

ORGANIZADORES

Alexandre Morais da Rosa
Paulo Márcio Cruz
Josemar Sidnei Soares

FILOSOFIA DO DIREITO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

CORRDENADORES

Paulo de Tarso Brandão
Pedro Manoel Abreu
Francisco José R. de Oliveira Neto

AUTORES

Alexandre Morais da Rosa
José Alcebíades de Oliveira Junior
Carlos Luiz Strapazon
João Paulo Allain Teixeira
Luciene Dal Ri
Rafael Padilha dos Santos
Josemar Sidinei Soares
Maria Chiara Locchi
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Marcos Leite Garcia
Denise Schmitt Siqueira Garcia
Maria Cláudia S. Antunes de Souza
Ricardo Stanziola Vieira
Charles Alexandre Souza Armada



Escola de Altos Estudos - EAE



UNIVALI

2016

ORGANIZADORES

**Alexandre Morais da Rosa
Paulo Márcio Cruz
Josemar Sidinei Soares**

COORDENADORES

**Paulo de Tarso Brandão
Pedro Manoel Abreu
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto**

FILOSOFIA DO DIREITO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

ISBN: 978-85-7696-177-2



Reitor

Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

**Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa,
Extensão e Cultura**

Valdir Cechinel Filho

**Vice-Reitor de Planejamento e
Desenvolvimento Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Alexandre Morais da Rosa

Paulo Márcio Cruz

Josemar Sidinei Soares

Coordenadores

Paulo de Tarso Brandão

Pedro Manoel Abreu

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Autores

Alexandre Morais da Rosa

José Alcebíades de Oliveira Junior

Carlos Luiz Strapazzon

João Paulo Allain Teixeira

Luciene Dal Ri

Rafael Padilha dos Santos

Josemar Sidinei Soares

Maria Chiara Locchi

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Marcos Leite Garcia

Denise Schmitt Siqueira Garcia

Maria Cláudia S. Antunes de Souza

Ricardo Stanziola Vieira

Charles Alexandre Souza Armada

Diagramação/Revisão

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Clovis Demarchi

MSc. José Everton da Silva

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Dr. Bruno Smolarek Dias

Créditos

Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI, a Comissão Organizadora E-books/PPCJ, bem como pelos professores coordenadores dos módulos da Escola de Altos Estudos: Dr. Alexandre Morais da Rosa, Dr. Paulo Márcio Cruz, Dr. Paulo de Tarso Brandão, Dr. Pedro Manuel Abreu, Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Dr. Josemar Sidinei Soares, Dr. Marcos Leite Garcia, Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho e Dra. Luciene Dal Ri.

Projeto de Fomento

Obra resultado do projeto “Escola de Altos Estudos” de fomento da CAPES com o Professor Doutor Manuel Atienza, de título e temática “A Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo”, realizada em agosto de 2015 no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ.

FICHA CATALOGRÁFICA

F487 Filosofia do direito e transformação social [recurso eletrônico] / organizadores Alexandre Morais da Rosa ; Paulo Márcio Cruz ; Josemar Sidinei Soares ; coordenadores Paulo de Tarso Brandão ; Pedro Manoel Abreu ; Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto ; autores Alexandre Morais da Rosa... [et al.]. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2016.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

ISBN 978-85-7696-177-2 (e-book)

1. Direito - Filosofia. 2. Argumentação jurídica. 3. Jurisprudência. I. Rosa, Alexandre Morais da. II. Cruz, Paulo Márcio. III. Soares, Josemar Sidinei. IV. Brandão, Paulo de Tarso. V. Abreu, Pedro Manoel. VI. Oliveira Neto, Francisco José Rodrigues de. VII. Rosa, Alexandre Morais da. VIII. Título.

CDU: 340.12

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	VI
Alexandre Morais da Rosa	VI
ARGUMENTAR COM FINALIDADE: ENTRE TÁTICAS E ESTRATÉGIAS	7
Alexandre Morais da Rosa	7
DIÁLOGOS COM O PROFESSOR MANUEL ATIENZA SOBRE CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DE “FILOSOFIAS DO DIREITO REGIONAIS”	21
José Alcebíades de Oliveira Junior	21
DIÁLOGO CRÍTICO COM O GARANTISMO SOBRE EXPECTATIVAS IMPERATIVAS DE SEGURANÇA SOCIAL	40
Carlos Luiz Strapazzon.....	40
PÓS-POSITIVISMO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: ACEITABILIDADE RACIONAL COMO PARÂMETRO PARA A RECONSTRUÇÃO DA VALIDADE NO DIREITO	57
João Paulo Allain Teixeira.....	57
NORBERTO BOBBIO E O PÓS-POSITIVISMO: ENTRE ELEMENTOS DE TRANSIÇÃO E CONTRASTES NA DOCTRINA	70
Luciene Dal Ri	70
O CONSTRUTIVISMO MORAL KANTIANO E A IDEIA DE AUTONOMIA	99
Rafael Padilha dos Santos	99
O PLURALISMO JURÍDICO COMO CAMINHO AO PRAGMATISMO.....	129
Josemar Sidinei Soares.....	129
Maria Chiara Locchi.....	129
OS CONCEITOS INDETERMINADOS E SUAS POLÊMICAS FORMAS DE CONSECUÇÃO NORMATIVA: O PROBLEMA DOS SIGNIFICANTES FUGIDIOS	144
Liton Lanes Pilau Sobrinho	144
Luiz Henrique Urquhart Cademartori	144
Marcos Leite Garcia	144
UMA ABORDAGEM TEÓRICA SOBRE AS FALÁCIAS DA SUSTENTABILIDADE.....	157
Denise Schmitt Siqueira Garcia	157
OS CASOS SOCIOAMBIENTAIS DIFÍCEIS À LUZ DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: ANÁLISE DA DECISÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA PARA O CASO DAS PAPELEIRAS ENTRE ARGENTINA E URUGUAI.....	173
Maria Cláudia S. Antunes de Souza.....	173
Ricardo Stanziola Vieira	173
Charles Alexandre Souza Armada	173

APRESENTAÇÃO

O desafio de pensar uma proposta genuína da argumentação jurídica, de cariz analítico, a partir do pensamento de Manuel Atienza, adequada à realidade latino-americana, foi o mote do encontro promovido pela Escola de Altos Estudos da CAPES, juntamente com a UNIVALI, no período de 10-12 de agosto de 2015.

Como resultado das discussões produziram-se duas publicações. A primeira envolvendo os acadêmicos (mestrandos e doutorandos) e a que segue, incluindo apenas os Professores dos Programas de Pós-Graduação. O conteúdo que pode ser consultado no sumário é diversificado, embora tenha como linha mestra o impacto da argumentação jurídica nas pesquisas de cada um dos autores. A pretensão de que seja amplamente divulgado fez com que se adotasse a modalidade ebook-free na página do próprio programa.

A realização da atividade contou com o apoio incondicional do Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Univali, Professor Paulo Márcio Cruz e das doutorandas Natammy Luana de Aguiar Bonissoni, Jaqueline Moretti Quintero e Heloise Garcia, além do operacional de Alexandre Zarske de Mello e Aureleia Franco.

Fica o convite para leitura.

Alexandre Morais da Rosa

Professor da UNIVALI

Responsável pela Escola de Altos Estudos

ARGUMENTAR COM FINALIDADE: ENTRE TÁTICAS E ESTRATÉGIAS

Alexandre Morais da Rosa¹

INTRODUÇÃO

Argumentação jurídica é algo que faz parte do dia a dia do jurista e, na maioria dos casos, a apreensão do seu modo de realização se dá de maneira empírica, com pouco espaço para discussões teóricas. Além disso, surgem importações de modos de sentido efetivamente vinculados ao contexto cultural em que são invocados. Daí a importância da proposta de Manuel Atienza que, partindo da estrutura lógica do campo da argumentação jurídica, promove o respeito pela diferença e alteridade, convidando professores latinos – e, no caso, os brasileiros –, a dialogar sobre o sentido e a função da argumentação no ambiente latino-americano.

Neste sentido, partindo do pressuposto de que a argumentação se movimenta no ambiente da comunicação humana, e que, no caso do Direito e do Processo Judicial o locus em que ela se dá são os auditórios impostos por lei (Juiz e Ministério Público naturais), cumpre sublinhar o papel de adaptação dos jogadores – expressão que uso genericamente para designar quem lança pretensões de validade no jogo processual, conforme sublinhei em escritos anteriores² – aos demais intervenientes no jogo processual singularizado. Dito de outra forma, o conjunto dos jogadores/julgadores não é eleito, e sim dado pela normatividade (regras formais do jogo). Por isso, a eleição da cadeia argumentativa dependerá da capacidade de acomodação das táticas possíveis à estratégia pretendida. Partirei, assim, do pressuposto de que o argumento a ser eleito depende das condições iniciais do jogo processual em constante adaptação. Indicarei, assim, uma leitura no âmbito do Processo Penal.

¹ Doutor em Direito (UFPR). Mestre em Direito (UFSC). Juiz de Direito (TJSC). Professor da UFSC e da UNIVALI, responsável pela vinda do Professor Manuel Atienza no âmbito da UNIVALI, no contexto da Escola de Altos Estudos promovida pela CAPES. alexandremoraisdarosa@gmail.com

² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

1. A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Se, no processo, é necessário convencer o julgador, a argumentação jurídica ganha protagonismo. No jogo processual, então, devemos estar vinculados aos mecanismos de persuasão e convencimento. Cada jogo de linguagem é único, sendo necessário inventariar quais os meios de persuasão disponíveis, no contexto da situação comunicativa apresentada, em face da matriz processual (jogadores, julgadores, regras, recompensas, táticas e estratégias)³. Daí o papel relevante da construção de argumentos, uma vez que será necessário fundamentar, apresentar aqueles incidentes no caso penal, bem assim o julgador precisará justificar o acolhimento ou rejeição. Aliás, as alegações finais servem justamente para propiciar este debate em contraditório, embora alguns entendam pelo seu caráter ornamental (Novo CPC, art. 489).

A pretensão é a de convencer o auditório (juiz ou Tribunal), a partir de recursos lógico-formais-pragmáticos na e pela linguagem, de que a melhor compreensão do caso é a apresentada. Essa articulação, todavia, não se restringe aos aspectos jurídicos, dado que a compreensão também dialoga com mecanismos de cognição, psicológicos, sociológicos, dentre outros. A ampliação da argumentação jurídica, portanto, pode ser um dos caminhos para melhor compreensão do resultado. Isso significa que a lógica formal será imprescindível, mas não suficiente para o êxito. A antecipação dos possíveis contra-argumentos mostra-se fundamental. Por exemplo, em um caso em que a acusação imputa estupro (CP, art. 213), constou expressamente na denúncia – negrito – que o acusado “era portador de disfunção erétil”. A informação trazida na peça inicial já antecipa o argumento defensivo de que se trataria de estupro tentado, pois seria impossível a consumação do ato. Com isso, a defesa precisa contornar o argumento. Vigora a plena dinamicidade argumentativa.

Por mais que se acolha o modelo hermenêutico-filosófico, a ampla maioria dos juristas opera com base na lógica da argumentação jurídica. Daí que é importante uma breve apresentação, sem que se possa aprofundar a temática nos limites aqui propostos. Mas há vasta bibliografia para essa finalidade⁴. O que importa demonstrar é a relevância da temática para que se possa jogar de

³ VATTIMO, Gianni. **Enciclopedia Garzanti di Filosofia**. Milán, 1993, p. 54; RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13; RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13; MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 19; VOESE, Ingo. **Um estudo da argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 29; ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 33.

⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014; HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio

maneira mais consolidada nos jogos processuais.

Não se trata de mero debate, mas de cadeias de argumentação em que há objetivo por parte dos jogadores e uma pontuação pelo julgador, capaz de atribuir o sentido da produção probatória e da imputação no ato decisório. Para que a argumentação possa operar é necessário compreender o mapa mental dos jogadores e o contexto da decisão. As consequências e inferências serão de fundamental importância para o êxito das táticas e estratégias⁵.

O processo penal será o palco em que os argumentos travarão a batalha⁶. Daí ser importante a distinção formulada por Peczenik⁷ entre o sentido da norma “prima facie” (PF) e “tendo tudo em conta” (TTC), ou seja, em que a percepção universal do sentido ganha novos matizes no contexto de uma singularidade. Já sublinhei a importância dos contextos e, no caso da distinção operada por Peczenik podemos autorizar que a compreensão “prima facie” somente ganha operatividade em um contexto situado no tempo⁸, no espaço, e com seus jogadores determinados, que será o ponto inicial do sentido que advirá no processo argumentativo. Os pontos de partida dos jogadores podem ou não ser compartilhados, instaurando-se, a partir de então, alternativas de sentido, ambos justificados legalmente. Talvez se possa defender um sentido “prima facie” de textos normativos, mas será somente no contexto real de um jogo que o sentido transitará em julgado, embora a expectativa seja a prevalência do modelo acolhido pelos intérpretes autorizados do senso comum teórico dos juristas (Warat).

Ao invés de simplesmente negar os argumentos do adversário, de modo geral, a tática

Siebeneicher. Rio de Janeiro: BTU, v. 1, 2010; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo**: comunicação processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2014; GÜNTER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011; PERELMAN, Chaim. **Tratado de Argumentação**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002; HOLMES JR, Oliver Wendell. **La senda del derecho**. Trad. José Ignacio Solar Cayón. Madrid: Marcial Pons, 2012; REDONDO, María Cristina; SUCA, José María; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Estado de Derecho y Decisiones Judiciales**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009; LAPORTA, Francisco J; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. **Certeza y precedibilidad de las relaciones jurídicas**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009; MORESO, José Juan; PRIETO SACHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el Derecho**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010; AARNO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010; BULYGIN, Eugenio; ATIENZA, Manuel; BAYÓN, Juan Carlos. **Problemas lógicos em la teoría y práctica del Derecho**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009.

⁵ RAPOPORT, Anatol. **Lutas, Jogos e Debates**. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: UNB, 1998, p. 207: “Aqui devemos assinalar a diferença entre debate e argumentação. Se tento convencer ou desconvencer alguém apresentando fatos ou chamando atenção para cadeias de consequências lógicas, estou argumentando. O sucesso da argumentação depende de que os fatos sejam examinados e de que a cadeia de consequências lógicas seja verificada”.

⁶ BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo**: Comunicação Processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2014.

⁷ PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Springer Science+Bussines Media Dorderech, 1989, p. 114 e sgts.

⁸ AARNIO, Aulis. Una única respuesta correcta? In: AARNO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010, p. 9-45.

mostra-se inviável se a pretensão for a de convencê-lo. É que o enfrentamento (choque de versões) inaugura o lugar de antagonista. Assim é que a reconstrução lógica do argumento do adversário, em um encadeamento de ideias, mostra-se como necessária para sua relativização. Pode-se, com esse modo de articulação, caminhar-se junto e, no ponto em que há divergência, sublinhar a dissonância. Desconsiderar toda sua argumentação é uma tática equivocada. Por exemplo, em caso de roubo, em que a tese defensiva seja a negativa de autoria, o caminhar argumentativo pode se postar somente na ausência de provas da autoria. Mas, talvez, reconhecer que o crime existiu, que há prova de que aconteceu, bem assim de que havia elementos mínimos para propositura da ação penal, mas que restaram arredados exclusivamente no tocante à autoria pelos argumentos x e y faria diferença crucial. Isso porque, ao aceitarmos o desafio antecedente de “ver” o mundo como o adversário “pinta”, o convidamos a “ver” o mundo conforme nossos “olhos”, dando ensejo ao reconhecimento empático de similitude racional. Esse último modelo argumentativo faz com que o argumento final seja ouvido pelo adversário, não implica em descrédito, com a possibilidade maior de êxito. Aparenta que compreendemos e reconhecemos a sua forma de pensar, com as divergências tópicas que nos implicam em outra conclusão. Claro que o contexto do jogo ganha relevância. O detalhe de como se diz as mesmas coisas pode fazer toda a diferença. Não significa que, necessariamente, o jogador adversário terá “ouvidos” para nossos argumentos, mas sabemos que, em alguns casos, podemos pelo menos nos fazer ouvir. A dificuldade em se escutar, aliás, consiste num dos maiores desafios da argumentação jurídica, posta de maneira selvagem. Somente assim se pode abrir ensejo de “capitulação” e êxito da estratégia.

Para argumentação jurídica de cariz analítico⁹, o Direito é concebido como empresa, dirigida à resolução (ou ao tratamento) de certos tipos de problemas em que a argumentação é o meio para a tomada de decisões. No campo do jogo processual as deliberações precisam ser motivadas e, por isso, a discussão sobre as razões passíveis de manejo e acolhimento ganha destaque. Assim, argumentar e decidir são facetas de uma mesma ação.¹⁰ Participar da atividade argumentativa por meio da linguagem (oral ou escrita) deve se pautar pelas razões (boas e ruins) que se possa suscitar, para além do uso da força física e das coações psicológicas.¹¹

Manuel Atienza distingue 3 (três) concepções de argumentação: (a) formal; (b) material; e,

⁹ Adotarei a matriz de ATIENZA, Manuel, citado na sequência, assim como outros autores que dialogam com essa mesma base lógica.

¹⁰ ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel Derecho. 2006, p. 61-62.

¹¹ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel Derecho. 2012. p. 270

(c) pragmática. A argumentação formal é a lógica, em que as inferências e as deduções implicam o trajeto entre as premissas e as conclusões, tratando-se, no fundo, de esquemas argumentativos¹², em que se apresentam duas limitações: (i) ausência de preocupação com o conteúdo; e (ii) a insuficiência dos esquemas argumentativos para dar conta de todos os casos¹³. Nem por isso podem ser desprezados, já que os esquemas podem ordenar os argumentos, auxiliar na interpretação e conceituação, bem assim ensejar um critério para o controle dos argumentos. Já a argumentação material investe no conteúdo do argumento (se é bom ou ruim) em face da produção de crença ou como estímulo para realização de determinada ação, conforme o mapa mental dos jogadores/julgadores.¹⁴ Embora se possa se valer da argumentação formal, deve-se comprometer com a ‘verdade’ dos argumentos para só então justificar a conclusão. Por fim, na argumentação pragmática, diferentemente das duas primeiras em que o trabalho se dá, basicamente, pelo próprio sujeito, surge a interação humana entre os argumentantes, em que o êxito depende da capacidade de convencimento ou persuasão do antagonista (o argumento oportuno, e na hora certa), com respeito a certas regras.¹⁵ Pode se dar pela retórica, centrada na ideia de persuadir/convencer o auditório, em que a postura é estática, ou dialética, entre o proponente e o oponente, com a dinamicidade do diálogo.¹⁶

A Teoria da Decisão ganhou o impacto recente (Novo CPC) e ainda não assimilado da necessidade de fundamentação efetiva, com o esclarecimento, por conceitos operacionais (COP), de cada significante utilizado no decorrer da decisão. A invocação genérica da “equidade”, “Justiça”, “Proporcionalidade”, “Legalidade”, enfim, das noções jurídicas, não poderá mais se dar pela superficial indicação da palavra, pois será necessário esclarecer, naquele caso, em sua singularidade, o cabimento e extensão do sentido. O duplo viés deve se dar pela universalização da noção jurídica invocada e pela singularização à hipótese em julgamento, com dever de coerência futuro (mesmo caso, igual resposta)¹⁷. O desafio, pois, é levar a sério a fundamentação democrática, por razões sólidas e capazes de justificar o trajeto da decisão.¹⁸

Reside, contudo, nas recompensas do julgador a chave oculta para acolhimento/rejeição dos

¹² ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 89.

¹³ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 176.

¹⁴ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 271.

¹⁵ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 272.

¹⁶ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 272.

¹⁷ REGLA, Josep Aguiló. **Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 140.

¹⁸ REGLA, Josep Aguiló. **Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 141.

argumentos, uma vez que a maneira como se situa no plano do Direito (conformista, alheio ou crítico) faz com que mesmo os melhores argumentos do ponto de vista individual e democrático, sofram as influências de pressões ideológicas¹⁹ e estatísticas. Quem sabe indicar um exemplo pode facilitar: um juiz abolicionista poderia não condenar ninguém. A sua ação estaria em desconformidade com o discurso ideológico dominante e, portanto, seria considerado ilegítimo, com represálias de toda a ordem. Por isso, operando dentro do sistema, precisa dançar com o discurso ideológico padrão para promover o que se denomina redução de danos.

A argumentação judicial, ademais, possui características específicas, dado que não se trata de mera opinião do sujeito julgador, mas da aplicação do Direito, em sua autonomia, em face das pretensões de validade apresentadas pelos jogadores, devendo, de qualquer forma, estar justificadas motivadamente, ou seja, das razões que podem apresentar em suas decisões.²⁰ A articulação dos argumentos, todavia, é ideologizada. Sei que muitos não gostam da invocação da ideologia pela carga negativa que ostenta. Insistirei no tema já que a escolha antecedente dos argumentos por parte dos jogadores gerará – a prevalecer a Nova Teoria da Decisão – o conjunto de argumentos possíveis de utilização na decisão judicial. Será vedado ao julgador invocar um argumento não trazido pelos jogadores e debatido em contraditório previamente. Isso porque existem diversos esquemas mentais, heurísticas e vieses que operam silenciosamente no modo pelo qual se decide, isto é, podem ser determinantes no resultado e não manifestados nas decisões. Há um pano de fundo ideológico, sociológico, psicológico, econômico, subjetivo que deve ser monitorado, já que pode ser o critério decisivo da decisão, embora, muitas vezes, não apareça. Claro que o leitor pode dizer que isso é um absurdo e eu concordo. A questão é que proponho apresentar as decisões como acontecem e não como desejo que aconteçam. Nesse sentido, a argumentação bem manejada pode antecipar o uso desses critérios ocultos.

O protagonismo dos jogadores em suscitar os melhores argumentos demanda pleno domínio das regras, preparação para o caso específico (em que diversas variantes estarão em operação), conhecimento do contexto do caso penal, bem assim do mapa mental dos jogadores. Não se trata de argumentação proferida para multidão desconhecida. O inventário das possibilidades de

¹⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**, v. I. Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994, p. 100: “Nenhum discurso jurídico será considerado significativamente legítimo se contradizer as formas axiológicas dominantes.” [...] “Um juiz para produzir uma decisão seleciona seus argumentos não só tratando de persuadir sobre o tecnicismo sua decisão, mas também atendendo à função socializadora que a sua sentença passará a cumprir. A argumentação judicial é sempre uma instância reprodutora dos valores dominantes”.

²⁰ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 277.

compreensão e das recompensas dos jogadores/julgadores é que qualifica o jogador. Deve-se manter o foco nas recompensas do julgador. A limitação da “memória de trabalho” pode impedir a compreensão adequada dos argumentos, bem assim a qualidade da atenção dispensada pelo julgador e jogadores. O monitoramento do modo como o subjogo probatório se desenvolve é importantíssimo. Apresentar um argumento matador no momento em que o juiz está distraído pouco significa, da mesma forma que o mesmo argumento matador fora de contexto, ou, mesmo, fora de contexto favorável, para o qual se deve atentar ou mesmo possibilitar, é inócuo.

É necessário perguntar-se como fazer para entender o adversário. Veja-se o exemplo de diversas modalidades esportivas, em que o desempenho do oponente é estudado cuidadosamente pelo adversário. Com informação qualificada sobre seu mapa mental, a tarefa pode se dar mediante a procura em nós mesmos das deficiências nossas e dos adversários, mudando-se de lugar. Enfim, pensar como ele pode estar pensando. Não raro o jogador adversário e o julgador nos parecem cabeça-dura, inflexível e cruel, por exemplo, sem nos darmos conta que neste exato momento ele pode estar fazendo a mesmíssima leitura de nós – e por isso essa reação é manifestada. Muitas vezes nosso juízo crítico sofre de uma cegueira de proximidade, a saber, somos tão nós mesmos que não conseguimos ver nossas deficiências. Será que não nos parecemos com ele na nossa postura? Modificar esta abordagem pode significar ouvir e sermos ouvidos. Claro que enfrentaremos jogadores que pensam que tudo se resume a jogos de poder, estratégia, táticas e manobras para vitória. Retirar o adversário de suas certezas exige esforço nada desprezível, assim como não deve ser relevado como desimportante.

2. O PROCESSO PENAL NÃO É PARA AMADORES

Não há jogo processual institucionalizado sem regras. Mas o conteúdo e incidência dependem da adesão subjetiva dos jogadores/julgadores. No processo entendido como jogo as regras estabelecem as jogadas ilícitas, bem assim regulamentam os comportamentos autorizados, proibidos e obrigatórios. Quando se trata de Processo Penal, a intervenção do Estado, na posição de terceiro, deveria se dar sem a participação efetiva na produção probatória, já que sua posição, assim, deveria ser a de árbitro, provido de parcialidade objetiva e subjetiva: sem interesse no caso ou de vitória de qualquer das partes, próprio do modelo adversarial²¹. Entretanto, a própria noção

²¹ HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Ah-Hoc, 2006.

das regras depende da atitude do jogador/julgador em face de seu lugar e função no jogo processual penal. Por isso a noção de fair play depende da adesão ao sistema processual respectivo (inquisitório, acusatório, adversarial ou constitucional).

A sofisticação da interação entre os jogadores e julgadores no Processo Penal exige a qualificação argumentativa dos jogadores, uma vez que não basta saber as regras processuais. O sentido acontece em um intrincado jogo contextual de atribuição, em que as pressões e constrangimentos podem depender de fatores extraprocessuais. Dito diretamente: dependendo de quem estiver ocupando as cadeiras processuais (acusado, julgador, jogadores, etc.) o sentido pode migrar, especialmente no julgamento.

A decisão comportamental é uma novidade nos cursos de Direito e a compreensão do processo como jogo tem a função de proporcionar maiores informações – qualificar – os agentes jurídicos em face das expectativas de comportamento dos jogadores e julgadores. O cérebro humano é uma incógnita e tanto a psicologia cognitiva, a psicanálise a neurociência estão a nos mostrar novas perspectivas de compreensão. Não se trata de rejeitar tudo o que foi escrito até o momento. A pretensão é a de mostrar o que outras áreas do conhecimento estão estudando e, quem sabe, aproveitar alguns de seus insights no campo jurídico. Existe um hiato entre o que se reconhece como válido no campo da pesquisa psicológica e neurocientífica aplicado ao Direito, embora alguns autores já tenham começado a escrever sobre o tema²².

Os neurocientistas querem saber como os neurônios - as células individuais - operam para nos produzir consciência. Isso se dá por ligações, relações, ativadas por circuitos específicos, pelos quais podemos afirmar que temos consciência de algo. Os neurônios individualmente são células e é de suas interações que o sentido emerge. Das informações brutas produzidas pela percepção conseguimos estruturar um sistema simbólico.

Os ilusionistas do Direito se valem, muitas vezes, da retórica e do silêncio. Em ambos os casos podemos desmascará-los. A partir do momento em que sabemos os truques pelos quais a ilusão é criada, nos tornamos o “estraga-prazer” que aponta o furo. Sabendo como o mecanismo funciona podemos nos preparar para as armadilhas que perpassam no jogo processual penal. Os meandros

²² BUSATO, Paulo César (org). **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014; MORAIS DA ROSA, Alexandre; KHALED JR, Salah. **In dubio pro Hell I**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015; CERQUEIRA, Marina. **Neurociências e Culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015; MATLIN, Margaret W. **Psicologia Cognitiva**. Trad. Stella Machado. Rio de Janeiro: LTC, 2004; MACKNICK, Stephen L.; MARTINEZ-CONDE, Susana. **Truques da Mente**. Trad. Lúcia Ribeiro da Silva. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

cognitivos podem ser estudados e se constituem em uma ferramenta amplamente utilizada em propagandas, negociações políticas e no processo penal. Os efeitos mágicos – retóricos – podem ser estudados e decifrados, especialmente se nos dermos conta das limitações do nosso sistema cognitivo. O foco da atenção é fundamental para entender como as ilusões operam.

Os pintores e a perspectiva foram os primeiros a manipular a nossa capacidade de atenção e cognição. A ilusão de ótica é uma percepção visual dissociada da realidade observada, dada a capacidade de deslocar a atenção e obrigar a ver algo que não existe ou está manipulado. O que vemos se baseia nas nossas possibilidades antecedentes de ver, sentir, ouvir e pensar. Nosso sistema visual se compõe de expectativas de comportamento do mundo e quando a ação se passa sem maiores surpresas, não raro, deixamos que algo relevante escape. Enfim, seria muito bom que pudéssemos apreender a realidade como ela é. Entretanto, os filósofos, antes dos neurocientistas e psicólogos, já demonstraram a ingenuidade de tal pretensão.

São os mecanismos cerebrais que definirão quem somos e o grau de capacidade de compreensão da realidade, dado que – se formos humanos – dispomos de aptidões sensoriais, motoras e cognitivas capazes de fazer previsões e de nos fazer enfrentar o mundo. O preço é a contínua tendência de acomodação, e, portanto, de redução de complexidade em que o nosso sistema cerebral opera. Embora influenciados pelos fatores externos, a compreensão é um ato individual, pelo qual o sujeito cria/imagina a experiência da realidade. E podemos ser manipulados facilmente. Basta perceber como os mágicos e os retóricos ganham a vida há séculos.

