



**DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ABERTURA PARA O PASSADO:
DIÁLOGOS ENTRE RONALD DWORKIN E A TEORIA PÓS-COLONIAL**

*FUNDAMENTAL RIGHTS AS AN APERTURE TO THE PAST: DIALOGUES
BETWEEN RONALD DWORKIN AND THE POST-COLONIAL THEORY*

Guilherme Scotti Rodrigues

Doutor (2011) e Mestre (2008 em Direito, área de concentração "Direito, Estado e Constituição", pela Universidade de Brasília (UnB). Graduação em Direito (2005) Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordena o grupo de pesquisa "Desafios do Constitucionalismo" e integra o "Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação", da UnB (CEDD/UnB).

Marcos Vinícius Lustosa Queiroz Scotti

Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (2017), com sanduíche na Duke University (Fulbright Commission) e na Universidad Nacional de Colombia (Programa Abdias Nascimento - CAPES). Graduação (2013) e Mestrado (2017) em Direito pela UnB. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Resumo

O artigo põe em diálogo teoria constitucional e pensamento pós-colonial, objetivando alcançar uma hermenêutica jurídica que leve a violência colonial a sério. Primeiramente, a partir do pensamento de Ronald Dworkin, caracteriza os direitos fundamentais como porta de entrada da moral e, conseqüentemente, da história no sistema jurídico. Em um segundo momento, define a interrupção crítica que o pós-colonial opera no relato moderno. Com isso, trabalha como a articulação entre pós-colonial e constitucionalismo fornece elementos para uma imaginação moral expandida e mais democrática dos direitos fundamentais. Conclui que o pós-colonial contribui para a construção do romance constitucional ao iluminar a melhor interpretação dos direitos fundamentais no passado e no presente.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Direitos fundamentais. Moral. Pós-colonial. Ronald Dworkin.

Abstract

The paper brings constitutional theory and postcolonial thought into a

dialogue. It seeks a legal hermeneutics that takes colonial violence seriously. First, based on Ronald Dworkin's thought, it defines fundamental rights as a gateway to morality and, consequently, to history in the legal system. In a second moment, it presents the critical interruption of the modern narrative operated by the postcolonial. Thus, the paper works on how the articulation between postcolonial and constitutionalism provides elements for an expanded and more democratic moral imagination of fundamental rights. The conclusion is that postcolonial contributes to the construction of the constitutional novel by illuminating the best interpretation of fundamental rights in the past and in the present.

Keywords: Constitutionalism. Fundamental rights. Morality. Postcolonial. Ronald Dworkin.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Marcada por experiências revolucionárias e pleitos de liberdade e igualdade, a virada do século XVIII para o XIX é um momento crucial para o surgimento e a história dos direitos fundamentais (HUNT, 2009). A historiadora Lorelle Semley narra que, durante o turbilhão político estabelecido dos dois lados do Atlântico, Jeanne Odo, mulher negra descrita como centenária, liderou uma delegação de negros livres em Paris perante a Convenção Nacional em 1793, agindo em nome das pessoas escravizadas nas colônias (SEMLEY, 2013).

A presença de Jeanne Odo na Paris revolucionária do século XVIII, destacada em relatos do período e celebrada na literatura secundária como uma personalidade militante, atesta a potência e a efervescência dos debates colocados pelos povos da diáspora africana acerca da extensão dos direitos fundamentais anunciados pelo Iluminismo (JAMES, 2007; DUBOIS, 2004; DUARTE e QUEIROZ, 2016). Ademais, aponta para a necessidade de compreensão das articulações, afirmações e silêncios entre raça, gênero e sexualidade que figuram no centro do desenvolvimento do sistema jurídico moderno (SEMLEY, 2013). Neste sentido, Semley argumenta:

As narrativas históricas sobre raça e escravidão durante a Revolução Francesa destacam leis e decretos, culminando com a abolição da escravidão e a emancipação dos escravos declarada pela Convenção Nacional em fevereiro de 1794.¹ No entanto, a história da raça e da escravidão durante a Revolução Francesa abrangia necessariamente a feminilidade, a masculinidade e a sexualidade como parte da imagem e da retórica em torno

¹ Destaca-se que, com a chegada de Napoleão Bonaparte ao poder e a consequente reação às medidas mais avançadas do processo revolucionário, a abolição da escravidão nas colônias francesas foi revertida no ano de 1802. Essa medida dissolveu os impasses da Revolução Haitiana, que veio a terminar, em 1804, com a declaração de independência e a proibição permanente da prática da escravidão em seus territórios. Para uma descrição detalhada do processo, veja-se DUBOIS, 2004.

da cidadania. (2013, p. 68-69)²

O simbolismo do caso de Jeanne Odo é importante para pensar dinâmicas de silenciamento e memória histórica nas nossas concepções sobre direitos fundamentais e teoria constitucional. Como aponta Susan Buck-Morss (2011), o movimento de resgatar outras histórias de liberdade, as quais fujam das narrativas hegemônicas da modernidade, não é apenas um mero exercício de compromisso com a verdade. Trata-se da possibilidade de reconstruir o projeto de liberdade universal sobre novas bases, fora daquelas estabelecidas por homens brancos e pela história dos supostos vencedores.

Neste sentido, ao assumir que todo relato histórico carrega consigo não somente uma pretensão descritiva, mas também normativa, é possível apontar o aspecto moral³ subjacente a qualquer narrativa histórica. Rer o passado a partir de perspectivas alternativas é confrontar e tensionar as atuais exigências sobre os ideais de liberdade e igualdade. É preciso, portanto, liberar o passado das estruturas coloniais que o confinaram - pois, na medida em que ele é liberado, liberamos a nós mesmos e assim ampliamos as fronteiras da nossa imaginação moral no presente. Novamente como argumenta Buck-Morss, os limites das nossas concepções de direitos humanos precisam ser derrubados tijolo por tijolo, deixando de lado os arcabouços culturais que predeterminam o significado do passado segundo formas que nos tornam cativos na contemporaneidade. A luta para liberar eventos e processos das narrativas hegemônicas, nas quais eles foram imersos, tem como consequência expor e expandir a porosidade das experiências individuais e coletivas de liberdade ao longo da história, redimensionando o significado e o conteúdo substantivo do constitucionalismo (BUCK-MORSS, 2009; DUARTE, 2011; QUEIROZ, 2017).⁴

² Este trecho e todos os demais em inglês no original foram traduzidos livremente pelos autores.

³ Utilizamos o conceito de moral como distinto do conceito de ética (ou eticidade), no mesmo sentido de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas. A distinção se dá tanto em relação à pretensão de universalidade como ao conteúdo valorativo (questões de justiça em contraposição a questões de bem viver). Cf. HABERMAS, 1992b.

⁴ O termo “constitucionalismo” é empregado para se referir tanto a uma experiência sócio-histórica como ao ideal normativo que dela emerge. No primeiro sentido, o constitucionalismo surge como resposta à pressão estrutural por diferenciação entre política e direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade, tendo como ponto nodal os movimentos revolucionários de fins do século XVIII e a respectiva ideia de constituição – a qual, por meio de uma semântica específica, articula as ideias de soberania popular, legalidade e direitos fundamentais (CARVALHO NETTO, 2004; NEVES, 2009; THORNHILL, 2012). No segundo sentido, o constitucionalismo representa, no âmbito do direito, a defesa da dignidade de todas as pessoas humanas, independentemente de qualquer condição contingencial, sendo, assim, a normatização e a reconstrução jurídica do universalismo e do

Diante dessas considerações iniciais, o artigo pretende reestabelecer um diálogo inconcluso, aberto pelo giro pragmático,⁵ entre teoria do direito e pensamento pós-colonial.⁶ Parte-se do pressuposto de que entre esses dois campos há um pano de fundo comum, ainda que não declarado: a centralidade do discurso para a compreensão da realidade. Neste movimento, elege-se o pensamento de Ronald Dworkin como porta de entrada para abordar possibilidades de comunicação entre hermenêutica constitucional e crítica pós-colonial.

