

FUNÇÃO RETÓRICA DO DIREITO NA CONSTRUÇÃO DAS FRONTEIRAS DA TOLERÂNCIA

JOÃO MAURÍCIO ADEODATO*

INTRODUÇÃO: CONCEITUAÇÃO DA TOLERÂNCIA E OBJETIVOS DO TEXTO

Monteiro Lobato diz que o medo tem por mãe a incerteza e por pai o escuro¹. Sábias palavras. Parodiando: o pai da intolerância é o medo e sua mãe é a ignorância. Nessa triste família, a intolerância é neta do escuro e da incerteza que ele traz, enquanto a ignorância, a nora agregada.

Os pontos de partida aqui levam a dois postulados. Primeiro, a uma **antropologia realista**, mais na linha do *homo homini lupus*, de Hobbes, do que no estado natural de Rousseau, pois “o homem, intolerante por natureza, chega a ser tolerante por necessidade...”². Segundo, a uma **perspectiva retórica** sobre o conhecimento, o que vai ser discutido no ponto a seguir.

Uma antropologia realista não significa pessimismo para com a humanidade. Os sentimentos eticamente mais baixos, como a ingratidão, a inveja e a falta de

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE.

1 Monteiro Lobato: *O Saci*. São Paulo: Brasiliense, 1968, p. 67.

2 TALBI, Mohammed. Tolerancia y intolerancia em la tradición musulmana, in Diversos Autores. *La intolerância*, prefácio de Elie Wiesel. Buenos Aires / Barcelona / México / Santiago / Montevideo: Granica - Academia Universal de las Culturas, 1997, p. 45-49.

humildade para reconhecer os próprios erros e pedir desculpas, que ensombrecem o caráter de tanta gente, são tão parte da natureza humana como a solidariedade para ajudar os outros a crescer, a generosidade, o desprendimento para dar idéias e transmitir conhecimentos, ao lado de tantas outras formas de grandeza de caráter. Reconhecer essa antropologia é importante para compreender a necessidade do direito e é a base de uma aproximação ética vinculada à tolerância, como se tenta aqui.

Ninguém tem mais consciência da própria inferioridade do que esses filhos do medo e da ignorância. Fazer com que essas características morais pouco sociais (como a inveja e a ingratidão, para ficar nos exemplos) não se possam revestir de poder político, pulverizando-as ao máximo, é uma das principais funções do direito nas democracias modernas.

As democracias vivem a partir da domesticação da intolerância, pois democracia significa inclusão, regras comuns, reconhecimento do outro, fragmentação do poder. Pressupõe também certa desconfiança para com o caráter humano, sua auto-indulgência, sua vaidade. Como sistema político, a democracia procedimentaliza os meios de decisão e os esvazia de conteúdo ético, tomando diversos pressupostos dos quais é impertinente tratar aqui³. Na teoria do conhecimento, por outro lado, a concepção democrática ocidental contemporânea vem acompanhada pela superação do paradigma cartesiano e matematizante da certeza objetiva, instaurando-se o paradigma de contextos discursivos e verdades consensuais.

Posicionamentos éticos são mercadorias auto-referentes, no sentido de que só se enfrentam convicções com outras convicções. A ideologia, as crenças humanas em sentido amplo, só entende a linguagem da ideologia e o embate entre ideologias diferentes é perene. Daí porque os problemas que geraram a idéia de tolerância continuam presentes hoje, porque ser tolerante não constitui a regra, em que pesem suas óbvias vantagens éticas, incluindo no direito e na política.

Essa contextualização da verdade leva aqui a uma **perspectiva historicista**, no sentido mínimo de entender que aprende-se algo com a história. Apesar da tese contrária, segundo a qual a única coisa que a história ensina é o fato de a humanidade não aprender com ela, a necessidade de compreender o contexto social conduz à visão de que conhecer a história faz perceber mais ampla e profundamente o presente, mesmo tendo-se consciência de que história é ponto de vista e não tem a objetividade que por vezes se lhe quer emprestar. Por outro lado, tampouco é de

3 Para esses pressupostos, v. ADEODATO, João Maurício. Do positivismo da modernidade à crise de legitimação da pós-modernidade (Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado) in: ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2005 (2ª. ed.), p. 181 s.

tessitura totalmente aberta a qualquer subjetivismo interpretativo. Parece claro que o conhecimento da história relativiza e interfere sobre a visão que se tem do presente, esse é o ponto.

Ao lado do aprendizado histórico, a cultura. A cultura, em seu sentido humanístico, exerce uma influência profunda sobre as pessoas que a adquirem. Além da história, cuja importância obriga a mencioná-la em separado, como feito acima, cultura entendida como literatura, música e arte em geral. Uma pessoa que leu *Dom Casmurro* vai compreender que a traição conjugal pode ser vista de diversas maneiras, assim como quem leu *Oliver Twist* ou a *Microfísica do Poder* vai pensar mais quando se questionar sobre colocar o velho pai em um asilo e o leitor de *Otelo* vai duvidar de um intrigante. Daí que conhecer profundamente física ou matemática não traz cultura, assim como não a traz saber muito de direito tributário ou constitucional. Cultura e história estão dessarte estreitamente ligadas: ambas combatem a visão unilateral e a ignorância humanística.

Assim, a tolerância constitui uma exigência ética construída historicamente no âmbito de algumas culturas específicas. E não apenas no Ocidente, como se vê em Confúcio ou nas entrevistas do Dalai Lama contemporâneo.

Note-se que a palavra tolerância não é entendida aqui apenas como “tolerar”, em seu uso vulgar, mais fiel ao sentido primitivo de “suportar” algo desagradável. Significa, ao revés, a aceitação e o apoio recíproco a pessoas, opiniões e atitudes oriundas de visões de mundo diferentes e não redutíveis umas às outras, principalmente religiões, ideologias e outros sistemas de orientação normativos. Diferentes e não redutíveis umas às outras significa dizer: potencialmente conflituosas.

