de alguns centímetros. Atavam-se os pés das meninas, muitas vezes por volta dos cinco anos de idade, esmagando-se os dedos sob a sola, mediante a fratura dos ossos, com o tornozelo sendo forçado para baixo, o que fazia com que os pés formassem um arco que jamais teria ocorrência natural. Muitas vezes, tal prática tinha como decorrência a perda dos dedos, que simplesmente desprendiam-se e, além disso, após determinado tempo, os nervos passavam a sofrer danos permanentes, o que acarretava na perda da sensibilidade nos pés.

Já na idade adulta, como resultado do enfaixamento dos pés, as mulheres tinham grandes dificuldades para andar, o que as restringia ao percurso de distâncias mínimas. Ainda, em casos mais extremos, há registros que demonstram que o enfaixamento chegou a provocar gangrenas, perda dos pés e até a morte.

Ou seja, verifica-se que, desde seu início, já era sabido que a amarração dos pés era extremamente dolorosa e acarretava em limitações físicas. Justamente por

¹³⁸ Cf. APPIAH, *op. cit.*, p. 68-113.

isso, ainda que tenha se difundido ao longo de um milênio pelo vasto império chinês, a prática sempre foi acompanhada por críticas e reprovações. Há um relato, por exemplo, referente à época da dinastia Song (960 – 1279), no qual consta que “crianças com menos de quatro ou cinco anos de idade, puras e inocentes, são obrigadas a sofrer dor ilimitada¹³⁹”. Já em outra narração, de um autor que utilizava o pseudônimo de “Doutor do Lótus Perfumado”, em clara alusão ao seu apreço pelos pés atados, conhecidos como “lótus dourados”, consta que seria “insuportável de ouvir” os gritos de uma menina quando seus pés eram atados pela primeira vez, do mesmo modo que era “insuportável” sentir o cheiro horrível quando as faixas tinham que ser removidas e trocadas.

Ou seja, exatamente como já mencionado no caso da escravidão, os argumentos contrários à prática da amarração dos pés eram evidentes e amplamente conhecidos desde o seu início, sendo que não foram suficientes para que o costume fosse evitado. Assim, já em uma primeira análise, percebe-se que, embora a prática tenha sido realizada continuamente ao longo de séculos, ela sempre foi passível de críticas, inclusive por parte dos próprios chineses.

4.2 A origem da prática e sua difusão pelo império chinês

Não há uma referência precisa para o início da prática da amarração dos pés, mas há algumas tradições vinculam seu início ao governo do rei Li Yu, que durou até o ano 975. Um relato datado do século XII, já perdido, mas utilizado como referência em uma obra de Howard Levy, um dos primeiros autores a analisarem a prática, descreve a “concubina favorita do palácio” de Li Yu, a qual “recebeu ordens para atar seus pés com seda branca para que as extremidades parecessem as pontas do crescente da lua¹⁴⁰”.

Inicialmente, o enfaixamento dos pés foi utilizado como símbolo de distinção social, estando vinculado às famílias aristocratas, as quais, segundo Howard

¹³⁹ *Idem*, p. 85.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 78.

Levy, “passaram a se sentir compelidas a amarrar os pés de suas meninas¹⁴¹”. A distinção ocorria, basicamente, porque as mulheres da elite, aristocratas na corte ou damas nas províncias, não estavam sujeitas aos trabalhos nas lavouras e às caminhadas aos mercados, o que, inclusive, decorria do próprio fato de terem seus pés enfaixados. Assim, mediante tal prática, as mulheres demonstravam sua origem social e os trabalhos aos quais estavam sujeitas.

Nesse sentido, o costume dos pés amarrados estava diretamente relacionado à honra das mulheres e de suas famílias, a qual era determinante para a realização de casamentos, uma vez que estes eram utilizados como meio para os arranjos familiares. Desse modo, mulheres que pretendiam se casar com homens de posição social prestigiada precisavam se sujeitar à prática dos pés atados. Por outro lado, os homens passaram a dar preferência a essas mulheres, também em razão do prestígio social.

Portanto, como consequência, a dolorosa prática passa a ser suportável, uma vez que os pés pequenos e deformados se tornavam um símbolo de elevação social e beleza. Os pés, contidos em minúsculos sapatos bordados e coloridos, passaram a ser símbolo de adoração.

Segundo o cientista político Gerry Mackie, a prática passou a ser difundida, inicialmente, porque o imperador, que era servido por inúmeras mulheres, as quais lhe deviam fidelidade, utilizava a amarração dos pés, também, para restringir a mobilidade física delas. Assim, em tese, haveria um maior controle em relação às concubinas do imperador, as quais estavam limitadas fisicamente. Exatamente nesse mesmo sentido, a fim de se evitar que as mulheres que serviam ao imperador se relacionassem com terceiros, os homens que trabalhavam no interior do palácio imperial eram castrados. Portanto, primeiramente, verifica-se que a prática passou ser constante no meio social vinculado ao imperador. Nesse ponto, Gerry Mackie esclarece que:

O estrato logo abaixo, concorrendo para fornecer esposas e concubinas ao ápice, imitará e exagerará a prática de controle e fidelidade, para obter acesso econômico, social e reprodutivo ao palácio. O vazio de mulheres no primeiro estrato abaixo será preenchido por mulheres ascendendo do segundo estrato

¹⁴¹ *Idem*, p. 79.

abaixo, que por sua vez adotarão a convenção de controle da fidelidade e assim por diante, em todos os estratos até o último¹⁴².

Desse modo, nos anos da dinastia mongol Yuan (1271 – 1368), a prática se torna mais abrangente e, já na dinastia Ming, a qual durou até 1644, ela ganha ainda mais popularidade nas classes superiores. Um romance desse período, surgido no século XVI, narra a satisfação de um mercador que estava à procura de uma esposa, quando lhe é apresentada uma pretendente que tinha “belos pés, com 7,5 centímetros de comprimento e não mais largos que um polegar, bem pontiagudos e com o dorso alto¹⁴³”.

Após a dinastia Ming, os manchus, que assumiram o poder instaurando a dinastia Qing (1644 – 1912), já não demonstravam tanto apreço pela prática, sendo que tentaram erradicá-la algumas vezes, inclusive mediante decretos imperiais, por meio dos quais o enfaixamento dos pés passou a ser oficialmente proibido. No entanto, não obstante, a prática continuou a ser amplamente difundida, sendo que mesmo algumas aristocratas manchus desrespeitavam os decretos, os quais posteriormente foram revogados por terem sido ineficientes. O costume ainda foi vigente em algumas minorias étnicas, como, por exemplo, entre judeus e mulçumanos. Além disso, embora fosse menos usual entre as classes mais pobres, principalmente em áreas agrícolas, há registros que demonstram que o enfaixamento dos pés também foi praticado entre essas classes.

Em suma, então, até ser de fato abolida, no início do século XX, a prática vigorou por aproximadamente um milênio, embora tenha sido, durante esse período, proibida oficialmente por mais de duzentos anos. Como bem ilustra Anthony Appiah:

As mulheres com pés normais eram ridicularizadas; as mulheres com pés pequenos, sobretudo com os minúsculos lótus dourados, com menos de 7,5 cm de comprimento, eram elogiadas e valorizadas, e seus pés eram objeto de atenção erótica. Os romances e manuais eróticos chineses falavam de homens que se excitavam pelo andar arrastado da mulher de pés amarrados ou ardiam ao afagar os pés desenfaixados. [...] Havia concursos públicos de pés minúsculos, em que a plateia, apreciando, podia comentar e avaliar os

¹⁴² *Idem*, p. 81.

¹⁴³ *Idem*, p. 82.

‘tamanhos diminutos e as formas proporcionais’ dos lótuos dourados envoltos em seda¹⁴⁴.

4.3 A extinção do costume milenar

Conforme estudo histórico realizado por Anthony Appiah, o fim da amarração dos pés esteve diretamente relacionado ao contato do império chinês com o mundo ocidental, especificamente no início do século XIX. Na segunda metade do século, a catequese cristã passou a ter acesso irrestrito ao império chinês e missões católicas e protestantes, da Europa e da América do Norte, começaram a ser estabelecidas. Os protestantes, especificamente, por terem missionários de ambos os sexos, tinham como objetivo central a educação das mulheres, o que, naturalmente, iria esbarrar no costume dos pés atados.

Nessa época, inclusive alguns anos antes, já havia certo desconforto em relação à prática, principalmente entre alguns letrados, os quais formavam uma classe diretamente relacionada ao governo imperial, exercendo cargos importantes e em contato constante com o imperador. O poeta Yuan Mei, por exemplo, no final do século XVIII, se manifestando em relação à prática do enfaixamento dos pés, expôs que ela seria um modelo inadequado, decorrente “do último rei de um reino conquistado¹⁴⁵”. Outro poeta, contemporâneo de Yuan Mei, também já dizia que, em razão de a prática estar difundida entre os mais pobres, ela já não deveria ser seguida pela nobreza.