Primeiramente, o artigo apresenta os direitos fundamentais como abertura do direito à moral. Seguindo a perspectiva de Dworkin, enfatiza-se os conceitos jurídicos como conceitos interpretativos. Também são expostas as vinculações entre verdade e justificação no âmbito do sistema jurídico. Em um segundo momento, explorando questionamentos abertos pelo próprio teórico estadunidense, são estabelecidas pontes entre o pensamento pós-colonial e a teoria da constituição. O objetivo é apontar como os significados de liberdade e igualdade têm conteúdos históricos. Neste sentido, uma hermenêutica constitucional comprometida com a democracia deve estar atenta às relações de poder ao longo da história e, especialmente, disposta a perceber a própria história como poder.

Porém, antes do desenvolvimento do argumento, faz-se necessária a localização de dois pontos de partida. O primeiro refere-se ao lugar da teoria de Dworkin e à ênfase dada ao seu último livro, *A raposa e o porco-espinho: justiça e*

ideal humanista engendrados por aqueles processos sócio-históricos. Ou seja, o constitucionalismo é fundado no compromisso com a dignidade humana (DWORKIN, 2006; CORNELL e FRIEDMAN, 2010). Como se verá adiante, defende-se uma leitura diaspórica e pós-colonial da história e do conceito de constitucionalismo.

⁵ Giro pragmático significa a transformação paradigmática experienciada pelas ciências sociais no século XX, através da qual ganha extremo relevo a percepção do sentido prático/pragmático da linguagem. As palavras são signos que dependem sempre do uso adequado em relação ao campo do qual elas emergem e no qual intervêm. Para uma compreensão abrangente dessa virada epistemológica, veja-se a longa discussão estabelecida por Butler e Laclau no livro *Contingencia, hegemonía, universalidad* (2011).

⁶ O giro linguístico e pragmático teve impacto nos mais diversos ramos das ciências sociais. Desde os trabalhos inaugurais do linguista Ferdinand de Saussure, passando pelos aportes do filósofo Ludwig Wittgenstein, pelos deslocamentos experienciados na historiografia a partir dos trabalhos de Gramsci e E. P. Thompson e chegando à contribuição fundamental da obra de Michel Foucault, a questão da linguagem teve papel central nas discussões acadêmicas e políticas do século XX. Essa verdadeira revolução paradigmática estará na base de correntes teóricas diversas, como o pós-modernismo, o pós-estruturalismo, os estudos subalternos, os estudos culturais e o pós-colonialismo. No âmbito dos estudos pós-coloniais, o texto *Pele Negra, Máscaras Brancas*, de Frantz Fanon, publicado pela primeira vez em 1954, além de ser um trabalho seminal nessa área, realiza a crítica anticolonial por meio da compreensão das estruturas de produção do discurso (2008). No que se refere ao direito, a teoria discursiva do direito representou a tentativa de superação tanto do positivismo como do realismo jurídico para o entendimento, explicação e correção do fenômeno jurídico (SCOTTI, 2017).

valor (2014).⁷ Como aponta Roberto Gargarella (2015), essa obra representa a conjugação final de toda a teoria dworkiniana, sendo não somente um ponto de encerramento, mas também o seu texto mais bem acabado. É, assim, uma tentativa definitiva de responder às críticas de outros teóricos e de apresentar o seu pensamento de maneira unificada, íntegra e internamente consistente.⁸

Neste aspecto, cede espaço o Dworkin dos “casos difíceis”, da “única resposta correta” e do “juiz Hércules”, presente no início do seu percurso intelectual e, anacronicamente, ainda hoje o alvo dos principais debates acadêmicos.⁹ Em seu lugar, o que encontramos é um Dworkin cada vez mais preocupado com a ideia de “integridade”,¹⁰ propondo uma leitura radicalmente moral da Constituição, do constitucionalismo e do direito. Se, em um primeiro momento, essa leitura introduz a moralidade política no coração do direito constitucional, em *A raposa e o porco-espinho* o autor avança nessa compreensão: o próprio direito é um ramo da moral. Como argumentam Drucilla Cornell e Nick Friedman (2010), o livro é o ápice do construto intelectual de Dworkin sobre a ideia de integridade, na medida em que o direito se torna inseparável da moralidade política e, assim, deve incorporar o

⁷ Em inglês, publicado como *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011).

⁸ Como descreve Vera Karam de Chueiri, o livro não é só o fechamento da teoria de Dworkin, mas o seu aperfeiçoamento máximo. Tal fato é percebido na própria trajetória da obra, que passou por um processo de discussão pública de cerca de 12 anos. “Dworkin apresentou em 1999, no seu Colóquio em direito, filosofia e teoria social, na Universidade de Nova Iorque, o *paper* com o mesmo nome o qual, por sua vez, havia sido, com algumas modificações, por ele apresentado e discutido, no ano anterior, em três *lectures* na Universidade de Columbia. (...) É ainda notável que em 2009, antes do livro ser lançado, a Faculdade de Direito da Universidade de Boston tenha promovido um simpósio com o propósito de discuti-lo. Segundo o próprio autor, os trabalhos apresentados no evento foram de grande valia para a melhoria do livro” (CHUEIRI, 2011, p. 02).

⁹ Esse primeiro Dworkin é notado fundamentalmente na obra *Levando os Direitos a Sério* (2010). Foi publicada em inglês pela primeira vez em 1977, sendo a condensação de artigos escritos nos anos anteriores.

¹⁰ A integridade é definida pela primeira vez de maneira decisiva na obra *O Império do Direito*. Segundo Dworkin: “O princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. [...] Segundo o direito como integridade, as pressuposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 271-272). Como apontam Cornell e Friedman, após esse livro Dworkin irá, sobretudo em suas últimas obras, aprimorar o conceito de integridade, que dependerá cada vez menos da ideia vaga de comunidade idealizada (“comunidade personificada”, “comunidade de princípios”) para ser entendido como fidelidade ao princípio da dignidade. Ou seja, em vez da coerência com os princípios de uma determinada comunidade, a integridade passa a estar relacionada à consistência do direito com o ideal de igual consideração e respeito de qualquer ser humano, entendido como um imperativo moral. Trata-se de um giro kantiano no centro da teoria dworkiniana (CORNELL e FRIEDMAN, 2010). Essa segunda concepção de integridade é uma potente maneira de encarar o passado e o presente de comunidades políticas que não vivem de acordo com o princípio da dignidade.

compromisso de defesa do princípio da dignidade,¹¹ sob pena de colocar em xeque a consistência do “romance em cadeia”¹². Como será explorado na conclusão, essa adesão radical a uma concepção moral do direito deveria ter consequências decisivas para a prática constitucional em países marcados pelos horrores do colonialismo, da escravidão e do racismo.

O segundo ponto de partida refere-se ao uso do termo “pós-colonial”. A utilização da categoria se dá de maneira singela e pragmática, de acordo com uma das definições utilizadas por Stuart Hall no famoso artigo *Quando foi o pós-colonial?* (2013).¹³ Neste sentido, o conceito remete à interrupção crítica nas narrativas hegemônicas sobre a modernidade. Tal interrupção leva a duas noções articuladas: a) o rompimento com o discurso unívoco, ocidentalista e eurocêntrico; b) e a proposição de uma nova periodização da história, na qual o colonialismo e suas diversas diásporas sejam reconduzidos ao centro do palco moderno. Com isso, mais do que uma corrente acadêmica específica,¹⁴ o “pós-colonial” é uma abertura para a memória histórica capaz de levar a sério as dimensões constitutivas do empreendimento colonial e da agência dos subalternos. Neste movimento, o moderno passa a ser entendido não por meio de linhas binárias, reprodutoras de silêncios

¹¹ Em *A Raposa e o Porco-Espinho*, o princípio da dignidade humana corresponde à conjugação do princípio do valor intrínseco/do respeito por si mesmo (o qual diz que cada vida humana possui um tipo especial de valor objetivo, ou seja, cada vida humana tem um valor independente de qualquer desejo ou crença pessoal e a violação desse princípio significa a violação da sua própria dignidade) com o princípio da autenticidade (cada pessoa tem uma responsabilidade especial pela sua própria vida, isto é, em última instância é ela quem faz os julgamentos concernentes às decisões fundamentais sobre como deve desenvolver e viver a vida, garantida a ausência de qualquer tipo de coerção) (DWORKIN, 2014). Entende-se que a ideia de igual consideração e respeito transmite o sentido imperativo e integrativo do princípio da dignidade humana, sendo núcleo moral constitutivo da teoria do valor de Dworkin. Neste artigo e decorrente das lições do professor Menelick de Carvalho Netto, o significado do princípio da dignidade nada mais é que a condensação dos ideais de liberdade e igualdade.