Daí a importância da tolerância como postura ética para lidar com os conflitos e do direito dogmaticamente organizado como garantia dessa tolerância, na medida em que diferencia-se das morais e religiões, esvazia-se de conteúdo ético prévio e neutraliza os demais sistemas de orientação normativos. Por isso a tolerância não pode ser um fim em si mesmo e precisa observar ceticamente as convicções éticas da certeza, mutuamente excludentes. Ela é um meio para o respeito ao outro, serve aos chamados direitos humanos. Não necessariamente aos direitos subjetivos construídos pela modernidade ocidental, de “novas ordens mundiais”, mas, sobretudo, a direitos no sentido da liberdade de autodeterminação do indivíduo e da ordem social.

O tema é filosófico, ainda que tenha começado teológico, inclusive porque teologia e filosofia se confundiram na Idade Média ocidental.

1 HISTORICISMO E HUMANISMO SÃO PERSPECTIVAS QUE ENSEJAM A TOLERÂNCIA

Assim, dois campos de estudos aparecem como fundamentais para a construção da tolerância, ambos aqui tomados como parte de uma metodologia retórica.

De um lado, a **história**. Tucídides (455-395 a. C.), no primeiro livro de sua *História da Guerra do Peloponeso*, procura expor imprecisões no relato homérico da Guerra de Tróia e defende sua própria metodologia como uma tentativa de contrabalançar todas as fontes e descrever o mais fielmente os eventos, pois “...a acuidade do relato foi sempre escrutinada pelos testes mais severos e detalhados possíveis”, afastando-se da linguagem romanceada, mesmo que a ausência de romance na história pudesse privá-la de algum interesse e aplauso por parte do público⁴.

Também Aristóteles (384-322 a. C.), em sua *Poética*, diligencia no sentido de diferenciar a história da literatura, pois se ocuparia do que realmente aconteceu e não com o que poderia ter acontecido. O que separa o historiador do poeta não é a forma de prosa e verso, respectivamente, mas sim esse conteúdo de realidade individualizada da história. Daí a conclusão, oposta à opinião de Platão, de que “a poesia é algo mais filosófico e de maior importância do que a história, pois suas afirmações são de natureza mais universal, enquanto as da história são singulares”⁵.

Mas os relatos históricos foram tradicionalmente considerados uma forma de arte, sendo a história depois incluída no sistema das sete artes liberais, como parte da gramática e da retórica, *artes bene dicendi et scribendi* (o saber bem falar e escrever). A relação entre história e literatura é, pois, primordial na cultura ocidental e é levada em conta aqui.

De outro lado, também impregnado pela retórica, o **humanismo** do Renascimento e da Reforma, movimento que se espalhou por toda Europa, na Academia Platônica de Florença e nos trabalhos de Erasmo de Roterdã, Thomas Morus, Sebastián Castello, Sebastián Franck e muitos outros que serão aqui mencionados. O humanismo, por sua postura filosófica de simpatia ao ser humano, sempre apareceu associado à tolerância para com a diferença, sendo definido, inclusive em seu viés jurídico, por eleger a dignidade humana, enquanto respeito e proteção a todo ser humano, como

4 THUCYDIDES. *The history of the Peloponnesian war*. Trad. R. Crawley. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 5, p. 349-593, Livro I, cap. I [20-22], p. 353-354.

5 ARISTÓTELES. *On Poetics*. Trad. I. Bywater. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 8, p. 677-699, 9, 1451b, p. 686.

seu valor fundamental⁶. Os ideais humanistas certamente tiveram problemas para se afirmar no Brasil, a ponto de se poder detectar “a inexistência de um humanismo autêntico e emancipador”⁷. Porém, mesmo tardiamente, os ideais humanistas chegaram a ter repercussão também por aqui, de Tomás Antonio Gonzaga a Tobias Barreto e Joaquim Nabuco, passando por Padre Roma e Frei Caneca, atentos representantes dessa cultura nos trópicos.

Percepção histórica e humanismo são assim pressupostos correlatos, pois a história é indefectivelmente humana. Como diz Giambattista Vico, Deus deve cuidar do cosmos, que ele criou, cabendo ao ser humano cuidar da história, que ele cria. Vico também lamenta o caráter pouco humanista da educação universitária em sua época: “Mas o inconveniente máximo de nosso sistema de estudos é o fato de que, enquanto nos dedicamos muitíssimo às ciências naturais, não estimamos tanto a moral, especialmente aquela parte que cuida da índole da psicologia humana (*de humani animi ingenio*) e de suas imperiosas tendências (*passionibus*), orientadas à vida civil e à eloquência...”⁸. O projeto aconselhado por Vico consiste em uma conciliação do método antigo (retórico), na linha de Cícero, e o moderno (“crítico”), representado pelo cartesianismo emergente: *De recentiori et antiqua studiorum ratione conciliata*.⁹

A visão humanista que vem da Renascença para a modernidade em muito cooperou para o desenvolvimento da tolerância enquanto nova idéia. Isso porque não havia mais uma interpretação oficial, unificada pelo Catolicismo. Já que cada um pode falar com Deus diretamente, o conteúdo do direito intrinsecamente justo vai depender do intérprete, mesmo que não se tenha consciência disso.

Daí a frase de Nietzsche: “E porque os seres humanos em conjunto deram ouvidos a essas doutrinas com demasiado zelo e ao longo de séculos inteiros, algo daquela superstição, de que vão muito mal, acabou passando efetivamente para eles: de tal modo que agora estão prontos e dispostos demais a suspirar e não encontrar mais nada na vida, e a fazer uns para os outros caras consternadas, como se fosse de fato bem difícil *tolerar*”.¹⁰

6 WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos do humanismo jurídico no Ocidente*. Barueri: Manole / Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. XI.

7 WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 33 s.

8 VICO, Giambattista. *Elementos de retórica*: El sistema de los estudios de nuestro tiempo y Principios de oratória. Madrid: Trotta, 2005, p. 67.

9 VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung. München: C. H. Beck, 1974, p. 15-18.

10 NIETZSCHE, Friedrich. *Die fröhliche Wissenschaft*. G. Colli-M. Montinari (Hrsg.): *Kritische Studienausgabe* – in fünfzehn Bände, Bd. 3. Berlin: Walter de Gruyter, p. 553: “Und weil die Menschen insgesamt jenen Lehren ihr

Isso é antigo. As diferenças trazidas pelo relato bíblico sobre a Torre de Babel sugerem um castigo divino, como se a diversidade de línguas e culturas fosse algo mau, já que Deus a impôs para punir, como se dividir e diferenciar fossem sempre males. De toda forma, essa aversão à diferença parece ser característica de culturas mais primitivas. No relato bíblico, aprende-se que, após o dilúvio, falava-se apenas uma língua na Terra. Tendo aprendido métodos mais avançados de construção, com ladrilhos cozidos no fogo, betume e cal, os homens “disseram entre si: Vinde, façamos para nós uma cidade, e uma torre, cujo cume chegue ao céu; e façamos célebre o nosso nome, antes que nos espalhemos por toda a Terra”. A pena para essa soberba foi então “a confusão de todas as línguas do mundo” (Gênesis, 11, [1-9] 4)¹¹.