No entanto, apesar dessas críticas pontuais, é com os missionários estrangeiros que se organiza um movimento oficialmente contrário à prática. Na segunda metade do século XIX, escolas fundadas por missionários exigiam expressamente que os pés das meninas não fossem enfaixados. No mesmo período, como decorrência do trabalho do reverendo John Macgowan e de sua esposa, era fundada a “Sociedade para Abandonar o Enfaixamento dos Pés”.

No final do século XIX, então, o movimento contrário ao enfaixamento dos pés ganha apoio de jovens chineses, principalmente entre os que haviam sido

¹⁴⁴ *Idem*, p. 83.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 93.

enviados ao exterior para estudar. Dentre eles, moças da nobreza e de classes mercantis que haviam ido estudar no Japão, as quais retornavam dispostas a educar suas filhas em modos diferentes. Surgiam, assim, as primeiras feministas chinesas, que exigiam igualdade entre homens e mulheres.

Os missionários, ainda em trabalho constante, buscavam influenciar diretamente os letrados; assim, criaram jornais e revistas direcionadas especificamente a essa classe, por meio dos quais traziam ideias e acontecimentos de fora da China. Exemplificando o quadro histórico, Anthony Appiah menciona um escrito do reverendo Timothy Richard, o qual, “ao refletir sobre a civilização ocidental”, observou:

Percebi que sua vantagem sobre a civilização chinesa devia-se ao fato de que ela procurava descobrir as operações de Deus na Natureza e aplicar as leis da Natureza a serviço da comunidade [...]. Convenci-me de que, se pudesse lecionar aos funcionários e eruditos e interessá-los nesses milagres da ciência, conseguiria lhes apontar maneiras de utilizar as forças de Deus na Natureza em benefício de seus conterrâneos. Dessa forma, eu poderia influenciá-los a construir ferrovias, abrir minas, evitar a ocorrência da fome e salvar as pessoas de sua opressiva pobreza¹⁴⁶.

Cativados por esse cristianismo modernizador, então, os letrados responderam. O contato constante com o ocidente, sobretudo em razão dos periódicos redigidos por missionários, os levou a terem uma visão mais cosmopolita e, assim, surgia uma segunda classe contrária ao enfaixamento dos pés. Kang Youwei, um letrado da época, em sua autobiografia, mencionou que após ter sido apresentado às ideias ocidentais, a partir de 1883, começou a refletir sobre a amarração dos pés, “e que tinha ficado perturbado com os sofrimentos de suas irmãs ao atarem os pés delas¹⁴⁷”. Quando chegou o momento, ele já não permitiu que os pés de suas filhas fossem atados e, nesse cenário, criou, em 1894, a “Associação dos Pés Desamarrados”, a qual foi constituída mediante apoio de outros letrados que, como Kang, haviam tido forte contato com a América.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 96.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 97.

Associado ao movimento dos letrados e dos missionários, Anthony Appiah ressalta ainda a importância, para a libertação dos pés chineses, das mulheres expatriadas da elite e das esposas de funcionários e empresários dos portos comerciais. Ele menciona especificamente a Sra. Archibald Little, uma mulher que foi à China em 1887, em razão das atividades comerciais de seu marido, um empresário inglês, a qual, em conjunto com uma elite expatriada, acabou por fundar a “Sociedade dos Pés Naturais”, iniciando uma campanha extremamente ativa contra a prática da amarração de pés.

Em decorrência dos trabalhos da Sra. Little, os quais trouxeram à causa o então governador-geral de Guangzhou, uma cidade localizada ao sul da China, os letrados passam a ser ainda mais influenciados. Basicamente no mesmo período (1887), o governador-geral de Hunan e Hubei, regiões centrais da China, também já apoiava a mesma causa, sendo que chegou a publicar um ensaio no qual se declarava abertamente contrário à prática da amarração dos pés.

Cabe ressaltar que, embora os intelectuais chineses modernizadores fossem leais às tradições, defendendo “o uso do saber chinês para os princípios fundamentais”, eles também defendiam, no final do século XIX, “o saber ocidental para questões práticas¹⁴⁸”. O que ocorria, nesse período, é que a China já estava em um mundo maior, em contato constante com europeus, japoneses e americanos, os quais, mediante avaliações críticas, “enfraqueciam a pretensão da China ao respeito¹⁴⁹”.

A China passava a ser analisada, comparativamente, com outras nações. É nesse contexto que, em 1855, após uma derrota naval para o Japão, a China foi obrigada a assinar o tratado de Shimonoseki, o qual lhe era totalmente desfavorável e marcava sua derrota na guerra sino-japonesa, o que já evidenciava a necessidade de reformas sociais e políticas expressivas. Era o que ainda não havia sido percebido, em 1840, na ocasião da Guerra do Ópio, quando os britânicos impuseram seus interesses comerciais relacionados à produção e à comercialização do ópio, aproximadamente no mesmo período (1842) em que o governo francês também já exigia a entrada irrestrita de missionários cristãos.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 99.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 100.

Além disso, nesse contexto ainda culminava uma série de revoltas internas, o que desmoralizava o governo imperial e abria espaço para críticas. Assim, em decorrência das derrotas para os estrangeiros e das revoltas internas, alguns letrados concluem pela necessidade de reforma, a qual deveria ser baseada, ao menos em parte, nos conhecimentos trazidos do ocidente.

Após alguns anos, com o movimento reformista mais forte e a influência estrangeira ainda maior, o letrado Kang Yowei, por meio de petições endereçadas ao imperador Guangxu, demonstrava uma preocupação grande quanto ao posicionamento da China no cenário internacional, fazendo críticas diretas à prática da amarração dos pés. Em um de seus memoriais, fez constar:

Olho os europeus e os americanos, tão fortes e vigorosos porque suas mães não amarraram os pés, e por isso têm filhos fortes. Agora que precisamos concorrer com outras nações, é perigoso transmitir uma progênie fraca¹⁵⁰.

E, nesses termos, ainda explicitava que a China poderia ter seu renome manchado, expondo que “Todos os países têm relações internacionais e comparam mutuamente suas instituições políticas, de forma que, se um comete o mais leve erro, os outros o ridicularizam e o tratam com superioridade”. E prosseguia:

Não é mais aquele tempo quando estávamos unidos sob um mesmo governo e isolados de todo o mundo. Agora a China é estreita e muito povoada, tem viciados em ópio e ruas cheias de mendigos. Os estrangeiros tiram fotografias e riem de nós por isso; criticam-nos por sermos bárbaros. Não há nada que nos torne mais ridículos do que atar os pés. Eu, vosso humilde criado, sinto-me profundamente envergonhado¹⁵¹.

Nesse período, especificamente em 1898, foram então tentadas reformas por parte do Imperador, as quais, todavia, encontraram resistência na burocracia do palácio imperial e da capital, o que acarretou em uma forte reação da ala conservadora, que acreditava que os problemas que atingiam a China eram consequência da presença

¹⁵⁰ *Idem*, p. 73.

¹⁵¹ *Idem*, p. 73.

indevida dos estrangeiros no país. Esse atrito acarretou, por sua vez, na guerra dos Boxers, a qual trouxe instabilidade à capital chinesa e aos negócios gerenciados pelos estrangeiros, até que então estes optaram pela intervenção militar. Novamente, restou à China negociar um acordo que lhe era extremamente desfavorável.

Assim, em 1902, a imperatriz-mãe, Cixi, emitiu pessoalmente um decreto contra a amarração dos pés, argumentando que a prática era desfavorável. Conforme constou no decreto, foi recomendado aos “nobres e notáveis da ascendência chinesa” que “exortem firmemente suas famílias e todos os que se encontram sob sua influência a se abster daqui por diante daquela prática daninha e assim venham a abolir gradualmente o costume para sempre¹⁵²”.

Em 1911, então, a amarração dos pés foi definitivamente proibida, por ser “um costume cruel e destrutivo¹⁵³”.

4.4 Conclusões

Conforme se verifica, a luta pelo término do enfaixamento dos pés, além da atuação dos missionários cristãos e da elite empresarial ocidental, teve como fator relevante a preocupação dos letrados com a imagem da China no cenário internacional. A prioridade dos letrados era, sobretudo, o bem da própria da China, e nesse aspecto o movimento tinha um caráter nacionalista. Nessa lógica, os letrados entendiam que a prática da amarração dos pés simplesmente causava vergonha ao povo chinês. Como colocava Kang Youwei, ainda na ocasião de seu memorial ao imperador, era “uma vergonha para a China ter um costume tão bárbaro, que a converte em alvo de escárnio aos olhos dos estrangeiros¹⁵⁴”, e assim chegava a seguinte conclusão:

Considerando a lei do país, é uma penalidade totalmente injustificável; considerando a preservação da harmonia na família, prejudica o amor dos pais pelos filhos; considerando o fortalecimento do Exército, lega gerações e gerações de descendentes fracos; e, finalmente, considerando a beleza e os

¹⁵² *Idem.*

¹⁵³ *Idem*, p. 103.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 104.

costumes, torna-se objeto de ridículo para os estrangeiros. É, portanto, intolerável¹⁵⁵.