¹² A ideia de romance em cadeia surge pela primeira vez em *O Império do Direito* como uma maneira de pensar a interpretação jurídica. A exemplo de um livro que é escrito de maneira coletiva, em que o escritor seguinte possui a responsabilidade de ler as páginas precedentes e de dar a elas a melhor continuação possível (“uma continuidade que faça honra ao já escrito e prepare caminho para o próximo participante”), a interpretação constitucional também deve ser realizada prestando atenção ao que foi feito antes, estabelecendo um fio condutor com a “história jurídica” existente. Ademais, deve levar em consideração que essa mesma história irá continuar por muito tempo e notar que o ato hermenêutico é um ato reconstrutivo coletivo, que demanda a consciência dos seus limites e exigências (GARGARELLA, 2015, p. 10-11; DWORKIN, 2007).

¹³ No Brasil, o artigo foi publicado no livro *Da Diáspora: identidades e mediações culturais*, coletânea de textos de Stuart Hall organizada por Liv Sovik (Editora UFMG, 2013).

¹⁴ Somos cientes das controvérsias infundáveis que existem atualmente nas ciências sociais a respeito de conceitos como “pós-colonial”, “decolonial”, “descolonial”, “decolonialidade” etc. Neste sentido, optou-se pelo uso pragmático do termo, inclusive como forma de não vinculação a determinada corrente, sobretudo quando o preciosismo conceitual, nos últimos anos, vem cada vez mais reproduzindo o logocentrismo moderno que as próprias teorias criticam. Tal preciosismo, por sua vez, escamoteia dinâmicas de poder reprodutoras de hierarquias coloniais nos espaços acadêmicos.

racializados, mas a partir de histórias cruzadas, dinâmicas interdependentes e diásporas que rasuram as ideias de pureza, origem e identidade.

Acredita-se que essa interrupção crítica é produtiva para a reescrita da história constitucional, bem como para a defesa compromissada dos direitos fundamentais de grupos sociais marcados, no passado e no presente, pelo sofrimento.

2. MORAL E CONSTITUIÇÃO: O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA MODERNIDADE

A passagem do paradigma pré-moderno para a modernidade representa uma extrema “racionalização” do mundo da vida. A razão é alçada ao patamar de supremo tribunal de tudo que reivindica validade e as tradições perdem sua espontaneidade natural. Tradição e autoridade, até então pilares de toda pretensão de verdade, são contestadas pelos “philosophes” iluministas. Em seu lugar, elegem o “ousar saber”¹⁵. A partir da aspiração universalizante das normas, da generalização dos valores e da socialização que força à individualização, estrutura-se uma nova forma de discurso filosófico e consciência política. O presente, na sua vinculação ao passado e abertura para o futuro, apresenta os seus próprios critérios de orientação, extraíndo normatividade de si mesmo. Essas transformações mudaram as concepções sobre tradição, passado, futuro, sujeito, indivíduo, temporalidade e direito (HABERMAS, 2000).

Neste contexto, a Era das Revoluções e o surgimento dos direitos fundamentais são essenciais para a (re)criação de vínculos recíprocos de reconhecimento que não estejam necessariamente atrelados ao compartilhamento do mesmo *ethos*. Do sentimento de empatia para com o próximo (HUNT, 2009) surge a evidência racional de que todos nascem livres e iguais e de que as relações entre indivíduos devem ser mediadas pelos princípios da liberdade e da igualdade. Há, neste momento, a passagem da eticidade tradicional para a eticidade reflexiva, na qual todas as verdades passam a ser potencialmente questionadas. Toda metafísica pode ser alvo do eterno escrutínio da razão (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2012).

Neste movimento se dá a reocupação dos direitos naturais com base na justificação racional e discursiva. Se na pré-modernidade o direito natural era a forma

¹⁵ A definição sucinta de Immanuel Kant sobre o Iluminismo é bem representativa tanto do caráter revolucionário quanto dos excessos racionalistas de sua época. Ver KANT, 1995.

de legitimação da tradição e dos costumes, os modernos o reocupam com a ideia de evidência racionalmente justificada (BLUMENBERG, 1985). Aliada à eticidade reflexiva, essa nova roupagem dos direitos permite a abertura do sistema jurídico e da política “à moral, às exigências racionais universalizantes da moral moderna de defesa da subjetividade” (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2012, p. 22). Assim, a invenção – artificial, como toda obra humana - da forma constitucional é o mecanismo que possibilita à modernidade se completar no direito e na política.

A diferença entre direito constitucional e o “demais direito” é o centro distintivo dessa transformação. Antes, a fundamentação do sistema jurídico remetia às exigências de adequação do direito positivo às demandas do direito natural. A fonte de legitimidade do direito e da política residia fora deles mesmos. Com o surgimento dos estados constitucionais há o fechamento do sistema jurídico, na medida em que o direito constitucional permite a autofundamentação do direito (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2012).

Em outras palavras, o caráter supralegal da constituição, que condiciona as demais normas, substitui a função normativa da tradição e da religião, colocando em seu lugar os direitos humanos e as regras de organização política. A forma constitucional marca a subordinação do direito positivo à lógica moral inerente aos direitos fundamentais. Ela torna dispensável o recurso ao direito natural para a justificação do direito, pois a Constituição passa a ser o acoplamento estrutural entre direito e política, que possuem uma relação funcional de complementaridade: o direito fornece as regras do jogo político, legitimando-o, enquanto a política dá efetividade ao direito, tornando imperativa a sua coercibilidade (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2012; CARVALHO NETTO, 2004).

A história global dos direitos fundamentais, ainda que plural e diferenciada, é parte elementar do fechamento do sistema jurídico. As pretensões normativas e a contrafactualidade¹⁶ da constituição e dos princípios jurídicos surgem como herança

¹⁶ Contrafactualidade da constituição é o seu papel estabilizador de expectativas diante de contingências sociais. A normatização constitucional de certos preceitos os imuniza contra processos políticos contextuais. Na relação entre direito e moral, o sistema jurídico, por meio da legalidade, dota de contrafactualidade o princípio da dignidade, coordenando a liberdade individual com a liberdade dos demais (DWORKIN, 2014; CORNELL e FRIEDMAN, 2010). Ademais, como aponta Michel Rosenfeld, a imaginação contrafactual é o que permite o diálogo entre construção e reconstrução no núcleo da dinâmica constitucional. O ideal, imposto pela contrafactualidade, suplementa e contradiz os processos sociais “reais”, em que os fatos são enriquecidos e balizados pela imaginação contrafactual. Assim, essa imaginação estabelece os limites normativos inerentes ao constitucionalismo, que atuam como uma bússola, auxiliando, limitando e guiando o processo constante de reconstrução próprio da

das lutas por cidadania. Assim, as exigências universais e abstratas de liberdade e igualdade, oriundas dos movimentos revolucionários e insurgentes ao longo da história, são a fonte moral da eticidade reflexiva e encontram nos direitos fundamentais a sua porta de entrada para o questionamento, crítica e transformação do sistema jurídico. Não há, portanto, um completo desacoplamento entre as formas de vida e o direito, pois há uma impregnação ética e moral do último (HABERMAS, 2007).