As raízes do humanismo são muito mais antigas, vêm pelo menos da República Romana, do chamado “círculo cipiônico”, descrito por Scipio Aemilianus (185-129 a. C.), e do *studia humanitatis*, conceito já presente em Cícero (106-143 a. C.). Mais longe ainda podem-se detectar suas origens em Heráclito e Aristóteles, que distinguem o ser humano dos demais seres vivos por meio de razão e linguagem, caráter distintivo de humanidade expresso pela palavra grega *logos*.

Esse termo passou a ser traduzido com um primeiro sentido de “razão” ou “ciência”, mas originalmente tem o significado de linguagem. O primeiro sentido de *Logos* (*légein*) é falar, dizer, designando a princípio apenas o próprio ato, mas depois também o resultado da ação, ou seja, a fala mesma. O segundo sentido adquirido pela palavra é o de reunir, colecionar, como em *katálogos*. Esses sentidos permanecem ligados à palavra *Logos* desde seu aparecimento¹².

Assim, *Logos* é linguagem no sentido performático, com todas as suas estratégias e matizes, não no sentido de sistema de regras dirigentes. Só posteriormente vai se processando a diferenciação entre o *Logos* lógico da “razão” e os âmbitos da opinião, da percepção e do mito. Aos poucos é que vem o sentido de “critérios” (diferenciação) racionais.

Ora, linguagem implica convivência, pois não há comunicação em isolamento. Implica uma pluralidade e, assim, uma relativização das concepções de verdade, pois

Ohr zu eifrig und ganz Jahrhunderte lang hingehalten haben, ist zuletzt wirklich Etwas von jenem Aberglauben, dass es Ihnen sehr schlecht gehe, auf sie übergangen: sodass sie jetzt gar zu gerne einmal bereit sind, zu seufzen und Nichts mehr am Leben zu finden und miteinander betrübte Mienen zu machen, wie als ob es doch gar schwer auszuhalten sei”.

11 *Bíblia Sagrada* (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos), trad. Antônio Pereira de Figueiredo, notas de José Alberto de Castro Pinto. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1987.

12 UEDING, Gert (Hrsg.). *Historisches Wörterbuch der Rhetorik*, Band 5. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1994, p. 624 s.

os seres humanos percebem diferentemente a realidade. Ao contrário das correntes filosóficas dominantes – ontologias essencialistas ou convencionalistas, histórico-escolásticas e evolutivas –, as quais imaginam o conhecimento descritivo e a ética como em alguma medida absolutos e independentes da linguagem, ou fruto de um desenvolvimento histórico objetivista, o humanismo defende que o conhecimento só é possível dentro da linguagem e do relativismo que ela necessariamente traz. Logo, é retórico.

Historicismo e humanismo levam assim a uma concepção retórica da linguagem, o que significa entender a linguagem como **auto-referente** e ao mesmo tempo **constitutiva da realidade**, numa interação muito difícil de determinar.¹³ O ambiente humanista que volta a ensinar a tolerância no Renascimento europeu não se teria desenvolvido sem o ambiente de intolerância que procurava enfrentar.

A intolerância parece ter aparecido historicamente com os monoteísmos, isto é, com a nova e revolucionária idéia de que só há um Deus. Isso implica a pretensão, sedutora para as necessidades de segurança por parte do ser humano, de uma verdade absoluta e uma exclusividade de percepção do mundo que não aceita outras dela divergentes.

Enquanto os monoteísmos estão separados, obviamente o problema não se apresenta. Quando entram em contato, porém, sua mútua exclusividade traz o conflito. Na cultura ocidental, isso acontece por volta do século VII, quando se confrontam os três grandes monoteísmos: Judaísmo, Cristianismo e Islamismo. O encontro dessas diferentes e exclusivistas visões de mundo coloca em confronto os mutuamente tachados de ortodoxos, hereges, cismáticos, apóstatas, infiéis, anabatistas, todos com suas múltiplas subdivisões, num intrincado e perigoso dicionário de intolerância.

Ao problema dos três grandes monoteísmos acrescem-se as questões do budismo – e das outras religiões orientais, que os ocidentais mal distinguiam, como o confucionismo – e os conflitos, mais próximos, com os índios das Américas e, um pouco depois, com os negros escravizados.

Um segundo fator, ao lado do religioso e missionário, é que, na Antigüidade, a lealdade ao Estado e ao seu direito parece ter sido mais importante do que a lealdade às diferentes religiões. Isso muda na Idade Média, com a crescente ligação entre Igreja e Estado, pregada tanto pelo Cristianismo quanto pelo Islamismo. Aí a intolerância passa a ser um problema social juridicamente institucionalizado, o que ajuda a entender como, depois de relativamente tanto tempo decorrido e de tantas mudanças históricas, impregna a humanidade até hoje.

13 ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito* – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2005 (3ª ed.), p. 235.

A intolerância combate outra característica atávica da sociabilidade humana, muito mais simpática e que lhe é contrária: a curiosidade pela diferença. Para isso toma apoio em um terceiro fator, mais decididamente antropológico, que é a inclinação humana para aderir ao semelhante e se afastar do diferente, seja da perspectiva mais rasteira da aparência física, seja quanto aos aspectos culturais em sentido amplo. Tudo isso está presente com muita força até hoje, inclusive nos países ditos os mais desenvolvidos do mundo, nos quais é possível detectar essas formas mais simplórias de intolerância, tais como o racismo.

2 EVOLUÇÃO MARGINAL DE UMA ÉTICA DA TOLERÂNCIA E O CURRÍCULO HUMANISTA

Se a história do humanismo não é exatamente moderna, resta claro que o humanismo moderno, pós-Renascença, ganhou contornos mais claros ao se diferenciar da mentalidade cósmica e metafísica do Medievo, como período histórico imediatamente posterior¹⁴.