Nosso cérebro é, segundo Stephen Macknick e Susana Martinez-Conde “um emaranhado sumamente evoluído de circuitos, que se apoia em aproximações, palpites, previsões e outros atalhos para, literalmente, construir o que pode estar acontecendo no mundo em determinado momento.”²³ E o maior problema é que não temos mecanismos hábeis, quer da neurociência, quer internos, para distinguir, com precisão, a ilusão. O nosso sistema visual é muito limitado. Daí que continuam os autores: “São vários labirintos de etapas: A primeira camada do aparelho visual consiste em fotorreceptores oculares que convertem a luz em sinais eletroquímicos. É também nessa camada que se origina um atributo cardeal do cérebro: a capacidade de detectar contrastes. Essa propriedade constitui a base de toda a cognição, inclusive da capacidade de ver, ouvir, sentir, pensar e prestar atenção. Sem ela, o mundo não teria fronteiras e o cérebro não poderia compreender a si

²³ MACKNICK, Stephen L.; MARTINEZ-CONDE, Susana. **Truques da Mente**. Trad. Lúcia Ribeiro da Silva. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 16.

mesmo nem compreender nada fora dele.”²⁴ Do nervo óptico saem padrões eletroquímicos que passam pelo tálamo e chegam ao córtex visual primário.

Não precisamos nos tornar neurocientistas para entender que o aparelho visual na realidade não vê nada e que apenas promove uma série de inferências das quais o resultado é uma redução de complexidade a que chamamos percepção. Os contextos de percepção modificarão o sentido. Arrematam os neurocientistas: “É uma pena, mas simplesmente não se pode confiar nos próprios olhos. Inventamos grande parte daquilo que vemos. Completamos as partes de cenas visuais que o cérebro não consegue processar. Temos de fazê-lo por causa da simples limitação do número de neurônios e conexões neuronais subjacentes aos processos sensoriais e mentais. [...] cada olho é mais ou menos equivalente a uma câmera de um megapixel.”²⁵ Menos do que a do seu celular. A idade, o uso de óculos, o humor, a perspectiva modificam a possibilidade de compreensão. Quantas vezes ouvimos uma testemunha que nem mesmo estava no momento da conduta e é capaz de narrar, como se estivesse no local, dada a capacidade cerebral de preencher as lacunas. Somos uma máquina de produzir sentido. Fazemos conjecturas cognitivas. (A Gestalt mostra isso). O resultado é que boa parte da percepção que temos é simplesmente preenchida pelos circuitos cerebrais, embora tenhamos a ilusão de que vemos as coisas como são.

O mecanismo de decisão apresenta diversos atalhos capazes de nos fazer decidir muitas coisas no dia-a-dia. A partir do desvelamento desse instrumental, especialmente os vieses (erros) cognitivos e as heurísticas (atalhos mentais), poderemos compreender melhor como lidamos com pequenos e grandes problemas. Desvelado os mecanismos cognitivos, poderemos estabelecer táticas e estratégias para superação ou mesmo para contenção.

A partir de Bazerman e Moore²⁶ podemos indicar os seguintes passos do processo decisório penal:

1) Defina a conduta a ser provada e a estratégia e táticas possíveis. A elementar do tipo penal violado ganha destaque, pois será o centro de gravidade da instrução probatória, mantendo o enquadramento.

²⁴ MACKNICK, Stephen L.; MARTINEZ-CONDE, Susana. **Truques da Mente**. Trad. Lúcia Ribeiro da Silva. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, 0. 17.

²⁵ MACKNICK, Stephen L.; MARTINEZ-CONDE, Susana. **Truques da Mente**. Trad. Lúcia Ribeiro da Silva. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 19.

²⁶ BAZERMAN, Max H.; MOORE, Don. **Processo Decisório**. Trad. Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 2-3.

2) Identifique os critérios e as variáveis que podem ocorrer no processo penal que é dinâmico e com informação incompleta;

3) Avalie os critérios nos seus aspectos positivos e negativos, tendo em vista os personagens reais de tomada de decisão – a compreensão que possuem do fenômeno, ou seja, o mapa mental de cada um;

4) Crie alternativas a partir da argumentação jurídica: as táticas e a estratégia devem ser geradas de maneira hipotética, em constante reavaliação;

5) Classifique a estratégia e táticas em árvores processuais – se acontecer isso, siga por aqui; do contrário, por lá. Antecipar as possíveis alternativas antes que aconteçam, especialmente na instrução probatória testemunhal;

6) Identifique a estratégia e as táticas dominantes, antecipando a expectativa de comportamento dos jogadores e julgadores.

Por certo não se trata de uma receita para decisões, mas apenas um caminho para melhor se preparar. O jogo processual é sempre uma aventura. O que podemos demonstrar é que a ingenuidade da idealização do processo de interação decisória pode ser um erro grave, bem assim que se pode apenas prever as expectativas de comportamento, sem que nunca se possa afirmar, antes de acontecer, o resultado de um processo penal. A dinamicidade dos respectivos subjogos faz com que um detalhe possa mudar o resultado. Daí que quem é amador pode fazer parte da estratégia do jogador que entende a lógica do processo penal como jogo, sem que muitas vezes sequer entenda seu lugar – ou até sua instrumentalização. E a argumentação terá protagonismo no momento da decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão entendida como mecanismo que depende tanto da normatividade como da capacidade de compreensão dos jogadores/julgadores encontra na argumentação jurídica campo necessário para se compreender a importância de estabelecer cadeias de sentido capazes de obtenção de assentimento. A validação das pretensões de validade é algo que depende do contexto e da forma como são apresentados. A leitura do processo penal como jogo ganha, a partir da argumentação jurídica, novos mecanismos capazes de obtenção de resultados favoráveis. O inventário das expectativas de comportamento é fundamental para se eleger o que entra e o que sai no argumento

utilizado em cada processo singularizado. Não se trata, no processo penal, de discurso acadêmico, mas sim de aplicação prática e com resultados palpáveis (decisão favorável ou não). Decorre daí que um jogador profissional deve se preparar para cada jogo em conformidade com os jogadores/julgadores e as respectivas capacidades de convencimento. A argumentação jurídica de cariz analítico adere ao modo de decisão decorrente da leitura comportamental.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AARNIO, Aulis. Una única respuesta correcta? *In*: AARNO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010

ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel Derecho, 2006

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012

AARNO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010

BAZERMAN, Max H.; MOORE, Don. **Processo Decisório**. Trad. Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo: comunicação processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2014

BULYGIN, Eugenio; ATIENZA, Manuel; BAYÓN, Juan Carlos. **Problemas lógicos em la teoría y práctica del Derecho**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009

BUSATO, Paulo César (org). **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014

CERQUEIRA, Marina. **Neurociências e Culpabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015

GÜNTER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Claudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: BTU, v. 1, 2010

HENDLER, Edmundo S. **Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos**. Buenos Aires: Ah-Hoc, 2006

HOLMES JR, Oliver Wendell. **La senda del derecho**. Trad. José Ignacio Solar Cayón. Madrid: Marcial Pons, 2012

LAPORTA, Francisco J; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. **Certeza y precedibilidad de las relaciones jurídicas**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

MACKNICK, Stephen L.; MARTINEZ-CONDE, Susana. **Truques da Mente**. Trad. Lúcia Ribeiro da Silva. Rio de Janeiro: Zahar, 2011

MATLIN, Margaret W. **Psicologia Cognitiva**. Trad. Stella Machado. Rio de Janeiro: LTC, 2004

MORAIS DA ROSA, Alexandre; KHALED JR, Salah. **In dubio pro Hell I**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015

MORESO, José Juan; PRIETO SACHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el Derecho**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016

PERELMAN, Chaïm. **Tratado de Argumentação**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002

PECZENIK, Alelsander. **On Law and Reason**. Springer Science+Bussines Media Dorderech, 1989

REDONDO, María Cristina; SUCA, José María; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Estado de Derecho y Decisiones Judiciales**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009

RAPOPORT, Anatol. **Lutas, Jogos e Debates**. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: UNB, 1998

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005

REGLA, Josep Aguiló. **Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)**. Barcelona: Ariel, 2012

VATTIMO, Giani. **Enciclopedia Garzanti di Filosofia**. Milán, 1993

VOESE, Ingo. **Um estudo da argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2001

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**, v. I. Trad. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

DIÁLOGOS COM O PROFESSOR MANUEL ATIENZA SOBRE CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DE “FILOSOFIAS DO DIREITO REGIONAIS”¹

José Alcebíades de Oliveira Junior²

INTRODUÇÃO

O presente texto foi preparado com satisfação para atender ao convite da Pós-graduação “strictu sensu” em Direito da UNIVALI, em sua pretensão de publicação de um livro sobre “Filosofia do Direito e Transformação Social”, resultante de um riquíssimo debate sobre Teoria do Direito com o ilustre professor da Universidade de Alicante, Manuel Atienza. Tratou-se de evento vinculado a Escola de Altos Estudos da UNIVALI, aprovada junto a CAPES e constituída em parceria com a Universidade de Brasília. Por essa oportunidade, gostaríamos desde já de agradecer esse honroso convite na pessoa do prof. Dr. Paulo Márcio Cruz, coordenador do PPGD-UNIVALI.

E o tema aqui tratado se referirá preferencialmente às condições de possibilidade de filosofias do Direito regionais, tendo por foco o manifesto escrito pelo prof. Atienza como crítica às teorias positivistas no Direito, e que fundamentam, em boa parte, as filosofias do Direito pretensamente universalistas. De modo que para este nosso breve escrito em perspectiva de “diálogos” com o prof. Atienza, inicialmente reproduziremos e comentaremos alguns pontos dos seus argumentos sobre o positivismo para, logo a seguir, expormos nossos pontos de vista a respeito de como andam as reflexões de teoria, filosofia e sociologia do direito no Brasil, a fim de avaliar, pelo menos em parte, como essas discussões são tomadas em conta e terminam por servir de fundamentos para as decisões judiciais no Brasil. Destarte, em nosso país o Poder Judiciário tem cada vez mais adquirido uma grande importância na configuração daquilo que se entende por direito, sobretudo em face das lacunas deixadas pelos demais poderes, legislativo e executivo, assim como em face de problemas públicos crônicos dentre os quais se sobressai a discriminação, a

¹ Trabalho construído tendo como ponto de partida o texto “Una Filosofía Del Derecho para el mundo Latino. Otra vuelta de tuerca”, do prof. Manuel Atienza. Texto mimeografado apresentado no Evento da Escola de Altos Estudos da UNIVALI, em 2015. Inclui também aspectos de nossas pesquisas mais recentes de Teoria do Direito em sentido amplo.

² Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professor Permanente do PPGDir-UFRGS. Pesquisador 1 D do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq. Líder dos Grupos de Pesquisa “Direitos Fundamentais e Novos Direitos” e “Sociologia Judiciária”, registrados no CNPq. Nesse evento representando o CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, na condição de seu Vice-Presidente para a região Sul.

criminalidade e a corrupção.

Assim, dentre os objetivos principais deste escrito está o de demonstrar a importância das discussões de filosofia e sociologia do Direito localizadas para a adequada e efetiva interpretação e aplicação do direito, pois ao contrário de outras ciências, nesse campo não estamos diante de linguagens e discursos universais, objetivos e exatos.

1. SÍNTESE DA PROPOSTA DO PROFESSOR MANUEL ATIENZA

Como assinala o prof. Manuel Atienza em seu belíssimo texto³, há muitos anos tem estado às voltas com a ideia de como poderia ser proposto um modelo de filosofia do Direito para o mundo Latino, incluído aí não somente os países latinos americanos, mas também os países latinos da Europa, pois o conceito de “mundo latino” é mais amplo do que a Hispanoamérica ou a Iberoamérica.

Tendo em conta o prof. Italiano Norberto Bobbio, o prof. Atienza claramente vislumbra uma extensão do mundo latino na Europa, principalmente quanto a Espanha e Portugal. Demonstra inclusive que o maestro espanhol Elías Díaz, além de colega foi um dos introdutores de Bobbio em Espanha, situação a qual tomaríamos a liberdade de associar o prof. Alfonso Ruiz Miguel⁴, que, além de um fiel discípulo, foi um tradutor influente das ideias de Bobbio em Espanha.

Também como fez questão de destacar o professor Atienza, muito embora o seu interesse por uma filosofia latina tenha sido realçado em seus últimos textos, desde que começou sua carreira acadêmica com uma tese “Sobre la filosofía del Derecho en Argentina” (completada em 1976), vem demonstrando uma simpatia por esse enfoque.

Dito isso, observa-se no texto do professor Atienza que muitos dos seus argumentos sobre a importância de “uma filosofia regional” residem numa preocupação epistemológica mais ampla com a teoria do Direito e que tem a ver, diretamente, com o desenvolvimento de teorias positivistas reelaboradas por vários filósofos influentes da Europa e EUA (como Bobbio e Habermas, p.ex.), pretensamente universais mas que nem sempre se apresentam como coordenadas corretas e adequadas para a ação de países periféricos, que se caracterizam por desigualdades e injustiças

³ ATIENZA, Manuel. **Una Filosofía del Derecho para o mundo latino**. Otra vuelta de la Tuerca. Mimeografado. Itajaí: Univali, 2015.

⁴ RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

históricas já detectadas pela sociologia brasileira⁵.

Para confirmar então o que estamos tentando descrever sobre as teses do Prof. Atienza, vejamos aspectos do seu próprio texto:

En el año 2007 [Atienza 2008], en el contexto de una discusión con Eugenio Bulygin sobre el positivismo jurídico, propuse un *Manifiesto* (en forma de decálogo), en el que trataba de sugerir (después de defender la tesis de que el positivismo jurídico no podía considerarse como una concepción aceptable del Derecho), de cómo habría que construir una filosofía (una teoría) del Derecho con la vista puesta en los países latinos de Europa y de América. Me pareció también que las ideas expresadas en ese *Manifiesto* eran compatibles, no exactamente con ser marxista, pero sí con muchas ideas que se encuentran en esa tradición de pensamiento y que haríamos mal en abandonar sin más; es decir, en suprimir de lo que podría considerarse como el acervo cultural de un filósofo del Derecho de nuestra época y de nuestros mundos. Así lo expresé en un texto de 2009 titulado *Por qué leer a Marx hoy* [Atienza 2009a]. Volví otra vez al tema al ocuparme de la filosofía del Derecho en Argentina en los últimos tiempos [Atienza 2009b], insistiendo siempre en que ese tipo de teoría que yo proponía no tendría que ser positivista, debería comprometerse con un objetivismo mínimo en materia valorativa (sin ser por ello iusnaturalista), sustentar el pragmatismo filosófico en uno de los significados de esta última expresión, y esforzarse por insertar esa teoría o filosofía del Derecho en la práctica jurídica: en las diversas prácticas jurídicas. Y, finalmente, volví a ocuparme de esa cuestión en 2012, en mi contribución para el primer número de la nueva época de la *Rivista di filosofia del diritto*, para el cual, la dirección de la misma invitó a una serie de iusfilósofos a ofrecer una contestación a la pregunta de “¿Qué filosofía del Derecho?”.

E como prossegue Atienza,

en ese trabajo [Atienza 2012], partía de una discusión que había tenido lugar a propósito de un artículo de Ferrajoli en el que este autor planteaba dos modelos de constitucionalismo: el garantista o normativo, el suyo; y el principialista o argumentativo, entre cuyos defensores me incluía. Los puntos a debatir eran estos tres: la conexión o separación entre el Derecho y la moral; la contraposición entre las reglas y los principios; y la forma de entender la ponderación (en cuanto mecanismo argumentativo requerido por la aplicación de principios). Dicho de manera sintética, mi opinión venía a ser que la obra de Ferrajoli (y no era ni mucho menos la primera vez que discutía con él en relación con estas cuestiones) cumple con algunas de las exigencias que yo trazaba en aquel *Manifiesto*, pero se aleja del mismo en dos aspectos de considerable relevancia: en su adhesión al positivismo jurídico (por mucho que insista en que el positivismo jurídico que él defiende está bastante alejado de lo que Ferrajoli acostumbra a llamar “paleopositivismo”) y en su escepticismo (o, como el prefiere denominarlo, “nocognoscitivismo”) en materia moral.

Cabe, pois, para esta nossa breve reflexão sobre esse trabalho de fôlego do professor Atienza, reproduzir as linhas gerais do manifesto desse professor e que diz com o subtítulo de sua conferencia na UNIVALI: Otra vuelta de tuerca, para logo a seguir tecermos considerações sobre as realidades históricas, teóricas e político-jurídicas brasileiras segundo nossas atuais pesquisas, como

⁵ Ver, dentre outros: HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

substrato para pelo menos se começar a pensar em uma “filosofia regional” própria do Direito para o Brasil. Assim, passemos a enumeração do manifesto⁶, com comentários breves logo a seguir de cada ponto:

1. “Si el Derecho -como alguna vez se ha escrito- es “una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo”, una práctica social, entonces la teoría del Derecho tiene, de alguna manera, que formar parte de esa práctica. Una consecuencia de ello es que el teórico del Derecho no puede ser ajeno a los valores de esa práctica, ni puede tampoco concebir su participación en la misma en términos puramente individuales. Lo que debería guiar nuestro trabajo, en definitiva, no es el afán de originalidad, sino de participar cooperativamente con otros en la mejora de esa práctica”.

Comentário: Em grande medida, estamos de acordo com o prof. Atienza. O Direito não pode ser uma prática alienada da realidade. No entanto, acredita-se permanecer até o presente momento muitas incertezas sobre a “insensibilidade” das posturas positivistas, porque a adoção desse paradigma ou de outros como os jusnaturalismos ou mesmo os moralismos contemporâneos, podem ambos ser considerados ambíguos e mesmo paradoxais.

2. “La elaboración de una teoría del Derecho completamente general, válida para cualquier sistema jurídico, es una empresa de valor limitado. Pero, además, no es nada obvio que la teoría jurídica al uso, el paradigma anglo-americano dominante (positivista o no), sea verdaderamente general. Por eso, ante el riesgo cierto de que la globalización en la teoría del Derecho responda más bien a lo que se ha llamado la “globalización de un localismo”, podría ser de interés desarrollar teorías del Derecho -digamos- “regionales”, de acuerdo con los diversos círculos de cultura hoy existentes. El multilateralismo parece una estrategia deseable, y no sólo en el ámbito de la política internacional”.

Comentário: Embora se concorde com a tese acerca das fortes possibilidades de ocorrência de uma “globalização de um localismo”, de interesses específicos transformados em universais, tese defendida por Boaventura Souza Santos, ainda assim pensamos que a crítica ou mesmo o rechaço ao universalismo é também bastante complicada de ser feita, pois poderia conduzir a pensar a existência do saber e das comunidades unicamente a partir de um empirismo mais imediatista, de circunstâncias mais próximas, quando em verdade a realidade vai se constituindo por um número

⁶ ATIENZA, Manuel. **Una Filosofía del Derecho para o mundo latino**. Otra vuelta de la Tuerca. Mimeografado. Itajaí: Univali, 2015.

mais amplo de influências e complexidades.

3. “Los países latinos, de Europa y de América, constituyen uno de esos círculos culturales. Aunque con niveles de desarrollo económico, político, científico, tecnológico, etc. diferentes, esos países son sumamente afines desde el punto de vista de sus sistemas jurídicos y de sus lenguas, poseen una rica tradición de pensamiento jurídico, y en todos ellos el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del Derecho y de la cultura jurídica. En muchos de esos países la filosofía del Derecho ocupa hoy un lugar académicamente destacado, lo que explica que exista un buen número de cultivadores de la disciplina con un alto nivel de competencia “técnica”. ¿Cómo explicar entonces que la producción iusfilosófica se limite en buena medida a comentar o discutir ideas y teorías surgidas en otros ámbitos culturales y destinadas también muchas veces a tratar con problemas característicos de esos otros ámbitos?”

Comentário: Indiscutivelmente, a simples importação de saberes originários de outras culturas para realizar o direito, como por exemplo ocorre com frequência no Brasil, não é uma prática adequada. Civil Law e Common Law são formas muito distintas de se dizer e praticar o Direito, assim como são bem distintos o Presidencialismo e o Parlamentarismo como modelos de governo. Contudo, hoje em dia, muitas das questões referentes ao multiculturalismo, no Brasil, foram incorporadas ao Direito Positivo, que, portanto não deve ser visto apenas como um conjunto de leis gerais e distantes das especificidades. Por outro lado, cada vez mais há um incremento da interpretação do Direito e, portanto da participação das Cortes no dizer esse Direito, o que aproxima a realidade brasileira da europeia ou estadunidense quando fundadas na Common Law, muito embora o preconceito pela adequação do Direito geral às questões particulares ainda se manifeste em vários setores da administração pública e nas decisões judiciais.

4. “Lo anterior no es una invitación al localismo en la teoría del Derecho, sino a distinguir entre lo puro o fundamentalmente local y lo que tiene - o puede tener - un valor genuinamente general o universal (en relación, al menos, con el universo del Estado constitucional). Las teorías iusfilosóficas de ámbito regional podrían configurar una útil mediación ente lo local y lo universal y contribuir así a una globalización equilibrada en la teoría del Derecho”.

Comentário: E é esse mesmo o papel que podemos e devemos cumprir. No entanto, ainda

vigora em muito, no Brasil, “sentos comuns teóricos” que afirmam que os juízes ou devem seguir a lei, ou valorá-las segundo as suas próprias convicções, o que se reveste de um grande equívoco.

5. “La filosofía del Derecho no es un género retórico, pero una forma equivocada de practicar la teoría jurídica consiste en desentenderse de quiénes son los destinatarios de los escritos iusfilosóficos y de quiénes pueden hacer uso de las ideas que se encuentran en ellos. Quizás no tenga sentido producir obras destinadas únicamente a otros filósofos del Derecho, y menos aún cuando sus destinatarios directos parecerían ser intelectuales a los que todo lo que se genera fuera de su ámbito cultural les es ajeno”.

Comentário: Estamos perfeitamente de acordo com o prof. Atienza. Ocorre que, como se vê nos mestrados e doutorados em Direito no Brasil, parece que as pesquisas são destinadas a um diálogo surdo e inútil entre pseudo-cientistas, não havendo, em muitos casos, interesse pelas soluções dos problemas reais e pragmáticos.

6. “Otro error, que frecuentemente va de la mano del anterior, es el de olvidar que una teoría del Derecho sólo merece la pena si se ocupa de problemas relevantes y que esa relevância viene fijada por los intereses de la comunidad jurídica ampliamente entendida. Además de algún otro factor de carácter exógeno, no es absurdo pensar que la falta de atención a los problemas y a los destinatarios puede constituir la principal explicación de la insatisfactoria situación de la filosofía del Derecho en los países latinos: un (al menos en muchos casos) alto nivel de sofisticación técnica y una (en general) escasa influencia en la cultura jurídica y en la práctica del Derecho de sus respectivos países”.

Comentário: Aqui nesse ponto, acreditamos estar próximos também do prof. Atienza. Contudo, reforçamos o aspecto de que além de questões concretas, empíricas e imediatas, a teoria e a filosofia do Direito deve sim trabalhar com um aprofundamento teórico e com um aprimoramento dos problemas relacionados com a racionalidade, com os possíveis “a priori”, pois cada vez está mais clara a necessidade de mantermos concomitantemente uma capacidade de abstração que nos permita ver o caráter amplamente sistêmico do mundo e das sociedades.

7. “Un modelo de teoría del Derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en

nuestros países bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del Derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del Derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del Derecho”.

Comentário: Aduziríamos à colocação do prof. Atienza, tendo em conta o próprio Bobbio que é também um dos alvos da crítica do professor de Alicante, que os ingredientes ora apresentados em seu texto poderiam ser tomados também desde a passagem demonstrada por Bobbio de uma preocupação estruturalista para uma preocupação funcionalista ou promocional da Ciência Jurídica por parte dos juristas. Bem como, considerar também as dificuldades de uma visão finalista, de se pensar valorativamente as finalidades, tendo que escolher o que priorizar, como priorizar e quais resultados são realmente os desejados.

8. “Positivismo jurídico y filosofía analítica no son, obviamente, términos sinónimos pero, dada la estrecha vinculación existente entre ambos, es razonable considerar que el método analítico es uno de los aspectos más valiosos que el positivismo jurídico puede dejar como herencia a la cultura jurídica. Ese método suele cifrarse en el uso y aceptación de ciertas distinciones (por ejemplo, entre enunciados descriptivos y prescriptivos, o entre explicar y justificar) que, por lo demás, no deberían entenderse en un sentido rígido: entre lo descriptivo y lo prescriptivo pueden existir “puentes” y explicar una decisión puede contribuir notablemente a su justificación”.

Comentário: Nesse âmbito, desde Luis Alberto Warat e Tércio Sampaio Ferraz Junior no Brasil, perseguimos a ideia de que um discurso (que se pretenda efetivo e real) sempre deve ser considerado a partir das diversas dimensões que o constitui, quais sejam a analítica, a semântica e a pragmática, aliás, como já afirmaram vários outros semiólogos e filólogos. Contudo, o pragmatismo que o prof. Atienza é na direção de uma falta de imbricação com a realidade, sendo para esse professor o defeito fundamental dos positivismos e universalismos filosóficos.

9. “Algo parecido puede decirse de la relación entre el iusnaturalismo y el objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, si bien la manera más adecuada de sostener estas dos últimas tesis no consiste en recurrir al Derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral. En todo caso, las dos principales razones para rechazar el no cognoscitivismo

ético (y el relativismo, pero obviamente no como posición de ética descriptiva) son: 1) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, de la justificación de las decisiones judiciales); 2) es autofrustrante. La alternativa debería ser un objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defienda la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles”.

Comentário: Sobre essa tese, extremamente importante e fundamental, tentaremos trazer subsídios no apartado seguinte deste texto, quando se discutirão diagnósticos, problemas concretos e complexidade do mundo para as decisões judiciais no Brasil.

10. “Los aspectos más valiosos de las teorías críticas del Derecho giran en torno a la necesidad de insertar el Derecho (y la teoría del Derecho) en el medio social y plantearse su potencial de transformación social. Esa concepción (o una cierta manera de entenderla) muestra así la necesidad de que la teoría del Derecho incorpore ciertas categorías que generalmente quedan fuera del análisis (conflicto, trabajo, poder, necesidad social), asuma el carácter histórico Del Derecho y de las categorías jurídicas y preste atención a los elementos desigualitarios e ideológicos del Derecho (también de los Derechos del Estado constitucional)”.

Comentário: Da mesma forma que o comentário anterior, acredita-se que sobre essas duas últimas teses a reflexão a seguir por certo estabelecerá pertinente conexão.

2. ASPECTOS DE NOSSAS PESQUISAS: DAS TEORIAS GERAIS DA CIÊNCIA E DA FILOSOFIA DO DIREITO À OBSERVAÇÕES CRÍTICAS DAS REALIDADES CONCRETAS DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL⁷

2.1 Diagnósticos breves sobre Teoria da Ciência Jurídica

A Teoria do Direito tem sofrido a influência de muitos autores, dentre os quais, pelo menos para nossas pesquisas, Hans Kelsen e Norberto Bobbio, considerados mais descritivistas e

⁷ Atente-se para o fato de que esta parte do trabalho foi escrita em vários momentos e procura resgatar aspectos de nossas pesquisas apresentadas em eventos anteriores (IVR 2015 – Washington, EUA e relatos prestados ao CNPq, enquanto pesquisador 1 D de Produtividade em Pesquisa).

estruturalistas, talvez como os entenda o prof. Atienza segundo a minha leitura. Como já destacamos em vários outros trabalhos⁸, essa posição buscando descrever o mundo do “Dever Ser” logo passou a ser criticada por seu isolamento em relação ao denominado mundo do “Ser”. Para Kelsen, esse rigor seria necessário em face das várias confusões com um suposto mundo da natureza (das coisas), ou do Direito entendido como a expressão de aspectos intrínsecos de um objeto pré-existente, com leis causais pré-determinadas e que deveriam ser seguidas.

Mas o que temos denominado de uma “veia” sociológica de Bobbio, cada vez mais fez com que o jurista italiano passasse a se preocupar também com uma dimensão fenomenológica ou de sociologia do Direito. O Direito visto como um fato social, e aí passando a ser importantes para a ciência jurídica *a linguagem e a cultura*. E assim, pouco a pouco a pergunta que iria se sobressair diria respeito às *funções do Direito nas sociedades modernas - repressão ou promoção social*. A sua obra “*Dalla Struttura alla Funzione*”⁹ é um marco nessa direção.

Também, associada a essa transposição de uma visão interna para uma visão externa do Direito e da ciência jurídica, Bobbio avança para uma discussão sobre as relações entre o Direito e os valores, considerando para tal o desenvolvimento de uma pesquisa sobre deontologia jurídica e que terminou por conduzi-lo a uma discussão de filosofia política. Para Bobbio, a justiça seria uma moeda de duas faces, a norma e o poder, e daí a necessidade de se considerar o constitucionalismo do Pós-guerra e principalmente os Direitos Humanos de uma maneira essencial em toda e qualquer pesquisa sobre o Direito e a Justiça.

Todas essas preocupações com a ciência jurídica perpassam também a realidade judicial brasileira, que, quanto ao seu produto final (as decisões judiciais), oscila entre posições mais estruturalistas e ou mais funcionalistas, ou mais descritivistas ou mais prescritivistas ou valorativas, ou para ser ainda mais claro, *oscilam entre posturas positivistas e posturas pós-positivistas*.