Os direitos fundamentais, enquanto constitutivos da própria forma do direito na modernidade, implicam que não basta a mera legalidade ou o recurso a um positivismo rasteiro para a realização da interpretação jurídica. Ao afirmarem a liberdade e a igualdade como bases das ordens normativas constitucionais, tais direitos realizam uma conexão interna do sistema jurídico com a democracia. Permitem, neste sentido, a ressignificação constante entre constituição e democracia (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2012).

A partir dessas considerações, é possível adentrar na construção teórica de Ronald Dworkin a respeito das interseções entre moral e direito. Logo na introdução de *A raposa e o porco-espinho*, o autor sintetiza em uma única frase a tese que permeia todo o seu percurso acadêmico: a unidade do valor.¹⁷ Ao afirmar a unidade dos valores éticos e morais e apontar como dependem uns dos outros, o teórico estadunidense utiliza-se do princípio de Hume para evidenciar uma característica fundamental da moral: os juízos morais só podem ser rebatidos por meio de outros juízos morais, e não por “fatos do mundo” (DWORKIN, 2014).

Diante disso, ao perceber o direito como um ramo da moral ou ao menos em relação direta com ela,¹⁸ Dworkin argumenta que o núcleo do sistema jurídico é

hermenêutica constitucional (ROSENFELD, 2003).

¹⁷ É interessante perceber a proximidade entre a teoria do valor de Dworkin e o giro pragmático no que se refere à questão da verdade na hermenêutica filosófica e na epistemologia. Em *Verdade e método*, Gadamer argumenta que não há um método absoluto que, a princípio, forneça a verdade. Ao contrário, método e verdade entram em um processo circular de autolegitimação. Eu obtenho a verdade porque o método adequado me mostrou; e o método é adequado porque ele me demonstrou a verdade. Neste sentido, confronta-se a ideia de verdade absoluta, ontológica ou autoevidente, alcançável por meio de um método pré-definido (critério arquimediano da verdade, ou seja, o próprio método permitiria uma posição externa ao cientista que lhe faria enxergar a realidade). Dworkin e Gadamer discordam radicalmente dessa acepção. Para eles, os pressupostos são válidos de acordo com a teoria que os sustenta (é a teoria dos meus pressupostos que os mantém como verdadeiros). Assim, ambos dirão que a verdade é também um conceito interpretativo. Por isso uma disposição sobre verdade (ou validade) no campo da moral e do direito depende da justificação, pois ela vai ser verdadeira na medida em que melhor satisfizer a teoria do valor da moral ou da justiça estabelecida em determinada comunidade (GADAMER, 2001; DWORKIN, 2013). Como abordado na nota 10, essa remissão a um ideal de comunidade, no decorrer da obra de Dworkin, vai paulatinamente dando espaço à ideia de integridade para com os princípios de dignidade, vistos como imperativos.

¹⁸ Até o seu último livro, Dworkin afirmava que a moral e o direito estavam no mesmo patamar, lidando

constituído por conceitos altamente controversos e interpretativos (DWORKIN, 2010), na medida em que veiculam um propósito e não são remissíveis a algo externo a eles. Ou seja, são conceitos interpretativos¹⁹ pois dependem de propósitos – propósitos que emergem de uma prática de argumentação moral e jurídica sobre os sentidos e os fins do direito (DWORKIN, 2014).

Neste contexto, os conceitos jurídicos são conceitos interpretativos também em um sentido estrito, pois o seu significado não depende simplesmente da vontade de alguém em particular (por exemplo, um legislador originário ou uma autoridade permanente). O seu significado decorre da atribuição difusa de uma comunidade, em que o seu uso mais detalhado e as respectivas consequências desse conceito dependem da justificação perante usos mais gerais estabelecidos por essa mesma comunidade (DWORKIN, 2007). Todo conceito jurídico leva a isso, na medida em que toda norma tem um propósito e a melhor interpretação dessa norma é aquela que se adequa a esse propósito (DWORKIN, 2014).

É por isso que Dworkin discorda de teóricos como Isaiah Berlin. Para o último,

de maneira horizontal um com o outro, mas sem se confundir. No entanto, em *A raposa e o porco-espinho*, ele coloca o direito como um ramo da moral, especificamente dentro do ramo da moral política. O direito, assim, é a institucionalização do campo da moral política (DWORKIN, 2014). De qualquer forma, como afirmado em outros trabalhos (FARRANHA, DUARTE e QUEIROZ, 2017), o que importa para os objetivos do presente artigo é a relação estabelecida entre moral e direito na modernidade, a qual é regulada não mais por uma separação rígida e vertical entre um e outro, em que a moral paira como uma proposição suprapositiva das normas. Ao invés disso, a moral é introduzida no mundo jurídico sem nele ficar absorvida, gerando um processo no qual moralidade e direito se controlam mutuamente (HABERMAS, 1992a).

¹⁹ Para Dworkin, os conceitos jurídicos só funcionam tangencialmente como conceitos criteriais (conceitos com critérios pré-estabelecidos que permitem uma elucidação plena do seu significado). Esse é um dos aspectos que o afasta completamente de teóricos como Hart e Alexy. Para Hart, havendo uma regra, tem-se um pleno consenso criterial – ou seja, para quem conhece o vocabulário jurídico, onde há regra os conceitos funcionam de maneira criterial plenamente. Na ausência de regra não haveria nenhum tipo de orientação político-jurídica, estando o intérprete em uma zona de discricionariedade (Dworkin argumenta que a posição de Hart leva a um perigoso decisionismo). Para Hart, o dissenso sobre uma regra somente ocorre por falta de domínio técnico-jurídico sobre aquele consenso (pois se há regra, deverá haver consenso); ou então porque o intérprete não sabe afastar o seu juízo pessoal valorativo da apreensão científica do conceito jurídico (se ele discorda da regra, é porque ele queria que a regra fosse outra). Em sentido aproximado, Alexy acredita na preponderância do método como instrumento de obtenção da verdade, bem como dá ênfase às regras, as quais seriam aplicadas por mera subsunção, sem grande necessidade interpretativa. Discordando de ambos, para Dworkin toda norma jurídica, não interessa se princípio ou regra, veicula conceitos jurídicos, logo conceitos interpretativos (todos eles dependem de propósitos – propósitos que emergem de uma prática de argumentação moral e jurídica sobre os sentidos e fins do direito). Ou seja, tanto regras como princípios dependem de uma justificação a respeito de seus fundamentos e de sua adequação em relação à prática do direito. Para ele, os conceitos jurídicos podem funcionar como conceitos criteriais apenas contingencialmente, ou seja, quando não há, em um determinado momento, dissenso sobre eles (“o limite da via é 60km/h”). No entanto, a partir do momento em que os conceitos pré-estabelecidos são desafiados, torna-se necessária uma interpretação com a utilização e reinserção de juízos valorativos (morais) no direito. Toda vez que há um dissenso, o valor entra em discussão, não importando se é uma regra ou princípio que está em questão (DWORKIN, 2007; DWORKIN, 2014).

os valores políticos e morais entram necessariamente em conflito (BERLIN, 1990). Não importa o que seja feito, nós erraremos em alguma medida. O exercício pleno da liberdade, por exemplo, gerará alguma consequência danosa. Já para Dworkin, esse raciocínio é absurdo (DWORKIN, 2010). Para ele, os princípios jurídicos e os direitos fundamentais não possuem um conteúdo ontológico nem são experienciados e afirmados de maneira autoevidente. Enquanto conceitos, eles são essencialmente interpretativos e, por isso, devem ser interpretados a partir de uma teoria do valor (uma teoria da melhor interpretação do conceito) (DWORKIN, 2014).