Parece que a primeira vez em que a palavra *tolerantia* foi empregada, em um sentido moderno, encontra-se em Martinho Lutero, em 1541. Mas seu uso só se torna comum, na cultura europeia, com o iluminismo, a partir da segunda metade do século XVII. Aqui é importante o texto de Kant *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, de 1784, tentando definir a atitude iluminista. Depois de afirmar que o caminho para a maioria intelectual é difícil e penoso para a maioria das pessoas (incluindo “todo o belo sexo”, em suas palavras incorretas), Kant diz que o único pressuposto do iluminismo é a liberdade, entendida como o “uso público da razão”, isto é, sua livre manifestação em qualquer tempo e lugar¹⁵.

Esse caráter público acompanha a idéia de tolerância na modernidade, pois seus fundamentos mais nítidos aparecem com o cisma protestante no seio da Igreja Católica.

Mas há muitos precursores, como se vai mostrar agora.

Contrariando o politeísmo, visto como “natural” em culturas mais primitivas, há registros de que o faraó egípcio Iknaton (1353-1336 a. C.) exigiu dos súditos que

14 LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei* – direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Editora 34 / Edesp, 2004, p. 96-97.

15 KANT, Immanuel. *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* In KANT, Immanuel. *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik I*. WEISCHEDEL, Wilhelm (Hrsg.). *Werkausgabe* — in zwölf Bände. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1977, Bd. XI, p. 53-55 (A 481-485).

unicamente o Deus Aton fosse venerado e de que datam dessa época os primeiros protestos a respeito. Daí que menções a favor da tolerância são tão antigas quanto os mais antigos escritos pela intolerância. No Gênesis (9,1-17) Deus já diz a Noé que firmou um pacto com toda a vida da Terra, não apenas com o “povo escolhido”. Moses Maimonides, o grande filósofo judeu da Idade Média (1137-1204) interpreta esse pacto com Noé e aquele feito com Moisés, mediante os Dez Mandamentos, afirmando que os mesmos foram firmados com os judeus enquanto representantes honrados com a tarefa, mas valem para todos os seres humanos. Daí Maimonides afirmar, em sua *Repetição da Doutrina*, que não se devem obrigar os estranhos a obedecer à Torah.

O Novo Testamento cristão também acentua a exortação à tolerância. Em seu Evangelho, Lucas afirma o dever de amar a todos, pois isso é muito mais meritório do que amar apenas aos que nos amam, já que qualquer pecador consegue ser amigo dos amigos (6,27-36); no mesmo sentido, diz na passagem (6,37-38) que “não julgueis para não serdes julgados”.

Entre os primeiros padres podem ser destacados Tertuliano (160-220), Lactânio (250-325) e Salviano de Marselha (400-480). O primeiro viveu ainda na época das perseguições aos cristãos e pede tolerância dos romanos para com eles; os outros dois viveram quando o Cristianismo já era a religião do Estado e pedem tolerância dos cristãos para com os bárbaros e hereges. Tertuliano, em sua *Carta a Scapula*, diz que é “um direito humano e uma faculdade natural” (*humani juris et naturalis potestatis est*) escolher a própria religião, pois ninguém pode ser constrangido a crer, enquanto os outros dois afirmam, no mesmo passo, que nada é tão dependente da livre vontade como a religião.

E essas antigas referências não provêm apenas de judeus e cristãos, repita-se. Exemplo consta da Surata 2, 256: “Nada de coerção em matéria religiosa! O caminho da retidão se distingue por si só do caminho da corrupção”. Outros pensadores muçulmanos interpretam no mesmo caminho da liberdade de credo.¹⁶ Como em todo texto, contudo, admitem-se múltiplas interpretações.

Embora já tivesse havido certa institucionalização da tolerância religiosa na Grécia antiga, em Roma e nos primórdios da cultura islâmica, como dito, o conceito de tolerância, tal como hoje entendido, não aparece nessa época. Originalmente, a palavra latina *tolerantia* guardava relação com as idéias de destemor, valentia, cora-

16 TALBI, Mohammed. Tolerancia y intolerancia em la tradición musulmana, in Diversos Autores. *La intolerância*, prefácio de Elie Wiesel. Buenos Aires / Barcelona / México / Santiago / Montevideo: Granica - Academia Universal de las Culturas, 1997, p. 46.

gem, significando a paciência ou indiferença diante da dor, da tortura ou de reveses na vida¹⁷.

Agostinho parece ter sido o primeiro a inovar, utilizando a expressão como um imperativo ético de cunho social, quando recomenda tolerância para com os judeus e as prostitutas.

Mesmo assim, tempos depois, Tomás de Aquino (1225-1274), cuja doutrina em muitos outros pontos permanece oficial para os católicos, diz, na *Summa contra os Gentios*, que os “infiéis” (judeus e maometanos) não devem ser compelidos a crer, mas que, ao contrário, os hereges e apóstatas até com meios corporais devem sê-lo (*sunt etiam corporaliter compellendi*) e inclusive “excluídos do mundo pela morte” (*etiam per mortem a mundi excludi*), eufemismo para “executados”.

Esse não é, felizmente, o caso de dois outros filósofos católicos, um anterior e outro posterior ao Doutor Angélico, demonstrando o intenso debate, respectivamente: Pedro Abelardo (1079-1142) e Nicolau de Cusa (1401-1464), os quais defenderam um núcleo único para as diferentes manifestações religiosas (*una religio in rituum varietate*). Ou seja, dogmas como a infalibilidade do papa, a necessidade do batismo para a salvação ou a virgindade de Maria, para ficar em exemplos do Catolicismo, não têm a mesma importância que aquelas normas presentes em toda grande religião, tais como a solidariedade e o respeito ao outro.

O caminho da tolerância não deve ser visto escatologicamente, contudo. Muito recentemente, a Igreja Católica do papa Bento XVI voltou a afirmar sua visão exclusivista do mundo, apresentando-se como a única religião verdadeira¹⁸. Embora compatível com a biografia do pontífice, esse fato mostra que permanece viva hoje a radicalização anacrônica dos monoteísmos fundamentalistas, que falam a muita gente, e a intolerância que é seu corolário.