Por outro lado, essas oscilações espelham transformações mundiais em dois sentidos: uma gerada no plano interno dos Estados, dizendo respeito basicamente, segundo nosso juízo, a uma falsa questão entre ditas posições legalistas e outras entendidas como constitucionalistas, como se

⁸ Referimo-nos a trabalho apresentado no Congresso “Da Teoria da Norma a Teoria do Ordenamento”, Faculdade Nacional de Direito, UFRJ, intitulado “Estrutura e Função na Ciência do Direito: Da teoria de Norberto Bobbio às problemáticas multiculturais tardo modernas”, outubro de 2014; e também, como já referido, apresenta quase a totalidade dos argumentos defendidos em “The importance of the Judiciary to the Justice and to the Democracy in the Brazil. Issues evaluative attached to judgments”, presented on Special Workshop “Law, Conscience and Democratic Societies”, XXVII World Congress of The International Associations for The Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Washington DC, de 27 July – 1 August 2015.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Dalla Struttura alla Funzione**. Milano: Comunità, 1977.

se referissem a universos completamente distintos; mas também espelham outra questão relativa a um confronto entre o direito dos Estados e um outro Direito, por assim dizer, prescrito por uma “ordem internacional” cujo o fundamento, embora não somente, seria o Mercado, dimensão que tem crescido em importância com o incremento cada vez maior do fenômeno da globalização em seus diversos níveis.

O que importa salientar, assim, é que as decisões judiciais no Brasil de alguma maneira respondem a essas transformações, na medida em que o clássico Estado com atuação simplesmente negativa e não intervencionista (Estado liberal) vai cedendo espaço a outro Estado que por diversos motivos é centrado em questões econômico-sociais, assim como também por força constitucional e internacional tem que estar centrado em questões relativas aos Direitos Humanos como um todo (Estado social).

2.2 Problemáticas concretas para as decisões judiciais no Brasil

Após essas colocações teóricas sobre teoria da ciência e transformações sociais em geral, perseguiremos um pouco mais com Bobbio, pois em um dos seus principais livros, “A Era dos Direitos”¹⁰, descreve as principais transformações da sociedade mundial sobretudo no que tange aos Direitos Humanos, e que interessam também a nós brasileiros. E sua preocupação com a efetividade desses direitos além de ser eminentemente sociológica coloca justamente em xeque as instituições encarregadas do enfrentamento do problema.

No texto apresentado na Faculdade de Direito da UFRJ¹¹, e principalmente no texto que elaboramos para o XVII Encontro da IVR em Washington, de 27 de julho a 1º. de agosto¹², fizemos uma síntese do ambiente e da nomenclatura das transformações que o mundo e conseqüentemente o Brasil enfrentam em matéria de Direito, e que reproduzimos aqui novamente a partir de algumas teses, que a cada novo momento de nossas pesquisas vamos transformando e ampliando as discussões levantadas:

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. RJ: Campus, 1992.

¹¹ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Estrutura e Função na Ciência do Direito**: Da Teoria de Norberto Bobbio às problemáticas multiculturais tardo modernas. **Seminário Da Teoria da Norma à Teoria do Ordenamento**. Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, Programa de Pós-Graduação em Direito. 1, 2 e 3 de Outubro de 2014. (palestra).

¹² OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. The importance of the Judiciary to the Justice and to the Democracy in the Brazil. Issues evaluative attached to judgments. Presented on Special Workshop “Law, Conscience and Democratic Societies”, **XXVII World Congress of The International Associations for The Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)**, Washington DC, de 27 July – 1 August 2015.

(A) *Modernidade e Modernidade tardia (ou Pós-modernidade, para alguns)*. Bobbio não chegou a tratar muito diretamente dessa transposição, mas ela é importante pois descentra o sujeito de vários de seus pilares tidos como definitivos, quanto à natureza, a cultura e outros aspectos. Assim, com base nessas inseguranças e dúvidas, como dissemos em outros momentos, as reflexões de Bobbio nos anos 70 e 80 do século passado permitem uma ilação quanto à existência de uma preocupação com as insuficiências de uma versão negativa e passiva de Estado, reivindicando dessa entidade uma atuação mais promocional e finalista. Há que se destacar, não obstante, que muito embora preocupado com a função e a promoção dos Direitos pelo Estado, sempre se manifestou também extremamente preocupado conceitualmente com o objeto dessa função, quanto ao que e quais Direitos deveriam ser promovidos, quanto a quem (sujeitos deveriam ser prioritariamente considerados) e quanto ao como pensar essas transformações, sobre a aquisição, a manutenção e transmissão do poder.

(B) *Direitos Humanos formais versus identidade cultural*. Outro ponto que se destaca em sua obra “A Era dos Direitos” e torna ainda mais complexa a tarefa do Direito é o da passagem de uma preocupação, no âmbito dos Direitos Humanos, de uma visão formal dos sujeitos para uma visão que tomasse em conta a problemática da identidade cultural. Não há dúvida que das visões generalizantes dos sujeitos, cada vez mais Bobbio passava a se preocupar com as diferenças e circunstâncias desses sujeitos, como são exemplos às questões de gênero, masculino e feminino, homem e mulher, marco, aliás, nos anos setenta, das problemáticas emergentes do multiculturalismo. Muitos sociólogos reputam a luta feminista como um dos principais elementos desencadeadores da então nascente problemática multicultural à época.

(C) *Sujeito abstrato versus sujeito situado*. Outro ângulo das preocupações de Bobbio, dizem com a multiplicação dos sujeitos e bens a serem protegidos pelos Direitos Humanos. Do sujeito genérico, é bem conhecida a argumentação de Bobbio sobre o fato dos sujeitos terem de ser considerados de maneira situada, isto é, de acordo com suas circunstâncias, como homem e mulher, como criança e adolescente, como adulto de pouca idade e como idoso, etc. Por outro lado, segundo nosso autor, os bens se multiplicaram, pois além daqueles referentes aos sujeitos, ter-se-ia que considerar aqueles referentes à natureza e aos animais. Como se vê, cada vez mais os Direitos se multiplicam e um Estado com atuação passiva cada vez se torna mais insuficiente.

(D) *Igualdade formal versus igualdade material*. Indiscutivelmente, da igualdade formal seria preciso passar-se às problemáticas materiais dos sujeitos, e, nesse caso, dois ângulos são essenciais

e dizem respeito, por um lado, aos problemas econômico-sociais, e, por outro, aos problemas relacionados à identidade cultural. Hoje em dia, cada vez mais as diferenças e proximidades entre esses dois ângulos estão sendo discutidas por autores como Axel Honneth¹³ e Nancy Fraser, e que dizem respeito aos temas da redistribuição econômica e o reconhecimento cultural.

Dito isso, acreditamos ser possível perceber o quanto o mundo contemporâneo vai se tornando mais complexo e difuso, oferecendo inúmeras novas dificuldades para os poderes constituídos. E são essas questões que cada vez mais conduzem Bobbio em sua obra a discorrer sobre a necessidade de um avanço das perspectivas estruturalistas de ciência para perspectivas funcionalistas, pois toda essa diversidade de sujeitos e bens requer uma atuação positiva dos Estados. Enfim, o que gostaríamos de enfatizar é que todas essas problemáticas descritas por Bobbio em sua obra estão presentes em nossa realidade, e são as razões pelas quais nos perguntamos hoje de diversas maneiras sobre as decisões judiciais.

2.3 Complexidade do mundo e decisões judiciais no Brasil

A complexidade filosófica e política das decisões judiciais a partir do que até aqui foi dito se dá em muito pelo enfrentamento de conquistas relativas aos Direitos Humanos nos planos interno e externo. Contudo, se ampliam quando pensamos que a função promocional dos direitos depende de um enfrentamento muitas vezes desigual com o capital monopolizado pelas grandes corporações, por exemplo. Ordens internacionais ditas “jurídicas” e fundadas em interesses econômico-financeiros próprios das sociedades de mercado, muitas vezes se apresentam com um poder superior e mesmo condicionante do poder dos Estados. Como escreveu Manuel Atienza¹⁴, “existe hoje como que um enfrentamento entre o constitucionalismo e a globalização econômica”, e seria de nos perguntarmos pelas consequências que daí poderão advir.

Mas nos voltando mais especificamente para as dificuldades oriundas da problemática multicultural, uma questão que podemos afirmar ainda não estar resolvida, diz com embate entre posições liberais e posições comunitárias ou comunitaristas, e que Gisele Cittadino¹⁵ trabalhou com precisão, e que se apresentam nos constitucionalismos modernos. E aqui trago novamente o

¹³ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. De Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

¹⁴ ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**. Otra forma de pensar el Derecho. Madrid: Editorial Pasos Perdidos, 2013.

¹⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva**. RJ: Edit. Lumen Juris, 1999.

raciocínio construído, dentre outros, por Manuel Atienza em sua obra “Podemos hacer mas”¹⁶, quando assinala que “existe um conflito bastante complexo entre as conquistas do constitucionalismo e a globalização”. Como salienta Atienza¹⁷, “o constitucionalismo possui prós e contras, tendo a sua construção atravessado uma visão rígida e formalista que hoje deu lugar a uma perspectiva flexível e substancialista, com normas e princípios que de alguma maneira valorizam a interpretação, dando maior papel aos juízes”. Mas certamente, muitos se posicionariam de uma maneira contrária aos possíveis ativismos valorativos dos juízes daí decorrentes. E o debate se amplia, na medida em que as constituições contemporâneas estão repletas de princípios, textos amplos que permitem larga margem de interpretação, diante dos quais parece vã toda a tentativa de controle, se é que há interesse nesse sentido.

Ainda como salienta o professor Atienza¹⁸ e todos podemos observar hoje em dia, a globalização, por outro lado, conduz a um esvaziamento do Direito em algumas áreas, como a dos contratos privados e principalmente no que diz respeito aos Direitos sociais, que necessitam investimento. Com a globalização, há uma priorização dos interesses corporativos (sempre recordamos do documentário *The Corporation*), dentre os quais se sobressaem os interesses do sistema econômico e financeiro internacional.

E em função desse quadro, avança o predomínio da *Lex Mercatoria* (*Soft Law*), desregulamentação e, conseqüentemente, uma cada vez menor atenção aos Direitos Humanos. Com o aumento da marginalização e exclusão cada vez mais o investimento em políticas públicas dá lugar ao investimento em segurança pública, discutindo-se a redução da maioria penal como solução para a redução da criminalidade, o que implica num absurdo reducionismo.

2.4 Questionamentos e hipóteses emergentes de nossas pesquisas

Para encerrar coletamos essas reflexões em questões que nos tem preocupado nos vários trabalhos referidos:

a) Poder-se-ia falar na existência de uma Teoria da Decisão Judicial no Brasil?

Não. As Faculdades de Direito mostram uma miscelânea sobre o assunto, positivistas, pós-

¹⁶ ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**. Otra forma de pensar el Derecho. Madrid: Editorial Pasos Perdidos, 2013, p. 31-60.

¹⁷ ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**. Otra forma de pensar el Derecho. Madrid: Editorial Pasos Perdidos, 2013, p. 31-60.

¹⁸ ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**. Otra forma de pensar el Derecho. Madrid: Editorial Pasos Perdidos, 2013, p. 31-60.

positivistas, realistas, partidários de respostas corretas, cientistas que entendem o Direito como textos linguísticos, como discursos, etc. Como afirmamos em texto da IVR referido, por incrível que pareça ainda continuam valendo no Brasil pura e simplesmente ideias como as de Kelsen de que a interpretação “autêntica” no Direito é aquela procedida pelas autoridades constituídas e ponto final.

b) Quais as teorias mais adequadas à realização da Justiça no Brasil, às denominadas “procedimentalistas” ou as denominadas “substancialistas”?

Como afirmamos também em texto apresentado na IVR, esse questionamento torna ainda mais difícil e sofisticada a questão. Pode-se partir da teoria da subsunção ao realismo jurídico, passando pela visão intermediária de Hart, por MacCormick, Dworkin, Alexy e Habermas. Não obstante, temos considerada válida a tese do procedimentalismo quando fundado numa democracia deliberativa, o que é muito complicado em países como o Brasil com grandes diferenças sociais. E talvez aqui nos distanciemos um pouco da proposta do prof. Atienza, que nos parece mais substancialista, embora também não radicalizemos sobre essa tendência.

c) As perspectivas mais universalistas seriam ou não mais adequadas dos que as perspectivas relativistas na defesa dos Direitos Humanos, Fundamentais e Multiculturais?

Cresce muito hoje no Brasil e na América Latina uma discussão sobre um Direito particular desses povos e que estaria distante dos universalismos construídos de modo interessado por culturas hegemônicas, sob o manto da neutralidade e da imprescindibilidade. Esse é o grande debate levantado pelo multiculturalismo, principalmente por suas vertentes críticas da universalidade dos Direitos Humanos. Entendemos que aqui se encontra um dos pontos centrais de defesa da proposta do prof. Atienza.

d) Poder-se-ia falar em um Poder Judiciário gozando de autonomia e independência em face das ideologias e das conjunturas político-governamentais no Brasil?

Esse é um ponto difícil, mas que respondemos afirmando que não existem neutralidades quanto se fala ou exerce o Poder, podendo-se pensar talvez, com alguma reserva, no conceito de imparcialidade, trabalhado já há algum tempo. Ricardo Lorenzetti, ministro da Suprema Corte Argentina, já afirmou que todas as decisões judiciais possuem dois ângulos a ser considerados; um, externo, composto pelas razões explícitas fruto da legislação e da prática judicial; e outro, interno, resultante dos paradigmas ocultos que orientam as ações humanas. Isto explicaria por que sobre as

mesmas questões existem pontos diferentes em diferentes Câmaras dos Tribunais. E como exemplo refere o Direito do Consumidor X os interesses empresariais, que poderão ser ressaltados conforme esses paradigmas ocultos e próprios das mentes humanas nas composições das Câmaras Cíveis ou de Direito Empresarial dos tribunais.

e) Se poderia falar de uma influência da Globalização Econômica nas Decisões Judiciais brasileiras?

Não há como negar a evidência das influências internacionais decorrentes da Globalização Econômica sobre todo o Poder Político-Jurídico das Nações, composto pelo tripé Legislativo, Executivo e Judiciário. E acreditamos que esse aspecto restou demonstrado nos parágrafos anteriores escritos com base no prof. Atienza, de como é difícil a aplicação e efetivação do constitucionalismo em face dos interesses econômicos globais das grandes corporações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Continuamos seriamente preocupados em como pensar a racionalidade do Direito em meio a conflitos de princípios e complexidades de vários matizes. Alguns aplaudem as teorias da argumentação e da ponderação e outros as execram como subjetivistas. Igualmente, muitas vezes não são consideradas as complexidades contidas na ideia de “discurso” e há tempos demonstradas por Foucault. Prefere-se caminhar por uma suposta possibilidade de controle das relações entre o Direito e o poder através de positivações legislativas. Importante dizer também que continuamos ainda discutindo se as decisões judiciais devem ser prolatadas através de procedimentos formais e/ou substantivos “delegados” a um conjunto de funcionários do Estado, ou se deveriam ser o produto de debates e audiências com maior inclusão e participação da sociedade. Em meio às sociedades pós-modernas, nas quais prima o “desacordo” sobre muitos dos valores, encontramos ainda prioritariamente nas Faculdades de Direito defensores de moralidades supostamente universalizáveis e superiores umas às outras, sobretudo em questões de raça, gênero, religião, etc.

Em que pese o desgaste e as dificuldades sobre as condições de uma Filosofia do Direito Latina, ou de filosofias do Direito regionais na era da globalização, acredita-se que o prof. Atienza atingiu um muito bom, competente e cauteloso enfoque para essa discussão. Esperamos que as manifestações resultantes de nossas atuais pesquisas tenham pelo menos valorizado os debates trazidos por esse professor nesse importante encontro acadêmico realizado pela Escola de Altos

Estudos da UNIVALI.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria del discurso y derechos humanos**. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2005.

ATIENZA, Manuel. Una teoría pragmática del diritto. *In Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1/2012, pp. 123-134.

ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**. Otra forma de pensar el Derecho. Madrid: Editorial Pasos Perdidos, 2013.

ATIENZA, Manuel. **Una Filosofía del Derecho para o mundo latino**. Otra vuelta de la Tuerca. Mimeografado. Itajaí: Univali, 2015.

BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e Direitos humanos: um conflito insolúvel? *In: BALDI, César Augusto (coord.) Direitos Humanos e sociedade cosmopolita*. RJ: Renovar, 2005.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos-Renovar, 2006.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia Política**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2012.

BOBBIO, Norberto Bobbio. **Teoria Della scienza giuridica**. Turin: Giappichelli, 1950.

BOBBIO, Norberto. Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio. *In: SCARPELLI, Uberto (org.). Diritto e Analisi del Linguaggio*. Milano: Comunità, 1976. p.287-324.

BOBBIO, Norberto. La Teoria Pura del Diritto ed i suoi Critici. **Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano,1954.

BOBBIO, Norberto. **Teoria della Norma giuridica**. Torino: Giappichelli – Editore, 1958.

BOBBIO, Norberto. **Teoria dell' Ordinamento giuridico**. Torino: Giappichelli – Editore, 1960.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste dos Santos. Brasília: Editora Polis e UnB, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Il Positivismo Giuridico**. Torino: Editrice Cooperativa Libreria Universitaria,

1986.

BOBBIO, Norberto. *Natura e funzione della filosofia Del diritto. In: **Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico***. Milano: Edit. Comunità, 1965.

BOBBIO, Norberto. **Dalla Struttura alla Funzione**. Milano: Comunità, 1977.

BOBBIO, Norberto. *Essere e dover essere nella scienza giuridica. In: **Diritto e Potere***. Saggi su Kelsen. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Contribución a la Teoría del Derecho**. Tradução e organização Alfonso Ruiz Miguel. Valência: Ed. Artes Gráficas Soles SA, 1980. 404 p.

BOBBIO, Norberto. **L'Età dei diritti**. Torino. Giulio Einaudi editore, 1990.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. RJ: Campus, 1992.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva**. RJ: Edit. Lumen Juris, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. SP: Martins Fontes, 1999.

FARALLI, Carla. **A Filosofia contemporânea do direito**. Trad. Candice Premaor Gullo; revisão da trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, Política e Direito**. RJ: Lumen Juris editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Ed.Trota, 2010.

GUASTINI, Ricardo. *Manifesto di una filosofia analitica del diritto. **Rivista di filosofia del diritto***. Journal of Legal Philosophy, 1/2012, pp. 51-65.

GUASTINI, Ricardo. *Los juristas a busqueda de la ciência – relectura de Norberto Bobbio. **Revista de Ciências Sociais***. Valparaíso, n. 30, p. 119-133,1987.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Minton Camargo Mota. 3. ed. SP: Edições Loyola, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre faticidade e validade. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. De Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. 296 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, Editor Sucessor, 1976.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. Diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. SP, Cia. Das Letras, 1988.

LANFRANCHI, Enrico. **Um filósofo militante**. Política e cultura nel pensiero di Norberto Bobbio. Torino: Bollati Boringhieri editore, 1989.

LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial**. Fundamentos do Direito. Trad. Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Cláudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Repensando o ensino do Direito para sociedades multiculturais. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 25, p. 109-120, 2005.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.) **Faces do Multiculturalismo**. Santo Ângelo: Ediuri, 2007.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Sociologia Judiciária**. Porto Alegre: UFRGS, 2010. (mimeografado).

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades (Org.). **Direitos fundamentais e contemporâneos**. RJ: Lumen Juris, 2012.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Bobbio e a filosofia dos juristas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Estrutura e Função na Ciência do Direito**: Da Teoria de Norberto Bobbio às problemáticas multiculturais tardo modernas. **Seminário Da Teoria da Norma à Teoria do Ordenamento**. Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, Programa de Pós-Graduação em Direito. 1, 2 e 3 de Outubro de 2014. (palestra).

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. The importance of the Judiciary to the Justice and to the Democracy in the Brazil. Issues evaluative attached to judgments. Presented on Special Workshop "Law, Conscience and Democratic Societies", **XXVII World Congress of The International Associations for The Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)**, Washington DC, de 27 July – 1 August 2015.

PATTARO, Enrico. **Filosofia del Derecho, Derecho y Ciencia Juridica**. Trad. de Jose Iturmendi Morales. Madrid, Editorial Reus, 1980. 399 p.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. 509 p.

TAYLOR, Charles. et alli. (org). A Política de reconhecimento. *In: **Multiculturalismo***. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p.45-94.

DIÁLOGO CRÍTICO COM O GARANTISMO SOBRE EXPECTATIVAS IMPERATIVAS DE SEGURANÇA SOCIAL

Carlos Luiz Strapazzon¹

INTRODUÇÃO

As *expectativas de direitos*, normalmente, são tratadas como assunto externo à teoria dogmática do direito. Quer dizer, há um certo senso comum de que é conceito muito aproveitável para o desenvolvimento de análises sociológicas do direito, do que para o desenvolvimento da dogmática jurídica ou da teoria geral do direito. Vários ramos especializados da jurisprudência, no entanto, vêm reconhecendo a natureza de direito subjetivo a certos tipos de *expectativas*, identificadas como *legítimas expectativas* ou *justas expectativas*.

Neste estudo exploratório, procuramos trazer essa discussão para o campo dos direitos constitucionais. Sobretudo, para o âmbito dos direitos humanos fundamentais de segurança social. A nosso ver, o direito constitucional brasileiro passou a proteger *expectativas* de concretização de direitos fundamentais de modo rígido, institucionalizado e que permite essa aproximação conceitual e também alguns avanços. Em razão dessas mudanças profundas, parece que a teoria dos direitos fundamentais² precisa oferecer um adequado tratamento para as *expectativas de realização de direitos fundamentais*.

A teoria garantista do direito, por sua vez, que é uma teoria geral do direito e da democracia constitucional, elevou a categoria das *expectativas* ao primeiro nível de importância jurídica. Luigi Ferrajoli, na sua recente obra, *Principia Iuris*³, recupera o conceito de *expectativas* e o faz desempenhar, em seu sistema conceitual, um papel central para a compreensão da fenomenologia

¹ Pós-doutorado em Direitos Fundamentais (PUC-RS); Doutor em Direito Constitucional (UFSC); Professor do Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC; Professor de Direito Constitucional da Universidade Positivo, em Curitiba-PR. email: strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

² Ver, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10a. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; SARLET, Ingo W. "As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível." In SARLET, Ingo W **imensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-43.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: teoria del diritto e della democrazia. 2 vols. Roma: Laterza, 2007; ver também: CADEMARTORI, Sérgio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. "Principia Iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia." **Pensar**, no. 15.1 (2010): 278-302.

do *dever ser constitucional*.

Muito embora este trabalho ofereça uma crítica ao conceito de *expectativa de direito*, desenvolvido pela teoria garantista de Ferrajoli, reconhecemos que este texto é um esforço para seguir revisando a funcionalidade da noção de *expectativa* como *bem jurídico* protegido pelo direito constitucional, tomando como referência o modelo brasileiro. As conclusões parciais obtidas até aqui indicam que o desenvolvimento dessa temática, quer pelo viés da doutrina judicial das *legítimas ou justas expectativas*, quer pelo viés da doutrina da *proteção da confiança*, tem especial significado para a compreensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais a prestações legislativas e a prestações fáticas de natureza social. Por isso, um dos pressupostos deste estudo é que a compreensão da natureza vinculante (obrigacional) dos direitos constitucionais a ações positivas (quer do Estado e da sociedade), reclama refinamentos teóricos em relação ao uso, sobretudo na argumentação sobre direitos fundamentais, da categoria das *expectativas de direito*.

A tese principal aqui defendida é, assim, que em regimes constitucionais como o do Brasil, no qual direitos humanos de segurança social são direitos constitucionais fundamentais, as *expectativas* de concretização são *imperativas*. Quer isso dizer que são vinculantes e, nessa medida, são protegidas rigidamente como como direitos constitucionais subjetivos.

1. CRÍTICA À POSIÇÃO DE LUIGI FERRAJOLI

A teoria garantista do direito, que é uma teoria geral do direito e da democracia constitucional, elevou a categoria das *expectativas* ao primeiro nível de importância jurídica. Luigi Ferrajoli, na sua obra *Principia Iuris*⁴, recupera o conceito de *expectativas* e o faz desempenhar, em seu sistema conceitual, um papel central para a compreensão da fenomenologia do *dever ser constitucional*.

Ferrajoli explica que se, por um lado, o direito poderia continuar a ser interpretado como um sistema deôntico estruturado por *meras expectativas, frustrações* e condutas convergentes com as expectativas (espontâneas ou forçadas), como fez a tradição contratual-civilista, é melhor ver que o direito é um sistema deôntico com especificidades. Tal distinção reside no fato de que o direito é

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*: teoria del diritto e della democrazia. 2 vols. Roma: Laterza, 2007; ver também: CADEMARTORI, Sérgio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. "Principia Iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia." *Pensar*, no. 15.1 (2010): 278-302.

um sistema deôntico estruturado por *garantias primárias* (de previsão de uma obrigação ou dever), e por *garantias secundárias* (de sanção a condutas ilícitas ou de anulação de atos inválidos⁵. Essa especificidade existe para o direito, justamente, neutralizar as frustrações de *expectativas*. Para Ferrajoli, portanto, as *expectativas* não podem ser vistas como um conceito *externo* ao ordenamento jurídico. Elas têm existência jurídica e são protegidas por direitos e por sanções.

A partir dessa orientação teórica pode-se dizer que as *expectativas de direitos constitucionais* assumiram, em Ferrajoli, um *status superior*, porque não são fenômenos psicológicos, mas fenômenos jurídicos garantidos por obrigações e proibições constitucionais⁶. Assim, quando há um direito em sentido positivo ou em sentido negativo, para Ferrajoli, o titular do direito subjetivo tem, em favor de si, uma *expectativa* positiva ou negativa garantida. Aí estão as obrigações de prestar e as proibições de causar lesão⁷. Para o garantismo, portanto, “*direito subjetivo é qualquer expectativa [garantida] de prestação ou de não lesão*”⁸.

As *expectativas* decorrentes de obrigações e proibições não são, portanto, para o garantismo, elementos externos ao direito; meras intenções ou *quase-direitos*. Para Ferrajoli, todas as *expectativas jurídicas*, mesmo quando incluem uma faculdade, podem ser caracterizadas como direitos subjetivos de não lesão ou de prestação⁹. Isso significa que se não é permitida uma ação então haverá *expectativa garantida de omissão*; se não é permitida a omissão, *haverá expectativa garantida de ação*¹⁰.

De acordo com esse garantismo, reitera-se, as *expectativas de ação e de omissão* são fenômenos jurídicos garantidos porque são direitos subjetivos¹¹. Para não deixar dúvidas, Ferrajoli classificou os direitos subjetivos em quatro tipos. Essa é uma classificação que assume alta relevância para este trabalho, sobretudo a definição proposta para *direito-pretensão*, em face de sua correlação com a noção de *expectativa imperativa de direito fundamental prestacional*. Assim explica o autor do *Principia Iuris*:

⁵ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*: teoria del diritto e della democrazia, p. 166

⁶ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*: teoria del diritto e della democrazia, p. 651.

⁷ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*: teoria del diritto e della democrazia, p. 653.

⁸ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*: teoria del diritto e della democrazia, p. 641.

⁹ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*: teoria del diritto e della democrazia. p. 86, 641.

¹⁰ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*: teoria del diritto e della democrazia. p. 152.

¹¹ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris*: teoria del diritto e della democrazia. p. 151, 651; Ver também, FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Miguel Carbonell (Coord.) Madrid: Trotta, 2008, p.63

O uso corrente do termo “direito subjetivo” em direito revela quatro tipos de direitos: 1. **Direitos-potestade**: do qual decorrem os direitos potestativos que consistem na faculdade de criar atos preceptivos (imperativos), como ocorre com o direito de propriedade; 2. **Direitos-faculdade**: do qual decorrem os direitos de mero comportamento, de palavra, de associação, reunião. São as clássicas liberdades fundamentais. 3. **Direitos-imunidade**: do qual decorrem os direitos negativos de não violação, como o direito à vida, à liberdade pessoal, integridade física, à paz, defesa do ambiente; 4. **Direito-pretensão**: do qual decorrem as expectativas positivas de prestação, como os direitos de crédito e os direitos sociais¹².

Para os propósitos deste trabalho, o ponto que realmente importa na teorização das expectativas proposta pelo garantismo de Ferrajoli são dois: primeiro que as expectativas, no âmbito da teoria garantista do direito, já não podem ser vistas como *meras expectativas*, ou seja, como fenômeno completamente externo ao direito, sem qualquer proteção jurídica. E em segundo lugar, que expectativa jurídica é expressão revestida de segurança jurídica e, portanto, expectativas jurídicas sempre são judiciáveis.

A partir dessa teoria garantista é possível afirmar que se no sistema jurídico existe uma *expectativa* de ação, i.e, de comportamento positivo, existe também uma correspondente *modalidade* (uma obrigação) em vista da qual não é permitida a omissão. A obrigação de agir é, ela também, uma *garantia* do sistema jurídico, porque é um direito subjetivo a ser efetivado. E vice-versa¹³

Apesar da evolução de entendimento proposta pelo garantismo, quanto à natureza de direito subjetivo das *expectativas garantidas por direitos fundamentais*, há uma objeção que se pode opor: a teoria garantista não oferece soluções garantidoras (*sic*) da *efetividade das expectativas* nem da realização do *espírito cívico* que ela mesma reconhece como elementos fundamentais da efetividade sistêmica do ordenamento jurídico.