Assim, por meio da radicalização da ideia de integridade,²⁰ a teoria do valor aponta que os conceitos jurídicos não refletem algo a priori, pois devem ser defendidos substantivamente a partir de argumentos que demonstrem consistência e apoio mútuo geral entre eles. A interpretação, portanto, conduz ao processo em que cada um desses conceitos deve ser lido à luz dos demais, entrelaçando e unindo valores. Dworkin argumenta que “somos moralmente responsáveis na medida em que nossas diversas interpretações concretas alcançam uma integridade geral, de tal modo que cada uma delas sustente as outras numa rede de valores que abraçamos autenticamente” (2014, p. 153). Neste sentido e de maneira sintética, ele afirma sua visão a respeito da unidade do valor:

Chegamos ao sopé da cordilheira do holismo axiológico pleno – a fé dos porcos-espinhos na possibilidade de que todos os valores verdadeiros formem uma rede interligada, de que cada uma das nossas convicções acerca do que é bom, correto ou belo desempenhe algum papel na corroboração de todas as nossas demais convicções em cada um desses domínios do valor. Para buscar a verdade na moral, temos de buscar a coerência endossada pela convicção. (...) Trata-se, como eu disse, de um processo interpretativo, pois busca compreender cada parte e cada filamento do valor à luz das outras partes e filamentos. (DWORKIN, 2014, p. 183)

É neste aspecto que a concepção de Dworkin acerca dos conceitos jurídicos ganha relevância para a temática do presente artigo. Na medida em que os direitos fundamentais são conceitos interpretativos, eles são conceitos atravessados pela historicidade. Ou seja, qualquer interpretação dos direitos fundamentais demanda uma reconstrução da cadeia histórica do sistema jurídico capaz de argumentar e justificar o conteúdo correto desses direitos em um determinado caso concreto ou contexto (DWORKIN, 2007). Assim, os princípios constitucionais e os direitos humanos são, ao mesmo tempo, uma abertura para o passado (na medida em que

²⁰ Para o conceito de integridade, ver nota 10.

exigem uma argumentação coerente com certa narrativa precedente) e uma forma do passado se perfazer no presente (pois atualizam e dão coerência ao passado através da efetivação dos direitos fundamentais).

Como a elaboração de um romance a várias mãos, na qual o “autor” do presente tem a tarefa de conferir a melhor continuação à história escrita, gerando, assim, uma responsabilidade para com o passado e o futuro, a hermenêutica jurídica é uma tarefa permanente de dar consistência e coerência aos conceitos jurídicos, tomados como partes de um todo íntegro. Neste sentido, os conceitos jurídicos se reforçam mutuamente e de maneira não contraditória. Por outro lado, essa articulação temporal no coração da tarefa interpretativa gera tensões em realidades nas quais o “romance em cadeia” do direito é atravessado por experiências de exclusão e violência, como a escravidão, o colonialismo e o racismo, que violam os princípios morais inerentes à própria possibilidade de existência do direito na modernidade.

Pergunta-se, dessa maneira, sobre a possibilidade de escrita do romance nesses contextos, em que, aparentemente, somente certas vozes foram e são autorizadas a escrevê-lo. Tais vozes, por sua vez, escreveram o romance em contradição com o seu propósito mais básico – a defesa da dignidade humana. De forma atrelada, é possível perguntar: quais experiências, como a de Jeanne Odo, foram sufocadas e silenciadas para dar espaço à consistência do discurso hegemônico? Em que medida essas experiências fornecem narrativas alternativas para o romance constitucional? O que elas dizem sobre a melhor interpretação jurídica dos direitos fundamentais no presente?

Assim sendo, é possível dimensionar as consequências do ocultamento e do silenciamento de certas experiências de liberdade e igualdade no próprio núcleo distintivo caracterizador dos direitos fundamentais na modernidade. A história uniforme, monotemática e identitária limita nossa imaginação moral e, conseqüentemente, estabelece fronteiras rígidas sobre o conteúdo dos direitos humanos e dos princípios constitucionais. Ressalta-se, portanto, como tarefa da teoria constitucional crítica e democrática a percepção dos sujeitos, eventos e processos apagados pelas narrativas históricas dominantes.

Ademais, deve-se compreender que toda elaboração da verdade sobre o passado é uma construção permeada por relações de poder. Em realidades marcadas por experiências extremas de violação dos direitos fundamentais, como a brasileira, desnudar as estruturas de poder que limitam e orientam nossas visões sobre o

passado é condição essencial no enfrentamento às clivagens e às hierarquias coloniais que permanecem no presente. Como parte de um mesmo dispositivo de dominação, estruturas de poder e estruturas de memória precisam ser tensionadas a partir de uma reconstrução mais abrangente dos direitos fundamentais, ancorada em uma imaginação moral que tematize a liberdade e a igualdade a partir de momentos e lutas apagadas da modernidade.

O próximo tópico enfrenta essas questões a partir de observações levantadas pelo próprio Dworkin a respeito da importância das teorias críticas para uma hermenêutica adequada dos direitos fundamentais.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PÓS-COLONIAL: AS RELAÇÕES ENTRE MORAL, HISTÓRIA E PASSADO

No capítulo 7 do livro *A raposa e o porco-espinho*, chamado *Interpretação em geral*, Dworkin tece breves comentários sobre a tradição dos *estudos jurídicos críticos* (*Critical Legal Studies* - CLS). Tais apontamentos são interessantes para pensar a relação entre teoria do direito e contribuições pós-coloniais. Segundo o autor, os CLS enfocam um tipo específico de interpretação, a *explicativa* - ou seja, procuram descrever como o direito se desenvolve e o que está por trás das decisões jurídicas. Portanto, realizam a função de tirar os “óculos cor-de-rosa” da teoria jurídica ao explicar as dinâmicas políticas, culturais e de poder que embasam a construção dos argumentos jurídicos em determinado contexto (DWORKIN, 2014).

No entanto, Dworkin acredita que as críticas enfáticas dos CLS ao mundo jurídico acabaram por deixar de lado a defesa da contrafactualidade característica do direito na modernidade. Neste sentido, os estudos jurídicos críticos ajudam a entender como uma lei ou uma decisão foi feita, mas deixam de enfatizar como o direito *deve ser* interpretado. Para Dworkin, por outro lado, os estudos jurídicos críticos poderiam iluminar as práticas jurídicas erradas, auxiliando na elaboração das melhores interpretações, isto é, aquelas que se adequam ao propósito do direito. Assim ele expõe:

Não há razão alguma pela qual os estudos jurídicos críticos, entendidos dessa maneira, devam se considerar conflitantes com a interpretação colaborativa convencional, que procura melhorar o direito impondo um grau maior de integridade e de princípios a uma doutrina cujas raízes causais bem podem ser aquelas apontadas pelos “*crits*”. Pelo contrário, os dois empreendimentos bem podem ser entendidos como complementares: ambos procuram

melhorar o direito, um deles desmistificando as origens da doutrina, o outro direcionando a doutrina para fins melhores por meio de uma interpretação esclarecida. Não há conflito entre identificar a cobiça como causa da legislação e interpretar essa legislação de forma a coibir a cobiça; é preciso estar usando óculos cor-de-rosa para negar a primeira mas não insistir na segunda". (DWORKIN, 2014, p. 219)

Dworkin argumenta que os CLS também podem assumir uma roupagem colaborativa, pois apontam as responsabilidades mais profundas da prática e da teoria jurídica. Na medida em que denunciam os desvios, há uma pretensão de mudar radicalmente as opiniões, valores e práticas do direito. Consequentemente, fornecem elementos normativos para se perceber a melhor interpretação e aplicação da norma para um determinado caso concreto. Portanto, a posição de Dworkin não é de oposição à denúncia realizada pelas teorias críticas, pelo contrário. O que ele afirma somente é que a velha questão sobre o que é certo permanece, ainda que não enfrentada diretamente; continua inafastável a decisão sobre o justo baseada em argumentos morais (DWORKIN, 2014).