Com bem observa Anthony Appiah, a prática da amarração dos pés, na virada do século XIX para o século XX, atingia a honra da nação chinesa, na medida em que o país perdia respeito no âmbito internacional. Como explica o autor, o mundo da honra consiste em códigos de conduta reconhecidos por determinadas pessoas, ou grupos sociais, cujo respeito se pretende ter. Assim, por haver reconhecimento quanto aos mesmos códigos, estes passam a ser critério para a avaliação das respectivas condutas e, desta avaliação, as pessoas terão, ou não, o respeito dos demais.

O mundo da honra dos intelectuais chineses, a partir do final do século XIX, passou a incluir outras nações, e então um mesmo código de conduta passou a ser compartilhado e reconhecido, o qual serviu para uma avaliação crítica por parte dos europeus, japoneses e americanos, o que, nas palavras de Anthony, “enfraquecia a pretensão da China ao respeito¹⁵⁶”.

A honra, quando relacionada especificamente a um indivíduo, representa sua própria avaliação em determinado grupo social, a qual é baseada nos respectivos códigos de conduta reconhecidos como válidos. Individualmente, torna-se fácil compreender a pretensão de querer ser digno de respeito, pois este respeito significa uma avaliação positiva realizada por meio de critérios reconhecidos pelo próprio indivíduo que é avaliado, na medida em que ele também compartilha os códigos do grupo social no qual está inserido. No entanto, quanto à honra nacional, ela é relativa às ações que são realizadas coletivamente. Quando uma nação age, valores culturais construídos em conjunto são expostos e um governo representa ativamente cidadãos; são valores desenvolvidos em uma sociedade que passam a guiar uma ação conjunta. Por isso que, quando se fala em nação, é compreendida a ideia de uma ação coletiva relacionada a determinado povo.

De todo o modo, exatamente como a honra individual, a honra coletiva também permite uma avaliação quanto ao que é realizado em conjunto. Esclarecendo este ponto, Anthony cita uma obra de J. M. Coetzee, na qual é comentada uma notícia,

¹⁵⁵ *Idem*, p. 104.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 100.

veiculada pela *New Yorker*, de que o governo americano havia aprovado práticas de tortura em Guantánamo. No comentário, é exposto:

Demóstenes: enquanto o escravo teme apenas a dor, o que o homem livre mais teme é a vergonha. Se aceitamos como verdadeiro o que diz a *New Yorker*, a questão para os americanos enquanto indivíduos passa a ser uma questão moral: diante dessa vergonha à qual estou sujeito, como me comporto? Preservo minha honra?

O autor ainda prossegue, comparando sua reação à notícia com a reação que seria esperada de alguém que ouvisse a Quinta Sinfonia de Sibelius pela primeira vez:

Como teria sido, pensei, ser um finlandês sentado na plateia na primeira apresentação da sinfonia em Helsinque, há quase um século, e sentir essa onda tomar conta da gente? A resposta: eu sentiria orgulho, orgulho porque um de nós conseguiu juntar esses sons, orgulho porque do nada, nós, seres humanos somos capazes fazer uma coisa dessas. Compare isso com a sensação de nós, nosso povo, termos feito Guantánamo. A criação musical em uma mão, a máquina de infligir dor e humilhação na outra: o melhor e o pior de que são capazes os seres humanos¹⁵⁷.

O que se percebe é que a honra nacional, assim como a honra individual, decorre do simples fato de as pessoas se importarem com as opiniões alheia, sejam elas expressadas individual ou coletivamente. Os intelectuais chineses, ao verem os estrangeiros como pessoas cujo respeito era importante, passam a considerar as avaliações que eram feitas por eles. Como afirma Anthony Appiah, a percepção individual de que os países são atores de um cenário internacional é uma das razões fundamentais para o nacionalismo moderno, o qual está diretamente relacionado à ideia de honra, justamente por meio da qual as nações são mobilizadas. É o que explica o historiador Ernest Renan, segundo o qual:

¹⁵⁷ *Idem*, p. 108.

A nação, como indivíduo, é a culminação de um longo passado de esforços, sacrifícios e atos de devoção. O culto dos ancestrais é o mais legítimo de todos: eles nos fizeram o que somos. Um passado heroico, grandes homens, glória (refiro-me à verdadeira glória): este é o capital social no qual se funda a ideia nacional¹⁵⁸.

É nesse aspecto, então, quando a China se percebe como uma nação em concorrência com outras, que a prática da amarração dos pés desaparece. Segundos dados estatísticos, foi basicamente no período de uma geração que a prática foi extinta, sendo que já no início do século XX podia-se crer em seu real término. Há dados, por exemplo, que comprovam que a população de determinada zona rural, de 99% de pés amarrados em 1889, passou para zero em 1919; ou seja, o fim da prática foi instantâneo.

O que se mostra importante, especificamente, é entender o motivo que levou a à extinção da prática em apenas uma geração, já que ela havia sido vigente por mais de mil anos. Como visto, a amarração dos pés tinha papel fundamental no arranjo de casamentos, sendo essencial para distinguir uma mulher e uma família honradas. Assim, havia um ciclo vicioso: os homens honrados, à procura de mulheres honradas, exigiam os pés atados; já as mulheres, também à procura de homens honrados, atavam seus pés e os pés de suas filhas. Além disso, a amarração dos pés ainda era entendida como um fator que contribuía para a fidelidade matrimonial das mulheres, uma vez que estas tinham menor mobilidade física. Justamente quando tal lógica é quebrada, o costume perde seu significado. Anthony Appiah repara que o movimento contrário à amarração dos pés foi bem sucedido porque, simultaneamente, possibilitou a existência de solteiras com os pés desenfaixados e solteiros dispostos a se casarem com essas mulheres. Do mesmo modo, por meio do contato com outras nações, foi demonstrado que a fidelidade das mulheres não dependia, necessariamente, da amarração dos pés.

Assim, quando a prática passa a ser evitada pela elite, especificamente em razão do movimento dos letrados, conseqüentemente ela deixa de ser atrativa para as classes mais baixas, já que não funcionaria mais como um mecanismo de ascensão

¹⁵⁸ *Idem*, p. 108.

social. Portanto, quando um número razoável de letrados passa a procurar por pretensas esposas com pés normais, a tendência da prática é invertida, passando a ser evitada nas classes mais baixas. Ou seja, pelo simples fato de a prática estar inserida em um sistema de estruturação social, quando a elite deixa de praticá-la, não há mais atração para as classes abaixo.

De todo o modo, foi necessária uma análise comparativa, entre nações, para que alguns letrados entendessem a necessidade de reformas por qual passava a China, bem como o quanto era desnecessária a prática da amarração dos pés. Mais do que isso, a análise comparativa infringiu a honra da nação chinesa, a qual se viu desrespeitada por seus pares no cenário internacional, uma vez que a amarração dos pés, como código de conduta, não era compartilhada pelos demais.

No entanto, Anthony Appiah destaca que, ainda que fosse pretendida e necessária a modernização, alguns letrados ressaltavam que ela teria algum custo. É nesse sentido que constou na “Crônica secreta do interesse do lótus”, de autoria desconhecida:

A amarração dos pés de nosso país tornou-se um tipo de prática retrógrada na história mundial. Em nenhum lugar a mulher foi confinada mais severamente do que por meio dessa prática. Deveria ser naturalmente aniquilada e se tornar um fenômeno desconhecido¹⁵⁹.

Mas, ao final, ao autor deixava em evidência algum tom de melancolia: “Não me importarei em usar minha energia para escrever este ensaio, para mostrar algo das utilidades do lótus e seus mistérios sagrados, que sobreviveram por um milênio¹⁶⁰”.

4.5 Análise crítica

Antes de serem dirigidas possíveis críticas ao costume do enfaixamento dos pés, deve ser ressaltado que ele, por si só, era válido. Válido porque foi

¹⁵⁹ *Idem.* p. 111-112.

¹⁶⁰ *Idem.*

incorporado socialmente, de modo amplo, ao ponto vigorar por mais de mil anos, sendo nitidamente aceito pelos respectivos membros do grupo social. O costume era visto como um padrão comportamental correto e, por isso, manifestava expectativas de condutas: pessoas que faziam parte da sociedade chinesa esperavam que os outros membros da sociedade seguissem o mesmo costume. Além disso, a prática servia, com certa eficiência, ao seu objetivo: permitir a distinção de classes naquela sociedade, mediante arranjos familiares, e fazer com que as mulheres ficassem mais restritas, fisicamente, aos seus maridos.

Ou seja, era um mecanismo de orientação de condutas amplamente aceito, o qual estava vinculado à própria estruturação social do Império Chinês. É nesse sentido que, conforme se afirmou reiteradamente neste trabalho, a prática da amarração dos pés, simplesmente por ser um costume, de algum modo reflete uma realidade social e se apresenta como o resultado de preferências e expectativas distintas.

Nos termos do estudo histórico realizado, ficou em evidência que a sociedade chinesa atribuía às mulheres a obrigação de serem submissas aos seus maridos, e isso é refletido no costume da amarração dos pés. No mesmo sentido, fica em evidência, ao se analisar a prática, que a sociedade chinesa era estruturada em arranjos familiares, os quais eram conduzidos e articulados conforme as posições políticas e econômicas dos agentes envolvidos nas relações. Assim, é inegável que alguma realidade social é refletida na prática do enfaixamento dos pés, realidade esta que, por ser representada no âmbito de um costume amplamente aceito e vigente, presume-se ser relevante. Isso se comprova, com certa facilidade, pelo simples fato de o costume ter surgido aos arredores do imperador, o qual representava a concentração máxima de poder político e econômico naquela sociedade.