Ferrajoli menciona vários tipos de inefetividades possíveis num sistema de direitos fundamentais. Uns mais graves que outros. Há, segundo ele, sistemas jurídicos que sequer têm normas primárias definidoras de direitos fundamentais. Esses sistemas têm *lacunas estruturais ou sistêmicas*. O garantismo admite que no pólo oposto da inefetividade sistêmica está a *efetividade sistêmica*, com seus dois graus: o primeiro, que poderia ser chamado de *espontâneo* (a depender do senso cívico), e o segundo, chamado de *não espontâneo* (a depender do funcionamento do aparelho judicial).

¹² FERRAJOLI, L. **Principia Iuris**: teoria del diritto e della democrazia.p. 639.

¹³ FERRAJOLI, L. **Principia Iuris**: teoria del diritto e della democrazia.p.153.

Esta segunda forma de efetividade é a que se realiza sempre que atos inválidos são anulados, e sempre que danos causados por atos ilícitos são reparados e os agentes responsabilizados. Esta última é, como as garantias secundárias, uma efetividade subsidiária, isto é, assegurada pela força do Estado, via aparelho judiciário¹⁴. Daí o *accertamento* jurídico que, segundo Ferrajoli, é a forma de efetividade de segundo grau destinada a ocorrer sempre que a efetividade primária não ocorre¹⁵. A efetividade primária, como se vê, é um comportamento espontâneo e coerente, uma *virtude cívica* (no léxico republicano), para com o direito positivo. Mas o garantismo não admite que as garantias secundárias (atuação judicial) estejam a serviço *do controle e da eliminação de todas as expressões de arbitrariedades que violam direitos fundamentais*.

2. O GARANTISMO NO DIREITO CONSTITUCIONAL DO BRASIL

Neste ponto parece que o sistema constitucional brasileiro é mais garantista do que a própria proposta teórica de Luigi Ferrajoli. Note-se que a Assembleia Nacional Constituinte brasileira, ao criar direitos fundamentais a prestações de segurança social, criou também o delineamento básico de organização, procedimento e financiamento universal do sistema chamado aqui de Seguridade Social¹⁶, por orçamento próprio da segurança social, inclusive. Com isso, criou um modelo de *social security*¹⁷ destinado a proteger todos os titulares contra os riscos de muitas circunstâncias *arbitrárias* da vida, tais como a miséria e a exclusão social, o desemprego, a doença e acidentes, além de outros, que sujeitam as pessoas a condições de risco especial, como a maternidade, a viuvez, a orfandade. Esses direitos fundamentais de seguridade social existem (Art. 201 CRFB) para proteger seus titulares contra situações muitas vezes imprevisíveis (arbitrárias), ou situações de risco especial.

A atuação protetiva do Estado é, nesses casos, uma obrigação em sentido estrito, ou seja, um dever jurídico decorrente de um rígido e complexo direito constitucional subjetivo a prestações fáticas. Omissões ou proteção insuficiente, nesses casos, representam frustração de *justas expectativas* de atuação positiva do titular do dever (o Estado). Desse modo, é correto dizer que no Brasil os direitos fundamentais são escudos contra arbitrariedades do poder (abusos de autoridades

¹⁴ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*. p. 698-699.

¹⁵ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*. p. 334.

¹⁶ Cfe. Art. 194 da Constituição.

¹⁷ ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 1990

e outras formas de ilicitudes ativas ou por omissão), e são também *expressão da segurança jurídica* contra circunstâncias arbitrárias da vida econômica e da saúde.

3. EXPECTATIVAS DE DIREITO E A DIMENSÃO POSITIVA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL

Desde os primeiros trabalhos¹⁸ que vimos desenvolvendo sobre o tema da tutela das *expectativas* geradas por direitos fundamentais sociais a prestações, temos apontado para as conexões existentes entre tais *expectativas* e o postulado da *reserva do possível*. Essa abordagem parece ser necessária, ainda que seja um tema muito recorrente. No entanto, as pesquisas jurídicas preocupadas com a efetividade desses direitos fundamentais geradores de obrigações de prestar, como é o caso dos direitos fundamentais de segurança social, tem recebido pouca atenção quanto aos desdobramentos desse tema no contexto do direito constitucional do Brasil. Ocupar-se com o tema da *reserva do possível* é obter por uma abordagem que conduz o intérprete diretamente ao problema do controle jurídico das razões das omissões (legislativas, administrativas e judiciais em sede de direitos sociais) em face do argumento das limitações de recursos (sentido amplo) para a realização do direito social prestacional.

A *reserva do possível* é amplamente reconhecida como uma relevante limitação ao cumprimento de direitos prestacionais sociais. Seu significado mais elementar é o de que a realização concreta dos direitos fundamentais a prestações de bens e serviços (prestações fáticas) sempre é afetada por limitações objetivas de variadas naturezas, tais como a existência prévia de legislação, organização e infraestrutura, procedimentos, pessoas e também recursos financeiros. É dizer, a efetividade dos direitos humanos fundamentais a prestações de bens e serviços está sujeita, em alguma medida, à *primazia da realidade*, ou seja, às condições objetivas de sua realização material.

É preciso reconhecer a plausibilidade dessa tese. E não só por causa dos limites jurídicos, estruturais, pessoais, econômico-financeiros que se impõem à realização dos direitos de segurança social, mas porque a *reserva do possível* se aplica ao exercício de qualquer direito, já que nenhum devedor de uma prestação fática, seja Estado ou particular, pode ser obrigado a realizar o impossível, não é por outra razão que esse princípio radica no antigo direito romano, onde se

¹⁸ CADEMARTORI, Sérgio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. "Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia." *Pensar*, no. 15.1 (2010): 278-302; e STRAPAZZON, Carlos Luiz, SILVA, R.L.N. *Orçamento brasileiro da seguridade social e a proteção de direitos fundamentais*. Vitória, ES: Fundação Boiteux, 2012.

expressava pela máxima *impossibilium nulla obligatio est*¹⁹. Agora, há contextos singulares. Em regimes jurídicos como o do Brasil, onde há, no próprio texto constitucional, *direitos prestacionais sociais objetivos, diretrizes de organização* para a realização desses direitos, *diretrizes de procedimentos* e até mesmo princípios e regras de *orçamento próprio*, tudo formalmente estabelecidos para reger a existência e a realização dos direitos fundamentais de segurança social, a proteção constitucional dos bens jurídicos associados à segurança social é especialmente rígida (é direito estabelecido em texto constitucional) e de modo complexo e analítico (direitos, procedimentos, organização e orçamento). Revela-se, então, que em Estados Constitucionais com esse desenho institucional, o significado do dever de promover direitos fundamentais de proteção social não pode ser o mesmo do encontrado em outros regimes, nem tampouco a *reserva do possível* se orienta, exclusivamente, pelo sentido negativo, e tradicional, de “limitações financeiras”²⁰.

No Estado constitucional brasileiro a *reserva do possível* não é, apenas, um postulado interpretativo em sentido negativo, isto é, que freia e limita o alcance da legislação, das políticas públicas e da tutela judicial na realização de direitos sociais prestacionais. É, igualmente, um postulado interpretativo que impede, que induz e que protege a realização positiva de políticas públicas. Para isso a Constituição do Brasil prevê garantias institucionais²¹ e jurisdicionais para promover os objetivos constitucionais com os *recursos* e *reservas financeiras* disponíveis pela própria Constituição, notadamente, para a realização do nível mínimo *possível* em nosso modelo de Estado de Direito, de proteção e promoção dos direitos de segurança social.

A existência de um direito constitucional orçamentário exclusivo para a grande área da segurança social é o melhor exemplo desses novos contornos objetivos do conceito jurídico da *reserva do possível* no direito de segurança social do Brasil. É que a previsão constitucional de um orçamento específico — ou seja, que não se confunde com o orçamento fiscal — para custear a realização dos direitos humanos de segurança social, representa uma incomum inovação constitucional e, portanto, uma forma extraordinária encontrada pela Assembleia Nacional Constituinte de *proteger as expectativas de concretização desses direitos*. É forma jurídica rígida

¹⁹ Ver, Celsus, 50.17.185, In. **Digestorum seu Pandectarum**, disponível em: <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-50.htm#17>; ver tb. ZIMMERMAN, Reinhard, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Clarendon Paperbacks, Oxford University Press, 1996, p. 693-694

²⁰ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depend on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

²¹ São instituições constitucionais de garantia de direitos fundamentais sociais, no Brasil: a) o Ministério Público, nos termos do Art. 127 e seguintes, da Constituição; b) o Sistema Único de Saúde, nos termos do Art. 198 e seguintes, da Constituição;

porque tem assento constitucional e é também complexa porque oferece fundamentos constitucionais para a criação de recursos financeiros, organização e procedimentos básicos para que as políticas públicas e o controle judicial possam realizar e tutelar o respeito e a promoção desses direitos.

O postulado da *reserva do possível*, enquanto postulado jurídico que aponta para *limitações objetivas de efetivação dos direitos a prestações de bens e serviços* (organização, procedimentos, recursos financeiros, pessoas) tem, no ordenamento jurídico brasileiro, por conseguinte, uma face negativa e outra positiva. A face negativa ainda tem aquele sentido original de *impossibilium nulla obligatio est*, conhecido pela tradição do antigo direito romano²², e envolve-se com o postulado da *primazia da realidade*, ou seja, adverte para os limites objetivos na realização dos direitos. Como a concretização de expectativas a prestações positivas não pode estar baseada em idealismos economicamente irresponsáveis, mas em informações precisas quanto aos *recursos realmente disponíveis* e *quanto à racionalidade dos meios de sua utilização*, esse tipo de inovação institucional é extremamente relevante. A face positiva da *reserva do possível* é visível na positivação constitucional do orçamento da segurança social, nos procedimentos e na organização constitucional do sistema brasileiro de segurança social. A Assembleia Nacional Constituinte, além de fixar órgãos e procedimentos, também estabeleceu um orçamento próprio da segurança social para garantir a proteção mínima possível das expectativas de concretização geradas por esses direitos.

Por isso, não se pode imputar ao sistema brasileiro de direitos de segurança social, nenhum idealismo. Os recursos do orçamento público da segurança social estão objetivamente estabelecidos em conceitos percentuais e estão constitucionalmente reservados à concretização das expectativas constitucionais mínimas. Essa reserva financeira do possível é, contudo, um bem jurídico fundamental e, dada a sua natureza positiva, está juridicamente protegida contra a gestão administrativa e financeira ineficiente, contra medidas normativas restritivas não razoáveis e contra desvios das finalidades protetivas e promocionais.

Em sistemas que contam com essa complexa e rígida proteção de expectativas de concretização de direitos humanos de segurança social, como é o caso do Brasil, não se pode recusar

²² Ver, Celsus, 50.17.185, *In. Digestorum seu Pandectarum*, disponível em: <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-50.htm#17>; ver tb. ZIMMERMAN, Reinhard, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Clarendon Paperbacks, Oxford University Press, 1996, p. 693-694

a estreita conexão que há entre a *reserva do possível* e o *dever de proteção progressiva direitos fundamentais sociais*²³.

Disso tudo se infere que a gestão do orçamento público da segurança social não se rege, exclusivamente, pelos critérios tradicionais da gestão do orçamento fiscal (equilíbrio atuarial e financeiro). Ambos estão sujeitos, obviamente, ao controle de constitucionalidade, inclusive abstrato, portanto, estão sujeitos ao controle de proporcionalidade e razoabilidade²⁴. É que os orçamentos públicos não são geridos por regras simples de cálculo atuarial. Orçamentos públicos são mobilizados para os mais variados fins e podem ser ajustados aos fins prioritários de um sistema de bens fundamentais²⁵.

O orçamento da segurança social, os órgãos e os procedimentos estabelecidos pela Constituição do Brasil para a proteção dos direitos a prestações sociais não são, por certo, bens que gozam de uma preferência absoluta em face de outros bens igualmente fundamentais. Assim, tanto o princípio do equilíbrio atuarial e financeiro, como as regras transitórias que destinam recursos para fins meramente fiscais podem ser graves limitações, mas apenas para períodos e circunstâncias excepcionais muito sérias. E isso porque toda e qualquer intervenção (seja normativa, administrativa ou omissiva) que implique em restrição ou violação desses direitos que — por protegerem direitos humanos fundamentais, e por estarem rígida e complexamente sustentados no texto constitucional — reclamam consistente justificação constitucional de sua adequação e necessidade.

4. TOLERAR ARBITRARIEDADES

O garantismo de Luigi Ferrajoli é crítico das inefetividades sistêmicas do direito, mas é tolerante com inefetividades *não-sistêmicas*. Ora, isso significa que inefetividades que decorrem da omissão arbitrária do estado ou da sociedade em face de direitos subjetivos constitucionais a prestações, não têm uma resposta jurídica apropriada do garantismo. Luigi Ferrajoli, quanto a isso, oferece uma defesa ao Estado social em relação ao sistema de regras, mas é uma defesa liberal do estado social. O que significa que, para o garantismo defendido no *Principia Iuris*, a separação de

²³ Cfe. Art. 2o, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, PIDESC.

²⁴ Ver, Supremo Tribunal Federal. MC-ADI 4.048-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 14.05.2008.

²⁵ International Parliament Union. Parliament, the budget and gender. Edited by MP (Uganda) Joachim Wehner (Germany) and Winnie Byanyima. IPU, 2004.

Poderes é valor mais importante que a proteção das pessoas contra omissões diante de situações de risco. Ou seja, nessa teoria, a *forma republicana clássica das funções dos poderes* fornece uma função tradicional para o Poder Judiciário, fazendo com que as formas da democracia, neste aspecto, tenham preferência até sobre a dignidade da pessoa humana.

Totalmente diversa [da discricionariedade legislativa] é a discricionariedade judicial e de outras funções de garantia, a qual intervém na específica atividade tendencialmente cognitiva que é a aplicação da lei, seja ordinária ou constitucional (D12.12). Seu espaço é circunscrito à sujeição à lei, e se limita, por isso, à interpretação das normas aplicadas: as normas constitucionais, pelos juízes constitucionais [...]; as legislativas pelos juízes ordinários. Diversamente da discricionariedade política, que se manifesta nas escolhas legislativas e administrativas que produzem novo direito em respeito à constituição, a discricionariedade da jurisdição e das outras funções de garantia se manifesta unicamente nas escolhas interpretativas, ou seja, no “significado” das normas a aplicar, a começar pelo direito constitucional estabelecido.

Isso deve bastar para dissipar o espectro do assim chamado “governo dos juízes”, verdadeira obsessão de uma parte da filosofia jurídica e política e, obviamente, de cunho político. Mesmo o juízo de constitucionalidade consiste, de fato, na aplicação substancial da lei e é, por isso, uma atividade cognitiva não distinta, do ponto de vista epistemológico, de qualquer outra jurisdição: daqui se extrai a sua legitimação legal, como político-representativa, que remete, como visto nos §§ 12.6-12.11, à separação e independência das funções de governo (T12.115).²⁶

Como se vê, no interior do discurso garantista de Ferrajoli, as *expectativas* positivas e negativas não devem ser amplamente garantidas pela atuação judicial, ou seja, por garantias jurisdicionais.

5. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E *EXPECTATIVAS IMPERATIVAS*

Esta abordagem dos direitos constitucionais fundamentais de segurança social como direitos geradores de *expectativas jurídicas imperativas* é uma sugestão de refinamento da teoria garantista de Luigi Ferrajoli. O uso dessa categoria, do modo como se deseja fazer aqui, facilita a compreensão da força normativa vinculante das *expectativas* geradas por direitos fundamentais a prestações de segurança social, ou seja, revela os vínculos jurídicos de natureza obrigacional e, portanto o *dever* jurídico de *atuação responsiva do Estado e da sociedade* em relação a esses direitos, que existem em regimes constitucionais como o do Brasil, no qual é possível judicializar a omissão arbitrária na prestação desses bens e serviços.

Conceituar as *expectativas* geradas por direitos fundamentais de segurança social como

²⁶ FERRAJOLI, L. *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia.*, 77, v. II.

expectativas imperativas parece elucidar as conexões existentes entre direitos fundamentais, preferências fundamentais da sociedade democrática e a dimensão *responsiva* da democracia.

Direitos fundamentais geradores de *expectativas imperativas* são preferências fundamentais dos representados. Regimes democráticos *responsivos* (que respondem adequadamente às preferências da cidadania) não relegam esse tipo de preferência ao arbítrio de sujeitos privados, a representantes políticos ou a maiorias simples. Em regimes democráticos *responsivos*, a cidadania guarda para si o *direito* de exigir sua realização *por todas as vias autorizadas*, notadamente pelas vias judiciais.

Algumas áreas da jurisprudência brasileira já refinaram o uso do termo *expectativa jurídica* de modo que já se pode ver aproximações doutrinárias ao significado recomendado aqui. Essas evoluções semânticas da jurisprudência derivam de uma sensibilidade aguda quanto à natureza de *direito subjetivo* de certos tipos de *expectativas*. O que há de inovador na ideia aqui exposta, portanto, é o esforço para demonstrar que os avanços conceituais já estabilizados em muitas áreas especializadas do direito brasileiro devem ser estendidos, com mais razão, para a proteção dos direitos fundamentais a prestações positivas, como são os de segurança social.

Pela orientação dada pela versão mais conservadora dos direitos civis-liberais, o conceito de *expectativas* não se confunde com o de *direito subjetivo*. Essa tradição se acostumou a admitir uma natureza, por assim dizer, *ideal* das *expectativas* (espécie de estado de ânimo). Por outro lado, admitiu a natureza objetiva dos direitos (espécie de legalidade e de jurisprudência). Isso significa, entre outras coisas, que a frustração de *expectativas*, no paradigma clássico civilista, não poderia ser judicializada, dada a sua natureza externa ao direito.

A jurisprudência que será analisada a seguir, contudo, evidencia que a *expectativa* é categoria que não se restringe à condição de antecedente psicológico de um *direito*, como formulado pela perspectiva civil-liberal. Revela mais: explicita que a jurisprudência brasileira utiliza uma *noção forte de expectativa* à qual assume natureza jurídica de direito subjetivo diante de omissões arbitrárias. Essa jurisprudência tem sido respaldada pela doutrina privatista²⁷, porém em nome da *proteção da confiança*, o que é compreensível para um paradigma jurídico assentado no modelo contratual de obrigação.

²⁷ Ver, quanto a isso, o excelente trabalho, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. "A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos." *Revista de Direito Privado*, 2002: 169-225.

6. DISCUSSÃO DE CASOS

Caso constitucional de aplicação da noção de expectativa, com efeito imperativo, é o julgamento, no Supremo Tribunal Federal, da ADPF 167-6. O tema diz respeito com a competência recursal (ou originária) do Tribunal Superior Eleitoral para julgar Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED). Nesse caso, um partido político (o PDT) reclamou revisão jurisprudencial de decisão do Tribunal Superior Eleitoral em face de *texto claro e preciso* de regra constitucional de competência recursal, o art. Art. 121 § 4º, III.²⁸ Apesar de o texto constitucional ser explícito quanto à competência recursal (e não originária) do Tribunal Superior Eleitoral, o STF, em decisão plenária, entendeu que a regra constitucional não poderia ser aplicada, pois seguir o § 4º. do Art. 121 seria contrariar as *justas expectativas* dos jurisdicionados já estabelecida e mantida ao longo de quatro décadas de firme jurisprudência eleitoral. No voto que proferiu no Tribunal Superior Eleitoral, o ministro José Delgado, lembrou que há mais de 40 anos o Tribunal Superior Eleitoral sustenta o entendimento de que, por simetria constitucional, o órgão que julga o pedido de registro de candidato, e expede o diploma dos eleitos, não deve julgar o recurso contra o ato da diplomação. Esse seria, portanto, um entendimento ultras sedimentado²⁹ na jurisprudência brasileira. No entendimento do Ministério Público Federal, eram fortíssimas as razões de manutenção da jurisprudência impugnada tendo em vista o fato de que ela se cristalizou há mais de quatro décadas e que os atores políticos relevantes têm pautado nela a sua atuação³⁰. Importante ver, para os propósitos deste trabalho, que o plenário do Supremo Tribunal Federal e o parecer da Procuradoria Geral da República convergiram: devia a Justiça manter a orientação jurisprudencial de quarenta anos, mesmo contra a letra da Constituição da República. Tudo parece indicar que as *expectativas* desses protagonistas eleitorais não eram *meras expectativas*, mas expectativas tão vinculantes que deveriam prevalecer em caso de eventual antinomia com regra constitucional de competência.

A jurisprudência da Suprema Corte do Brasil reconhece, como se vê, que uma situação jurídica que se consolida ao longo de muito tempo de prática reiterada cria *legítimos direitos* exigíveis. E isso não só no caso de haver jurisprudência uniforme sobre o tema, já que por este ângulo se poderia dizer que a *expectativa* foi gerada pelo próprio Estado, por via da interpretação oficial do direito. Não. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que a

²⁸ Art. 121. § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;

²⁹ Cf. p. 643.

³⁰ Ver, Procuradoria Geral da República. ADPF 167. Parecer n. 448. 17.09.2009.

administração pública também se sujeita a reconhecer direitos subjetivos criados pela simples fluência de longo período de tempo de tolerância com uma determinada prática social. Ao tolerar, por longo prazo, uma prática, o Estado “culmina por consolidar justas expectativas no espírito do administrado e, também, por inculcar, nele, a confiança da plena regularidade dos atos estatais praticados”³¹

O uso do termo *expectativa jurídica* pela jurisprudência, entretanto, não é unívoco. Há pelo menos dois usos regulares: por um lado, *mera expectativa* e, por outro, *justas expectativas*. A jurisprudência dos tribunais superiores distingue de modo explícito uma de outra, estabelecendo, assim, uma qualidade jurídica diferenciada para a última. O que é preciso evidenciar, agora, é o sentido forte que a expressão *justa expectativa* assumiu na jurisprudência brasileira.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça adota a noção de *justas expectativas* em questões que envolvem, sobretudo, responsabilidade civil por ato ou omissão irregular de particulares. Aplica, nesses casos, o que se denomina de *doutrina da perda de uma chance*. Para o referido Tribunal, “desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética” as *expectativas* são justas e pode haver lesão indenizável em caso de *frustração injustificada*³². O direito das relações civis, portanto, distingue a mera expectativa daquelas outras, mais *sérias, reais e razoáveis*. Estas aparecem sempre que alguém, podendo evoluir para uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. Esse ilícito, por tudo que se sabe, pode ser uma *omissão*.

Há outras ocasiões para aplicação do argumento das *justas expectativas* ou *expectativas legítimas*, como categoria diferenciada de (meras) *expectativas*. Trata-se de seu uso no âmbito das relações de trabalho. Nesse ramo do direito social é bem assentado, por exemplo, o uso do argumento da boa-fé objetiva. É conceito que se aplica largamente, tanto nas relações pré-contratuais, quanto nas contratuais e pós-contratuais. No âmbito das relações trabalhistas pré-contratuais,

[S]e a parte que deixa de celebrar o contrato, após gerar na outra a justa expectativa de que iria concluí-lo, desatende o dever de lealdade, como também os deveres instrumentais de informação, de aviso e esclarecimento, sendo passível de reparar o correspondente dano³³.

³¹ Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 28.821-DF. 14/06/2011

³² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1190180-RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 16.11.2010.

³³ BARACAT, Eduardo Milleo. **A boa fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003. p.123

Mas não é só nas relações contratuais que o conceito se aplica no direito do trabalho. O caso da estabilidade provisória (ou não) dos membros eleitos como suplentes de uma Comissão Interna de Proteção contra Acidentes é bom exemplo de aplicação, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, do conceito de *justas expectativas*, no campo da representação profissional no ambiente de trabalho.

Assim que publicada a Carta de 1988, havia dúvidas sobre se a imunidade provisória contra despedida arbitrária, ou sem justa causa, garantida para os empregados que ocupam cargos de direção nas Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA). A polêmica era por causa da pretensão trabalhista de estender tal estabilidade provisória, igualmente, aos membros suplentes da CIPA. É certo que os suplentes não têm as mesmas competências dos titulares, posto que, à primeira vista, apenas os que ocupam cargo de direção (é o texto do Art. 10,II, a do ADCT da Constituição da República) deveriam aproveitar essa proteção especial. Numa leitura textual, o suplente teria *a mera expectativa* de estabilidade, pois não “dirige”, efetivamente, uma CIPA; o que o suplente tem, *prima facie*, é *mera expectativa* de dirigi-la. Essas são hipóteses. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendeu que essa expectativa de direito do suplente da CIPA, não é *mera*, mas *especial*, ou *justa*. Por isso decidiu que “indeferir essa garantia e permitir a dispensa arbitrária ou sem justa causa [de suplentes] seria [frustrar] a expectativa de direito daquele que, eventualmente, poderá vir a exercer a titularidade do cargo”³⁴

Como se vê, a doutrina das *justas expectativas*, ou das *expectativas legítimas* — razoáveis, sérias e reais, isto é, fundadas na boa-fé, na ética e na segurança jurídica — já não pode ser tratada como questão de mera hipótese teórica: é noção amplamente adotada pela doutrina e jurisprudência brasileira. Sua aplicação abrange as relações políticas, civis, administrativas e trabalhistas; ou seja, os domínios dos contratos de direito privado, dos atos unilaterais, dos contratos de direito público e dos contratos de direito social.

É saliente que tal orientação é construção jurisprudencial a desafiar o sentido ético dos contratos e dos atos unilaterais de qualquer pessoa jurídica, ao menos tal como desenvolvido mais tradicionalmente pelo paradigma civil-liberal. Parece evidente, também, que em todos os casos contratuais em que o conceito de *justas expectativas* foi invocado, não era só um interesse particular que estava em questão. Em todos a jurisprudência procurou resguardar a força jurídica

³⁴ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 205.701-SP. Relator: Min. Maurício Correa. 01.12.1997. Segunda Turma.

dos atos e contratos desde que adequados a uma certa concepção de bem comum, ou seja, a uma concepção que não tolera um uso arbitrário do direito.

Essa atuação da jurisdição em defesa de *justas expectativas* — e não só de direitos — ou seja, a atuação da jurisdição em defesa de uma noção ampliada de *bem jurídico*, parece ser em tudo, e por tudo, perfeitamente captada pela categoria das *expectativas imperativas*, quando aplicada no âmbito dos direitos fundamentais *prestacionais de segurança social*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina da discricionariedade jurisdicional professada pelo garantismo de Luigi Ferrajoli, apesar de sua pretensão de teoria geral, não apresenta soluções para a função jurisdicional em Estados constitucionais que adotam um sistema misto de controle de constitucionalidade, nem para regimes que prevêem instituições e meios judiciais para controlar omissões em face de situações de risco especial ou de adversidades causadas por circunstâncias arbitrárias da vida. Desse modo, parece que a separação estrita estabelecida pela teoria garantista de Ferrajoli entre *juízes constitucionais e juízes de direito*, se é adequada para o modelo italiano, não atende às especificidades do modelo brasileiro de controle institucional e de jurisdição e, portanto, assim como está, não tem condições de fornecer uma noção forte de *garantia secundária* para a teoria brasileira dos direitos fundamentais a prestações sociais.

Em sistemas como o do Brasil, todos os juízes classificados por Ferrajoli como *ordinários*, são também juízes constitucionais. Obviamente que, nessas circunstâncias, a função jurisdicional assume uma dimensão política completamente distinta daquela assumida pelos juizes sem jurisdição constitucional do contexto italiano, posto que *nenhum* juiz é subjugado pelas leis, ao menos não nesse sentido conferido por Ferrajoli. A concepção de discricionariedade jurisdicional proposta pelo garantismo de Ferrajoli não é funcional para sistemas autorizados a realizar o controle abstrato de constitucionalidade, com decisões judiciais de efeito *erga omnes*. Nesses casos, a atividade jurisdicional assume uma discricionariedade política não captada pela teoria garantista, mas já prevista, no entanto, pelo seu precursor, Hans Kelsen.

Por fim, onde a teoria garantista, tal qual esposada no segundo volume do *Principia Iuris*, melhor revela sua vinculação ao paradigma liberal de Estado de Direito — o que só por si não é nenhum problema e não faço aqui nenhum juízo de valor sobre as preferências políticas do autor,

é antes uma limitação de análise de modelos constitucionais existentes na realidade atual — é na ausência de enfrentamento conceitual para *o controle judicial das omissões arbitrárias* diante do dever de proteger direitos constitucionais subjetivos a prestações fáticas. A teoria garantista, ao postular uma *jurisdição sujeita à legalidade*³⁵, mesmo que a legalidade tenha um sentido amplo (lei = constituição), insinua, paradoxalmente, uma preferência pelo modelo democrático parlamentar da *soberania política*, e não pelo modelo democrático de soberania constitucional. Essa preferência deveria ser justificada tendo em conta também os modelos de democracias constitucionais de fora do contexto europeu. O garantismo esposa, assim, uma concepção de *checks and balances* que não oferece uma resposta à altura dos desafios conceituais postos para regimes que adotam um *checks and balances* em sentido positivo e, assim, o *controle judicial positivo das omissões inconstitucionais*.