Diante disso, a perspectiva dada por Dworkin aos CLS pode ser estendida às contribuições da imaginação pós-colonial. Essa imaginação pode auxiliar na hermenêutica constitucional quando estruturas coloniais são traduzidas em pleitos de direitos no presente – em sua dimensão normativa e contrafactual. Neste sentido, importante é delimitar o que pode ser entendido como crítica pós-colonial.

Segundo Stuart Hall, o pós-colonial opera uma interrupção crítica na narrativa historiográfica dominante, que reservou à dimensão global do colonialismo uma presença subordinada na história. Ou seja, no máximo o fenômeno colonial poderia ser contido no interior das narrativas e dos parâmetros europeus. A rasura pós-colonial, por outro lado, aponta para o significado universal do colonialismo, experienciado de maneira diferenciada em cada contexto local (HALL, 2013). Por trás dessa releitura, são borrados os binarismos característicos da visão hegemônica da modernidade:

É precisamente essa “dupla inscrição” – que rompe com as demarcações claras que separam o dentro/fora do sistema colonial, sobre as quais as histórias do imperialismo floresceram por tanto tempo – que o conceito de “pós-colonial” traz à tona. Consequentemente, o termo “pós-colonial” não se restringe a descrever uma determinada sociedade ou época. Ele relê a “colonização” como parte de um processo global essencialmente transnacional e transcultural – e produz uma reescrita descentrada, diaspórica ou “global” das grandes narrativas imperiais do passado, centradas na nação. Seu valor teórico, portanto, recai precisamente sobre sua recusa de uma perspectiva do “aqui” e “lá”, de um “então” e “agora”, de um “em casa” e “no

estrangeiro". (HALL, 2013, p. 119)

É proporcionada uma outra forma de ver a periodização da modernidade. A colonização deixa de ser vista como um subenredo local de uma narrativa maior. Ela se torna a face mais evidente, o exterior constitutivo da modernidade capitalista europeia ocidental pós-1492 (HALL, 2013). Ao deslocar os relatos incrustados na história hegemônica do mundo moderno, do colonialismo e do surgimento e consolidação dos estados nacionais, o pós-colonial elabora outra visão sobre o passado. Noções sobre eventos-chave da modernidade – como as grandes tragédias humanas, o terror indizível, o totalitarismo, o uso da ciência para os fins mais abjetos, a racionalização e burocratização do cotidiano como maneiras de administrar o limiar entre vida e morte, a intransmissibilidade da experiência, a precarização inscrita na coletivização da condição de exilado etc. – precisam ser lidas a partir de outras lentes. Nelas, a escravidão, o colonialismo e o tráfico negreiro são alçados ao centro do palco da história (GILROY, 2012; MBEMBE, 2017; QUEIROZ, 2017).

Neste sentido, Paul Gilroy afirma que os itinerários negros, testemunhos do apocalipse colonial, de genocídios e das profundas chagas do racismo, apontam para um outro olhar sobre o conceito de modernidade:

Em primeiro lugar, ele afasta a discussão do fascismo da ideia ilusória de um *sonderweg* (peculiaridade histórica) alemão e da percepção de que apenas a Alemanha representaria o centro imoral do anti-semitismo voltado para o extermínio. Em segundo lugar, vimos que a modernidade enquanto uma categoria temporal e qualitativa introduz diversos problemas filosóficos e históricos em cujo centro reside a questão fundamental da relação entre o nacionalismo racial, o governo e a racionalidade. A articulação de razão e história emerge como um problema sobretudo quando reconhecemos as disputas sobre a escala em que a história deveria operar e, conseqüentemente, sobre os apelos que as particularidades religiosas, nacionais, regionais ou étnicas exercem sobre a nossa compreensão. (GILROY, 2007, p. 120-121)

Dessas questões, desprende-se uma nova perspectiva histórica sobre a afirmação dos direitos fundamentais no presente. Se o conteúdo dos direitos humanos e dos princípios constitucionais é um conteúdo moral, isso se dá porque eles repousam em uma história de exclusão e, conseqüentemente, de luta pelo alargamento dos sentidos da liberdade e da igualdade. Como argumentam Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, o desafio dos direitos fundamentais na modernidade é o de que, ao produzirem inclusão, também produzem exclusões. A identidade constitucional provém exatamente dessa tensão rica e complexa entre inclusão e exclusão. Ao incluir, delimita o campo dos excluídos e lhes confere

visibilidade. Ao dar visibilidade, permite a organização e a luta pela conquista de concepções cada vez mais complexas e articuladas da liberdade e da igualdade. Essa identidade constitucional decorre do caráter aberto dos direitos fundamentais e da constituição e está inserida em um processo permanente e mutável de afirmação da cidadania (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2012).

Por outro lado, para a teoria dos direitos fundamentais, o pós-colonial aponta a necessidade de rasurar e problematizar a articulação entre passado, presente e futuro, ou seja, a temporalidade historiográfica hegemônica sobre o constitucionalismo. Como primeiro aspecto, torna-se imprescindível romper qualquer lastro de linearidade e teleologia na descrição e percepção da tensão entre inclusão e exclusão. A “interdição colonial” (FAUSTINO, 2015)²¹ demonstra que a luta por reconhecimento não opera somente por meio de uma dialética de inclusão, na medida em que um dos fundamentos do colonialismo foi a criação de interações sociais permeadas pela desumanização do outro. Neste sentido, não basta apenas a inclusão, pois a própria gramática do procedimento de reconhecimento é permeada por uma formação discursiva que, na sua base, trata o excluído como estrangeiro, subalterno, inferior, “diferente” ou, simplesmente, inumano. Assim, a inclusão é traduzida como assimilação, incorporação ou igualdade subordinada – mantendo as condições de operação dos sistemas de dominação do colonialismo. Segundo essa lógica, a afirmação da identidade constitucional reforça a metafísica colonial, com seus lugares de branco e de negro, de humano e de quase-humano (BARROS, 2019; GONZALEZ e HASENBALG, 1982).

Ademais, a exemplo da trajetória apagada de Jeanne Odo, o pós-colonial ilumina as dinâmicas constantes de silenciamentos no próprio ato de narrar a história. Ele aponta como o poder colonial estrutura esquecimentos, ausências e apagamentos sobre o passado, delimitando o que pode ser lembrado e contado (TROUILLOT, 2015). Assim, indo de encontro à crítica da linearidade na tensão entre inclusão e

²¹ A partir do pensamento de Frantz Fanon (2005; 2008), Deivison Faustino argumenta que a constituição racial do mundo, construtora do branco como sinônimo de humano, ocasiona uma interdição no movimento de reconhecimento intersubjetivo. A partir da abordagem de Deivison, nota-se: “A racialização, portanto, não é um mero conflito existencial, mas também uma impossibilidade na formulação da consciência de si autônoma do sujeito negro. Para Fanon, há um distúrbio no sistema de comunicação intersubjetivo, pois o branco é incapaz de se ver como parte do seu outro; enquanto os outros (os grupos não brancos) tornam-se incapazes de alcançar uma consciência de si livre, na medida em que se orientam pelo ideal branco. Em termos hegelianos, o outro não aparece como elemento constituinte do eu (embora o seja). Portanto, a universalidade de ambos, conquistada por meio do diálogo, aparece como própria apenas de um dos lados” (GUIMARÃES e QUEIROZ, 2017).

exclusão, o pós-colonial percebe outras histórias de liberdade, que tensionam e não obedecem às lentes do presente. Mais do que isso: dando visibilidade a trajetórias, experiências e lutas apagadas ao longo da história, ele desmistifica a concepção predominante sobre a emergência de “novos sujeitos”, “novos direitos” ou “novos constitucionalismos”. Neste sentido, compreender como uma novidade as demandas por direitos de mulheres, negros, indígenas e outros grupos subalternizados integra a própria articulação entre colonialidade, memória e história – na qual a eterna repetição da aparição fantasmática e caricata é o lugar reservado aos subalternos em um enredo protagonizado, dirigido e contracenado por homens brancos. Nesse enredo, discursos sobre o significado das identidades são mais importantes que discursos sobre o significado dos direitos.