Ou seja, o costume, inicialmente, representava uma preferência social de extrema relevância, que era a preferência do próprio imperador, sendo que daí ela passa a ser relevante também para outras classes. Justamente nesse sentido que já se afirmou, no início deste trabalho, que o costume representa e determina o resultado de preferências sociais distintas, dizendo qual e por que deve prevalecer. No caso, o enfaixamento dos pés refletiu, muito bem, a realidade da sociedade chinesa, a qual era estruturada em uma hierarquia imperial e tinha como valor a submissão da mulher ao homem. Percebe-se, portanto, que o costume não apenas refletia uma realidade social,

mas, principalmente, era utilizado para a própria manutenção dessa realidade (decorrente de preferências sociais relevantes).

Até este ponto, não há, como se verifica, qualquer subjetividade. Pelo contrário, consta-se, precisamente, o que determinada prática social representa; isso é feito com base em análises concretas, as quais são comprovadas empiricamente no âmbito de um estudo social e histórico. Desse modo, como incisivamente afirmado, fica afastada a suposição de que toda prática social é decorrente de crenças e valores intrinsecamente subjetivos. Pelo que se demonstra, os costumes, ainda que eventualmente possam ser decorrentes apenas de crenças, podem também, como muitas vezes o são, ser decorrentes de específicos contextos sociais e políticos, e assim refletem preferências sociais também específicas e determináveis. Resta em evidência, nesta análise, o quão frágil é a tese do Relativismo Cultural, a qual nega qualquer objetividade nas análises de práticas culturais e valores morais, conforme já amplamente debatido.

Em suma, o que se analisa em primeiro plano, quanto ao costume chinês do enfaixamento dos pés, é que ele decorre de um contexto político e social específico, ao qual se relaciona de forma clara. Assim, ele representa uma estruturação social, trazendo de forma explícita valores e preferências sociais que, por alguma razão, apresentam-se como relevantes. Desse modo, por ser eficiente em seu âmbito de coordenação e estruturação social, revelando expectativas genéricas de condutas, as quais são aceitas com base em um consenso social mínimo, ele é válido e representa um *dever-ser*. Por ser um padrão comportamental aceito globalmente pelos respectivos membros do sistema social, é impositivo, e sob esse aspecto deve ser analisado e compreendido.

Além disso, como também defendido neste trabalho, os costumes apresentam, sim, algum poder coercitivo, sendo que, por isso, configuram mecanismos de coordenação e orientação de condutas. Como já mencionado, Anthony Appiah, em seu estudo histórico, revela que as mulheres com pés normais eram “ridicularizadas na China¹⁶¹”, simplesmente porque não haviam sido submetidas ao costume, à tradição, enquanto que as mulheres com pés artificialmente minúsculos eram valorizadas. Por isso que, em consonância com os conceitos aqui desenvolvidos, afirma-se, novamente,

¹⁶¹ *Idem*, p. 83.

que os costumes e os valores culturais, ainda que em escala mínima, sempre apresentam um *dever-ser*, pois estão relacionados, muitas vezes, a algum poder coercitivo. Na china, as mulheres que pretendessem se casar com homens de posição social elevada precisavam ter seus pés atados; isso era uma imposição social independente do fato de as mulheres amarrarem seus pés ou não (*ser*).

Aqui fica clara a ideia de que os costumes, por serem em sua própria essência um reflexo da realidade social, apresentam um mínimo de juricidade, a qual, antes de qualquer análise crítica, deve ser reconhecida. Ou seja, independentemente da abordagem a ser feita, o costume deve ser interpretado e reconhecido como efetivo mecanismo de coordenação de preferências sociais distintas, o que lhe atribui validade. Pelo simples fato de ser praticado reiteradamente, coordenando interesses e expectativas distintas, refletindo valores e mantendo determinada estabilidade social, os costumes representam um *dever-ser*, ainda que mínimo, e assim são revestidos de validade, devendo ser compreendidos exatamente nesses termos.

Posteriormente, sendo reconhecidos esses aspectos, os quais são inerentes aos costumes e às manifestações culturais, torna-se possível um questionamento crítico. Especificamente no caso da prática da amarração dos pés, alguns questionamentos são possíveis, sendo isso o que se faz adiante.

Primeiramente, portanto, já nessa análise crítica, mostra-se adequado observar que o costume do enfaixamento dos pés, de alguma forma, restringia um valor universal a determinada parcela da sociedade. Em conformidade com o que fora exposto anteriormente, especificamente na análise do “conteúdo mínimo do direito natural”, foi demonstrado que algumas abstenções são essenciais ao desenvolvimento de qualquer sociedade. Assim, foi demonstrado que algumas condutas, caso fossem praticadas irrestritamente, simplesmente acarretariam na inviabilidade de qualquer organização social; seria o caso, por exemplo, do homicídio. Em sentido análogo, poderia ser questionado, em relação à prática da amarração dos pés, o que ocorreria caso ela fosse aplicada a todos os membros da sociedade chinesa.

Por óbvio, em uma hipótese na qual todos os membros de determinada sociedade tivessem seus pés atados, exatamente como era feito com as mulheres chinesas, esta sociedade seria inviável, simplesmente porque a locomoção das pessoas seria extremamente limitada. De plano, então, verifica-se que a amarração dos pés,

igualmente como no caso da escravidão, apenas poderia ser imposta a uma parcela restrita da sociedade; do contrário, esta seria inviável. Ora, será que uma constatação dessas não pode sustentar, ao menos, um questionamento quanto à prática? Sem desconsiderar sua validade, não poderia ser ressaltado, apenas, que a prática traz limitações físicas e dor extrema às pessoas que a ela se sujeitam? Será que constatações e questionamentos como esses estariam, necessariamente, em um plano subjetivo?

O que se busca não é, e jamais seria, a simples afirmação de que determinada prática cultural é errada ou correta. O que se busca, sim, é um meio adequado para que determinadas práticas possam ser questionadas e comparadas com outras. No caso da amarração dos pés, o costume representava, principalmente em seu início, uma estrutura política altamente hierarquizada e centralizada. Em razão disso, na origem, o costume é decorrente de uma preferência social extremamente específica, que era a preferência do próprio imperador. Ou seja, em termos de legitimidade, a prática era extremamente questionável, uma vez que ela surgiu de uma imposição.

Provavelmente, caso a amarração dos pés não refletisse uma preferência imperial, ela sequer teria se tornado um costume. O que sustentou a prática, como visto, foi sua função na estruturação da sociedade chinesa, sendo que era utilizada como mecanismo de distinção social. Em busca de uma ascensão política e econômica, as mulheres e suas famílias eram simplesmente compelidas a seguirem com a tradição, independentemente de concordarem com ela ou não. Em termos de legitimidade, considerando que a prática da amarração dos pés decorreu, originalmente, de uma vontade social centralizada e impositiva, ela pode e deve ser questionada. Provavelmente, caso ela refletisse apenas uma crença, e não uma estruturação política e social, não teria sido difundida ao ponto que foi.

O que se percebe, então, é que são inúmeras as análises que podem ser feitas quanto a um costume, e tais análises comportam graus de objetividade distintos. Especificamente quanto ao costume em análise, fica evidente que ele representava um poder político altamente centralizador, sendo que isso, inclusive, foi um dos fatores o manteve vigente por tantos anos. Ora, nesse aspecto, não poderia ao menos ser indagado, tendo vista a violência da amarração dos pés, se as mulheres realmente acreditavam em algum benefício da prática que não a ascensão política e econômica?

Será que a prática, caso não trouxesse qualquer repercussão política e social, teria sido vigente pelo tempo que foi?

Quando tais questionamentos são feitos, percebe-se que, na realidade, talvez o costume não tenha sido de fato desejado pelas pessoas que o praticaram, mas, pelo contrário, tenha sido visto, apenas, como algo necessário. Ao que parece, não há, em tais constatações, qualquer subjetividade; há, sim, comprovações lógicas, racionais e objetivas. Inclusive, a amarração dos pés deixou de ser praticada, imediatamente, quando não mais significava fator de distinção social. Isso comprova, de forma clara, que ela era utilizada como meio necessário à ascensão política e econômica, mas não como meio desejado. Todavia, por ela ter deixado de ser praticada, significa que não há, atualmente, meios de distinção e ascensão social na sociedade chinesa? Obviamente que não, apenas há outros meios, os quais se mostraram mais adequados e eficientes para uma coordenação de preferências e expectativas distintas.