Já no século XIII, o pensador judeu Ibn Kammuna (1215-1285) escreve um tratado impressionantemente tolerante, comparando as três grandes religiões do Ocidente e ainda mencionando o budismo. Seu também contemporâneo cristão Raymundus Lullus (1232-1316) vai na mesma direção, mostrando que nem todas as mentes cultas da época pensavam como Aquino.

O desastre das Cruzadas, tempo que vai do Concílio de Clermont (1095) até o século XIV, que trouxe as desgraças da guerra à população e o reconhecimento da

17 Ritter, Joachim e Gründer, Karlfried (Hrsg.): *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Basel - Stuttgart, Schwabe & Co., Band X, 1998, p. 1252.

18 PIERUCCI, Antônio Flávio. A verdade verdadeira. E RIBEIRO NETO, Francisco Borba. Em busca das ovelhas. *Folha de São Paulo*. Domingo, 15 de julho de 2007, Caderno Mais!, p. 4 e 5, respectivamente.

superior cultura maometana, por alguns cristãos mais esclarecidos, abalam as antigas certezas e a eficácia dos discursos sobre a “vontade de Deus”: paradoxalmente, o fracasso das Cruzadas deu mais impulso à idéia de tolerância.

É importante mencionar aqui a *Parábola do Anel*, que se tornou famosa no mundo moderno por meio do livro *Nathan, o Sábio*, de Gotthold Ephraim Lessing, de 1779. Sua origem está na cultura muçulmana, no califado abássida, por volta do século VIII, mas aparece também no *Decameron*, de Giovanni Boccaccio (1313-1375), na terceira novela do primeiro dia. Fica aí clara a idéia de tolerância a que chegam setores das diferentes religiões por vias diversas¹⁹.

Essa aproximação também pode ser vista na corajosa atitude de Jerônimo (345-420) diante da crença, corrente na época, de que setenta tradutores haviam milagrosamente traduzido a Bíblia de forma literalmente igual, a famosa *Septuaginta*. O santo a contestou, convocou, sob forte oposição, sábios judeus versados no hebraico e fez nova tradução, ainda hoje oficial, a *Vulgata*, revelando muitos erros na versão oficial da época²⁰.

Outra novidade importante para a construção da tolerância, trazida pela evolução histórica do direito ocidental e já claramente presente na teoria do direito do próprio Tomás de Aquino, é a sofisticada idéia de que os seres humanos serão “racionalmente” julgados por Deus a partir de seus atos durante a vida na Terra, contrariando a sombria convicção anterior de sua condenação por desígnios inescrutáveis. O trinômio de Agostinho e Calvino, afirmando que o ser humano é decaído, a graça é irresistível e a eleição (ao céu) é incondicional, passa a ser questionado e racionalizado, o que vai influir na evolução de procedimentos jurídicos como as ordálias ou “juízos de Deus” para as bases do moderno direito processual²¹.

No campo da educação, a evolução do humanismo é influenciada por Cícero e Quintiliano, cujas concepções são adotadas nos currículos escolares dos dois séculos posteriores à Renascença. Quintiliano coloca que o aluno precisa dominar, ao lado da gramática e da retórica, três *scientiae*: poesia, história e filosofia moral²². Esses eram

19 LESSING, Gotthold Ephraim. *Nathan der Weise* – ein dramatisches Gedicht in fünf Aufzügen. Anmerkungen von Peter von Düffel. Stuttgart: Reclam, 1990.

20 RUSSELL, Bertrand. *History of Western Philosophy* — and its connection with political and social circumstances from the earliest times to the present day, London: Routledge, 1993, p. 340-341.

21 Aprofundamento em ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica* – para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2007 (3ª ed.), p. 121 s.

22 QUINTILIANUS, Marcus Fabius. *Institutionis oratoriae*, Liber X. RAHN, Helmut (Hrsg.). *Ausbildung des Redners* (em 2 v.), Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1988, v. II, p. 430 s.

os cinco campos dos *studia humanitatis*, realizados em latim e grego. Visão pedagógica muito próxima, por exemplo, daquela da Inglaterra do século XVI.

Tais debates e seus reflexos na educação dos jovens marcaram a cultura ocidental, a brasileira inclusive. Seus resultados hoje podem ser resumidos a três aspectos: ascensão da perspectiva retórica nos círculos de cultura (literários, musicais, artísticos em geral) e nas academias, sobretudo na área das humanidades, em detrimento de concepções ontológicas, escatológicas, metafísicas, cientificistas; em segundo lugar e em contrapartida, uma concepção popular de retórica reduzida a um mero ornamento vazio do discurso, ligado eventualmente à mentira factual e a propósitos inconfessáveis no campo da ética; e, finalmente, a instalação de uma mentalidade de domínio da natureza e de meios práticos de poder, tecnocrática, com domínio incontestado sobre os ensinamentos fundamental e médio, em detrimento da formação humanista.

Entender como se processa esse conflito cultural é a tentativa a seguir.

3 DO RENASCIMENTO AO PROTEU DA MODERNIDADE

Nunca antes o mundo mudara tanto e tão rapidamente, para a percepção do ser humano, quanto a partir do período conhecido como o “Renascimento”, uma referência não de todo precisa à Grécia clássica, estendendo-se até os dias da sociedade da informação: o ser humano da modernidade é um Proteu.

Tal deus marinho é apresentado por vezes como filho de Oceano e Tétis, outras, como de Fênice e Poseidon. Este o encarregou de guardar seus rebanhos e lhe concedeu o dom de conhecer o passado, o presente e o futuro, o que ele não revelava de bom grado aos interessados. Para evitar as consultas, alterava caprichosamente sua forma, transmutando-se nos mais diversos seres, animais, árvores e elementos, como água e fogo. As versões de Homero, Eurípedes e Virgílio são diferentes, mas todas apresentam em comum a característica mutabilidade de Proteu, a dificuldade de perceber sua “essência”. Inclusive no que concerne a sua descendência: se entre seus filhos há uma Eidoteia, que protege Menelau na *Odisséia*, há também os monstros cruéis, Timolos e Telégono, cujos atos abomináveis provocam o retiro do pai para o Egito²³.