Novamente, um exemplo pode ser ilustrativo. No ano de 1802, após mais de uma década de conflitos na Ilha de São Domingos, a Revolução Haitiana caminhava para o seu momento derradeiro. No vale do Rio Artibonite, do alto do forte Crête-à-Pierrot, soldados haitianos resistiam a uma ofensiva de 2.000 homens do exército francês liderados por Charles Lecrec. Apesar da derrota pontual dos revolucionários, essa batalha marcaria uma inflexão subjetiva em ambos os exércitos. Por um lado, os “jacobinos negros” deixavam o confronto na fortaleza mais confiantes de suas forças bélicas e, especialmente, convictos dos princípios defendidos pela Revolução. De parte das tropas europeias, a dura vitória revelava mais do que as fragilidades do seu poderio militar. Ela expunha o abalo moral trazido pelos anos de guerra na ilha caribenha (DUBOIS, 2004; FICK, 1990; JAMES, 2007).

Relatando a Batalha de Crête-à-Pierrot, C.L.R. James aponta como os símbolos e ideais universais da Era das Revoluções foram disputados e interpretados no calor dos acontecimentos. Essa dinâmica foi protagonizada por sujeitos históricos que rasuram a temporalidade, a geografia e os corpos de uma modernidade forjada à imagem e à semelhança do homem branco europeu:

A posição política desonesta do exército francês agora cobrava o seu preço. Os soldados ainda se viam como uma armada revolucionária. Mas à noite eles ouviam os negros na fortaleza cantando a “marselhesa”, a “ça Ira” e outras canções revolucionárias. Lacroix relatou que aqueles miseráveis extraviados estremeciam e olhavam para seus superiores quando ouviam as músicas, como se dissessem: “Será que os nossos inimigos bárbaros têm a justiça do seu lado? Será que já não somos mais os soldados da República francesa? E será que nos tornamos meros instrumentos políticos?”. (JAMES, 2007, p. 294)

Mais do que apontar como os direitos de liberdade e igualdade são conceitos interpretativos e atravessados por práticas concretas e relações de poder, casos como o dos soldados haitianos em Crête-à-Pierrot nos questionam sobre “quem”, “como”, “onde” e “sob quais condições” esses direitos foram interpretados. Ademais, a tensão paradoxal daquela noite no vale do Artibonite deve acompanhar o trabalho do intérprete constitucional. Tanto a convicção dos haitianos sobre a interpretação mais acertada da dignidade humana quanto a dúvida que pairou sobre os soldados franceses a respeito dos entrelaçamentos entre justiça, história e poder devem fazer parte de uma hermenêutica jurídica compromissada em desatar os nós coloniais que se perfazem no presente. Essa dialética entre dúvida e convicção talvez seja a única maneira de levar a cabo a difícil tarefa de reconciliar, ainda que de maneira permanentemente precária, a identidade constitucional com as consequências da violência colonial.

Resgatar este passado silenciado não é mero diletantismo historiográfico. Também não se trata somente de restituir a história da liberdade aos seus verdadeiros e reais protagonistas. Na medida em que os direitos fundamentais são uma abertura à moral dentro do sistema jurídico, eles requerem a reapropriação do passado para dotar de conteúdo os princípios constitucionais. Assim, a história deve ser descortinada sobretudo quando nossas narrativas guardam coerência e consistência com percepções da liberdade e da igualdade atreladas àqueles que não respeitaram a dignidade de outros seres humanos. Neste sentido, trata-se de mais do que desbloquear o passado para vislumbrar utopias, mas especialmente de compreender os compromissos que, no presente, nossas concepções de justiça possuem com uma estrutura de discurso e de poder que historicamente desumanizou grupos subalternos. Perceber esses vínculos é se perguntar: que tipo de narrativa histórica e moral legitimamos ao não perceber como o colonial incide na maneira que reconstruímos a história constitucional? Quais outras histórias devemos resgatar para que o conteúdo da liberdade e da igualdade no presente faça jus às trajetórias dos “condenados da terra”? Como esses itinerários, na sua luta por dignidade, nos ensinam sobre os sentidos dos direitos fundamentais?

O encontro do constitucionalismo com o pós-colonial tem dimensões normativas, construídas a partir de uma imaginação moral mais democrática, pois conectada ao sentido de liberdade dado pelos subalternos. O pós-colonial possibilita, assim, outras bases para o conteúdo dos direitos fundamentais, sem o

constrangimento e a tutela das “mãos brancas”. Mais: ao desnudar as vinculações entre poder, história e direito, permite compreender o presente não como mera repetição inevitável do passado, mas como um construto cotidiano, ancorado tanto em relações objetivas de dominação, que asseguram a permanência das hierarquias coloniais, como nas lutas populares por direitos.

Se nada mantém a história inequívoca, exceto o poder, como coloca Susan Buck-Morss, o mesmo pode ser dito para os direitos fundamentais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história é fruto do poder, mas o poder nunca é tão transparente que a sua análise se torna supérflua. A marca suprema do poder talvez seja a sua invisibilidade; o desafio supremo, a exposição de suas raízes. (TROUILLOT, 2015, p. 09)

Ao pôr em diálogo teoria constitucional e pensamento pós-colonial, o artigo caracterizou os direitos fundamentais como porta de entrada da moral e, conseqüentemente, da história no sistema jurídico. Valeu-se dos aportes de Ronald Dworkin para uma compreensão dos conceitos jurídicos como conceitos interpretativos. Ademais, apontou a responsabilidade da tarefa interpretativa diante das conseqüências da violência colonial. Posteriormente, trabalhou como o pós-colonial descortina o peso do poder e do silêncio na história e apresenta sentidos de liberdade e igualdade ocultos pelo discurso hegemônico. Neste movimento, tal crítica possibilita uma reconstrução mais democrática da história e da identidade constitucional.

Em última instância, a incidência do pós-colonial nos direitos fundamentais reconstrói disputas no passado e no presente sobre o que é o constitucionalismo, sobre o que deve ser a constituição. Demonstra como toda perspectiva constitucional é ancorada em uma narrativa histórica e que essa última pode estar embasada em noções coloniais, as quais excluem as lutas dos grupos subalternos e limitam o horizonte democrático.

Mais duas conclusões podem ser extraídas do argumento construído ao longo do texto, ambas ligadas à contrafactualidade inafastável do direito na modernidade. Primeiro, o pós-colonial resgata no passado as melhores visões dos princípios deontológicos do direito em um determinado momento histórico. Tais visões talvez ainda não tenham sido incorporadas pelo sistema jurídico, mas fornecem elementos

para uma melhor hermenêutica constitucional no presente. Por exemplo, torna-se importante iluminar e compreender como os grupos subalternizados conceberam e continuam a conceber a noção de cidadania vinculada muito mais à experiência migrante e diaspórica do que a laços sanguíneos, geográficos ou étnico-raciais; ou como reivindicaram o direito de liberdade como indissociável ao acesso democrático à terra; ou, ainda, como o uso desse território consubstanciou e consubstancia noções do direito de propriedade alternativas à forma burguesa, em que as práticas coletivas e harmônicas com a natureza ganham proeminência perante a propriedade individual.

São exemplos de disputas de sentido que deitam raízes em lutas de longa duração, as quais ajudam a densificar o conteúdo dos direitos fundamentais nas controvérsias jurídicas do presente. Assim, não são “novas questões” levantadas por “novos sujeitos de direito”, mas sim demandas que, desde o início do empreendimento colonial, foram levantadas pelos subalternizados e tensionaram as contradições mais íntimas da modernidade. Reduzir esses pleitos e sujeitos ao lugar de “novidade” é reenquadrá-los sob lentes coloniais, ignorando sua pertinência desde as origens do constitucionalismo. Se ainda vale a pena apostar na continuidade do romance constitucional, que sua escrita faça jus a essas lutas.