Do mesmo modo, quando também foi percebido que a prática não garantia, necessariamente, a exigida fidelidade das mulheres, houve mais um motivo para seu abandono. Obviamente, isso também não significa que o valor da fidelidade matrimonial foi abandonado; apenas demonstra a compreensão de que a prática não era necessária para tal fim, o qual continuou a ser perseguido por outros meios, outros costumes. Exatamente nesse sentido que se defende, mais uma vez, que práticas culturais são passíveis de comparação, justamente em razão do quanto se mostrem legítimas e eficientes para a realização dos fins que lhe são atribuídos socialmente. Embora a amarração dos pés fosse eficiente, já que realmente atendia ao seu propósito social (estruturação e arranjos de organizações familiares em uma sociedade imperial hierarquizada), ela exigia um custo alto, o qual significava a imposição de dor física e mobilidade limitada às mulheres.

Por isso que, como já demonstrado, o enfaixamento dos pés sempre foi acompanhado de críticas, justamente porque era uma prática que acarretava em sofrimento físico, o que naturalmente é evitado por qualquer pessoa. Exatamente como no caso da escravidão, a prática tinha sua razão de ser, mas isso nunca significou que ela fosse o meio mais adequado para se concretizar aquela razão. Do mesmo modo, pelo simples fato dela implicar a imposição de violência extrema a determinados indivíduos, ela sempre foi questionável. Ressalta-se, novamente, essas análises não

extrapolam a âmbito da objetividade, como ousam sustentar os relativistas. Além disso, essa análise é necessária ao direito e se mostra imprescindível para que sejam alcançados meios mais adequados de controle social, o que justifica a crítica ao Positivismo Jurídico, quando esta corrente se exime de tal análise.

Especificamente quanto aos pés atados na China, por essa prática não decorrer de uma estruturação social institucionalizada, com preceitos normativos claros, de fato seu aspecto vinculativo não comportava uma juridicidade. Todavia, para se entender o direito como mecanismo de coordenação de expectativas e preferências sociais distintas, uma análise de costumes e práticas culturais, como aqui realizada, é necessária, uma vez que estes apresentam um mínimo de *dever-ser*. O caso da amarração dos pés demonstra, com evidência, que em alguma medida o *dever-ser* caminha com o *ser*, não havendo como se pensar em uma separação absoluta entre esses dois planos. Nesse sentido, reitera-se a crítica já realizada ao Positivismo Jurídico, uma vez que esta corrente, especificamente na abordagem de Kelsen, defendeu uma separação absoluta entre as realidades fáticas e normativas (o *dever-ser* objetivo e o *dever-ser* subjetivo).

Como se observou, o enfaixamento dos pés, mesmo em períodos nos quais era proibido por decretos imperiais, chegou a ser amplamente praticado. Por outro lado, quando foi extinto, sua proibição no âmbito normativo, oficializada em 1911, foi apenas a ratificação de uma realidade social nova, não tendo significado um fator necessário ao fim do costume. Na realidade, trata-se de mera constatação que, em inúmeros casos, o plano normativo é acompanhado e influenciado pelo plano social, em uma relação de dualidade. Justamente por isso foi mencionada a adequação de não se conceber, de modo absoluto, uma separação entre as esferas jurídicas e não jurídicas.

Em suma, o que se extrai dessa análise é que diversos são os costumes que se fundam em razões sociais específicas, sendo que isso pode ser verificado objetivamente. Nesse aspecto, quando se analisam as razões que justificam costumes e culturas, as respectivas preferências sociais que dão relevância a essas razões também podem ser analisadas e, o que fica por último, em destaque, são os objetivos sociais que se pretendem alcançar mediante as práticas em análise. Consequentemente, nessa estrutura lógica podem ser compreendidos os diversos modos de organização e estruturação social, por meio dos quais determinados objetivos são constantemente

almejados. Assim, quando se analisa a eficiência dessas estruturas na consecução dos respectivos objetivos, torna-se possível a análise comparativa.

Além disso, quando se identificam os objetivos que determinada sociedade busca, torna-se possível, também, analisá-los em termos de legitimidade, conforme estejam relacionados ou não a expectativas e preferências sociais. Pelo que se evidencia quanto ao caso do enfaixamento dos pés, em que pese o fato dele ter sido vigente por mil anos, uma análise comparativa, entre povos e culturas distintas, demonstrou, simplesmente, que a prática não era o meio mais adequado à realização do objetivo social que lhe era vinculado. Igualmente, a mesma análise comparativa colocou em evidência que a prática não representava, de modo algum, uma preferência social das mulheres, o que a caracterizou como ilegítima. Não houve, em tal processo, uma crítica direta aos valores e à estruturação social da China. Os valores e a estruturação sócio-política podem permanecer os mesmos, ainda que as práticas que os sustentem sejam questionadas e modificadas. Não há, em tal procedimento, qualquer violação de soberania; há, apenas, uma busca por mecanismos de controle social que se mostrem mais adequados e eficientes.

No caso do enfaixamento dos pés, essa conclusão fica mais fácil de ser alcançada, uma vez que a prática já não é vigente. Por meio de um retrospecto histórico, torna-se mais fácil compreender que outras práticas, menos discriminatórias e violentas, poderiam ter servido ao fim que serviu o enfaixamento dos pés. Todavia, esta análise histórica permite que outros casos, estes atuais e ainda vigentes, possam também ser questionados. Conforme exposto reiteradamente, é necessário, em última instância, atribuir o mesmo grau de validade às mais diversas práticas e aos mais diversos sistemas jurídicos, para que então seja possível uma análise comparativa baseada nos critérios da legitimidade e eficiência, simplesmente para que práticas sociais mais benéficas possam ser evidenciadas. Nesse sentido, cabe uma análise referente a determinadas práticas e sistemas jurídicos atuais, como adiante se faz.

5 CASOS ATUAIS E A VIOLAÇÃO DE DIRETOS HUMANOS

5.1 Análise e avaliação de práticas e sistemas jurídicos vigentes

Atualmente, em diversos lugares do mundo, a perda da virgindade feminina é associada a uma questão de honra. Assim, se o fato não ocorrer de acordo com determinados costumes e procedimentos, a honra familiar é ferida; e muitas vezes isso é punível com a morte da mulher. Em muitas comunidades, o simples fato de uma mulher perder sua virgindade, mesmo como decorrência de um estupro, pode acarretar em sua desonra e na desonra de sua família, o que exige a pena de morte; são os chamados, dentre outros, crimes de honra. Segundo um relatório das Nações Unidas, de 2000, cinco mil mulheres são mortas anualmente, por parentes, em razão desse tipo de crime¹⁶². Em muitos desses casos, o simples fato de uma mulher manter relações sexuais extraconjugais, voluntária ou involuntariamente, justifica o crime, pois, de acordo com determinados códigos de conduta, isso significa a perda da honra.

Especificamente no Paquistão, o problema é mais evidente e está diretamente relacionado ao sistema jurídico do país. A atual constituição do Paquistão, ratificada em 1973, em seu preâmbulo prevê que a ordem nacional deve estar “em conformidade com os ensinamentos e as exigências do Islã, conforme expostos no Corão Sagrado e na suna¹⁶³”. Visando dar efetividade ao texto constitucional, então, no sentido de aumentar a islamização do país, em 1979, o dirigente militar do Paquistão, Zia-ul-Haq, editou os Decretos Hudood. Dentre algumas regulamentações desses decretos, estava a implementação de um conceito de *zina*, que significa a prática de sexo fora do casamento.

Em termos concretos, essa nova legislação reduziu significativamente a proteção jurídica às mulheres. Após essa mudança, por exemplo, para que uma mulher pretendesse fazer uma denúncia de estupro, ela teria que apresentar, necessariamente, quatro testemunhas adultas e todas do sexo masculino; do contrário, o acusado seria inocentado. Além disso, o simples fato de uma mulher denunciar um estupro passou a

¹⁶² APPIAH, *op. cit.*, p.153.

¹⁶³ *Idem*, p. 162.

implicar confissão quanto ao fato dela ter tido relações sexuais fora do casamento, o que é punido por meio de açoitamento ou apedrejamento em praça pública.

Posteriormente, o sucessor do general Zua, buscando uma implementação da Charia, que é o próprio código de leis do islamismo, promulgou o Decreto sobre *Qisas* (retaliação) e *Diyat* (indenização)¹⁶⁴. Mediante esse decreto, ocorreram algumas mudanças no código penal do país e, assim, crimes como o de homicídio e o de lesão corporal passaram a ser considerados crimes contra a pessoa e sua família, e não mais crimes contra o Estado. Desse modo, havendo a ocorrência de tais crimes, a vítima ou sua família podem exigir *qisas*, que seria uma retaliação, ou a *diyat*, que seria uma indenização. No caso das *qisas*, a vítima ou a sua família pode exigir que o ofensor sofra o mesmo dano que tenha causado; no crime de homicídio, por exemplo, a família da vítima poderia exigir a morte do ofensor.

Esse sistema de *Qisas* e *Dyat* deriva diretamente de uma interpretação do texto do Corão, no qual consta, no versículo 45, da *AL MÁID*, o seguinte trecho:

Nem (a Tora) temo-lhes prescrito: vida por vida, olho por olho, nariz por nariz, orelha por orelha, dente por dente e as retaliações tais e quais; mas quem indultar um culpado, isto lhe servirá de expiação. Aqueles que não julgarem conforme o que Deus tem revelado serão iníquos.