23 HOMERO. *The Odissey, in The Iliad and the Odissey of Homer*, translated by Richmond Lattimore. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 3, p. 340-341. EURIPIDES. Helen, *in The Plays of Euripides*, edited by David Grene and Richmond Lattimore. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 4, p. 407-434.

Com essa metáfora, sugere-se que esse ambiente mutante tem relação com o ressurgimento de perspectivas mais retóricas no mundo contemporâneo, mesmo que isso demore a chegar à teoria do direito. A retórica sempre esteve por aí, mas hoje desfruta de um prestígio renovado, em uma modernidade caracterizada, de início, pelas certezas dos sucessos da ciência, como que uma nova religião, mas logo temperados por concepções mais indeterminadas sobre o universo.

Em suma: a conduta retórica na filosofia passa a estar mais de acordo com o ser humano proteu do que com o homem ontológico das ciências e religiões. Exatamente por duvidar da possibilidade de uma “essência” humana, quanto à ética e quanto ao conhecimento, essa **antropologia protéica** adapta-se às circunstâncias contemporâneas da sociedade da informação, pelo menos na parte incluída e dominante dela. Adapta-se no sentido de fornecer idéias mais adequadas para compreendê-la e melhor lidar com ela.

Nessa direção, a pulverização ética e a mutabilidade dos sentidos e das interações sociais não devem ser observadas apenas sob prismas negativos, saudosistas de contextos passados ou utópicos de futuros. Mais fragmentação ética e mais difusão do conhecimento parecem constituir elementos contrários à intolerância para com a diferença, mesmo pagando um preço por isso, vez que conviver com a dessemelhança exige abertura para a heterogeneidade, contra o atávico conforto da semelhança de sociedades e personalidades mais primitivas.

Se a sociedade ocidental de hoje, informada pela televisão, em suas camadas menos privilegiadas, e pela tecnologia da informação, forma proteus sem Deus, o começo dessa mundanização e humanização histórica remonta às luzes que explodiram a partir do Renascimento e da “descoberta” de novas terras.

Normalmente não se liga o Renascimento, caracterizado por um retorno aos textos clássicos e também por uma crescente laicização da cultura, aos acontecimentos históricos em torno da descoberta do Novo Mundo e dos atos dos conquistadores europeus. Mas esses dados históricos são importantes para compreender o papel exercido pelo direito positivo na construção da tolerância.

Um dos primeiros historiadores que se ocupou das Américas foi o espanhol Bernardino de Sahagún (1500-1590), que escreveu sobre o genocídio dos astecas em um livro que descreve a chamada “Nova Espanha”. Defende a idéia, rara na época, de que os nativos são seres humanos e demonstra admiração por sua cultura. Com essa visão revolucionária concordou Juan Luis Vives (1492-1540).

Marsilio Ficino (1433-1499), médico e humanista, é o fundador da Academia Platônica de Florença, financiada por Cosimo de Médici. Ficino traduziu para o latim os diálogos platônicos e argumenta que muitos textos pagãos antigos oferecem as

mesmas conclusões que a Igreja sobre a natureza de Deus. Além de Nicolau de Cusa, outro seu importante amigo era Giovanni Pico della Mirandola (1463-1494), que não se ocupou apenas de filosofia grega e latina, mas também egípcia, caldeia, árabe e judaica, vendo em todas uma *philosophia perennis*, maneiras diferentes de expor a mesma verdade. Sua obra *Conclusiones philosophicae, cabalisticæ et theologicae*, de 1486, foi imediatamente proibida pela Igreja, provocando a *Apologia* (1487) do autor, uma malograda tentativa de se defender, e sua prisão²⁴.

Não se pode deixar de lembrar Thomas Morus (1478-1535). Note-se que, em inglês, *Utopia* pronuncia-se da mesma maneira que *Eutopia*, palavra que significa “lugar imaginário”. Em 1509, outro humanista, Erasmo de Roterdã, dedicou-lhe seu *Elogio da loucura*. Ambos, apesar de defenderem o Estado laico, eram por outro lado contra o domínio da religião pelo Estado, isto é, combatiam o princípio *cuius regio, eius religio* (quem tem o poder determina a religião).

Dos círculos filosóficos do judaísmo desponta a interessante figura do português Uriel da Costa (ou Gabriel da Costa para os cristãos) (1583-1640), cuja família foi perseguida em Portugal e emigrou para a comparativamente tolerante Holanda, onde ele conheceu Baruch de Spinoza. Considerava a filosofia e a teologia indistintamente e essa *sapientia* superior a toda *scientia*.

A contribuição propriamente dos juristas para a tolerância foi muito grande, posto que tolerância significa o reconhecimento recíproco de direitos subjetivos, isto é, são necessárias leis e outras formas de regras genéricas de direito objetivo que garantam a cada pessoa ser vista e tratada como um sujeito de direitos de igual importância.

O começo foi o direito internacional, o *jus gentium*. Ele não significava que todos os homens eram iguais, ao tempo dos romanos, mas, pelo menos, que os seres humanos deveriam ser reconhecidos como tais e não como animais ou coisas. Daí Cícero e mesmo Gaio terem já identificado o direito das gentes com o direito natural, ancorado na própria ordem do cosmos. Ao direito romano sucede o direito canônico, o qual também pretende um caráter universal.

A questão internacional cresce nesse início do século XVI, com a expansão dos europeus para as Américas e o surgimento da questão sobre se os índios seriam seres humanos, importante, por exemplo, na *disputatio* havida entre Bartolomé de las Casas (1474-1566), como advogado dos índios, e Juan Ginés de Sepúlveda (1489-1573), como defensor dos conquistadores espanhóis. Deve-se ressaltar também o ambiente contraditório desse começo, na medida em que o mesmo Bartolomé de las Casas

24 SCHMIDINGER, Heinrich (*Hrsg.*). *Wege zur Toleranz – Geschichte einer europäischen Idee in Quellen*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2002, p. 99 s.

mostra-se compreensivo para com a escravidão de negros e a perseguição de maometanos. Mas foi pelo trabalho de las Casas, chocado com o chamado massacre de Caonao, ocorrido em 1512, que o imperador Carlos V, em 20 de novembro de 1542, promulgou as *Novas Leis*, que reconheciam dignidade humana aos índios e proibiam sua escravização.