A sugestão deste trabalho é que a teoria garantista poderia adotar o caso brasileiro para refinar suas posições teóricas e reconhecer a contribuição do constitucionalismo latino-americano para sentido contemporâneo que se deve atribuir ao *garantismo*. No Brasil, e segundo o modelo constitucional existente, o Poder Judiciário é uma instituição de garantia secundária da responsividade sistêmica da Democracia Constitucional. Se esta perspectiva se distancia do paradigma parlamentar europeu com juízes constitucionais circunscritos a Cortes independentes do Poder Judiciário, responde mais realisticamente a experiências constitucionais vigentes. E isso pode dar sentido e coerência à tese garantista de que *expectativas* de concretização de direitos fundamentais a prestações podem ser tuteladas e garantidas pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARACAT, Eduardo Milleo. **A boa fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. "A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos." **Revista de Direito Privado**, 2002: 169-225.

CADEMARTORI, S.; STRAPAZZON, C.L. "Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia." **Pensar**, no. 15.1 (2010): 278-302.

³⁵ FERRAJOLI, Idem, 2007, p. 879-885.

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM. Disponível em: <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-50.htm#17>

ESPING-ANDERSEN, Gosta. **The Three Worlds of Welfare Capitalism**. Princeton: Princeton University Press, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia**. 2 vols. Roma: Laterza, 2007.

International Parliament Union. **Parliament, the budget and gender**. Edited by MP (Uganda) Joachim Wehner (Germany) and Winnie Byanyima. IPU, 2004.

HOLMES, Stephen, and Cass SUNSTEIN. **The cost of rights: why liberty depend on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10a. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. "As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível." *In Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, by Ingo Wolfgang SARLET, 15-43. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRAPAZZON, Carlos Luiz, SILVA, R.L.N. **Orçamento brasileiro da seguridade social e a proteção de direitos fundamentais**. Vitória, ES: Fundação Boiteux, 2012.

ZIMMERMAN, Reinhard, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Clarendon Paperbacks, Oxford University Press, 1996.

PÓS-POSITIVISMO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: ACEITABILIDADE RACIONAL COMO PARÂMETRO PARA A RECONSTRUÇÃO DA VALIDADE NO DIREITO¹

João Paulo Allain Teixeira²

1. POSITIVISMO VERSUS PÓS-POSITIVISMO NO PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Surgido no contexto de uma reelaboração teórica surgida no contexto europeu a partir do final da II Guerra Mundial, o Pós-Positivismo nasce a partir da proposta de uma releitura da tradição jurídica até então dominante e a fundação de um referencial teórico alternativo para a compreensão das condições aceitabilidade normativa. Este referencial é construído a partir da atribuição de um papel destacado para as constituições e para a jurisdição constitucional, enquanto instância reconhecida como legítima intérprete dos direitos fundamentais. O Pós-Positivismo, forjado a partir da crítica ao formalismo jurídico, propõe o estabelecimento de um diálogo estreito entre direito e moral. É por isso mesmo, fortemente impregnado pela compreensão de que as constituições representam sobretudo valores que conferem estatura jurídico-normativa à condição humana. Daí a importância dos discursos em torno do referencial da “dignidade humana”, modelo normativo-principlológico do qual decorrem as características mais evidentes do constitucionalismo europeu do pós-guerra. Enquanto resposta aos regimes autoritários e totalitários que resultaram no holocausto, o Pós-Positivismo oferece um conjunto de pautas morais e mecanismos de interpretação e aplicação do direito introduzindo critérios materiais quanto à aferição da validade do direito. Nesse horizonte, questões ético-morais, relegadas pela tradição liberal clássica a um segundo plano, assumem status diferenciado, orientando e conduzindo a compreensão do direito enquanto ordem normativa especificamente voltada à realização dos direitos fundamentais.

O modelo positivista clássico, dominante entre a Revolução Francesa e a II Guerra Mundial,

¹ Texto adaptado a partir de TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das Decisões Judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. 128 p. e TEIXEIRA, João Paulo Allain. Crise Moderna e Racionalidade Argumentativa no Direito: O Modelo de Aulis Aarnio. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, v. 154, n.abr/jun, p. 213-227, 2002.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD-UNICAP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD-UFPE). Líder do Grupo de Pesquisa Recife Estudos Constitucionais (REC-CNPq). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNICAP (PPGD-UNICAP).

perde força em virtude após a ascensão do nacional-socialismo e as experiências totalitárias sobretudo na Alemanha.

Propõe-se assim, uma nova arquitetura jurídica a partir da superação do positivismo clássico e a afirmação de uma pauta capaz de realizar os valores inerentes à condição humana. Assim, se no positivismo a forma mais elevada de expressão jurídica é a lei, no pós-positivismo a lei passa a ser interpretada através de uma perspectiva constitucional. A chamada “constitucionalização do direito”, demanda uma permanente vinculação do intérprete aos parâmetros axiológicos estabelecidos pela Constituição. Sob o ponto de vista da separação de poderes, este processo implica em uma perda do protagonismo legislativo e um empoderamento do judiciário, a quem cabe a missão de concretizar o direito. Da mesma forma, as técnicas de decisão fundadas no princípio majoritário, típicas do modelo de construção de consensos nos moldes positivistas, cedem espaço ao desenvolvimento de formas de decisão contra-majoritárias no direito, tal como ocorre com a jurisdição constitucional.

2. PÓS-POSITIVISMO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

No horizonte pós-positivista desenvolvem-se técnicas argumentativas voltadas a legitimar a aplicação do Direito. É sobretudo a partir do final da II Guerra Mundial que nasce a moderna Teoria da Argumentação Jurídica.

Topik und Jurisprudenz de Theodor Viehweg, representa a abertura de novos caminhos para a metodologia jurídica a partir do resgate da tradição jurídica greco-romana.

O olhar de Viehweg volta-se para a experiência da jurisprudência romana, onde o fundamento das decisões provém de uma prática discursiva elaborada em torno do caso concreto, sem estar condicionado pelo pensamento lógico-dedutivo.

O ponto de partida de Viehweg está no questionamento da aplicação da racionalidade científica de tradição positivista no âmbito do direito, cuja pretensão máxima consiste em associar a tarefa do cientista a uma tarefa meramente descritiva. Assim, Viehweg constata que pertencem ao domínio jurídico preocupações que não são propriamente cognitivas, como os valores, que influenciam o pensamento jurídico.

Para Viehweg, “o formalismo puro [...] não desenvolve progressivamente a formalização de um território real, [...] mas projeta, *ab ovo*, como a matemática, uma série de cálculos formais, que

são logo aplicáveis a este ou àquele campo, dotando-os de um ou outro preceito de interpretação.”³

A mudança de referencial teórico acontece através da rearticulação da metodologia jurídica em torno da tópica aristotélica e ciceroniana em contraposição ao método sistemático tradicionalmente consagrado pela Modernidade. Assim, a tópica representa uma técnica de pensamento por problemas, sendo uma técnica de pensamento que se orienta para o problema e não para o sistema.⁴

Como explica Viehweg, o problema é algo previamente dado e que atua como um guia. Com isso, o problema seria “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta”.⁵ Por outro lado, o sistema representa um “conjunto de deduções previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere a resposta”.⁶

Como nota Tercio Sampaio Ferraz Jr., existe uma íntima correlação entre sistema e problema, mas isto não impede que um ou outro pólo da relação possa ser acentuado. As diferentes formas de enfatizar a relação caracterizariam justamente a diferenciação entre pensamento problemático e pensamento sistemático. “A diferença entre eles se localiza na precedência concedida ou ao problema ou ao sistema no próprio processo de pensar”.⁷

O pensamento sistemático parte da totalidade. Não havendo adequação do problema em relação ao sistema, estes são então desconsiderados, considerados como problemas mal formulados ou falsos problemas. De outra sorte, o pensamento problemático partindo da parte (o problema), busca a sua solução através de uma seleção de sistemas que seja com ele compatível.⁸

Para levar a cabo a sistematização da jurisprudência seria necessário encontrar uma ou várias proposições que servissem de fundamento para a dedução de todas as demais proposições. Apesar de a decisão fundada num processo lógico-dedutivo ser o grande ideal do pensamento jurídico moderno, uma tal concepção esvazia o conteúdo significativo existente na vida prática.⁹

³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 79.

⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**, p. 17 e 33.

⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**, p. 34.

⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**, p. 34.

⁷ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** - Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 1989, p. 296.

⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**, p. 34-35.

⁹ RECASÉNS SICHES, Luís. **Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica “Razonable”**. México: Fondo de Cultura Económica,

Sobre o modelo de Viehweg, vale a advertência de Manuel Atienza sobre a dificuldade de encontrar soluções “justas” a partir de conceitos e proposições extraídos da própria Justiça. Como lembra Atienza, o desafio não reside na proclamação de fórmulas vazias sobre a Justiça (que em nada contribui para o raciocínio jurídico), mas criar métodos de controle racional que viabilize discutir de modo controlado as questões referidas à Justiça.¹⁰ Nesse sentido, uma teoria satisfatória da jurisprudência precisa ser complementada por um procedimento discursivo racional nos limites de uma teoria geral da argumentação.¹¹

Não enfatizando axiomas e postulados demonstrativos, a tópica tem como conceitos básicos fórmulas de reconhecida força persuasiva variáveis no tempo e no espaço. Tais fórmulas são lugares argumentativos (*topoi*) destinados à *ars inveniendi*.¹²

Explica Tercio Ferraz Jr. que “de um modo geral pode-se dizer [...] que a tópica vinculada à jurisprudência fez desta menos um método e mais um estilo de pensar, que dizia respeito mais a aptidões e habilidades e que se reproduzia por imitação e invenção, na medida em que constituía para os juristas, uma atitude cultural de alto grau de confiabilidade nas suas tarefas práticas”¹³

3. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E VALIDADE NO DIREITO

O conceito de validade é possivelmente um dos conceitos nucleares da teoria jurídica. Apesar de sua relevância conceitual, as divergências metodológicas quanto ao seu tratamento parecem dificultar a dimensão da sua relevância.

Nesse sentido, destacamos a proposta metodológica oferecido pelo finlandês Aulis Aarnio, Professor da Universidade de Helsinki. Aarnio propõe a rediscussão do conceito de validade como forma de compreender a fundamentação racional do direito.

Usualmente associa-se em teoria jurídica as noções de validade e vigência, de um tal modo que o direito válido é aquele que está em vigor. Com isso, a constatação de que uma norma é válida decorre diretamente da sua vigência e vice-versa. Como nota o professor finlandês, uma tal

1971, p. 425.

¹⁰ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** – Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2003, p. 54-55.

¹¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação** – Uma Contribuição ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 136.

¹² FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** - Técnica, Decisão, Dominação, p. 298.

¹³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** - Técnica, Decisão, Dominação, p. 299.

definição é insuficiente, sendo possível enumerar três idéias distintas do conceito de validade, cada uma delas refletindo diferentes consequências para a teoria do direito.¹⁴

Socorrendo-se de Wroblewsky, Aarnio designa tais concepções através dos conceitos de validade sistêmica, validade efetiva e validade axiológica (aceitabilidade). Daí admitir-se que a vigência enquanto qualidade do direito, pode ser aplicada em qualquer dos sentidos acima. Tratem-se sucessivamente destas três concepções de validade

A primeira concepção de validade está associada à tradição clássica do direito que vincula as qualidades relativas à validade a uma adequação à norma fundamental, nos moldes da Teoria Pura do Direito.

Nesse caso, no tocante à validade formal é possível enumerar duas noções diferentes, através da análise das noções de validade interna e validade externa. No primeiro conceito temos uma preocupação da validade enquanto critério de aferição da pertinência de uma norma ao sistema. No segundo caso, a validade se ocupará da própria validade do sistema enquanto tal.¹⁵

A prática jurídica tradicional parece importar-se unicamente com a validade em sua modalidade interna, como se o simples fato de a norma haver sido elaborada de acordo com os procedimentos estabelecidos pelo próprio sistema fosse suficiente para a determinação da sua validade. Esta noção refere-se à validade em sentido estrito. Com isso, a preocupação usual dos operadores jurídicos está restrita a uma noção restrita do conceito de validade.

Esta é também o centro das preocupações da teoria pura do direito, onde Kelsen reduz a validade a uma relação inter-normativa tendo como fundamento último o dever-ser supremo encerrado pela *Grundnorm*. A preocupação de Kelsen consiste em fechar o direito no mundo do dever-ser, impedindo que elementos do mundo do ser possam servir de fundamento para a validade normativa.¹⁶

Como nota Aarnio, uma tal perspectiva bem poderia ser interessante se buscássemos respostas para a validade interna do sistema. Passando para o plano da validade externa, a teoria pura do direito já não consegue nos dar respostas satisfatórias. Isso significa que a teoria pura do direito não consegue estabelecer a fundamentação do sistema enquanto tal. É por isso que a

¹⁴ AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 43.

¹⁵ AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit, p. 44.

¹⁶ AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit, p. 44.

fundamentação do direito precisa ser discutida além dos marcos teóricos da tradição formalista da teoria pura do direito.

De acordo com a Teoria Pura do Direito, não dispomos de nenhum critério para a aferição da juridicidade de uma norma por critérios outros que não sejam a sua própria validade formal. Nesse sentido, o que permitiria atribuir juridicidade a uma prática seria simplesmente a vontade de uma autoridade investida pelo ordenamento.

No que se refere ao tema pluralismo jurídico, temos dificuldades adicionais. Assim, se tomarmos dois sistemas normativos (S1 e S2), cada um deles dispondendo da sua respectiva norma fundamental conferindo-lhe a validade (G1 e G2), com base em que critérios diríamos que um sistema é válido e o outro não? Esta situação é ilustrada por Aarnio através do exemplo clássico do confronto entre a ordem jurídica estatal e a ordem jurídica da Mafia, em que o recurso ao raciocínio tradicional da dogmática não consegue nos explicar porque devemos considerar a ordem jurídica estatal como sendo válida e a ordem mafiosa inválida.¹⁷

Em certa medida, esforçou-se Kelsen para sair deste impasse recorrendo ao princípio da efetividade. Assim a separação entre ser e dever-ser é atenuada em sua rigidez pela própria teoria pura do direito, que admite que a norma fundamental confere força ao sistema conquanto seja ele uma ordem jurídica globalmente efetiva. Nas palavras de Aarnio, “[...] há algo do mundo do Sein que se torna uma condição necessária de obrigatoriedade de um sistema de normas jurídicas”¹⁸

Assim, o problema das práticas extra-estatais consiste simplesmente em ilicitudes, por contrárias que se apresentem ao direito estatal. A relação de dever-ser é construída a partir de fundamentos meramente formais. Por isso, é preciso buscar elementos materiais que fundamentem a própria validade do sistema, e não apenas as normas que o compõem.

A fundamentação do direito a partir da Teoria Pura do Direito não passa por nenhuma consideração de ordem axiológica. Assim, a moralidade não guarda qualquer relação com a obrigatoriedade do direito.

Em busca de uma fundamentação moral do direito, Aarnio passa a discutir a noção de validade sistemática externa. Com efeito, é possível entender a validade externa de um sistema

¹⁷ AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit, p. 46.

¹⁸ “Donc quelque chose Qui appartient au monde du ‘Sein’ – effectivité (efficacy) – devient une condition nécessaire de l’obligatorieté d’un système de normes juridiques” AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit, p. 46.

tanto em sentido formal como em sentido material. Tal discussão deságua inevitavelmente no tema da legitimidade de um sistema normativo.

Com apoio em Alcksander Peczenik, Aarnio elabora duas diferentes perspectivas sobre a norma fundamental¹⁹:

G1 – A constituição deve ser (legalmente) respeitada.

G2 – Se certas razões essenciais (E), certos fatos sociais (F) e certos critérios morais mínimos (M) existirem, então a norma G1 deve ser respeitada.

Observando as duas formulações, percebemos que na primeira, G1, há uma clara inspiração kelseniana para a fundamentação do direito, nos moldes da teoria pura do direito, onde o dever-ser é fundamentado por um dever-ser superior; a formulação contida em G2 por sua vez, permite a fundamentação do dever-ser a partir de elementos do mundo do ser.

Assim, como nota Aarnio, a fundamentação de um sistema jurídico deve obedecer às exigências morais mínimas. Com isso, a juridicidade de uma ordem estaria condicionada à presença do respeito a certos critérios morais. Com isso, os sistemas jurídicos existentes em regimes autoritários ou totalitários como aquele vigente na Alemanha nazista deve ser rejeitado.

Validade sistêmica não se confunde com validade efetiva. A validade da norma em sentido efetivo diz respeito à sua real efetividade em contraposição a uma norma formalmente considerada.

A validade efetiva de que aqui se cogita, porém, não se refere ao fato de que a conduta dos cidadãos seja orientada regularmente pela norma, mas à aplicação efetiva pelos órgãos de poder. Para esta perspectiva, o direito é realizado na sociedade quando posto em aplicação pelos órgãos do poder. Trata-se aqui de admitir o sistema jurídico como um sistema coercitivo.²⁰

Uma concepção representativa desta idéia de efetividade das normas jurídicas é o realismo jurídico, de acordo com o qual o objetivo da ciência jurídica é a análise das práticas das autoridades tendo em vista a previsão do que as autoridades farão no futuro.

Na lição de Aarnio, quando o Parlamento edita uma norma, ele não faz apenas indicações sobre um estado de coisas particular. Ele dirige apenas o comportamento social. Através da norma, as pessoas adotam certas imagens que definem a ação delas. Enquanto atividade social, estas imagens se situam para além do indivíduo e através deles se forma a relação de significação e de motivação que ligam os indivíduos entre si.

¹⁹ AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit, p. 47-48.

²⁰ AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit, p. 50.

Nasce assim uma ideologia normativa, e esta ideologia é sentida como uma realidade obrigatória. As decisões se submetem a esta ideologia, e as autoridades ocupam uma posição decisiva do ponto de vista da validade do direito. Por esta razão, a ideologia normativa que as autoridades adotam determina qual o direito válido na sociedade.²¹

Assim, a validade de uma norma jurídica significa que esta norma deve ser encontrada numa ideologia normativa que é considerada obrigatória. Dizer que uma norma é efetiva permite que possamos apresentar adequadamente a ideologia que um decididor sente como obrigatória. Assim, só é efetivo o direito que guia realmente a atividade das autoridades.²²

Uma norma é válida se a autoridade se conduz ela mesma de acordo com o que a norma exige, e a autoridade age desta maneira, se ela considera que a norma é obrigatória; a norma motiva de algum modo a ação da autoridade.²³

Passando para o plano da validade em sentido axiológico, Aarnio observa que quando se fala de validade axiológica, esta freqüentemente se associa ao direito natural como fundamentação do direito positivo. Mas como nota Aarnio, existem outros tipos de critérios axiológicos que desempenham relevante papel para a compreensão da validade no direito.

Assim, em alguns casos encontraremos normas que apesar de formalmente válidas, não são aplicadas.

Uma possível explicação seria dada pelo entendimento segundo o qual essa norma não corresponde ao sistema de valores predominante na sociedade. Por isso, como bem percebe Aarnio, nem todas as normas que são formalmente válidas possuem garantia de que vão dispor de aceitabilidade axiológica. Do mesmo modo, é possível admitir que uma norma regularmente aplicada por uma autoridade esteja em conflito com o sistema de valores predominante. Em outras palavras, a norma é formalmente válida e efetiva sem, contudo, ser aceitável do ponto de vista de um sistema de valores.²⁴

Isto se deve em grande medida ao ideal de segurança jurídica que precisa erigir defesas contra o arbítrio e em certo sentido também pela necessidade de estabelecer um certo controle racional sobre as decisões jurídicas.

²¹ AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit, p. 53.

²² AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit, p. 53-54.

²³ AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit, p. 54.

²⁴ AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit, p. 57.

Mas a realidade nem sempre corresponde com o ideal de racionalidade, antes se apresentando preenchida de elementos irracionais, tão presentes na crise do direito moderno. Por isso, preferimos com Aarnio a reconstrução do conceito de validade em torno da idéia de aceitabilidade racional.

Assim, para Aarnio, uma norma é válida em uma sociedade se forem atendidos alguns pressupostos que não se esgotam na validade interna, antes demandando também uma fundamentação externa e uma fundamentação moral²⁵.

Assim, para Aarnio, uma norma é aceitável (válida) em uma sociedade se as pessoas forem racionais na argumentação delas e se um certo conjunto de valores prevalece.²⁶

Como visto, podemos nos referir à validade em três sentidos: como validade formal, efetividade e aceitabilidade. Explica Aarnio que os problemas teóricos aparecem quando tentamos utilizar uma das significações deste conceito como sendo o tipo autêntico de validade.

Não obstante, a validade axiológica parece ser a mais importante quando falamos de justificação. A base da justificação de uma interpretação consiste frequentemente em argumentos “extra-jurídicos”, dentre os quais encontramos uma certa referência a um certo sistema de valores.

É unicamente à luz da validade axiológica que é possível compreender a relatividade das interpretações. A validade sistêmica, no sentido interno, como no sentido externo, é apenas uma das condições prévias de aceitabilidade.

4. ACEITABILIDADE E JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES JUDICIAIS

É possível estabelecer um referencial conciliatório entre segurança e justiça no direito a partir do entendimento da noção de racionalidade como razoabilidade, tal como proposto por Aulis Aarnio.

²⁵ AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit, p. 57-58. No mesmo sentido, veja-se a seguinte consideração de Perelman, para quem o “... ceticismo acerca do papel da razão prática apresenta, por sua vez, um duplo inconveniente. Reduzindo ao nada o papel e as esperanças tradicionais da filosofia, ele abandona a fateres irracionais, e afinal de contas à força e à violência individual e coletiva, a solução dos conflitos concernentes à prática. Recusa, por outro lado, qualquer sentido à noção de razoável, de modo que, como as expressões ‘escolha razoável’, ‘decisão razoável’, ‘ação razoável’ passam a ser apenas racionalizações, falsas aparências, fica impossível que as discussões e as controvérsias possam terminar de outro modo que não seja pelo recurso à força, a razão do mais forte sendo sempre a melhor ...Se rejeitarmos esse niilismo, se acreditarmos que nem tudo que concerne aos valores é arbitrário e que os juízos de realidade não são inteiramente independente deles, afastaremos como infundado o fosso aberto pelo positivismo entre os juízos de realidade e os juízos de valor” PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 152-154.

²⁶ AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit, p. 58.

Neste ponto, é possível identificar um certo nível de influência habermasiana em Aarnio. Em Habermas a tensão entre segurança e justiça se manifesta através do binômio facticidade e validade. Afirma Habermas que as decisões judiciais não de satisfazer simultaneamente a um duplo requisito: consistência com o ordenamento jurídico e aceitabilidade geral.

Temos assim duas dimensões, quais sejam, a da justificação interna e a da justificação externa, explicando que o problema da racionalidade da jurisprudência consiste em como pode a aplicação de um direito contingentemente surgido ser realizada de modo internamente consistente e externamente fundada de modo racional a fim de garantir simultaneamente segurança jurídica e justiça²⁷.

Como Aarnio, Habermas vai se opor à *Reine Rechtslehre*, afirmando que a validade de uma norma é o resultado de uma permanente tensão entre facticidade (validade social) e legitimidade, por ele relacionada a uma validade racional ou comunicativa. Trata-se de reconhecer que as normas jurídicas devem possuir uma dupla dimensão: por um lado, o cumprimento habitual, e por outro lado, a coação que o assegure.

Em Habermas, papel decisivo na legitimação das normas vai desempenhar o processo de criação normativa, que deverá seguir um procedimento consensual e argumentativo de acordo com uma razão comunicativa. A isto estaria relacionada a própria realização da democracia. Por isto pode-se dizer que o direito só cumpre *racionalmente* a sua função integradora quando é fruto do discurso racional fundado em um processo participativo.²⁸

Nesse sentido, parece acertado dizer que a certeza jurídica está relacionada com a necessidade de evitar a arbitrariedade. Por outro lado, a boa aplicação do direito depende que o resultado seja razoável, ou em outras palavras aceitável.

A aceitabilidade como conceito-chave nesse processo corresponde, portanto, a um esforço em direção da reconstrução teórica do tradicional conceito de validade no direito.

Legislação e jurisdição não são dois momentos isolados, permitindo uma total autonomia entre o abstrato e o concreto. Aulis Aarnio mostra que existe relação entre quem dita o texto (o

²⁷ "El problema de la racionalidad de la administración de justicia consiste, por tanto, en que la aplicación de un derecho surgido contingentemente pueda hacerse de forma internamente consistente y fundamentarse externamente de modo racional, para asegurar simultáneamente la *seguridad jurídica* y la *rectitud o corrección normativas*". HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Madrid: Trotta, 1998, p. 268.

²⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 20-21.

legislador), e quem o interpreta (o juiz ou o administrador). Mas é também importante lembrar que o intérprete está em relação com outros membros da audiência interpretativa. Portanto a decisão a ser proferida não pode ser satisfatória exclusivamente para quem a dita. Necessário se faz então que as decisões judiciais possam alcançar um nível de aceitabilidade geral.²⁹

Aarnio rejeita a tese de que a segurança do direito só possa ser alcançada através da tese da uma “única decisão justa”, sem, entretanto, admitir o perigo das decisões fundadas num alto grau de subjetividade. Trata-se aqui precisamente de encontrar um ponto intermediário, onde seja possível encontrar a “melhor interpretação”.

Para ser encontrada a “melhor interpretação”, diz Aarnio ser necessário que a audiência siga os princípios do discurso racional. Nesse sentido, o resultado da interpretação não seria a “verdade” no sentido tradicional de correspondência com o real, mas uma verdade criada através do debate no processo argumentativo.

A necessidade desse processo fica muito clara ante a ambiguidade e vagueza da língua, quando percebemos que muitas vezes a linguagem é fator de incerteza. Nesta situação, a incerteza pode advir tanto sobre a dúvida a respeito do sentido contido em certo texto quanto da dificuldade em saber qual dos sentidos encontrados é o mais adequado. Nesses casos, a aplicação do direito depende em grande medida de uma atitude inequivocamente valorativa.

Em uma sociedade verdadeiramente democrática parece difícil encontrarmos um acordo geral com fundamento em valores, dada a relatividade existente. Não obstante, será possível encontrar um consenso valorativo a partir da posição dos valores da maioria.

Nesse sentido, o conceito de aceitabilidade encontra-se ligado ao conteúdo material da interpretação e não à forma do raciocínio ou às propriedades do procedimento de justificação nele mesmo³⁰.

Assim, não é o processo de raciocínio que é razoável, mais apropriadamente, porém, fala-se do resultado razoável da interpretação. Para ser aceitável, este resultado deve corresponder ao conhecimento e ao sistema de valores da comunidade jurídica.

Com isso, a aceitabilidade substancial teria como referência duas propriedades distintas: de

²⁹ AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonné** – La Justification en Droit, p. 27-28.

³⁰ Não é por outro motivo que a experiência da Alemanha nazista deve ser rejeitada. Com efeito, tal concepção de direito não alcança “os mínimos requisitos de padrões morais”, contrariando toda a herança cultural do ocidente. *In*: AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonné** – La Justification en Droit, p. 17.

um lado a solução tem que estar de acordo as leis, como forma de assegurar a presunção de legalidade; por outro lado a solução encontrada não pode ir contra a moralidade social vigente, como forma de assegurar a presunção de razoabilidade.

Nesse sentido, no tocante à racionalidade formal das decisões judiciais, propõe-se, uma mudança de enfoque da racionalidade sistêmica para a racionalidade argumentativa. No que concerne ao conteúdo, seria possível identificar a “melhor” decisão quando do processo de argumentação racional resultasse uma decisão aceitável, isto é, razoável.

A busca pelo juiz pela resposta acontece assim, de modo discursivo, e, portanto, intersubjetivo. Da teoria do discurso faz depender a aceitabilidade da decisão, não da qualidade dos argumentos, mas da estrutura do próprio processo argumentativo.³¹

Como se percebe, Aarnio reaproxima o direito da moral, dotando-o de um conteúdo que pode ser encontrado durante o próprio processo argumentativo. Assim, os conceitos de legalidade e razoabilidade são reciprocamente complementares, proporcionando a passagem do Estado de direito (dimensão formal) para o Estado de justiça (dimensão material).

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AARNIO, Aulis. **Le Rationnel comme Raisonnable** – La Justification en Droit. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** – Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação** – Uma Contribuição ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** - Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 1989.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Madrid: Trotta, 1998.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³¹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**, p. 55.

RECASÉNS SICHES, Luís. **Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica “Razonable”**. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Crise Moderna e Racionalidade Argumentativa no Direito: O Modelo de Aulis Aarnio. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, v. 154, n.abr/jun, p. 213-227, 2002.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das Decisões Judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. 128p.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

NORBERTO BOBBIO E O PÓS-POSITIVISMO: ENTRE ELEMENTOS DE TRANSIÇÃO E CONTRASTES NA DOUTRINA

Luciene Dal Ri¹

INTRODUÇÃO

A obra de Norberto Bobbio tem uma considerável contribuição ao estudo da filosofia e da teoria geral do direito, bem como da política do século XX.² Em âmbito jurídico, a influência de Bobbio explica-se principalmente por meio do estudo do positivismo normativo, manifesto em artigos e livros.³

A trajetória de pesquisa de Bobbio é muito ampla, sendo marcada por reflexões analíticas influenciadas por autores como Santi Romano, Tullio Ascarelli e Hans Kelsen, além de poder ser dividida em diferentes fases.⁴ A primeira fase é dedicada a problemas específicos de filosofia e de teoria geral do direito, abordando temas estranhos ou contrapostos ao positivismo jurídico, como na obra “*L’analogia nella logica del diritto*”⁵, publicada em 1938, em artigos sobre o costume como fato normativo, a interpretação da lei, e a pessoa como valor do direito.⁶

¹ Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma – La Sapienza. Mestre em Estudos Medievais pela Pontificia Università Antonianum. Professora no curso de graduação em Direito e no programa de pós-graduação *Stricto Sensu*, Mestrado e Doutorado, em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Endereço e-mail: luciene.dalri@univali.br.