Baseado, então, no próprio Corão, o Decreto sobre *Qisas* e *Dyat* passou a permitir que as vítimas optassem pela retaliação ou, mediante indenizações, por um acordo com o ofensor. Em tese, esse decreto traria mudanças positivas à situação das mulheres no país; todavia, ocorre que, em muitos casos de crimes de honra, a própria família da vítima opta por não exigir uma punição do agente criminoso e, assim, o Estado não pode promover qualquer tentativa de condenação, uma vez que ele não é titular desse direito.

Além disso, teoricamente, esse decreto também teria revogado a tradição de que, em crimes de honra, caso seja comprovada a “provocação grave e súbita” por parte da vítima, o agressor poderia ser inocentado. No entanto, não obstante a previsão legislativa, os tribunais superiores do país continuam aceitando esse costume,

¹⁶⁴ *Idem*, p. 163.

atribuindo-lhe validade jurídica. Exemplificando, foi exatamente com base nesse costume que, em uma decisão de 1995, referente a um caso de assassinato, um tribunal reconheceu como errada a decisão de primeira instância, por não ter sido considerada a alegação do réu de que o crime havia sido praticado “sob provocação grave e súbita, ao encontrar o falecido em posição comprometedor com sua esposa nas primeiras horas da manhã”, o que fundamentou a extinção de qualquer punibilidade¹⁶⁵.

Uma segunda mudança importante, também trazida por esse novo Decreto sobre *Qisas* e *Dyat*, foi a revogação de uma forma tradicional de *diyat*, que consistia na possibilidade de uma mulher da família do assassino ser entregue à família da vítima, como forma de indenização e substituição. No entanto, igualmente, mesmo com a mudança legislativa o costume ainda é praticado, sobretudo em zonas rurais.

Um caso simbólico, ocorrido recentemente no Paquistão, em 1983, mostra com clareza a situação jurídica das mulheres no país: Safia Bibi, uma criada de 13 anos, cega, foi estuprada pelo filho de seu patrão; na análise jurídica do caso, por ela ser cega, ela não conseguiu identificar o acusado segundo os critérios da charia, o que acarretou na absolvição. No entanto, por ela estar grávida e ser solteira, foi considerado que havia provas incontestáveis de *zina*, o que ensejou a sua condenação à “apenas” trinta chicotadas, uma vez que o juiz teria tido compaixão pelo fato dela ser cega.

Após pressões internacionais pela defesa dos direitos humanos, em 2004 o Paquistão aprovou uma lei por meio da qual as mortes por honra passaram a ser, explicitamente, crimes. Além disso, em 2006, também depois de muita pressão por parte de organizações internacionais de defesa de direitos humanos, foi alterado o Decreto Hudood, eliminando-se a exigência de quatro testemunhas do sexo masculino para a denúncia de casos de estupro. De qualquer forma, mesmo após essas mudanças, o fato de um crime ser praticado por honra ainda é considerado como possibilidade para comutação da pena capital, sendo que, em muitos casos, sequer é instaurado processo. Exemplificando novamente, em 2008, no vilarejo de Baba Kot, no Baluquistão (uma província paquistanesa), três mulheres que optaram por se casar contra a vontade de suas famílias, ferindo, assim, a própria honra familiar, foram condenadas à morte por um conselho de anciões, como se inexistisse qualquer previsão legal contrária a tal julgamento. Após, outras duas mulheres, parentes das *vítimas*,

¹⁶⁵ *Idem*, p. 161-166.

protestaram contra o ocorrido; elas também foram condenadas à morte, sendo que os cinco corpos foram atirados em uma vala, sem qualquer identificação.

Quando o caso chegou ao senado do Paquistão, o senador Israrullah Zehri, representante da região, justificou o fato afirmando que são “tradições seculares”. Na análise de Anthony Appiah, ele comenta essa justificativa, criticando-a, citando um caso ocorrido na Índia colonial. Conforme sua narrativa, um funcionário britânico, ao proibir que indianos queimassem viva uma mulher no ritual funerário de seu próprio marido, foi questionado por meio da mesma lógica: “Mas, senhor, é nosso costume¹⁶⁶”.

Outro caso extremamente recente, ocorrido em julho de 2013, ilustra a mesma situação. Na aldeia Tara Singh, no distrito rural de Dipalpur, o paquistanês Shokat Ali matou sua própria filha, seu genro e seus dois netos, pelo simples fato de sua filha ter se casado contra a vontade da família, o que seria uma desonra¹⁶⁷. Outro caso, ocorrido em novembro de 2012, consistiu no assassinato de uma menina de 15 anos, Anusha, o qual foi cometido pelos próprios pais, com ácido, porque supostamente ela “olhou para um garoto¹⁶⁸”, o que poderia desonrar a família. Também por honra, na cidade de Chilas, em junho de 2013, um jovem matou duas meias-irmãs, de 17 e 20 anos, e a mãe delas, “depois que as jovens foram filmadas com um telefone celular enquanto brincavam na chuva¹⁶⁹”.

Ora, o que se evidencia nesses casos, bem como em suas respectivas justificativas, é que há sistemas normativos nos quais os costumes apresentam uma relevância extrema, estando revestidos, sim, de juridicidade. Justamente por isso que, em tais ordenamentos, uma verdadeira análise jurídica implica uma análise social e cultural. Para que seja compreendida a estrutura desses sistemas jurídicos e suas razões normativas, uma vasta análise sociológica e cultural é imprescindível.

Como se observa, especificamente quanto ao âmbito jurídico da sociedade Paquistanesa, este abrange, muito, um plano sociocultural, com o qual forma uma

¹⁶⁶ *Idem*, p. 166.

¹⁶⁷ PAI mata filha, genro e netos em crime de honra no Paquistão. *Terra*. 23 jul. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/asia/pai-mata-filha-genro-e-netos-em-crime-de-honra-no-paquistao.4c12c494f7200410VgnCLD200000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em 23 jul. 2013.

¹⁶⁸ PAIS que jogaram ácido na filha defendem ataque. *BCC BRASIL*, 5 nov. 2013. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/videos_e_fotos/2012/11/121105_garota_acido_paquistao_jp.shtml>. Acesso em: 05 nov. 2012.

¹⁶⁹ PAI... *op. cit.*

unicidade. A tradição, revestida de juridicidade e legalidade, muitas vezes se sobrepõe à própria lei formalmente positivada. Uma possível identificação quanto à legitimidade e a própria validade desse sistema exige, conseqüentemente, uma análise muito além de uma descrição formal e universal, a qual jamais seria suficiente para qualificá-lo, ou não, como direito. Em tais casos, o âmbito jurídico, o *dever-ser*, confunde-se com o âmbito social, demonstrando, assim, que a separação absoluta entre os planos *dever-ser* e *ser*, como concebida pelo Positivismo Jurídico, é restrita a uma estrutura puramente teórica, a qual não representa, com precisão, a estrutura fática nela descrita. Por isso que, quando se analisa uma pluralidade de ordenamentos normativos, a conceituação positivista, restrita, é insuficiente e, por isso, deve ser criticada, ainda que tal corrente não tenha se incumbido de tal análise.

O que deve ser compreendido é que, por meio da própria Ciência do Direito, mostra-se necessária a busca por meios que permitam uma análise comparativa entre ordenamentos distintos, justamente para que mecanismos de controle social mais adequados possam ser colocados em destaque. A simples afirmação de que “encontrar práticas sociais mais adequadas é algo essencialmente subjetivo” não pode justificar que, nem ao menos, sejam realizadas tentativas nesse sentido. O direito é, por sua própria natureza, uma busca constante por mecanismos que permitam uma coordenação estável entre interesses e expectativas de condutas distintos; conseqüentemente, é dever da Ciência do Direito buscar critérios que permitam uma análise comparativa, e isso se mostra muito mais necessário do que uma análise que busca, apenas e tão somente, uma descrição formal e universal. Havendo sistemas jurídicos distintos que são utilizados para o alcance de um mesmo fim social, muito mais essencial é examinar as diferenças, pois por meio delas é que será verificado por que e qual sistema se mostra mais eficiente e legítimo.

Ainda por meio de exemplos, outro caso extremamente atual, do qual também se extraem as mesmas conclusões, é a disseminada prática da mutilação genital feminina (extirpação do clitóris). Segundo a Organização Mundial da Saúde, o costume é vigente em 26 países africanos e mais de dois milhões de mulheres são submetidas à prática anualmente¹⁷⁰. Esse costume consiste, basicamente, na mutilação do clitóris da mulher, fazendo com que ocorra a perda permanente do prazer sexual. Além de extremamente dolorosa, a prática acarreta em hemorragias, tétano, septicemia

¹⁷⁰ RACHELS, *op. cit.*, p. 48.

e, em alguns casos, na morte. Em longo prazo, a prática resulta em infecções crônicas, cicatrizes que dificultam o andar e dores constantes. Em alguns locais, principalmente em aldeias mais tradicionais, o costume está associado a elaborados rituais, os quais marcam a passagem da mulher para o mundo adulto; em outros, a prática é realizada pela própria família, em ambientes urbanos¹⁷¹.