A segunda conclusão está relacionada à influência da moral sobre o direito, de acordo com o pensamento de Dworkin. Na medida em que sistema jurídico é inseparável da moralidade, torna-se problemática a integridade do romance em cadeia quando os precedentes de uma determinada história constitucional são marcados pela violência colonial e cristalizados pelo racismo institucional (ALMEIDA, 2019). A correção moral não serve apenas para avaliar ações no presente, mas também para interrogar a justiça no passado. O pós-colonial, neste sentido, opera dois deslocamentos na tarefa de reconstrução do romance constitucional. Primeiro, olha com maior firmeza a imoralidade no passado ao afastar noções desresponsabilizantes, vinculadas a perspectivas teleológicas da história ou permeadas pela ideia de “espírito do tempo”. Assim, a voz, a dor e a resistência das vítimas são trazidas para o palco da narrativa constitucional. Segundo, ao demonstrar a incoerência de se continuar a escrita de um romance com lacunas morais, o pós-colonial resgata e costura os fios soltos das experiências que buscaram imprimir a dignidade humana na prática e na interpretação jurídicas. Neste sentido, a tinta para escrever a narrativa constitucional não é formada dos precedentes institucionalizados, hegemônicos ou dominantes. Essa tinta se encontra nas lutas subalternas por

liberdade e igualdade, ainda que não positivadas pelas instâncias de poder. Se o pós-colonial resgata e afirma a existência dessas experiências, o constitucionalismo nos impele a escrever sobre elas, a decidir de acordo com os princípios que transmitem.

Assim, se há utilidade na rasura pós-colonial para a concretização dos direitos fundamentais no presente, ela se dá na reconstrução histórica guiada pela bússola moral da dignidade humana, capaz de afastar o relativismo e de ter coragem de articular passado, presente e futuro em busca da melhor hermenêutica constitucional em face do pior deixado pelo colonialismo.

Por fim, o diálogo entre direito constitucional e pensamento pós-colonial enfatiza a necessidade da criação de condições metodológicas e teóricas que forneçam pontes entre esses dois campos do conhecimento. Esses vínculos devem ser capazes não só de reorientar a história constitucional, mas também as pretensões normativas e utópicas do constitucionalismo na contemporaneidade. Espera-se que o texto tenha contribuído neste sentido.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BARROS, Douglas Rodrigues. **Lugar de negro, lugar de branco?** São Paulo: Hedra, 2019.

BERLIN, Isaiah. The pursuit of the ideal. In: BERLIN, Isaiah; HARDY, Henry (ed.). **The crooked timber of humanity – chapters in the history of ideas**. London: John Murray, 1990.

BLUMENBERG, Hans. **The Legitimacy of the Modern Age**. Cambridge: MIT Press, 1985

BUCK-MORSS, Susan. Hegel e Haiti. Trad. Sebastião Nascimento. **Novos Estudos**, 90, 2011.

BUCK-MORSS, Susan **Hegel, Haiti, and universal history**. USA: University of Pittsburgh Press, 2009.

BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj. **Contingencia, hegemonía, universalidad: diálogos contemporáneos en la izquierda**. 2ª Ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Melhoramentos Editora, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CHUEIRI, Vera Karam de. Liberdade e igualdade: a unidade do valor. BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. **Direito da Sociedade Policontextural**. Curitiba: Appris, 2013.

CORNELL, Drucilla; FRIEDMAN, Nick. The Significance of Dworkin Non-Positivist Jurisprudence for Law in the Post-Colony. **Malawi Law Journal**, Volume 4, Issue 1, Jan 2010, p. 1-94.

DUARTE, Evandro C. Piza. **Do medo da diferença à igualdade como liberdade: as ações afirmativas para negros no ensino superior e os procedimentos de identificação de seus beneficiários**. Tese de doutorado no curso de pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2011.

DUARTE, Evandro C. Piza; QUEIROZ, Marcos V. Lustosa. A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o constitucionalismo em face do lado oculto da modernidade. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, nº 49, jul./dez., 2016.

DUBOIS, Laurent. **Avengers of the new world: the story of the Haitian Revolution**. USA: Harvard University Press, 2004.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jeffeson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here? principles for a new political debate**. Princeton, New Jersey, USA: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010,

DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. **Universitas JUS**, v. 24, n. 3, p. 1-31, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Trad. Enilce Albergaria Rocha, Lucy Magalhães. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2005.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Trad. Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FARRANHA, Ana Claudia; DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos V. Lustosa.

Racismo e Constituição: o caráter estrutural da opressão racial e suas consequências jurídicas. In: **Acusações de racismo na capita da República: obra comemorativa dos 10 anos do Núcleo de Enfrentamento à Discriminação do MPDFT**. Coordenador Thiago André Pierobom de Ávila. Brasília: MPDFT, Procuradoria Geral de Justiça, 2017.

FAUSTINO, Deivison Mendes. **Por que Fanon? Por que agora? Frantz Fanon e os fanonismos no Brasil**. Tese de doutorado apresentada no programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de São Carlos, 2015.

GONZALEZ, Lélia e HASENBALG, Carlos. **Lugar de Negro**. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero, 1982.

FICK, Carolyn. **The making of Haiti: the Saint Domingue Revolution from below**. USA: The University of Tennessee Press, 1990.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. 9ªed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001.

GARGARELLA, Roberto. Interpretando a Dworkin. **Artículo presentado en el Seminario de profesores del ITAM**, México DF, enero de 2015,

GILROY, Paul. **Entre campos: nações, cultura e o fascínio da raça**. São Paulo: Annablume, 2007.

GILROY, Paul. **O Atlântico negro: modernidade e dupla consciência**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Editora 34; Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes, Centro de Estudos Afro-Asiáticos, 2012.

GUIMARÃES, Johnatan Razen Ferreira; QUEIROZ, Marcos V. Lustosa. Frantz Fanon e Criminologia Crítica: pensar o Estado, o direito e a punição desde a colonialidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: ensaios de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992a.

HABERMAS, Jürgen. **Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Dialética e liberdade**. E. STEIN e L. D. BONI. Porto Alegre, Editora Vozes: 288-304, 1992b.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad: Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HALL, Stuart. **Da diáspora: Identidades e mediações culturais**. Organização Liv Sovik; Tradução Adelaine La Guardia Resende ... [et al]. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução Rosaura

Eichenber. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JAMES. C. L. R. **Os jacobinos negros – Toussaint L’Ouverture e a revolução de São Domingos**. Tradução Afonso Teixeira Filho. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta o que é Iluminismo. In: KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. São Paulo: Edições 70, 1995.

MBEMBE, ACHILLE. **Crítica da Razão Negra**. Lisboa, Portugal: Antígona, 2017.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

QUEIROZ, Marcos V. Lustosa. **Constitucionalismo Brasileiro e o Atlântico Negro: a experiência constitucional de 1823 diante da Revolução Haitiana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

QUEIROZ, Marcos V. Lustosa Exílio e História: uma perspectiva do ofício do historiador a partir do Atlântico Negro. **Revista HOLOS** (no prelo). Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SCOTTI, Guilherme. Teoria Discursiva do Direito. In: **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I: teoria geral e filosofia do direito**. Coords. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro Gonzaga, André Luiz Freire. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

SEMLEY, Lorelle D. To Live and Die, Free and French: Toussaint Louverture’s 1801 Constitution and the Original Challenge of Black Citizenship. **Radical History Review**. Issue 115, Winter, 2013.

THORNHILL, Christopher. Niklas Luhmann y la sociologia de la Constitución. In: CADENAS, Hugo et al. (eds). **Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoria. Aporte para el análisis de la complejidad social contemporánea**. Santiago: RiL editors, 2012.

TROUILLOT, Michel-Rolph. **Silencing the past: power and the production of history**. USA: Beacon Press, 2015

Recebido em 02/02/2019

Aprovado em 02/11/2021

Received in 02/02/2019

Approved in 11/02/2021