² Norberto Bobbio é um filósofo do direito e da política italiano, nascido em Turim em 1909 e morto na mesma cidade no ano de 2004. Bobbio foi professor de filosofia do direito nas universidades de Siena (1938), de Padova (1940) e de Turim (1948), onde também ensinou filosofia política até 1984. Além de sua atividade de pesquisa e no magistério superior, Bobbio participou da luta contra o fascismo e desempenhou o cargo político de senador vitalício da República Italiana a partir de 1984. *Dizionario di filosofia politica* (Treccani). BOBBIO, Norberto. Disponível no site http://www.treccani.it/enciclopedia/norberto-bobbio_%28Dizionario-di-filosofia%29/, acessado em 14 agost. 2014.

³ O sucesso da obra de Bobbio na América Latina e na Espanha é fruto de uma história de publicações e baseada em interesses ligados à teoria do direito e à filosofia política, como poder e democracia. No Brasil, as obras de Bobbio foram particularmente evidenciadas por Miguel Reale, filósofo do direito e civilista. O sucesso de Bobbio no Brasil seria atribuído por Celso Lafer (Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*. In: CARDIM, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil: Um Retrato Intelectual**. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2001, p. 75) ao fato do filósofo “analisar problemas concretos colocados pela experiência jurídica”.

⁴ Esclarecedora a colocação de Miguel Reale (Norberto Bobbio, um jusfilósofo de nosso tempo. In: CARDIM, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil: Um Retrato Intelectual**, p. 20): “Não concordo, pois, com aqueles que apreciam o pensamento de Norberto Bobbio de maneira estático-formal, pois o fato inegável de sua predileção pelas investigações de claro rigor racionalista não exclui o fato de sua experiência de pensador ter sofrido naturais mutações, desde as suas simpatias iniciais por Husserl e a fenomenologia”.

⁵ BOBBIO, Norberto. **L’analogia nella logica del diritto**. Torino: Istituto giuridico della R. Università, 1938. O livro foi republicado em 2006 na Itália pela editora Giuffrè.

⁶ Cito como exemplo os seguintes artigos e obras: BOBBIO, Norberto. **L’indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica**. Torino: Istituto giuridico della R. Università, 1934; Id. **Scienza e tecnica del diritto**. Torino: Istituto giuridico della R. Università,

A partir de 1949, Bobbio entra em uma segunda fase de pesquisa e dedica-se ao estudo crítico do positivismo jurídico, sendo que é a partir de 1954 que ele assume uma clara concepção filosófica neopositivista, analítica e particularmente crítica ao jusnaturalismo. Dentro dessa perspectiva, Bobbio busca o conceito e o valor do direito, por meio da distinção entre fatos e valores; aproximando-se (mesmo que muitas vezes de forma crítica) ao positivismo normativo e em particular à doutrina de Hans Kelsen.⁷ A pesquisa de Bobbio, em teoria geral do direito, aprofunda-se então no estudo da natureza proposicional das normas, da sua tipologia e da coerência e completude do ordenamento jurídico em sua complexidade.

Na década de sessenta, observa-se, em alguns escritos de Bobbio, o afastamento em certos pontos da doutrina de Hans Kelsen e a flexibilização de elementos da teoria juspositivista. Tal fato pode ser bem constatado por meio de dois artigos voltados à contribuição de Tullio Ascarelli⁸, e do livro 'Giusnaturalismo e positivismo giuridico', publicado em 1965.⁹

A flexibilização de elementos da teoria juspositivista torna-se parte de um processo de mudança de foco, na pesquisa no autor italiano. O posterior desenvolvimento da pesquisa de Bobbio é permeado por um contexto de crise da ciência jurídica e das ciências em geral, onde o autor italiano voltasse para a elaboração de uma teoria funcionalista do direito, complementando a teoria estrutural de Kelsen.¹⁰

A teoria é desenvolvida principalmente na obra "Da estrutura à função", uma coletânea de textos que evidencia o direito não mais como mero ordenamento coercitivo, mas com função

1934; Id. L'interpretazione delle leggi e la ragion di Stato. In: **Scritti giuridici in onore di Santi Romano** / AA.VV. - Padova: CEDAM, 1939. - Vol 1, p. 387-401; Id. Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione. In: **Rivista internazionale di filosofia del diritto**. 20, fasc. 4-5 (lug.-ot. 1940), p. 266-270; Id. Il valore del diritto. In: *Archivio di filosofia*. 12, n. 1-2 (1942), p. 156-161; Id. Persona e società nella filosofia dell'esistenza. In: **Studi critici** / AA.VV. - Milano: Bocca, 1942. p. 13-31; Id. **La consuetudine come fatto normativo**. - Padova: CEDAM, 1942, 92 p.; Id. Libertà e azione nella filosofia dell'esistenza. In: **Archivio di filosofia**. 12, n. 1-2 (1942), p. 172-173.

⁷ LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, prefácio, p. XIX. Dicionario di filosofia politica (treccani), disponível no site http://www.treccani.it/enciclopedia/norberto-bobbio_%28Dizionario-di-filosofia%29/, acessado em 14/08/2014.

⁸ Tullio Ascarelli (1903-1959) foi um jurista e professor italiano, judeu e anti-fascista que se ocupou de Direito Comercial e Teoria Geral do Direito. A obra de Ascarelli denota influencia do idealismo historicista, por meio de Benedetto Croce. Ascarelli viveu no Brasil entre 1941 e 1946, quando foi professor no curso de Direito da Universidade de São Paulo, posteriormente voltou à Itália onde voltou a exercer a docência. Quanto aos dois artigos citados de Bobbio, são respectivamente de 1964 e 1969: "Tullio Ascarelli". In "Belfagor", XIX, 1964, p. 411 ss.; e "L'itinerario di Tullio Ascarelli". In **Studi in memoria di Tullio Ascarelli**. Milão: Giuffrè, 1969, vol. 1, p. LXXXIX-CXL.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: Giappichelli, 1993, prefazione, p. VII.

¹⁰ Ver BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007. O volume reúne a maioria dos escritos de teoria do direito elaborados após a obra *Studi per una teoria generale del diritto* (também uma coletânea). OLIVEIRA JÚNIOR, José Alceu de. Prefácio. In PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 14.

promocional, por meio das sanções positivas, visando “adequar a teoria do direito às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado social”.¹¹ O autor busca por meio dessa abordagem “suplantar a disparidade entre teoria geral do direito tal qual é e a mesma teoria tal como deveria ser, em um universo social em constante movimento”.¹²

Neste artigo, propõe-se a análise de alguns escritos de Bobbio, no âmbito da teoria geral do direito, questionando se a flexibilização de alguns aspectos da doutrina positivista, voltando suas pesquisas para a interpretação jurídica, a função social do direito e as normas premiais permitem compreender a sua concepção do Direito como positivista ou pós-positivista.

O questionamento surge particularmente da contraposição entre os escritos de Mario Losano e de Manuel Atienza, quanto à concepção positivista ou pós-positivista do Direito em Bobbio. Para tanto, faz-se necessário entender o movimento teórico do positivismo jurídico, bem como a relação de Bobbio com essa teoria do direito, denotando noções e conceitos que permitam a resolução do problema jurídico em questão. Posteriormente, analisa-se a concepção de pós-positivismo nos escritos de Bobbio e confrontam-se escritos de Mario Losano e de Manuel Atienza sobre o tema.

1. POSITIVISMO JURÍDICO E ORDENAMENTO JURÍDICO: Kelsen e Bobbio

O termo *jus positivum* é usado desde o período medieval¹³ e concerne a “aquilo que é por convenção ou posto pelos homens”, em contraste com o direito natural que é posto por algo além do homem e está presente na natureza. O contexto histórico mais denso que leva à formação do positivismo jurídico encontra-se por meio da formação do Estado, que assume paulatinamente o monopólio da força legítima e do direito, por meio da emanção de leis, enquanto fonte primária do ordenamento jurídico, subordinando todas as outras fontes tradicionais do direito.¹⁴ A base da

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, Prefácio, p. XI.

¹² BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, Prefácio, p. XII.

¹³ Bobbio atribui à Abelardo, no 'Dialogus inter philosophum, judaeum et christianum', a aparição pela primeira vez da contraposição de um 'direito positivo' (e não mais 'legal') ao 'direito natural': "Jus aliud naturale, aliud positivum dicitur" (O direito é dito ora natural, ora positivo). O direito positivo é aquele instituído pelos homens, seja por meio do costume (direito não escrito), ou por meio da autoridade de uma ordem escrita. "Il criterio fondamentale della distinzione è in questo caso quello che è andato, come vedremo, prevalendo: il diritto positivo è il diritto posto dagli uomini in contrasto con il diritto non posto dagli uomini, che a questi viene imposto da qualcuno o qualcosa che li trascende, Dio o la natura, dove Dio rappresenta il creatore, la natura la realtà da Dio creata". BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e giuspositivismo**, endereço: http://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo-e-giuspositivismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, acessado em 07/09/2015.

¹⁴ "Il positivismo giuridico si afferma attraverso la formazione dello Stato moderno che sorge sulle rovine della società feudale pluralistica, e che a poco a poco assume, insieme con il monopolio della forza legittima su un determinato territorio, anche quello

teoria juspositivista é expressa de forma clara a partir de Thomas Hobbes, no século XVII, e do pensamento racionalista do século XVIII, muito embora a consolidação dessa concepção como doutrina ocorra apenas no final do século XVIII e início do século XIX.¹⁵

O positivismo jurídico é uma concepção que nasce quando 'direito positivo' e 'direito natural' não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo 'positivo' ao termo 'direito' torna-se um pleonasmo mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, *o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*.¹⁶

O Estado assume a pretensão monista de ser o único a estabelecer o direito, por meio da lei, vinculando a atividade do juiz a essas. O direito apresenta-se então como fruto da autoridade e emanção de quem detém o poder de legislar e coagir.¹⁷

Se oggi vi è ancora una tendenza a identificare il diritto col diritto statale, essa è la conseguenza storica del processo di accentramento del potere normativo e coattivo che ha caratterizzato il sorgere dello stato nazionale moderno.¹⁸

Com essas premissas, o positivismo jurídico distingue-se profundamente, desde o século XIX, do positivismo filosófico e daquele sociológico, sendo marcado por conceber o direito como um fato (e não como um valor), definido pela sua imperatividade (ordem de comando) e coatividade (regulamentação do uso da força), tendo como fonte preeminente a legislação proveniente do Estado (ou de um outro ente, desde que com a permissão daquele), a ser interpretada pelo jurista

della produzione giuridica attraverso la continua emanazione di norme in forma di legge, che diventano la fonte primaria del diritto, cui vengono subordinate tutte le altre fonti tradizionali: la consuetudine, la giurisdizione, la giurisprudenza intesa come il diritto prodotto dai giuristi e il diritto ricavabile dall'osservazione della natura delle cose, il diritto naturale appunto. La consuetudine ha vigore solo in quanto sia riconosciuta dalla legge; il diritto dei giuristi ha valore solo consultivo; il giudice si trasforma a poco a poco in funzionario dello Stato e, in quanto tale, secondo la famosa espressione di Montesquieu, è la "bouche de la loi"; il diritto naturale entra in scena soltanto in caso di lacuna della legge scritta [...] Nonostante la nascita del positivismo teorico in Inghilterra attraverso Hobbes, il diritto inglese ha continuato a essere prevalentemente non legislativo e per tradizione creato dai giudici attraverso l'istituto del precedente obbligatorio". BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e giuspositivismo**, endereço: http://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo-e-giuspositivismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, acessado em 07/09/2015.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 58 ss. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15 ss. Na página 22 da citada obra, o autor procedendo pelo seu típico método analítico de contraposição estabelece seis critérios de distinção entre o direito natural e o direito positivo. Observa-se que o autor acompanha uma tendência presente também em algumas fontes romanas de sobreposição entre o *ius gentium* e o *ius naturale*.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26.

¹⁷ "Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*". BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27 e 36.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: Giappichelli Editore, 1993, p. 11.

de forma mecanicista, ou seja, considerando mais a declaração presente na norma do que a possibilidade de interpretação criativa e evidenciando o caráter de obediência.

O contexto em que esses elementos são colocados evidencia a necessidade de dar unidade ao conjunto de normas jurídicas aplicadas em sociedade, até então concebidas de forma fragmentária (considerando de forma isolada os diferentes ramos do direito) e, portanto, não sistêmica, gerando incerteza jurídica e permitindo arbitrariedades. Devido a essa necessidade, no início do século XX, desenvolve-se dentro do positivismo jurídico a doutrina do direito como ordenamento jurídico, enquanto conjunto de normas, como se observa na contribuição de Hans Kelsen para a teoria geral do direito.¹⁹

1.1 Hans Kelsen

Na primeira metade do século XX, Hans Kelsen desenvolve sua teoria do positivismo jurídico normativo, impulsionando seu estudo em toda a Europa.²⁰ O positivismo normativo de Kelsen é a continuação e refinamento do positivismo jurídico do século XIX, evidenciando a concepção do direito como ordenamento, formando uma estrutura que se manifesta por meio de um conjunto de normas jurídicas coerente e completo, vigente numa sociedade e estabelecendo a organização do aparato coativo.²¹ A unidade do ordenamento jurídico dentro do positivismo jurídico é concebido a partir de um ponto de vista formal, ou seja, concernente ao modo pelo qual as normas são postas, pela autoridade de um único ente (o Estado).²²

¹⁹ “Con l'affermazione del positivismo giuridico nasce la teoria generale del diritto ovvero lo studio dei concetti giuridici fondamentali tratti dal diritto positivo e presuntivamente validi per ogni ordinamento giuridico”. BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e giuspositivismo**, endereço: http://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo-e-giuspositivismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, acessado em 07/09/2015.

²⁰ LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, prefácio, p. XXI ss. Interessante evidenciar que “O encontro intelectual com Kelsen coincidiu com a necessidade de renovação que permeou a Itália após o final da guerra e com a insatisfação de Bobbio a propósito da filosofia puramente especulativa” a primeira tradução ao italiano da obra chave do positivismo jurídico no século XX, “Teoria pura do direito” de Hans Kelsen, foi realizada por Renato Treves, um estudioso de filosofia do direito próximo de Bobbio.

²¹ O Direito como ordem coercitiva: é muito presente em Kelsen a concepção do direito como normas que estabelecem um nexo de imputação entre o lícito e o ilícito. “Uma ordem social que busca efetuar nos indivíduos a conduta desejada através da decretação de tais medidas de coerção é chamada ordem coercitiva. [...] Nesse sentido, o Direito é uma ordem coercitiva”. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 26 s. No mesmo sentido: “Finalmente, uma ordem social pode – e é este o caso da ordem jurídica – prescrever uma determinada conduta precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem, como a privação dos bens acima referidos, ou seja, uma pena no sentido mais amplo da palavra”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 26.

²² Kelsen concebe o Estado moderno também por meio de uma progressiva juridificação que o leva à definição do Estado como ordenamento jurídico, porque o poder é totalmente legalizado. “É usual caracterizar-se o Estado como uma organização política. Com isto, porém, apenas se exprime que o Estado é uma ordem de coação. Com efeito, o elemento “político” específico desta organização consiste na coação exercida de indivíduo a indivíduo e regulada por essa ordem, nos atos de coação que essa ordem

A coerência e a completude do ordenamento jurídico, por sua vez, ligam-se à unidade enquanto buscam afastar as contradições (antinomias) e colmar as lacunas.²³ A análise que o positivismo normativo de Kelsen apresenta do direito implica em não se limitar à certos tipos de normas, mas em considerar as características do conjunto de normas que formam o ordenamento jurídico, de maneira essencialmente estrutural.

A análise estrutural evidencia a tentativa de isolamento da ciência do direito em relação à sociedade e às suas ideologias, perseguindo um ideal de torná-la uma ciência autêntica.²⁴ O autor austríaco evita o debate sobre a função ou o objetivo do direito, visto que esse varia de acordo com o perfil ideológico do Estado e rompe com a possibilidade de isolamento da ciência do direito em relação à sociedade e suas ideologias.²⁵

A concepção do direito, no positivismo normativo kelseniano, evidencia a relação entre poder e direito, e mesmo com a busca pelo isolamento de ideologias, apresenta-se favorável à democracia (em base à liberdade e igualdade) por prever a manutenção da ordem jurídica presente na época em que foi lançado e representa uma alternativa à então ciência jurídica e à filosofia política que apoiavam o fascismo e o nazismo.²⁶

Com a segunda guerra mundial e a queda dos regimes totalitários, o positivismo jurídico

estatui. São-no precisamente aqueles atos de coação que a ordem jurídica liga aos pressupostos por ela definidos. Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado. Nem a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supra-estadual (ou interestadual) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada". KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 316 s.

²³ O fato de a legitimidade das normas ser baseada na forma (ou autoridade) e não em seu conteúdo (ou substância) permite a mudança da norma e conseqüentemente um ordenamento dinâmico (nomodinâmica). Tal concepção formal reflete o paradigma monista no que concerne as fontes do direito no juspositivismo. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131 ss., 198 ss e 207. Bobbio evidencia que a completude é a mais importante das três características citadas, porque estreitamente ligada ao princípio da certeza do direito (ideologia fundamental do positivismo). Ver também BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. 196.

²⁴ "Quando esta doutrina é chamada 'teoria pura do direito', pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação. Uma ciência que precisa descrever o seu objeto tal como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específicos. Este último é um problema da política, e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade voltada para valores, não um objeto da ciência, voltado para a realidade". KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXVIII.

²⁵ Mesmo evitando o debate sobre a finalidade do direito, o autor austríaco afirma o fim do direito como paz (na primeira edição da obra *Teoria pura do direito*) e posteriormente como segurança coletiva (na segunda edição da mesma obra), definindo de certa forma a função do direito. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 26. Ver sobre o assunto BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. 59.

²⁶ Sobre democracia em Kelsen, ver AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Do Positivismo Jurídico à Democracia em Kelsen, **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, vol. 1, n. 5, Setembro 1999, disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/demo_kelsen.htm, acessado em 30/08/2014.

acaba por perder, porém, seu caráter de alternativa ao fascismo sendo acusado então de conivência com as ditaduras, justamente por não proporcionar o questionamento ético diante das normas impostas.²⁷

O positivismo podia assumir um valor liberal quando induzia a respeitar as normas democráticas no momento no qual o poder ditatorial as colocava em perigo, mas depois da consolidação deste poder, o positivismo assumia um valor autoritário porque impunha a aplicação das normas ditatoriais sem colocar-se interrogações éticas.²⁸

Observa-se então uma crise moral e social na Europa, fruto da consciência das falácias de sistemas ditatoriais e das atrocidades cometidas em nome de objetivos políticos. Nesse contexto, desenvolveu-se um maior interesse de juristas, como Gustav Radbruch²⁹ (Alemanha) e Carlo Antoni³⁰ (Itália), pelo jusnaturalismo dando ampla força ao renascimento, devido à abertura aos valores morais, em muito afastados pelos regimes totalitários e não abarcados pelo isolacionismo positivista.³¹

1.2 Norberto Bobbio

No período de pós-segunda guerra, mais particularmente a partir de 1949, observa-se a proximidade, muitas vezes de forma crítica, de Bobbio ao positivismo jurídico de Kelsen, levando-o a lecionar um curso sobre a teoria da norma e outro sobre a teoria do ordenamento jurídico, bem como a escrever uma série de artigos sobre o assunto.³² O material mimeografado dos cursos teve

²⁷ As acusações ao positivismo jurídico em termos de ideologia “responsável pela concepção estatolátrica, pelo princípio de obediência incondicional à lei do Estado e pelas nefastas consequências que isso produziu nos regimes totalitários” são expostas e rebatidas por Bobbio na obra **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 233 ss. Ver também LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, prefácio, p. XXX.

²⁸ LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, prefácio, p. XXX.

²⁹ RADBRUCH publicou o artigo “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, na *Süddeutsche Juristenzeitung* de 1946; o artigo é retomado em *Rechtsphilosophie*, dirigida por E. WOLF KOEHLER, Stuttgart, 1956, pp. 347-357, em italiano publicado como RADBRUCH, Gustav. **Propedeutica alla filosofia del diritto**. Torino: Giapichelli, 1959, p. 233. Ver sobre o tema Losano (O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. XXXV) e Bobbio (Giusnaturalismo e giuspositivismo. In: **Enciclopedia delle scienze sociali**. Roma: Treccani, 1994 http://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo-e-giuspositivismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/)

³⁰ Carlo Antoni publicou na Itália a obra “**La restaurazione del diritto naturale**” (Veneza: Neri Pozza, 1959).

³¹ Sobre o positivismo jurídico como abordagem avalorativa do direito, ver BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135 ss.

³² Segundo Losano, o fruto mais evidente da influência de Kelsen sobre Bobbio é a visão do direito como ordenamento (hierarquizado) de normas. LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, prefácio, p. XXIV. No mesmo sentido Miguel Reale “O importante no kelsenismo, no seu entender (o de Bobbio), é a visão do ordenamento jurídico como um escalonamento normativo, válido de per si, e não como criação do poder estatal”. REALE, Miguel. **Legados de Norberto**

várias edições e ganhou fama dentro e fora da Itália, ao ponto de Bobbio ter sido convidado a publicar, na Colômbia, uma obra que reunisse o material dos dois cursos, e assim nasceu a 'Teoría General del Derecho'.³³

A pesquisa desenvolvida no âmbito da norma e do ordenamento jurídico por Bobbio complementa a teoria positivista de Kelsen, ao afirmar que a teoria do “ordenamento jurídico constitui uma integração da teoria da norma jurídica”.³⁴ O autor italiano evidencia a dificuldade em dar uma definição do direito que parta da concepção da norma jurídica de forma isolada, e considera que “uma definição satisfatória do direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico”.³⁵

Nunca será demais insistir no fato de que foi com Kelsen que, pela primeira vez a teoria do direito orientou-se definitivamente para o estudo do ordenamento jurídico como um todo, considerando como conceito fundamental para uma construção teórica do campo do direito não mais o conceito de normas, mas o de ordenamento, entendido como sistema de normas.³⁶

Nesse sentido e considerando que “Só em uma teoria do ordenamento – este era o ponto a que importava chegar - o fenômeno jurídico encontra sua adequada explicação”, pode-se conceber a sanção, a validade e a eficácia como elementos constitutivos do direito.³⁷

quando se fala em uma sanção organizada como elemento constitutivo do direito, nos referimos não às normas em particular, mas ao *ordenamento normativo tomado em seu conjunto*, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que *todas* as normas daquele sistema sejam sancionadas, mas somente que o são *em sua maioria*'. [...] O mesmo se diga da eficácia. Se considerarmos a eficácia como um caráter

Bobbio, p. 133 ss., disponível no site www.academia.org.br/abl/media/prosa13.pdf, acessado em 22/08/2014.

³³ No Brasil, a obra foi publicada em dois livros: Teoria da norma jurídica e Teoria do ordenamento jurídico. No primeiro livro estuda-se a norma jurídica, considerada isoladamente, enquanto no segundo estuda-se o conjunto de normas que constituem o ordenamento jurídico. A obra de Bobbio inicialmente foi publicada na Colômbia em 1987 e posteriormente em Madri, em 1991, tendo sido publicada na Itália apenas em 1993. LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, prefácio, p. XXIV.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 22.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 22, mais adiante na mesma obra (p. 28), o autor reforça essa concepção afirmando que a “definição do Direito encontra sua localização apropriada na teoria do ordenamento jurídico e não na teoria da norma”. Sobre o assunto vale ler particularmente a p. 46 de Alberto Romano na nota Biográfica sobre Santi Romano em ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, bem como as p. 66 ss. do livro de Romano.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. 195. Ver também sobre o mesmo tema: “O isolamento dos problemas do ordenamento jurídico dos da norma jurídica e o tratamento autônomo dos primeiros como parte de uma teoria do Direito foram obra sobretudo de Hans Kelsen”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora da UnB, 1997, p. 21. “A teoria do ordenamento jurídico encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen. Por isso podemos considerar este autor como o climax do movimento juspositivista, depois do que começa a sua decadência, isto é (sem metáfora), sua crise”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 198.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 28.

da norma jurídica, encontramos-nos, em certo ponto, diante da necessidade de negar o caráter de norma jurídica a normas que pertencem a um sistema normativo dado (enquanto legitimamente produzidas). Elas são válidas, mas não eficazes, porque jamais foram aplicadas (como é o caso de muitas normas de nossa Constituição). [...] O problema da validade e eficácia, que gera dificuldades insuperáveis desde que se considere uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz), diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento da validade.³⁸

A mudança do ângulo de visão, no que concerne ao direito, conforme denotada acima e proporcionada por meio da concepção de ordenamento jurídico (enquanto conjunto de normas), permite, segundo o autor, uma inovadora, mais ampla e coerente concepção de direito.³⁹ A concepção do ordenamento jurídico influenciada pelo modelo de Kelsen aponta para os mesmos aspectos de unidade, coerência e completude, muito embora se diferencie em relação à preocupação de contextualização histórica de conceitos e problemas colocados pela experiência normativa.⁴⁰

O ordenamento, enquanto conjunto de normas evidencia a pluralidade como parte do conjunto e conseqüentemente surge um importante problema concernente à “relação das diversas normas entre si”. Essa relação deve ser então considerada à luz da unidade do ordenamento jurídico (se as normas constituem uma unidade e de que modo a constituem), que pressupõe uma norma fundamental e implica na análise das fontes do direito e no problema da hierarquia das normas dentro do ordenamento.⁴¹ A característica de unidade do ordenamento jurídico implica em concebê-lo como sistema, entendido como conjunto em que as normas tenham um relacionamento de coerência e, portanto, compatibilidade entre si, excluindo antinomias.⁴² A característica de completude, por sua vez, implica na existência de previsão normativa para cada caso, inexistindo lacunas no ordenamento jurídico.⁴³

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 29. Parte do trecho foi primeiramente escrito na obra Teoria da norma jurídica (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 167), a totalidade do texto citado está presente, porém, na Teoria do Ordenamento Jurídico, fato que motivou a escolha pela referência.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 31: “enquanto pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte de um ordenamento jurídico. Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos. O termo “direito”, na mais comum acepção de Direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma”.

⁴⁰ LAFER, Celso. Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico. In: CARDIM, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil: Um Retrato Intelectual**. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2001, p. 76.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 34.

⁴² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 71 ss. A concepção de sistema em Kelsen e em Bobbio Sobre Bobbio e Luhmann, ver GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O Pensamento de Niklas Luhmann**. Universidade da Beira Interior, 2005, disponível em cadeiras.iscte.pt/SDir/2006_Dir_na_obra_de_niklas_Luhmann.pdf, acessado em 28/09/2014.

⁴³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 115 s.: “Em outras palavras, um

Ao tratar das relações entre os ordenamentos jurídicos, e conseqüentemente do pluralismo jurídico, Bobbio volta-se à teoria do historicismo jurídico, bem como àquela institucional do Direito (de Santi Romano), muito embora de forma mais aprofundada e evidenciando certa influência.⁴⁴

A teoria institucional, assim como o próprio positivismo, é contextualizada historicamente pelo autor torinês que a identifica como uma reação ao estatismo (típico do positivismo), sendo uma das formas por meio das quais os teóricos do direito e da política tentaram resistir à invasão do Estado.⁴⁵

Bobbio entende que as duas teorias (o direito enquanto organização/instituição e o pluralismo jurídico) são independentes e é crítico à concepção de Santi Romano de direito como “organização”⁴⁶, alegando que a teoria seria pouco elaborada e não clara quanto ao uso do termo, muito embora reconheça seu relevo no que concerne à concepção do direito como conjunto coordenado de normas.⁴⁷

Para nós, a teoria da instituição teve o grande mérito, mesmo prescindindo de seu significado ideológico, que não pretendemos discutir, de pôr em relevo o fato de que se pode falar de direito onde há um complexo de normas formando um ordenamento e, portanto, o direito não é norma, mas conjunto coordenado de normas; concluindo, uma norma jurídica não se encontra nunca sozinha, mas é ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo. Graças também à teoria da instituição, a teoria geral do direito veio evoluindo cada vez mais da teoria das normas jurídicas à teoria do ordenamento jurídico, e os problemas que vêm se apresentando aos teóricos do direito são cada vez mais conexos à formação, à coordenação e à integração de um sistema normativo.

O reconhecimento à teoria de Santi Romano demonstra-se também no que concerne à teoria do pluralismo jurídico e reconhece sua necessidade dentro do contexto social, por ampliar o horizonte do jurista além dos confins do Estado.⁴⁸

ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes *nem* uma certa norma *nem* a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. (...) Portanto, o nexa entre coerência e completude está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem”.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UNB, 1982, p. 163 s.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: Giappichelli Editore, 1993, p. 11.

⁴⁶ ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 76 ss.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 37. Ver também BOBBIO, Norberto. Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano. In: **Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano**. Milano: Giuffrè, 1977.

⁴⁸ Sobre a visão de Bobbio em relação à Teoria da Instituição (particularmente na obra de Santi Romano), ver BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 28 ss.