Tendo em vista a crueldade desse costume e a violência à qual ele está associado, novamente voltada às mulheres, indaga-se o que o levaria a ser tão difundido. A prática, aparentemente, não traz qualquer benefício social, sendo que também não é vinculada a nenhuma crença específica (o costume é vigente entre grupos religiosos distintos, como, por exemplo, entre cristãos e islâmicos, sendo que nenhuma dessas religiões o recomenda oficialmente¹⁷²). Além disso, a prática não se mostra necessária ao desenvolvimento e a manutenção de determinado grupo social, como ocorria, por exemplo, com o infanticídio no caso dos esquimós.

De todo o modo, algumas argumentações são feitas em defesa da prática. Afirma-se, por primeiro, que mulheres que não têm prazer sexual estão menos propícias à promiscuidade, o que, em tese, garante um menor número de mulheres solteiras com gravidezes “indesejadas”. Além disso, considerando a ideia de que o sexo é apenas um dever para as mulheres, o qual deve ser cumprido no âmbito de uma relação matrimonial devidamente constituída, a prática também garantiria a fidelidade das mulheres casadas. Conseqüentemente, essas mulheres, por não pensarem em obter prazer sexual, teriam mais atenção às necessidades de seus maridos e de seus filhos¹⁷³. Por fim, ainda é defendido que os homens preferem ter relações sexuais com mulheres que foram objeto de excisão, uma vez que assim garantem a “pureza” de suas parceiras (nessa justificativa, especificamente, há uma crença). E, para ratificar todos esses argumentos, ainda é ressaltado que a prática decorre de uma tradição e, por isso, não pode ser questionada.

O que se percebe, em tais argumentos, é que há uma tentativa de se justificar a prática com base em sua eficiência social, vinculando-a a supostos benefícios. Ora, isso parece ser, justamente como negam os relativistas culturais, um padrão neutro e racional para a avaliação de práticas culturais, costumes e sistemas

¹⁷¹ RACHELS, *op. cit.*, p. 47-50.

¹⁷² *Idem.*

¹⁷³ *Idem.*

jurídicos. Simplesmente busca-se identificar os objetivos sociais que fundamentam o costume, e então se analisa sua eficiência com base na realização ou não dos respectivos objetivos. Kelly Walsh, criticando incisivamente a prática e afirmando que a moralidade compreende análise objetivas e racionais, expõe que:

The fact that many individuals within this particular culture find this ethical policy immoral and leave, seeking asylum elsewhere, demonstrate that morality is not culturally relative. It is morally wrong to force unnecessary suffering upon others. This is a universal, objective, moral truth¹⁷⁴.

Ou seja, o que está por trás desse raciocínio é que uma prática cultural pode ser analisada conforme promova ou impeça o bem-estar entre as pessoas que são afetadas por ela. Exatamente com base nessa lógica, pode ser afirmado que há, sim, critérios neutros de comparação, os quais permitem que formas de controle social mais benéficas sejam colocadas em destaque (mecanismos que promovam um equilíbrio maior entre preferências sociais conflitantes). A moralidade e os costumes (a cultura em si), nesses casos, são constantemente questionados e criticados, o que demonstra que o debate em torno deles não é realizado no âmbito da relatividade ou da subjetividade; pelo contrário, são utilizados e confrontados critérios racionais, a fim de que possa ser extraída uma conclusão quanto à eficiência e à legitimidade da prática.

Quando se analisa esses mencionados casos, principalmente a questão da proteção jurídica das mulheres no Paquistão, o que se verifica é que as práticas culturais são fundamentadas, concomitantemente, no âmbito do sistema jurídico e dos costumes, os quais se atribuem validade e legalidade reciprocamente. Nessas situações, o plano do *dever-ser* se relaciona aos âmbitos jurídico e cultural, simultaneamente. Portanto, qualquer análise crítica deve abranger, necessariamente, esses dois âmbitos, motivo pelo qual se mostram necessários conceitos mais amplos, conforme os termos aqui propostos. Não há como se negar, por óbvio, que o Paquistão possui um sistema jurídico institucionalmente válido, o qual é eficaz, coercitivo e aceito de modo minimamente amplo. No entanto, como restou evidenciado nos casos acima expostos, esse mesmo sistema é fundamentado, no âmbito social, mediante costumes e práticas culturais, havendo uma estreita relação entre tradição e juridicidade. Nesses casos,

¹⁷⁴ Walsh, *op. cit.*, p. 74.

uma análise a ser feita pela Ciência do Direito abrange, necessariamente, elementos que vão muito além de uma descrição formal e universal do sistema jurídico. Por isso que a análise comportará, sim, elementos sociais que são inerentes ao próprio sistema normativo, ainda que não sejam “puramente” jurídicos, conceito este que perde relevância.

Para se questionar, no caso do Paquistão, uma decisão judicial que atribui validade ao estupro quando ele é cometido mediante “provocação grave e súbita” por parte da vítima (ainda que haja lei expressa, válida e legítima, inserida em um sistema estatal amplamente aceito e eficaz que proíba o estupro), é preciso uma compreensão dos fatores sociais que fundamentam e permitem essa decisão, e isso extrapola uma descrição formal. O que cabe à Ciência do Direito, mesmo antes de delimitar com pureza e perfeição seu objeto, é promover formas de controle social mais adequadas e legítimas; e se eximir desse dever é simplesmente cômodo.

A moral e o costume são intrínsecos ao próprio direito, e essa verdade não é afastada pela simples demonstração teórica e descritiva de que o mundo do *ser* está dissociado do mundo do *dever-ser*. Ontologicamente, como já exposto, esta separação não existe, e sequer seria concebível tal ideia. Novamente, ressalta-se que extrair do direito o que lhe é universal e neutro é necessário e esclarece problemas metodológicos enfrentados constantemente na prática doutrinária. No entanto, muito mais necessário é a busca por critérios objetivos de valoração, para que então os sistemas jurídicos, válidos em suas mais diversas formas, sejam comparados. Não há como aceitar, passivamente, que não existem práticas que promovam um bem-estar maior do que outras; igualmente, não há como fundamentar e crer que toda realização cultural, jurídica ou não, seja fruto de valores sociais intrinsecamente subjetivos.

Diante de tais constatações, a rejeição ao Positivismo Jurídico e ao Relativismo Cultural passa a ser necessária, uma vez que tais correntes teóricas se eximem de compreender o direito como um mecanismo de coordenação de expectativas e preferências sociais distintas e antagônicas, desvinculando-o de sua própria realidade. Sendo possível comprovar, empiricamente, que existe um mínimo de direito natural, o qual abrange valores e abstenções necessárias a toda e qualquer convivência social, torna-se muito cômodo não buscar uma compreensão dos sistemas nos quais esse direito mínimo é restrito a determinada parcela da sociedade.

Analisar um regime nazista e reconhecer sua validade jurídica é importante, exige um amplo estudo teórico e permite um esclarecimento quanto ao objeto da Ciência do Direito; isso foi feito com precisão pelo Positivismo Jurídico, que descreveu o direito, formalmente, com coerência lógica e conceitual. Do mesmo modo, analisar uma cultura diferente e compreendê-la no âmbito de seu respectivo contexto sociocultural, reconhecendo sua validade, é imprescindível para se evitar julgamentos preconceituosos e qualquer imposição étnica-cultural. No entanto, tais análises servem, apenas, para respaldar e validar os diversos mecanismos de controle social existentes, o que, apesar de necessário, é insuficiente. A validação é, somente, a primeira análise, sendo que um aprofundamento teórico, posterior, por meio do qual devem ser alcançados critérios de comparação neutros e objetivos, é o mais relevante.

Não há como crer e aceitar, passivamente, que a atual situação jurídica das mulheres no Paquistão é o meio mais adequado para a consecução dos valores e objetivos desenvolvidos naquela sociedade. Do mesmo modo, mostra-se extremamente cômodo justificar o sofrimento das milhares de mulheres que são submetidas anualmente à mutilação genital pela afirmação, simplista e genérica, de que “são práticas e tradições milenares”, as quais não estariam sujeitas à qualquer análise objetiva ou valoração externa. Igualmente, não se buscar identificar a real legitimidade que esta por trás dessas práticas é simplesmente ignorar qualquer ideia de progresso e reforma social. Quando a doutrina jurídica se afasta de tais problemas, deixando-os para outras ciências, é simplesmente ignorada a essência do direito, o qual é, sim, um instrumento que permite a busca contínua por estruturas de controle social mais benéficas, harmoniosas e estáveis.

CONCLUSÃO

Em suma, o que resta defendido, neste trabalho, é que o direito, como fenômeno social, constitui um mecanismo de controle de condutas, por meio do qual expectativas e preferências sociais distintas podem ser coordenadas de forma estável. Consequentemente, cabe à Ciência do Direito, em razão de seu próprio objeto, estudar e promover a busca por mecanismos de controle social mais adequados; e para isso são necessários critérios neutros de comparação (referenciais).