Bartolomé de las Casas escreve seus “cinco fundamentos racionais” nesse sentido, contidos em seu escrito *Alguns Princípios Jurídicos para Tratamento da Questão Indígena*, sempre sobre a controvérsia a respeito do direito de pilhar e massacrar os índios em nome do imperador e do papa.

Quanto a Ginés de Sepúlveda, há até hoje acirradas controvérsias sobre sua suposta defesa da escravidão e mesmo do aniquilamento dos índios. Menéndez y Pelayo atribui à eloquência e à inadequada avaliação de Las Casas a má fama de Sepúlveda, “fazendo que o nome de tão inofensivo e egrégio humanista chegasse à posteridade com as cores mais odiosas...” No mesmo sentido se pronuncia Garcia-Pelayo, reconhecendo o erro de avaliação semelhante em uma série de outros comentadores. Sem querer decidir sobre um debate de especialistas, pode-se dizer que há algo de procedente nos dois lados, haja vista o próprio título da obra de Sepúlveda²⁵.

Também tomou parte nessa controvérsia Francisco de Vitória (1483-1546), mais conciliador, acusado pelo próprio las Casas por sua ambivalência e oportunismo político. Mesmo assim, em seus escritos, Vitória é muito claro na defesa dos indígenas, tendo o imperador Carlos V, de início, inclusive proibido que tratasse de qualquer questão relativa a eles. Las Casas e Vitória concordam sobre a postura tolerante de que não se pode obrigar alguém a crer.

Hugo Grotius (1583-1645) preocupou-se, sobretudo, com a Guerra dos Trinta Anos, uma das guerras mais cruéis da Europa. Doutor em Ciências Jurídicas aos 15 anos pela Universidade de Orléans, sua carreira foi rápida e brilhante. Considerado um dos mais completos e dos primeiros teóricos do moderno direito internacional, Grotius é muito importante na filosofia do direito, ao defender que o direito natural não jaz na revelação da vontade divina – *ius divinum voluntarium* –, mas exclusivamente na razão humana. Diz ele: “Este direito natural de que tratamos, tanto o que se refere à sociabilidade do homem, como aquele assim chamado num senso mais lato, ainda que decorra de princípios inerentes ao ser humano, pode no entanto ser atribuído com razão a Deus porque foi ele que assim dispôs para que tais princípios

25 GINÉS DE SEPÚLVEDA, Juan. *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios* (con una Advertencia de Marcelino Menendez y Pelayo y un Estudio por Manuel Garcia-Pelayo). México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. VIII, 3 (nota 4), 59 e *passim*.

existissem em nós”. Para depois afirmar, claramente, que o direito natural não necessita da hermenêutica oficial dos eclesiásticos: “O direito natural é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus. Por mais imenso que seja o poder de Deus, podemos dizer que há certas coisas que ele não abrange...”²⁶.

Esses acontecimentos históricos bárbaros, em uma Europa supostamente civilizada, tiveram função decisiva para o sentimento de piedade e tolerância e o para o novo iluminismo: as Cruzadas, o Descobrimento da América e os massacres dos nativos, a Reforma Protestante e seus conflitos, além da mencionada Guerra dos Trinta Anos. O enforcamento do intelectual espanhol Michel Servet em 27 de outubro de 1553, em Genebra, e o Tribunal de Sangue, na cidade polonesa de Thorn, foram aí cruciais.

O também espanhol Sebastián Castellio (1515-1563) foi então importante na defesa dos anabatistas contra a sede de sangue dos católicos e calvinistas, enfrentando o braço direito do próprio Calvino (1509-1564), Théodore de Bèze. Não se pode esquecer a importância do pragmatismo político, pois, também para os governantes, a tolerância começa a se mostrar proveitosa. Conta-se que o rei da Polônia, um dos países mais tolerantes na época, ao lado da Holanda, chegou a dizer: “Sou rei dos povos, não das consciências, pois Deus reservou para si três coisas: criar do nada, conhecer o futuro e dominar as consciências.”

Insista-se que essas vitórias na direção da tolerância não foram exatamente causadas por convicções éticas dos governantes. Da mesma forma que no tempo de Constantino, o que os reis e imperadores mais inteligentes perceberam foi a contra-produtividade e a inutilidade prática e política das guerras e perseguições religiosas. Daí a famosa frase de Henrique IV, que mudou ele próprio de religião 6 vezes ao longo de sua vida: “Paris bem vale uma missa” (1594).

O imperador Joseph II (1741-1790) fez editar a *Toleranzpatent* de 23 de setembro de 1781. Ao lado da *Magna Charta Libertatum* de 1215, a *Petition of Rights* de 1627, a Lei do *Habeas Corpus* de 1679 e a *Bill of Rights* de 1689, essas leis prepararam o advento das Revoluções Americana e Francesa.

Importante mencionar também a primeira grande feminista dos tempos modernos, Olympe de Gouges (1748-1793), originária de Montauban, no Languedoc, Sul da França. Por ter se pronunciado contra o enforcamento do Rei, foi condenada pelo Terror da Revolução Francesa e morreu na guilhotina em 3 de novembro de 1793. A declaração sobre os direitos das mulheres que escreveu só foi descoberta 181 anos depois, em 1972, na biblioteca de Paris, o que é espantoso.

26 GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz* (De Juri Belli ac Pacis), 2. vols. Introdução de António Manuel Hespanha, trad. De Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, vol. 1, p. 41 e p. 81.

O problema da tolerância tinha passado a ter mais e mais importância jurídico-política.

4 CONCLUSÃO: O PARADOXO DA TOLERÂNCIA E A SOBRECARGA ÉTICA DO DIREITO

Para um desenvolvimento mais completo dessa tese o leitor deve se reportar a outro trabalho²⁷. É importante entender como a sociedade de proteus e a necessidade de tolerância sobrecarregam o direito positivo nessa sua função inusitada.

Agora, na pós-modernidade, o direito passa a ser o único ambiente ético comum, pois as demais ordens éticas, como a religião e a moral, perdem importância social, diluem-se e isolam-se numa progressiva diferenciação. A procedimentalização e a possibilidade sempre presente de modificar rapidamente os conteúdos éticos do direito positivo, ocorrida com a dogmatização do direito ocidental, levam a uma disponibilidade de conteúdos éticos nunca vista. O direito passa a ensinar a tolerância, pois garante um espaço público comum, no sentido de Arendt²⁸. E aí tem função precípua o direito constitucional.