O sucesso da teoria pluralista resultou do fato de que ela oferecia uma representação mais satisfatória da realidade social, exatamente no momento em que o fervilhar das forças sociais, o qual se seguiu à pressão da “questão social”, ameaçava lançar pelos ares – e em alguns países já havia acontecido – a tampa do Estado. Romano apreendeu muito bem essa realidade quando observou que, se nos últimos séculos houve um contínuo processo de estatalização da sociedade, no presente encontrávamo-nos, presumivelmente, diante do processo inverso, que poderíamos denominar de socialização do Estado.

A influência de Santi Romano sobre Bobbio delinea-se, portanto, não tanto na consideração do direito enquanto ordenamento (essa influência é atribuída à Kelsen⁴⁹), mas principalmente em uma fase posterior, dentro de uma tendência de socialização do Estado e do direito, evidenciando a pluralidade de ordenamentos jurídicos e sem se deixar levar pela hipótese de reabsorção do Estado pela sociedade.⁵⁰

Muito embora o interesse de Bobbio pelo positivismo de Kelsen (e a influência do autor austríaco sobre as suas posteriores fases de pesquisa), o autor italiano não escapou ao interesse por valores morais (típico de sua época). Nesse sentido, Bobbio movimentou-se dentro de uma progressiva mudança de paradigmas, como se observa nos artigos sobre Tullio Ascarelli⁵¹ e no livro *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), bem como na coletânea de artigos das décadas de '60 e '70 que resultou na obra *Dalla struttura alla funzione* (1977), nos quais Bobbio evidencia a crise do positivismo jurídico.⁵²

A visão crítica ao positivismo jurídico é aguçada pela concepção de mudança do Estado e da função do direito e pela aproximação à teoria do realismo jurídico (evidenciando mais a efetividade da norma jurídica do que a sua validade), bem como pela difícil relação com os valores morais, refletindo uma aproximação também à sociologia do direito.⁵³ A concepção positivista de Bobbio

⁴⁹ Ver BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UNB, 1982, p. 19 ss.; BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. 195.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 30 s.: “É preciso reconhecer o mérito da teoria institucionalista de ter alargado os horizontes da experiência jurídica para além das fronteiras do Estado. Fazendo do direito um fenômeno social e considerando o fenômeno da organização como critério fundamental para distinguir uma sociedade jurídica de uma sociedade não jurídica, esta teoria rompeu com o círculo fechado da teoria estatalista do direito, que considera direito apenas o direito estatal, e identifica o âmbito do direito com o do Estado”. Ver também BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UNB, 1982, p. 163 s.; BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. 164 e especialmente p. 170: “O sucesso da teoria pluralista resultou do fato de que ela oferecia uma representação mais satisfatória da realidade social, exatamente no momento em que o fervilhar das forças sociais, o qual se seguiu à pressão da “questão social”, ameaçava lançar pelos ares – e em alguns países já havia acontecido – a tampa do Estado. Romano apreendeu muito bem essa realidade quando observou que, se nos últimos séculos houve um contínuo processo de estatalização da sociedade, no presente encontrávamo-nos, presumivelmente, diante do processo inverso, que poderíamos denominar de socialização do Estado”.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. “Tullio Ascarelli”. In **“Belfagor”**, XIX, 1964, p. 411 ss.; Id. “L’itinerario di Tullio Ascarelli”. In **Studi in memoria di Tullio Ascarelli**. Milão: Giuffrè, 1969, vol. 1, p. LXXXIX-CXL.

⁵² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 233 ss.

⁵³ LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, prefácio, p. XXXII.

associa-se então e cada vez mais a um direito social, enquanto “subsistema do sistema global da sociedade”, evidenciando a pluralidade de fontes extra-legislativas do direito (com a crise do sistema proposto pelo positivismo normativo) e a sua função social, aproximando-o das ciências sociais. Para Bobbio, o papel da sociologia do direito seria justamente de auxiliar a teoria do direito com relação ao problema das funções do direito.

2. O JURISTA E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: A INFLUÊNCIA DE TULLIO ASCARELLI

A ampliação das concepções de Bobbio, quanto a alguns pontos da doutrina do positivismo normativo de Kelsen, ocorreu, como visto, desde a década de '60, e pode ser observada no que concerne à função do direito, à interpretação do direito e à função criadora do jurista, por meio da pesquisa (e influência) da obra de Tullio Ascarelli.⁵⁴

A fecunda influência de Ascarelli sobre Bobbio pode ser bem entendida por meio da comum sensibilidade de ambos os juristas no que concerne à sociologia, à política e à filosofia do direito.⁵⁵ A concepção de Ascarelli, do direito como fenômeno histórico, remonta, por sua vez, à influência do idealismo historicista de Benedetto Croce e que na Itália é um dos aspectos de reação ao positivismo jurídico e que acabou por colocá-lo em crise.

Um dos temas dominantes na filosofia jurídica inspirada no idealismo historicista foi o da identidade, ou, se preferirmos, da distinção dialética entre momento da criação e momento da interpretação do direito em nome da unidade do movimento histórico no qual a abstração da norma se converte continuamente na concretização da sua atuação.⁵⁶

⁵⁴ Os dois artigos de Bobbio sobre Ascarelli foram escritos nos anos de 1964 e 1969 e tem como principais referências (ver também Id., p. 241): **Appunti di diritto commerciale** (Roma, 1936) e no artigo *L'idea del codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, publicado inicialmente no volume **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado** (São Paulo: Saraiva, 1945); **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione** e o prefácio da coletânea **Studi di diritto comparato e in tema d'interpretazione** (Milano: Giuffrè, 1952). Como evidencia Reale, “Apesar do grande amor dedicado à teoria da interpretação, e o valor das contribuições que nos legou, tal com o procurarei lembrar em largos traços, ASCARELLI não nos escreveu um tratado sistemático da matéria, preferindo focalizá-la em diversos estudos, que, no entanto, guardam entre si unidade substancial”. REALE, Miguel. A Teoria da Interpretação Segundo Tullio Ascarelli, in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 74 (1979) p. 196. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66878/69488>, acesso em 25/09/2015. Trata-se de conferência proferida por Miguel Reale na Sala da Congregação dos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a 31 de outubro de 1979, às 21 horas, em memória de Tullio Ascarelli, no 20º aniversário de seu falecimento, reproduzida segundo gravação, revista pelo Autor.

⁵⁵ “Sobre o problema da relação entre direito e sociedade, em particular sobre o vínculo de dependência do direito para com a sociedade, Ascarelli chegou a se pronunciar explicitamente nas mais diversas ocasiões. Entre as várias formulações dessa tese, escolho a seguinte: 'As normas são postas em relação às exigências da vida consociada, e não como desenvolvimento lógico de ações preestabelecidas; a sua explicação reencontra-se no terreno da história, e não no da harmonia lógica'”. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. 246.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. 220. REALE, Miguel. A Teoria da Interpretação Segundo Tullio Ascarelli, in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 74 (1979) p. 196. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66878/69488>, acesso em 25/09/2015.

Algumas importantes influências para a concepção sociológica, criadora e axiológica que Ascarelli apresenta da atividade do jurista, desde as obras da juventude, são de fonte norte-americana, como os jusfilósofos Oliver W. Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo.⁵⁷

Em sua pluralidade de influências, Ascarelli proporciona à Bobbio a visão de um ordenamento jurídico composto não apenas por leis, mas também por interpretações que permitem a integração do conjunto de normas e ainda fomentam a sua dinâmica.⁵⁸

A interpretação tem, todos o afirmam, uma função no próprio desenvolvimento do direito.

Independentemente da interpretação não há, realmente, sistema jurídico, pois que cada sistema, assente ele em leis, costumes ou jurisprudência, precisa sempre e continuamente ser aplicado, desenvolvido e adaptado pela interpretação.⁵⁹

A interpretação jurídica apresenta papel importantíssimo na visão de Croce e de Ascarelli, sendo evidenciada por Bobbio “como criação contínua no processo de adaptação do texto à realidade histórica em movimento”.⁶⁰ O trabalho doutrinário e jurisprudencial é apresentado então, na doutrina de Ascarelli, como indispensável para a integração do ordenamento jurídico e a sua adaptação às necessidades da vida, denotando por meio da ‘dinâmica jurídica’ a concepção de um direito vivo e funcional.⁶¹

⁵⁷ REALE, Miguel. A Teoria da Interpretação Segundo Tullio Ascarelli, in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 74 (1979) p. 197. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66878/69488>, acesso em 25/09/2015. Reale (*ibid.*, p. 199) indica como outros autores importantes para a compreensão da obra de Ascarelli: Vivante, Bonfante e Chiovenda no que concerne à concepção não formalista e estática do ordenamento jurídico.

⁵⁸ Nesse sentido, Reale afirma que [...] “não obstante um a sua longínqua monografia quase juvenil de 1925 sobre as lacunas do ordenamento jurídico, foi propriamente no Brasil que ele assentou e desenvolveu as suas idéias basilares sobre a Hermenêutica jurídica em dois estudos de grande alcance. Um desses trabalhos, intitulado *A Idéia do Código no Direito Privado e a Função da Interpretação*, foi por ele incluído em seu livro *Problemas das Sociedades Anônimas e o Direito comparado*, publicado em São Paulo, bem como em seus clássicos *Saggi Giuridici*, na Itália; o outro ensaio, que constitui, por assim dizer, o desenvolvimento do anterior, é uma conferência proferida, em 1946, na Escola de Sociologia e Política de nossa Capital”. REALE, Miguel. A Teoria da Interpretação Segundo Tullio Ascarelli, in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 74 (1979) p. 195. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66878/69488>, acesso em 25 Set. 2015.

⁵⁹ ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. 2. ed. Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p. 147.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. 220. Como denota Bobbio (*ibid.*, p. 251 s.), Ascarelli não se vinculava aos métodos do conceitualismo ou da jurisprudência dos interesses, mas se posicionava diante do problema da interpretação como um historiador, sem anunciar nenhum método novo, mas buscando observar e explicar como de fato agiam os intérpretes, de forma histórica e descritiva. Bobbio (**O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999, p. 237 s.) demonstrava abertura no que tange à teoria positivista, filiando-se à teoria do positivismo jurídico em sentido amplo, justamente por aceitar as críticas quanto à coerência, completude e interpretação do ordenamento jurídico: “a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar.”

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. 236, especialmente p. 243: “A crítica de Ascarelli dirige-se, sobretudo à teoria positivista das fontes e da interpretação, de modo especialíssimo a esta última. [...] Em uma primeira aproximação poderíamos dizer que a batalha de Ascarelli foi conduzida com particular intensidade contra o dogma do legalismo jurídico, no tema das fontes, e contra o dogma do logicismo jurídico, no tema da interpretação: dogmas estreitamente vinculados, porque representam dois aspectos do formalismo jurídico.”

A visão de uma nova função do jurista implica em superar a concepção do papel do “jurista como conservador e transmissor de um coro de regras já dadas” e entende-lo como “criador, ele mesmo, de regras que transformam – a ele integrando-se e inovando-o – o sistema dado, do qual não é mais apenas receptor, mas também colaborador ativo e, quando necessário, crítico”.⁶² Tal fato não implica, porém, na inversão dos papéis entre jurista e legislador, pois ao abrir espaço à sociologia, não se perde de vista a diferença entre ponto de vista sociológico e ponto de vista normativo. De fato, observa Bobbio que “A discussão de Ascarelli sobre a interpretação movimentase sempre entre dois polos, o da criatividade e o da continuidade”.⁶³

Deverá o intérprete, de um lado, conservar a continuidade da solução com o direito vigente – e, já por isso, é ele 'intérprete' e não legislador – na excrupulosa observância do princípio de 'legalidade', de outro lado, entretanto, desenvolver o direito nas suas novas aplicações.

A tarefa da interpretação não pode ser substituída pelo contínuo recurso à obra legislativa, que perde o seu caráter quando chega a ficar hipertrófica, ou quando perigosamente passa a exercitar uma função interpretativa que é, ao contrário, privativa da jurisprudência auxiliada pela doutrina, do juiz auxiliado pelos advogados⁶⁴

As ideias de Ascarelli facilitaram o amplo contato com a experiência jurídica norte-americana, em ambiente italiano e brasileiro, reforçando-se no contexto jurídico pós-segunda-guerra, quando a cultura jurídica dos Estados Unidos se tornou um ponto de referência para os demais juristas europeus. Tal fato tornava frequente a reflexão sobre o modelo europeu de *Civil Law* diante das características do modelo de *Common Law*.⁶⁵ Nessa perspectiva, a concepção anglo-americana do *judge made law* teria permitido a expansão na Europa da tarefa criativa do juiz, no âmbito das normas jurídicas, abarcando também máximas da experiência e de princípios gerais.

Essa corrente pode ser associada à noção de sistema por meio de seus estudos sobre a lacuna legislativa: de fato, todo discurso sobre a lacuna pode ser lido como um discurso *ex negativo* sobre o

⁶² BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 37 ss. Vale lembrar que em outubro de 1944, Ascarelli lecionou algumas aulas na Faculdade de Direito de Porto Alegre e que do registro dessas aulas surgiu o livro *Panorama do Direito Comercial*, no qual consta que “Tutores da justiça são os juristas, também técnicos, engenheiros que devem construir e aplicar determinados instrumentos pára lançar determinadas soluções e alcançá-las com o menor custo possível; [...] Esquecendo-se de ser antes de mais nada, um tutor da justiça, esqueceria o jurista o seu ideal e dever humano, acabando destarte por trair sua missão. Esquecendo o aspecto da sua tareda, acabaria o jurista igualmente por não preencher sua tarefa na vida social”

⁶³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 255.

⁶⁴ ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. 2. ed. Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p. 147. No mesmo sentido, “L'interprete (in ciò contrapponibile al legislatore) trova un limite alla sua discrezionalità in quel criterio di continuità pel quale la norma interpretativamente posta deve essere riconducibile ad altra data, continuità che suole appunto esprimersi parlando della dichiaratività dell'interpretazione. Ma appunto perchè si trata di continuità e non di deduzione logica, la sua ricorrenza si identifica con l'accettazione stessa del risultato come risultato interpretativo. Questa accettazione segna il limite del successo interpretativo ed è attraverso questa accettazione che finiscono poi per concorrere la norma dettata e quella socialmente vigente.” (ASCARELLI, Tullio. *Norma giuridica e Realtá sociale*. In **Problemi giuridici**, Milano: Giuffrè, 1959, p. 86 ss.).

⁶⁵ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 245.

sistema. Essa perspectiva impõe, por um lado, encontrar soluções práticas não contidas em claras letras no direito positivo e, por outro, confia ao juiz a tarefa de preencher a lacuna, exaltando assim sua função criadora do direito.⁶⁶

A definição da função do jurista, mesmo sendo variável conforme o modelo jurídico, a situação social, e a concepção do direito (e sua relação com a sociedade), nos ordenamentos jurídicos europeus amplia-se, portanto com a influência do *Common Law*. A realidade na qual se enquadra o jurista “no universo dos países de estrutura econômico-capitalista e de primazia do regime liberal-democrático” é contextualizado em um sistema aberto, ou seja, em uma sociedade em transformação, que apresenta uma ideologia do direito como reflexo da sociedade. Tal concepção implica em uma ciência do direito livre inovadora e realista, onde o direito não é um sistema de regras postas e estáticas, mas um conjunto de regras dinâmicas, em movimento.

A função atribuída ao jurista, de interpretação e portanto de movimento na adequação do direito às necessidades sociais, permite à Ascarelli⁶⁷ promover a conscientização do jurista, no que tange a sua função em sociedade. A concepção de 'função do jurista' deriva do mesmo pressuposto da 'função prática da ciência do direito', proclamada pelo autor e encontra pleno desdobramento na obra de Bobbio após os anos 60, com a sua paulatina pesquisa sobre o funcionalismo jurídico.

Como manifesta Miguel Reale:

Quando NORBERTO BOBBIO dá a um de seus livros o título de *Struttura e funzione del Diritto*, e nela inclui um estudo sobre o itinerário de Ascarelli, tenho a impressão de que o ponto de partida ou elemento inspirador dessa obra foram os estudos de seu compatriota e amigo.⁶⁸

Com uma abordagem da ciência do direito voltada para a função prática e dentro de um contexto histórico, Ascarelli evidenciou a sua concepção de “funcionalismo jurídico”, em 1946, em uma conferência na Escola de Sociologia e Política da Universidade de São Paulo e que posteriormente foi publicada na Itália sob o título *Funzioni Economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*.⁶⁹

⁶⁶ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 246.

⁶⁷ ASCARELLI, Tullio. Ordenamento Giuridico e Processo Economico, in **Problemi giuridici**, I, Milano, 1959.

⁶⁸ REALE, Miguel. A Teoria da Interpretação Segundo Tullio Ascarelli, in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 74 (1979) p. 197. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66878/69488>, acesso em 25/09/2015.

⁶⁹ ASCARELLI, Tullio. **Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione**, 1946, in Id., Saggi giuridici, Milano: Giuffrè, 1949. JANSEN, Letácio. **Introdução à economia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 19. O autor indica como outras obras de Tullio Ascarelli e que abordam o tema: *Funzioni Economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Saggi Giuridici*, Milão, Giuffrè, 1949, pgs. 83 a 106) com argumentos que desenvolveu, mais tarde, no prefácio à coletânea *Studi di diritto comparato* e in tema d'interpretazion (e continuou a desenvolver in *Dispute metodologiche e contrasti di valutazioni* (1953); *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato* (1954); *Norma giuridica e realtà sociale* (1955); *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione e Ordinamento giuridico e processo economico* (1958).

Em continuidade a essa linha, no ensaio *Norma giuridica e Realtà sociale*⁷⁰, de 1959, Ascarelli manifesta-se de forma clara sobre a estrutura e a função dos institutos jurídicos e é nessa linha que Bobbio define o objeto da ciência jurídica ou do trabalho do jurista como não sendo tanto as normas, mas principalmente a vida social sujeita às normas.⁷¹

3. A FUNÇÃO DO ESTADO SOCIAL E DO DIREITO

Com a análise crítica do positivismo normativo e fortemente influenciado pela concepção de função e interpretação do direito, também diante do Estado Social, o interesse de Bobbio desloca-se para a filosofia política e ele passa a lecionar na Faculdade de Ciências Políticas.⁷²

A forte concepção política e sociológica do direito presente em Norberto Bobbio evidencia as mudanças jurídicas em consequência das mudanças ocorridas quanto às funções do Estado.⁷³ Nesse sentido, ao tratar da função promocional do direito, Bobbio dá sequência às reflexões de Genaro R. Carrió⁷⁴ no que tange à profunda transformação que deu origem ao Estado Social e a consequente ampliação das funções do Estado, não mais voltado apenas para uma concepção liberal de não intervenção e manutenção da segurança coletiva, mas então incumbido de amenizar as desigualdades sociais.

Tomando essa observação como ponto de partida, proponho-me a examinar um dos aspectos mais relevantes – e ainda pouco estudados na própria sede da teoria geral do direito – das novas técnicas de controle social, as quais caracterizam a ação do Estado social dos nossos tempos e a diferenciam profundamente da ação do Estado liberal clássico: o emprego cada vez mais difundido das técnicas de

⁷⁰ ASCARELLI, Tullio. *Norma giuridica e Realtà sociale*. In **Problemi giuridici**, Milano: Giuffrè, 1959, p. 85 ss.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 40 ss.: “De resto, não há nada de novo sob o sol: meio século atrás, falaríamos da revolta dos fatos contra as leis, da emergência de um 'direito social' contra o direito do Estado”. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 42: “É desnecessário recordar que, não apenas no campo da política do direito, mas também da reflexão sobre o direito estabelecido, houve, nesses anos, um despertar do interesse pela atividade criadora do juiz, por meio da distinção entre aquilo que o juiz diz que faz – ou acredita fazer – e aquilo que efetivamente faz, com a afirmação da exigência de um maior empenho do juiz no trabalho de adaptação do direito às mudanças sociais. Contudo, o mais importante é que se chamou a atenção para a função não apenas de reconstrução, mas também normativa do trabalho dos juristas, os quais, segundo a imagem transmitida pela escola do positivismo jurídico, jamais deveriam ter erguidos os olhos para além do horizonte do *jus conditum*”.

⁷² Quanto à formação dos direitos sociais e do Estado Social, ver: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, *passim*.

⁷³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. 33: “O que caracteriza o momento atual dos estudos sobre o direito é o fato de que os juristas estão saindo de seu esplêndido isolamento”. LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, prefácio, p. XLI: “A insatisfação intelectual de Bobbio nasce da constatação de que o moderno Estado social àquela altura permeara tão profundamente a sociedade a ponto de resultar transformado o próprio direito, enquanto regulador daquela mesma sociedade”.

⁷⁴ Bobbio refere-se em específico ao artigo CARRIÓ, Genaro R. Sul concetto di obbligo giuridico, in **“Rivista di filosofia”**, LVII, 1966, p. 141-55.

encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas de desencorajamento. É indubitável que essa inovação coloca em crise algumas das mais conhecidas teorias tradicionais do direito que se originam de uma imagem extremamente simplificada do direito. Refiro-me, em particular, à teoria que considera o direito exclusivamente o ponto de vista da sua função protetora e àquela que o considera exclusivamente do ponto de vista da sua função repressiva. É desnecessário acrescentar que, com frequência, as duas teorias encontram-se sobrepostas: o direito desenvolve a função de proteção em relação aos atos lícitos (que podem ser tanto atos permitidos quanto obrigatórios) mediante a repressão dos atos ilícitos.⁷⁵

Uma das importantes diferenciações entre Kelsen e Bobbio está justamente na evidência e importância atribuída às sanções positivas e à função promocional do direito. Kelsen concebe o direito nos moldes de uma teoria estrutural, que pouco evidencia a função do direito e preponderantemente o define por meio de sua estrutura de forma limitada à ameaça ou à sanção. A teoria positivista de Kelsen mesmo considerando a existência das sanções positivas, as concebe como de caráter secundário, visto que a essência dos sistemas jurídicos seria de caráter coercitivo.⁷⁶

Bobbio foi além desse molde e propôs um ponto de vista histórico e funcional, voltado para a finalidade do direito dentro de um Estado social não apenas como forma de controle, mas também de direção social.⁷⁷ A concepção funcional manifesta-se, portanto não apenas na função repressiva dos comportamentos violadores da norma, mas também na crescente função do Estado, exercida por meio do direito, de promotor do bem estar e da orientação aos comportamentos desejados por meio de normas premiais. Bobbio evidenciou no ordenamento jurídico, portanto, o “direito premial” como complementar do “direito penal”, enquanto instrumento de orientação de condutas. De fato, a função promocional do direito é um dos elementos de superação ou complementação de Bobbio ao positivismo normativo de Kelsen, evidenciando uma concepção sociológica e histórica do

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. 2.

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 26 e 37: “A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer consequências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposita uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é um mal – a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa”. “As modernas ordens jurídicas também contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações. Estas, porém, não constituem característica comum a todas as ordens sociais, a que chamamos Direito nem nota distintiva da função essencial destas ordens sociais. Desempenham apenas um papel inteiramente subalterno dentro destes sistemas que funcionam como ordens de coação.” A leitura de Kelsen e que também é presente, por exemplo, em Carnelutti é de que a sanção faz parte da norma. CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. 4. ed. Campinas/São Paulo: Russell, 2008, p. 25.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 77. LOSANO, Mario g. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, prefácio, p. XXXVIII.

direito, de certa forma já presente em Jhering.⁷⁸

A evidenciação da mudança de paradigmas do direito devido ao Estado Social leva Bobbio a analisar a teoria de Hayek⁷⁹ que denota particularmente o aumento das normas de organização (ou secundárias) dentro do ordenamento jurídico. As normas de organização são aquelas pelas quais o Estado regula a ação dos próprios órgãos bem como a formação de grandes organizações (tanto dentro da estrutura do Estado, quanto da sociedade civil), o aumento dessas normas reflete o aumento das funções estatais, presentes no Estado assistencial. Em paralelo ao crescimento de tais normas ocorre o crescimento das normas positivas e das sanções positivas.

A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento como função promocional.⁸⁰

Uma das diferenças entre os dois tipos de ordenamento acima citados, é que ao ordenamento de tipo protetor-repressivo interessa principalmente os comportamentos socialmente não desejados, visando o seu combate, enquanto que ao ordenamento de tipo promocional interessa principalmente os comportamentos socialmente desejáveis, visando sua realização. O ordenamento repressivo visa tornar a ação não desejada socialmente impossível, difícil e/ou desvantajosa, enquanto o ordenamento promocional visa tornar a ação desejada necessária, fácil e vantajosa.⁸¹ O agir do Estado pode ocorrer então no encorajamento “sobre as consequências do comportamento ou sobre as modalidades, sobre as formas, sobre as condições do próprio comportamento”. Tal fato observa-se no ordenamento promocional por meio das leis de incentivo que permitem a facilitação da ação (ex.: subvenção) e a sanção positiva (ex.: isenção fiscal).

Do ponto de vista estrutural, Bobbio denota que a medida repressiva (desencorajamento)

⁷⁸ A obra de Ihering a qual se faz referência é a “A finalidade do direito”, no Brasil publicada dentre outras pela Bookseller: ver IHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Campinas: Bookseller, 2002, em 2 volumes. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Apresentação, in BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p.10. LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, prefácio, p. XLII. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. 9, 64 e particularmente p. 73: “Tendo partido da concepção de Kelsen da função do direito, isto é, da teoria do direito como ordenamento coativo, interessa-me mostrar se, e em que medida, essa teoria é colocada em crise pela descoberta da função promocional do direito”.

⁷⁹ Ver HAYEK, Friedrich August von. The principles of a liberal social order. In “**Il Politico**”, XXXI, 1966.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 11.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 15.

apresenta uma ameaça, enquanto a promocional (encorajamento) apresenta uma promessa e que tais concepções denotam relações distintas baseadas na inversão do sujeito ativo e passivo da relação obrigacional: como exemplo, quando o indivíduo pratica um comportamento desencorajado por uma ameaça do Estado, aquele que ameaçou (o Estado) tem o direito de executar a ameaça, enquanto que se o indivíduo pratica um comportamento encorajado por uma promessa (do Estado), ele tem o direito de que a promessa seja mantida (pelo Estado). Tais concepções denotam de um ponto de vista funcional a busca por conservação (inércia, não realização de certos comportamentos) ou mudança social (ação, transformação).

Isso posto, é preciso, de imediato, acrescentar que o reconhecimento da importância do direito promocional não é, em absoluto, incompatível com a consideração instrumental do direito, própria da teoria kelseniana: o uso de sanções positivas, ou, de qualquer forma, de incentivos econômicos, nada mais é que uma técnica específica de organização social. Mesmo depois de termos percebido que o direito não se limita a reprimir, mas estimula ou promove, podemos continuar a afirmar, como faz Kelsen, que o direito é um meio, e não um fim. Quando chegamos, ainda, a sustentar que o direito é a organização não apenas do poder coativo, mas também do poder econômico, não escapamos de um determinado modo de entender a especificidade do direito, que consiste precisamente em considerá-lo uma forma de 'organização social'. Contudo, chegados neste ponto, somos reconduzidos, novamente, da análise funcional à estrutural.⁸²

As duas concepções da função do direito podem e devem ser vistas como complementares, reconhecendo no ordenamento jurídico tanto a função coativa, quanto a função promocional e evidenciando, portanto o direito (do ponto de vista funcional) “como forma de controle e de direção social”.⁸³

A visão de Bobbio é bastante clara sobre a importância do positivismo normativo no saggio Hans Kelsen, publicado na Rivista internazionale di filosofia del diritto, em 1973 e republicado posteriormente sob o título de “Estrutura e função do direito de Kelsen”.⁸⁴ No citado texto, o autor torinês, após indicar o caráter de complementaridade entre função protetivo-repressiva e função promocional do direito, afirma

Isso posto, é preciso acrescentar, ainda, que as mudanças ocorridas na função do direito não anulam a validade da análise estrutural tal como foi elaborada por Kelsen. O que ele disse acerca da estrutura do ordenamento jurídico permanece perfeitamente de pé, mesmo depois dos desenvolvimentos mais recentes da análise funcional. A construção do direito como sistema normativo dinâmico não é minimamente abalada pelas revelações que dizem respeito ao fim do direito. Para ela, uma norma é

⁸² BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 77.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 209.

⁸⁴ O texto indicado foi republicado posteriormente nas obras “Dalla struttura alla funzione”, 1977, e “Diritto e potere. Saggi su Kelsen”, 1992, p. 65/87.

jurídica sempre que tenha sido produzida nas formas previstas, isto é, em conformidade com outras normas do ordenamento, em particular aquelas que regulam a produção das normas do sistema.⁸⁵

A concepção do autor evidencia sua ideologia política, social-democrática de tradição liberal, mas ao mesmo tempo denota a necessidade de compreensão do direito e de sua função como instrumento de um Estado Social.⁸⁶

4. DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PÓS-POSITIVISMO: A ADAPTAÇÃO ÀS NOVAS NECESSIDADES

A crítica e a flexibilização de certos elementos do positivismo jurídico, por parte de Bobbio, ganha ainda mais força no tempo e é evidenciada de maneira ainda mais objetiva no artigo *Giusnaturalismo e giuspositivismo*, publicado na *Enciclopedia delle scienze sociali* em 1994. A crítica do autor italiano evidencia que o questionamento do positivismo jurídico a partir da segunda metade do século XX não é fruto do renascimento do jusnaturalismo⁸⁷, em um jogo de contraposição que ocorre desde o início da modernidade⁸⁸, mas trata-se de limitações internas da própria doutrina, em relação aos modos de produção do direito:

le ragioni del positivismo giuridico, così com'era stato concepito sino allora, sono state messe in questione non dalla solita rinascita del diritto naturale, ma da profondi mutamenti dello Stato di diritto e della società sottostante, che hanno a poco a poco resa sempre più inadeguata la raffigurazione dello Stato legislatore e del giudice-esecutore, sulla quale si era venuta formando dall'inizio del secolo scorso la teoria giuspositivista.