Desse modo, para que esse estudo seja facilitado, não se mostra adequado restringir os conceitos de direito e ordenamento jurídico. Em sentido contrário, mostra-se necessária uma ampliação conceitual, para que então a análise comparativa possa ser, também, mais abrangente. Restringir o conceito de direito a uma instituição puramente estatal, vinculando-o, apenas, à concepção moderna de Estado Soberano, apenas tende a excluir da análise outros mecanismos de controle social que também se manifestem como direito. O que deve definir o direito não é a instituição da qual ele decorre, mas, sim, como ele se manifesta em termos de regulação de condutas.

A expansão conceitual permite que seja validado, no âmbito dos conceitos *jurídico* e *legal*, mais formas de regulação de conduta humana, o que facilita a busca a ser realizada pela Ciência do Direito. A análise comparativa, para que de fato seja eficiente, deve considerar o maior número de elementos possíveis, tanto porque assim será mais representativa. Nesse sentido, o que deve caracterizar o direito é a manifestação comportamental inserida em um complexo normativo institucionalizado, em relação ao qual se vincula um respectivo mecanismo coercitivo, restando como principal elemento caracterizador do direito a regulação de conduta institucionalizada e reconhecida amplamente pelos membros do grupo social, a qual passa a ser obrigatória por estar respaldada em um sistema normativo.

O que define o direito é sua institucionalização, mas não uma única instituição. Por isso que, embora o direito se manifeste com maior evidência nas instituições sociais modernas, as quais são, na imensa maioria dos casos, vinculadas ao poder de um Estado Soberano, ele não depende dessa característica para ser direito. Desse modo, uma restrição conceitual que vincule o termo direito, apenas, ao que é de

fato positivado no âmbito de estatal, mostra-se inadequada para a sua real compreensão.

Conforme mencionado, apesar do Estado Soberano Paquistão, em 2006, ter promulgado uma lei que tipifica como crime, expressamente, as mortes por honra, em agosto de 2008 três mulheres foram condenadas à morte, por um conselho de anciões local, por terem desonrado suas famílias. Elas não apenas foram, de fato, mortas, como ainda houve senadores defendendo a condenação, alegando que são “tradições seculares”. Esse caso ilustra, com precisão, a realidade complexa do direito, o qual se mostra institucionalizado por meios diversos e em níveis também diversos. Aqui, uma descrição formal, lógica e pura, seria muito insuficiente, e dela jamais decorreria uma conceituação adequada de direito.

Portanto, conseqüentemente, o Positivismo Jurídico, quando exaure seu estudo na análise formal e descritiva das formas modernas de direito, peca por insuficiência. Independentemente da pretensão dessa corrente teórica ter sido, apenas, a análise descritiva, esta é insuficiente e necessita ser complementada. Por isso que, neste trabalho, é realizada uma análise crítica, a fim de que seja demonstrado o dever que a Ciência do Direito tem de promover uma busca incessante por mecanismos de controle social mais adequados. Nesse sentido, deve ser percebido que, quanto aos sistemas jurídicos, estes devem ser considerados de modo amplo, para que incluam, na medida do possível, práticas e valores culturais, uma vez que estes também compõem e estruturam o plano do *dever-ser*.

Sendo aceita, então, essa base conceitual, por meio de critérios neutros e objetivos a serem constantemente desenvolvidos, a análise comparativa passa a ser possível. Compreendendo-se que as normas jurídicas, bem como os costumes e os valores culturais e morais, representam o resultado uma coordenação de preferências sociais distintas, sob esse aspecto podem ser estudados. Nesse sentido, pode ser questionado por que e quais valores sociais tornaram-se relevantes ao ponto de se cristalizarem no âmbito jurídico; conseqüentemente, quando se analisam as razões sociais que estruturam e fundamentam o plano normativo (a realidade *dever-ser*), torna-se possível identificar quais objetivos sociais são pretendidos. Assim, é totalmente viável uma análise quanto à eficiência da estrutura normativa na consecução dos objetivos sociais que por meio dela são almejados e, portanto, por uma

questão de lógica, se a análise referente à eficiência é possível, é porque existem, necessariamente, outros meios para a realização dos mesmos objetivos.

Resta comprovado, assim, que práticas culturais e sistemas jurídicos são passíveis de análises comparativas, desde que seja possível a identificação das razões e objetivos sociais que os fundamentam. Não há, em tal raciocínio, qualquer subjetividade, sendo que ele decorre de uma estruturação lógica e objetiva: incluindo-se as práticas culturais no âmbito dos sistemas jurídicos, percebendo-se a relação de dualidade entre esses elementos, ambos podem ser analisados objetivamente, a fim de que seja mensurado o quanto promovam ou impeçam a realização de objetivos considerados socialmente relevantes. Havendo qualquer constatação que aponte para uma ineficiência do sistema normativo e das práticas sociais que o compõe, então outros meios, a serem utilizados para se alcançar os mesmos objetivos, podem ser pensados.

Do mesmo, então, resta em evidência que a consideração do Relativismo Cultural também não se mostra adequada, uma vez que essa corrente teórica, de modo simplista, obscurece as análises referentes às práticas culturais e aos valores morais, concebendo-os apenas como crenças, as quais não comportariam qualquer análise objetiva e imparcial. Como reiteradamente demonstrado, quando se coloca em análise os fatores sociais que atribuem relevância a determinada prática, seja cultural seja jurídica, pode-se constatar qual preferência social (ou quais) é elevada ao plano normativo, ao ponto de configurar uma expectativa genérica de conduta e orientar um padrão comportamental. Como consequência, havendo tal constatação, torna-se possível uma avaliação quanto à legitimidade da prática, o que será mais um critério para sua análise comparativa.

Em suma, como resta colocado, o que é relevante e necessário, para a Ciência do Direito, é a busca contínua por estruturas de controle social que se mostrem mais eficientes e legítimas, simplesmente para que práticas que promovam um bem-estar maior possam ser colocadas em destaque. Para tal busca, uma base conceitual restritiva e um análise puramente formal não se mostram adequadas, motivo pelo qual, neste trabalho, o Positivismo Jurídico é criticamente rejeitado. Do mesmo modo, essa busca exige um denso trabalho para que as práticas culturais possam ser analisadas de modo objetivo e mediante critérios neutros, o que jamais seria realizado por meio de considerações relativistas, sendo impositiva a rejeição ao Relativismo Cultural.

Nesses termos, resta demonstrada uma análise crítica por meio da qual se busca uma reformulação conceitual, no âmbito da Ciência do Direito, para que esta de fato possa promover a busca por mecanismos de controle social mais adequados, eficientes e legítimos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Alaôr Caffé. *Dialética e Direito: linguagem, sentido e realidade: fundamentos a uma teoria crítica da interpretação do direito*. Barueri, SP: Manole, 2010.
- APPIAH, Kwame Anthony. *O código de honra: como ocorrem as revoluções morais*. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- BECKWITH, Francis J. *Politically Correct Death: Answering the Arguments for Abortion Rights*. Grand Rapids: Baker Book House, 1993.
- BLUMENSON, Eric D. *Cultural Relativism* (2011). Encyclopedia of Global Justice, Springer, October 2011; Suffolk University Law School Research Paper No. 12-56. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2192655>>. Acesso em 21 out. 2013.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- CABRAL, Roque et al. (dir.). *Logos: enciclopédia luso-brasileira de filosofia*. v.3. São Paulo: Verbo, 1999.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- GUIBOURG, Ricardo A. *Pensar en las normas*. Buenos Aires: Eudeba, 1999.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HOANG, Nghia. *Human Dignity and Freedoms: Global and Universal Values of Human Right*. Communist Journal, v. 35, n. 664, p. 1-54, 2002.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LYONS, David. *Ethical Relativism and the Problem of Incoherence* (July 25, 2012). Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2117178>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2117178>>. Acesso em: 20 out. 2013.
- MARCANTONIO, Jonathan Hernandes. *Direito e controle social na modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012.

PAI mata filha, genro e netos em crime de honra no Paquistão. *Terra*. 23 jul. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/asia/pai-mata-filha-genro-e-netos-em-crime-de-honra-no-paquistao,4c12c494f7200410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

PAIS que jogaram ácido na filha defendem ataque. *BCC BRASIL*, 5 nov. 2013. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/videos_e_fotos/2012/11/121105_garota_acido_paq_uitao_jp.shtml>. Acesso em: 05 nov. 2012.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Tradução Ivone C. Benedetti; Revisão técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RACHELS, James. *Elementos de Filosofia Moral*. Tradução de F. J. Azevedo Gonçalves. Lisboa: Gradiva, 2004.

REZENDE, Afonso Celso. *Vocabulário jurídico multidisciplinar*. Campinas, SP: Copola Livros, 2002.

SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOMMERS, Christina Hoff; SOMMERS, Fred. *Vice and Virtue in Everyday Life*. 7. ed. Canada: Thomson Wadsworth Press.

WALSH, Kelly. *Moral Absolutism: A Response to Relativists*, University of New Hampshire, 2010. Disponível em: <<http://cola.unh.edu/philosophy/dialectic/dialectic-spring-2009>>. Acesso em: 22 out. 2013.

(a) WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

(b) WILLIAMS, Bernard. *Moral: uma introdução à ética*. Tradução Remo Mannarino Filho; Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.