O grande problema é que as fronteiras da tolerância precisam ser definidas. Primeiro, a diferenciação do direito em relação às demais ordens éticas; depois, a pulverização das ordens éticas, que tradicionalmente apoiavam o direito, faz com que elas se tornem meramente individualizadas ou vinculadas a pequenos grupos, inviabilizando sua função social de amortecedor e solucionador de conflitos. Em lugar de serem trazidos para o âmbito do direito apenas os conflitos mais agudos, como era tradicionalmente sua função, todo tipo de problema vem sobrecarregá-lo.

O importante é ter em mente que as ordens normativas tradicionalmente funcionaram de modo coordenado, atualizando a capacidade de prometer condutas futuras e assim controlando as expectativas mútuas de comportamento. Com a complexidade social, porém, há uma dissociação entre elas, que se tornam mais e mais independentes umas das outras, pulverizadas a ponto de cada grupo ou mesmo indivíduo ostentar sua própria moral, sua religião, sua orientação sexual especifi-

27 Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica* – para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2007 (3ª ed.), novo capítulo 11 (“Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da lei pelo judiciário”).

28 ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade* – no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1989, p. 113 s. Isso não significa assumir que o direito e a moral não são separáveis, como defende, por exemplo, Robert Alexy (cf. nota anterior).

ca, sua posição política (ou apolítica), suas regras de etiqueta. Assim essas ordens normativas, que enfraqueciam os conflitos sociais, perdem essa função agregadora e deixam o direito como único meio de tratamento de conflitos realmente significativo no âmbito da sociedade complexa.

Essa sobrecarga do direito implica uma sobrecarga também do Estado, pois, na modernidade, a pretensão de monopólio estatal da jurisdição faz com que Estado e direito passem a ter funções muito próximas, quase que se confundindo. Se o direito se sobrecarrega, o mesmo ocorre com as responsabilidades que o Estado se arvora a respeito do tratamento dos conflitos jurídicos (fixação de condutas relevantes, proibição do *non liquet*, monopólio da jurisdição, plenitude hermética do ordenamento jurídico etc.).

Dentro da divisão tradicional dos poderes estatais, o que se nota, então, é uma sobrecarga dos órgãos encarregados das decisões concretas, mormente o poder judiciário e os diversos conselhos e comissões do executivo.

Já que o justo passa a ser revelado pelo resultado do procedimento, em termos de distribuição de competências e ritos de elaboração de regras, os conteúdos éticos do direito, que certamente estão presentes no caso concreto, passam a ser altamente voláteis e circunstanciais. Daí a necessidade da tolerância, a relativização paradoxal das determinações éticas que constroem a conduta. O direito contemporâneo precisa garantir esses muros e fios de prumo (*nomos*), essas condições para o embate de ideologias e expectativas: as mais bem sucedidas vão se transformar em conteúdos éticos circunstanciais de normas jurídicas; as demais permanecerão em protesto, buscando positivação.

Assim como grosseria não implica coragem, tolerância tampouco significa aceitar qualquer atitude, não quer dizer pusilanidade. Tolerância não significa covardia, mas ser determinado por arroubos do próprio temperamento pode indicar falta de civilidade e controle para sofrer discordâncias sem transformar em inimigos os críticos e só tachar de amigos os bajuladores. Plutarco vai muito mais além da tolerância porque pensa de um ponto de vista moral: “Sem dúvida não se vingar de um inimigo, quando a ocasião se apresenta, é humanidade! Mas compadecer-se dele quando está prostrado e assisti-lo quando está na miséria” aí está a verdadeira generosidade²⁹.

29 PLUTARCO. Da maneira de distinguir o bajulador do amigo, p. 27 s. e Como tirar proveito de seus inimigos, p. 18, respectivamente, in *Como tirar proveito de seus inimigos*, trad. De Isis Borges B. da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Por outro lado, a justiça do amor não é a justiça, é mais do que justiça, axiologicamente falando. Justiça é castigar os maus e os incompetentes, é tratar igualmente os fortes e os fracos, é castigar os invejosos, os doentes da ética, os ingratos. A necessidade dessa justiça dá-se porque a própria idéia de tolerância é paradoxal e também precisa ser criticada, pois pode levar à indiferença, por um lado, ou à covardia, isto é, a tolerância dos intolerantes, a pusilanimidade da tolerância levada a extremos.

Em um ambiente no qual a liberdade realmente se efetivasse, não seria necessária tolerância, este o “paradoxo da tolerância”. Parodiando Goethe, pode-se dizer que a verdadeira tolerância precisa levar ao “reconhecimento” (*Anerkennung*), pois o simples “tolerar” (*dulden*) traz uma carga pejorativa, uma concessão de quem tolera por ser superior. Então, enfrentar o paradoxo significa tentar conciliar os princípios de tolerância e igualdade.

E essa é uma controvérsia entre Hans Kelsen e Carl Schmitt: enquanto Kelsen entende que a tolerância, admitindo a convivência entre governo e oposição, maiorias e minorias, enseja a democracia, Schmitt vai afirmar que essa “neutralidade” do Estado significará sua despolitização, indiferença e conseqüente esvaziamento de poder e conteúdo ético. Assiste razão a Kelsen. Só a tolerância para com as diferenças éticas pode **descarregar** o direito moderno e dar mais funcionalidade à convivência social.

É por isso que Kelsen vai dizer que a democracia não se caracteriza somente pela prevalência do princípio da maioria: “A dominação da maioria, que é tão característica da democracia, diferencia-se de qualquer outra forma de dominação porque, em sua mais íntima essência, não apenas pressupõe conceitualmente uma oposição – a minoria –, mas também a reconhece politicamente”³⁰.

Ora, a existência necessária da minoria pressupõe a convivência entre lados diferentes, justamente a tolerância que a democracia enseja, na medida em que garante a existência de maiorias e minorias, conceitos correlatos, que se exigem reciprocamente.

30 KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1981, p. 101: “Die für die Demokratie so charakteristische Herrschaft der Majorität unterscheidet sich von jeder anderen Herrschaft dadurch, daß sie eine Opposition – die Minorität – ihrem innersten Wesen nach nicht nur begrifflich voraussetzt, sondern auch politisch anerkennt...”