Se di una crisi del positivismo giuridico si può parlare, questa nasce all'interno stesso della dottrina, di fronte alla quale non si erge più un nuovo o rinnovato giusnaturalismo, ma se mai si affaccia una nuova concezione del diritto positivo, costretto per il mutamento dei modi di produzione del diritto ad abbandonare o attenuare alcune delle tesi più tipiche, trasformatasi in dogmi, come quelle dell'onnipotenza del legislatore, dell'unità, completezza, coerenza dell'ordinamento, della validità formale delle norme, della imperatività e coattività del diritto.⁸⁹

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 209.

⁸⁶ A ideologia de Bobbio é de matriz liberal, mas consciente das limitações do liberalismo, com forte tendência social-democrática. Ver: BOBBIO, Norberto. **Diário de um século**: Autobiografia. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 72 e 77, onde o autor explica sua participação política no “Partido da Ação”, logo após o fim do fascismo. O partido era “formado por intelectuais provenientes em sua maioria da tradição liberal e democrática, tinha muito pouco em comum seja com os comunistas, seja com os socialistas. Sua orientação, sem dúvida, era à esquerda, mas tinha suas raízes na história do liberalismo europeu”.

⁸⁷ Bobbio e Losano indicam que logo após a segunda-guerra mundial houve o retorno de alguns juristas ao jusnaturalismo, devido à necessidade de reformulação da concepção de direito (Radbruch,). LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol. 2. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 239 ss.

⁸⁸ “Storicamente, giusnaturalismo e positivismo giuridico si rincorrono l'un l'altro dall'inizio dell'età moderna in poi. Quando il secondo sembra trionfare, il primo rinasce”. BOBBIO, Norberto. Giusnaturalismo e giuspositivismo. In: **Enciclopedia delle scienze sociali**. Roma: Treccani, 1994. Disponível no endereço: http://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo-e-giuspositivismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, acesso em 09 Nov. 2015.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. Giusnaturalismo e giuspositivismo. In: **Enciclopedia delle scienze sociali**. Roma: Treccani, 1994. Disponível no endereço: http://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo-e-giuspositivismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/,

O autor italiano indica então a contribuição de Ronald Dworkin, estadunidense e aluno de Herbert L. A. Hart, na correção do positivismo jurídico, por meio da obra *Taking rights seriously* (London 1977), onde se critica a tese positivista do direito como conjunto de regras (*rules*) e desconsidera os critérios com os quais os juízes aplicam o direito, como os princípios (*principles*), que expressam uma exigência geral de justiça.⁹⁰ Bobbio entende a inovação de Dworkin como a ampliação da área dos critérios em base aos quais os juízes aplicam a justiça:

Più che di un'alternativa al diritto positivo si tratta di un allargamento dell'area dei criteri in base ai quali i giudici rendono giustizia, un allargamento, tra l'altro, che abbraccia principî generalissimi della condotta, di cui lo stesso positivismo giuridico non ha mai rifiutato di tenere conto, se pure in ultima istanza.⁹¹

O positivismo jurídico em sentido estrito teria então sido colocado em xeque pela positivação de princípios gerais, inspirados nos ideais de liberdade e justiça, em constituições rígidas, tornando-se direito positivo e sendo posto acima das leis ordinárias.

A inserção dos princípios nos textos constitucionais fez com que o positivismo jurídico tradicional perdesse a certeza do direito, enquanto valor que pretendia ser absoluto, por conta de seu caráter subjetivo a ser interpretado pelos juristas. Tal fato não implica no renascimento do jusnaturalismo, mas em algo diverso a ser identificado como pós-positivismo.

Ma anche sotto questo aspetto più che della rinascita di un nuovo giusnaturalismo si dovrebbe parlare, in forma ancora vaga che attende di essere precisata in seguito alle trasformazioni in corso delle società politicamente ed economicamente più avanzate, di postpositivismo, dove il 'post' sta a indicare per ora semplicemente che l'antico dibattito tra giusnaturalisti e positivisti non può più essere posto nei termini abituali, ma attende nuovi protagonisti e nuove idee.⁹²

A concepção que Bobbio apresenta do pós-positivismo é de fruto de uma dinâmica de desenvolvimento do positivismo jurídico, colocado em crise diante de mudanças do Estado de

acesso em 09 Nov. 2015.

⁹⁰ O pós-escrito de Hart (**O conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 347 s.), em pleno debate com a teoria de Dworkin, denota também certo reconhecimento entre direito e moral: “a existência e o teor do direito podem ser determinados consultando-se as fontes sociais do direito (por exemplo, a legislação, as decisões judiciais e os costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o próprio direito assim identificado tiver incorporado critérios morais para sua identificação”, mais adiante Hart reafirma a moral quanto às limitações do que pode ser considerado direito, onde “não somente os princípios mais sólidos que se adaptem ao direito, mas também aqueles considerados moralmente sólidos segundo os parâmetros daquilo que Dworkin chamou de “moral de fundo” (background morality), podem de fato oferecer limites ou restrições morais ao que pode ser considerado direito”.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. Giusnaturalismo e giuspositivismo. In: **Enciclopedia delle scienze sociali**. Roma: Treccani, 1994. Disponível no endereço: http://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo-e-giuspositivismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, acesso em 09 Nov. 2015. A referência à Hart e Dworkin apresenta-se então como de extrema importância para a compreensão do pós-positivismo e a relação entre direito e moral, observa-se aspectos incontestes de uma entre tantas novas contribuições ao positivismo jurídico, sem para tanto apresentar-se como uma ruptura.

⁹² BOBBIO, Norberto. Giusnaturalismo e giuspositivismo. In: **Enciclopedia delle scienze sociali**. Roma: Treccani, 1994 http://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo-e-giuspositivismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/

Direito e da sociedade, e levando à revisão da figura do Estado legislador e do juiz executor. Trata-se de conceber o “pós” como um movimento interno da própria doutrina positivista, diante das necessidades delineadas pelo contexto político e social, e que amplia os critérios de aplicação do direito abarcando a sua concepção funcional e permeável, por meio de princípios, aos ideais de liberdade e justiça.

5. CONCEPÇÕES DE PÓS-POSITIVISMO: ENTRE LOSANO E ATIENZA

O problema que fomenta o presente artigo, quanto ao entendimento de Bobbio como positivista ou pós-positivista, implica em considerar a concepção de pós-positivismo, que não é pacífica na doutrina. Nesse sentido, traz-se as concepções de Losano e de Atienza, professores e filósofos do direito, com suas formações intelectuais particularmente ligadas à pesquisa em teoria geral do direito.⁹³

Mario Losano é um jusfilósofo positivista aberto ao aspecto social do direito, por meio da contribuição de Jhering e da concepção culturalista.⁹⁴ Losano dedicou-se à análise da cultura jurídica e também aos estudos de sistemas jurídicos, além da informática jurídica.⁹⁵ A abordagem teórica, via cultura jurídica, permite ao autor piemontes uma contextualização ampla do trabalho de Bobbio, com a diferenciação de forma bastante acurada de suas várias fases de pesquisa, considerando o contexto vivido e entendendo-o, particularmente após 1973, com uma postura pós-positivista.

O entendimento de Losano baseia-se no afastamento de Bobbio de alguns elementos do positivismo normativo kelseniano, por meio da abertura ao funcionalismo jurídico e à sociologia do direito. A abordagem sobre o objetivo e a função do direito, temas evitados por Kelsen, denotam na teoria de Bobbio a preocupação com a 'evolução' do Estado e uma teoria do direito que queira

⁹³ Quanto à Losano: FARALLI, Carla. **La filosofia del diritto nel secondo Novecento**. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto (2012), disponível em http://www.treccani.it/enciclopedia/la-filosofia-del-diritto-nel-secondo-novecento_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/, acesso em 22 Out. 2015.

⁹⁴ Entrevista à Mario G. Losano, *In Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 59, n. 2, 2014, p 207: “Não há uma teoria que explique tudo no Direito. Existem abordagens. Eu continuo trabalhando com Kelsen e Jhering. São as duas faces do Direito. Exatamente de Jhering me fascina esta abertura à sociedade, sobretudo na última parte da sua vida, que foi a parte mais criticada por seus contemporâneos na Alemanha. Posso dizer que uso a metodologia que creio mais apta para o tipo de investigação que faço. Se preciso fazer uma pesquisa sobre o direito positivo, sou rigorosamente positivista kelseniano. Mas, se é uma pesquisa sobre o Movimento Sem Terra, com Kelsen não chego a uma conclusão aceitável.”

⁹⁵ Mario Losano também é um brasileiro, com obras dedicadas à Tobias Barreto e à influência italiana sobre aquele brasileiro. Das obras de Losano sobre teoria e cultura jurídica, indico especificamente **“Sistema e estrutura no direito”** (composto de 3 volumes). Sobre sistemas jurídicos **“Os grandes sistemas jurídicos”**. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão, Editorial Presença (Portugal) – Livraria Martins Fontes (Brasil), Lisboa 1979.

manter-se atualizada com os tempos.⁹⁶ A abertura de Bobbio à sociologia e ao funcionalismo jurídico não implica, porém, em negar a importância e a contribuição da teoria de Kelsen, mas em realizar um avanço em relação àquela.⁹⁷

A concepção que Losano apresenta do pós-positivismo denota-se particularmente próxima aquela de Bobbio e não focada apenas na proposta de Dworkin, mas considerando o pós-positivismo como fruto de uma dinâmica do próprio positivismo jurídico, como resposta às mudanças políticas e sociais, revendo as atribuições do Estado legislador e do juiz executor. Na exposição de Losano, o termo “pós” não é entendido como ruptura para com o positivismo jurídico, mas como um movimento de contribuição e adequação da doutrina positivista, e dentro da qual se encaixa a contribuição estrutural e funcionalista do direito de Bobbio, após o positivismo normativo de Kelsen.⁹⁸

Manuel Atienza, por sua vez, é um professor e filósofo do direito espanhol, que se filia ao movimento pós-positivista por meio de uma proposta de destaque do aspecto argumentativo do direito. Em sua proposta, o autor pressupõe e de certa forma pretende unificar e tornar operativas as concepções estruturais, funcionais e ideais do direito.⁹⁹ Nesse âmbito, a evidenciação do aspecto argumentativo do direito apresenta-se como um instrumento para tratar dos fenômenos jurídicos nas sociedades democráticas e fornecer aos juristas instrumentos que permitam guiar e dar sentido a sua atividade, partindo de um modelo ideal e em contínua adaptação à realidade.¹⁰⁰

Atienza refere-se à Bobbio como um dos grandes positivistas do século XX, com uma proposta de positivismo metodológico, e de entendimento que as mudanças ocasionadas no direito

⁹⁶ LOSANO, Mario G. Prefácio à edição Brasileira. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, p. XLII e XLVIII.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 210.

⁹⁸ LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, prefácio, p. XLII. Losano não se manifesta com frequência sobre o debate pós-positivista, consta referência do autor no citado prefácio, mas na obra 'Sistema e estrutura no direito', ele tem uma abordagem histórico-analítica na qual aborda com fortes críticas o termo 'pós-modernidade', mas esquiva-se do debate sobre a concepção do termo 'pós-positivismo'.

⁹⁹ No artigo Ética para fiscales, Atienza formula quatro pontos importantes na diferenciação entre positivismo e pós-positivismo: 1) Não ser partidário del positivismo jurídico, não supõe negar que o Direito seja un fenómeno artificial, humano e produto histórico e social. Portanto colocar as coisas em termos de ser iusnaturalista ou iuspositivista, estaria incorreto. 2) Não ser positivista não significa identificar o direito com a moral, e mesmo que a argumentação jurídica contenha sempre un fragmento de raciocínio moral, isso não quer dizer que o raciocínio jurídico e o moral se confundam. 3) O Direito na tese pós-positivista ou constitucionalista básica não é somente un sistema de normas estabelecidas autoritativamente, mas também una práctica social que busca obter ciertos fins e valores dentro dos limites fixados pelo sistema, dando considerável papel à moral. 4) O positivismo jurídico é una concepção excesivamente pobre do Derecho, especialmente no contexto dos Estados constitucionais. Nesse sentido, o jurista de formação positivista não possui instrumentos adequados para resolver problemas de interpretação. Disponível em <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br/2014/01/etica-para-fiscales.html>, acesso em 18 Dez. 2015.

¹⁰⁰ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013, cap. 1, item 1.

durante o último século não são tão profundas ao ponto de implicarem em rupturas do modelo positivista, mas na adequação ou expansão deste modelo às necessidades sociais.¹⁰¹ Atienza não dedica-se à análise das diferentes fases de pesquisa de Bobbio, mas atém-se particularmente às pesquisas sobre o positivismo normativo de Kelsen.

Atienza entende o pós-positivismo como uma nova concepção, na qual supõe-se que o direito “não pode ser visto exclusivamente como uma realidade já dada, como o produto de uma autoridade (de uma vontade), mas sim (ademais e fundamentalmente) como uma prática social que incorpora uma pretensão de correção ou de justificação”. Tal concepção implica um certo “objetivismo valorativo” e atribue uma especial importância à interpretação “entendida como uma atividade guiada pela necessidade de satisfazer os fins e os valores que dão sentido à prática”. Nesse sentido, prioriza-se o “elemento valorativo do Direito sobre o autoritativo, sem desconhecer os valores do legalismo”.¹⁰²

“[...] o ideal regulativo de jurista do constitucionalismo, ou de jurista pós-positivista, deveria integrar em um todo coerente a dimensão autoritativa do Direito com a ordem de valores expressa nos princípios constitucionais.”¹⁰³

A concepção de pós-positivismo de Atienza volta-se então para uma maior demanda de justificação e argumentação no Direito, sem o isolamento positivista e em diálogo (mas sem confundir-se) com o componente moral e político da sociedade.¹⁰⁴

As diferentes concepções de pós-positivismo de Losano e de Atienza, muito embora tenham elementos em comum, bem como a não atenção para o último período de pesquisa de Bobbio, por parte de Atienza, fundamentam tão diferente entendimento dos escritos do autor torinês.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra de Bobbio é contextualizada em diferentes fases e interesses de pesquisa, que partem de problemas específicos de filosofia e de teoria geral do direito, passam pelo estudo crítico até a

¹⁰¹ Ver o debate trazido por Atienza no primeiro capítulo do Curso de argumentación jurídica.

¹⁰² ATIENZA, Manuel, **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013, cap. 1, item 4.

¹⁰³ ATIENZA, Manuel, **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013, cap. 1, item 4.

¹⁰⁴ Ao evidenciar do aspecto interpretativo e argumentativo do Direito, Atienza traz em sua obra a reflexão sobre as diferentes teorias da argumentação jurídica a partir da década de 50 do século passado. Por tratar de forma específica de teorias da argumentação, o jurista espanhol acaba por não analisar a contribuição de Tullio Ascarelli (tratado no item 2 deste artigo) e que tanto influencia Bobbio.

flexibilização de elementos do positivismo jurídico e a propositura de uma teoria funcional do direito.

O desenvolvimento da pesquisa de Bobbio pode ser contextualizado em uma crise moral e social, que abarca também a ciência jurídica e as ciências em geral, após a primeira e a segunda-guerra mundial, fruto da consciência das falácias de sistemas ditatoriais e das atrocidades cometidas em nome de objetivos políticos. Diante da crise, observa-se um certo renascimento do jusnaturalismo, enquanto Bobbio aproxima-se, muitas vezes de forma crítica, do positivismo normativo de Hans Kelsen.¹⁰⁵ A contraposição entre as duas concepções do direito não afasta Bobbio da reflexão sobre a função e o objetivo do direito, enquanto fruto de escolhas políticas e ao mesmo tempo parte do social.¹⁰⁶

Nesse sentido, delineou-se a nova fase de pesquisa de Bobbio, na qual não apenas manifestou contínuo interesse pelo estudo do poder, mas defendeu que é por meio desse que a teoria jurídica e a teoria política se complementam. A pesquisa jurídica de Bobbio, passa a relacionar-se então com uma concepção de política voltada aos valores sociais contextualizados em uma liberal-democracia e refutando as pretensões de uma ciência jurídica isolada das ideologias sociais.¹⁰⁷

Bobbio evidencia que por meio das transformações aportadas ao Estado (tornando-o Estado Social) houve transformações na concepção e na função social do direito. A “nova” concepção evidenciada pelo autor torinês aproxima-se da concepção de direito de Santi Romano, ao denotar o direito como ordenamento com função de organização ou direção social, conjugando-a à concepção de Kelsen que entende o direito como forma de controle social.¹⁰⁸ Nessa concepção, o direito não é isolado, mas sim contextualizado socialmente evidenciando que a sociologia do direito

¹⁰⁵ Sobre a defesa do positivismo em épocas de jusnaturalismo, ver BOBBIO, Norberto. *Introduzione a un'opera che non ho mai scritta. In: Miscellanea per le nozze di Enrico Castelnuovo e Delia Frigessi*, Einaudi, Torino, 1962, pp. 7ss.

¹⁰⁶ Nesse sentido, observa-se a proposta de Mello de uma Política do Direito ao invés de uma Ciência do Direito. A Política do Direito concebe o direito como fenômeno sócio-cultural e funda-se em critérios de ética, justiça, utilidade e legitimidade. DIAS, Maria das Graças dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta. **Política Jurídica e Pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito editorial, 2009, p. 133.

¹⁰⁷ “Para ele, e é um dos mais relevantes legados de seu fecundo magistério, liberdade e igualdade são valores necessariamente complementares, o que o fez - a exemplo do que já o fizera Carlos Rosselli, na longínqua década de 1930 – optar pelo 'socialismo liberal', após várias experiências, intensamente vividas, como a do marxismo e da social-democracia. Liberalismo e socialismo, a seu ver, não são idéias ou ideais contrapostos, mas que devem, ao contrário, se conciliar entre si, na medida em que o permitam as variáveis situações históricas de cada povo. Essa conclusão não o impedia de considerar-se um 'homem de esquerda', posição que, a seu ver, se justificará até e enquanto houver tantas desigualdades e exclusões sociais como as que ainda existem”. REALE, Miguel. **Legados de Norberto Bobbio**, p. 134, disponível no site www.academia.org.br/abl/media/prosa13.pdf, acessado em 22/08/2014.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 37.

ganha particular espaço na tarefa de auxiliar a teoria geral do direito. Observa-se, portanto, que a concepção e a evidência das normas premiaias por Bobbio permitem superar elementos do positivismo kelseniano como a concepção eminentemente coercitiva do ordenamento jurídico e do direito, tornando-os permeados por concepções sociais em seus valores e na análise e compreensão do direito não apenas como estrutura, mas como função de direção social.

Neste contexto, Bobbio evidencia que entre positivismo e pós-positivismo houve mudanças, mas que essas mudanças não são tão profundas ao ponto de delinear uma ruptura, mas apenas uma complementariedade, fruto dos novos tempos.¹⁰⁹ Nesse sentido, ao reconhecer a validade das críticas ao positivismo jurídico (no que tange à coerência e completude do ordenamento jurídico e interpretação lógica do direito) o autor torinês, desde a sua fase de maior pesquisa ao positivismo optava por manter-se longe de um positivismo em sentido estrito e optava pelo sentido amplo (reconhecendo dentre outros motivos a forte importância da interpretação).¹¹⁰ A concepção de continuidade e descontinuidade entre positivismo e pós-positivismo de Bobbio é bem evidenciada, por meio da influência de Tullio Ascarelli e Genaro Carriò, e muito próxima da posterior concepção de Mario Losano, muito embora contraditada por Manuel Atienza.

Bobbio pode então ser entendido como pós-positivista, a partir da flexibilização de elementos do juspositivismo e considerando o mais recente movimento como uma dinâmica de desenvolvimento que amplia os critérios de aplicação do direito, abarcando uma concepção funcional e permeável dos ideais de liberdade e justiça.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Do Positivismo Jurídico à Democracia em Kelsen, **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, vol. 1, n. 5, Setembro 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/demo_kelsen.htm, acessado em 30 agost. 2015.

ANTONI, Carlo. **La restaurazione del diritto naturale**. Venezia: Neri Pozza, 1959.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. 2. ed. Sorocaba: Editora Minelli, 2007.

¹⁰⁹ Pode-se entender dessa forma também a contribuição de Dworkin, e o seu percurso de formação, sendo originalmente aluno de Hart e mantendo com esse um diálogo extremamente profícuo, em termos de Teoria Geral do Direito. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 307 ss.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 237 ss.

- BOBBIO, Norberto. **L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica**. Torino: Istituto giuridico della R. Università, 1934.
- BOBBIO, Norberto. **Scienza e tecnica del diritto**. Torino: Istituto giuridico della R. Università, 1934.
- BOBBIO, Norberto. **L'analogia nella logica del diritto**. Torino: Istituto giuridico della R. Università, 1938.
- BOBBIO, Norberto. L'interpretazione delle leggi e la ragion di Stato. *In: Scritti giuridici in onore di Santi Romano* / AA.VV. Padova: CEDAM, 1939.
- BOBBIO, Norberto. Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione. *In: Rivista internazionale di filosofia del diritto*. 20, fasc. 4-5, 1940.
- BOBBIO, Norberto. Il valore del diritto. *In: Archivio di filosofia*. v. 12, n. 1-2, 1942.
- BOBBIO, Norberto. Persona e società nella filosofia dell'esistenza. *In: Studi critici* / AA.VV. - Milano : Bocca, 1942.
- BOBBIO, Norberto. **La consuetudine come fatto normativo**. Padova: CEDAM, 1942.
- BOBBIO, Norberto. Libertà e azione nella filosofia dell'esistenza. *In: Archivio di filosofia*. 12, n. 1-2, 1942.
- BOBBIO, Norberto. "Tullio Ascarelli". *In "Belfagor"*, XIX, 1964.
- BOBBIO, Norberto. "L'itinerario di Tullio Ascarelli". *In Studi in memoria di Tullio Ascarelli*. Milão: Giuffré, 1969.
- BOBBIO, Norberto. Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano. *In: RUFFIA, Paolo Biscaretti di (org.). Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*. Milano: Giuffrè, 1977.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: Giappichelli, 1993.
- BOBBIO, Norberto. Giusnaturalismo e giuspositivismo. *In: Enciclopedia delle scienze sociali*. Roma: Treccani, 1994. Disponível em: http://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo-e-giuspositivismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, acessado em 09 Nov. 2015.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora UnB, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **Diário de um século: Autobiografia**. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. Prologo, *in* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo jurídico. 7. ed. Madrid: Editora Trotta, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007.
- CAMPOS, Asterio. **O pensamento jurídico de Norberto Bobbio**. São Paulo: Saraiva, Universidade de São Paulo, 1966.
- CARDIM, Carlos Henrique (org.). **Bobbio no Brasil: Um Retrato Intelectual**. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. 4. ed. Campinas/São Paulo: Russell, 2008.
- CARRIÓ, Genaro R. Sul concetto di obbligo giuridico, *in* “**Rivista di filosofia**”, LVII, 1966.
- DIAS, Maria das Graças dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta. **Política Jurídica e Pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito editorial, 2009.
- Dizionario di filosofia politica (treccani). Bobbio, Norberto. Disponível em http://www.treccani.it/enciclopedia/norberto-bobbio_%28Dizionario-di-filosofia%29/, acesado em 18 Agost. 2015.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1977.
- FARALLI, Carla. **La filosofia del diritto nel secondo Novecento**. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto (2012), disponível em http://www.treccani.it/enciclopedia/la-filosofia-del-diritto-nel-secondo-novecento_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/, acesso em 22 Out. 2015.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Apresentação, *in* BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed., 1997.
- GROSSI, Paolo. **Primeira Lição sobre Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O Pensamento de Niklas Luhmann**. Universidade da Beira Interior, 2005, disponível em cadeiras.iscte.pt/SDir/2006_Dir_na_obra_de_niklas_Luhmann.pdf, acesado

em 28 Set. 2015.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HAYEK, Friedrich August von. The principles of a liberal social order. *In "Il Politico"*, XXXI, 1966.

IHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Campinas: Bookseller, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. *In*: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do Direito. Barueri. São Paulo: Manole, 2007, prefácio.

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alceu de. Prefácio, *In* PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *in* **Süddeutsche Juristenzeitung**, 1946.

RADBRUCH, Gustav. **Propedeutica alla filosofia del diritto**. Torino: Giapichelli, 1959.

REALE, Miguel. **Legados de Norberto Bobbio**, disponível no site www.academia.org.br/abl/media/prosa13.pdf, acessado em 22 Agost. 2015.

REALE, Miguel. A Teoria da Interpretação Segundo Tullio Ascarelli, *in* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 74 (1979) p. 197. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66878/69488>, acesso em 25 Set. 2015.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Boiteux, 2008.

SOUZA, María de Lourdes (1998). «Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica». **Anuario de Filosofía del Derecho** (15). Disponível em: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142382.pdf. Acessado em 11 Nov. 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

O CONSTRUTIVISMO MORAL KANTIANO E A IDEIA DE AUTONOMIA

Rafael Padilha dos Santos¹

INTRODUÇÃO

A filosofia prática de Immanuel Kant (1724-1804) permanece inserida em uma perspectiva metafísica, sendo que a ruptura com a metafísica é operada pela filosofia contemporânea para, dentre outros, conduzir a um novo patamar de pensamento mais focado à participação política, à ação comunicativa, à prática do discurso como técnica social para superar conflitos e realizar a cooperação pelo consenso, à proposta de uma base pública racional de justificação em conformidade a um pluralismo razoável. Porém, Immanuel Kant, dentro de seu idealismo transcendental, forneceu importantes contribuições para esclarecer o juízo moral e o discurso moral, bem como para reabilitar a metafísica como indispensável a um pensamento filosófico.

Quando o construtivismo ético contemporâneo esforça-se por determinar o procedimento para o discurso moral, não pode deixar de revisitar o pensamento de Immanuel Kant. Basta lembrar a concepção contemporânea de que um discurso moral², para ser um discurso, não pode admitir argumentos ou métodos de persuasão ou técnicas de motivação contaminadas pela sujeição dogmática a determinadas autoridades (sejam humanas, sejam divinas), nem o expediente de uso de ameaças ou de oferecimento de benefícios, nem a dissimulação, nem o condicionamento pela propaganda, pois todos esses recursos representariam uma perversão do discurso moral e uma manipulação do resultado.

A definição kantiana de autonomia empregada na compreensão do discurso moral permeia a ideia de filósofos contemporâneos, bastando lembrar John Rawls³. Immanuel Kant⁴ elabora alguns

¹ Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Filosofia pela UFSC. Pós-graduado pela UNIVALI e pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia). Professor da graduação em ciência jurídica e do Programa de Pós-graduação da UNIVALI. Advogado.

² NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 109: “*El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros. Éste es el rasgo de autonomía de la moral, que fue insuperablemente señalado por Kant al sostener que lo que da valor moral a la acción no es el miedo o la inclinación sino el respeto voluntario a la ley, que convierte el agente en su propio legislador.*”

³ RAWLS, John. Kantian constructivism in moral theory. *In: The Journal of Philosophy*. 77 v. 9 n. sep. 1980. p. 515-572.

⁴ KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. *In: KANTS WERKE: Akademie-Textausgabe*. Band IV. Berlin: Walter de Gruyter, 1996. p. 444-445.

traços formais básicos para compor um juízo moral para que este tenha validade, a exemplo da autonomia, universalidade e independência de condicionantes patológicos (como desejos e interesses empíricos) e John Rawls⁵ segue um método para estabelecer princípios de justiça que é construtivista em um sentido kantiano, partindo de um procedimento de escolha por um agente autônomo.

É o que se observa na sua concepção de posição originária, em que Rawls explica que certas condições devem ser satisfeitas para que seja possível a aceitação dos princípios de justiça, e a posição originária é o estágio inicial para assegurar que consensos básicos alcançados sejam equitativos, constituindo assim o contexto da escolha dos princípios de justiça que serão integrados à sociedade racionalmente. Porém, vale advertir que a justiça como equidade de Rawls não é uma visão kantiana em sentido estrito, porém parte do texto de Kant em diversos pontos⁶.

Ao longo deste trabalho serão respondidos alguns questionamentos partindo da filosofia kantiana, que representam noções propedêuticas a uma doutrina dos costumes: Qual é a melhor parte do homem? Como devemos nos conduzir para agirmos moralmente? O homem deve guiar-se pela razão ou pelos impulsos sensíveis? Como é possível uma lei moral? Que vale o homem no plano da conduta? Qual o dever moral do homem? Como faço para certificar se a ação é ou não moral?

Sendo assim, o objetivo deste texto é estudar a ideia de construtivismo moral de Kant considerando a faculdade legislativa da razão, enfocando na sua definição de autonomia e no papel regulador desta como abrangente para a vida de um agente racional. Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

1. A faculdade legislativa da razão

Tudo na natureza obedece a leis, sejam leis da natureza empírica, sejam leis da natureza

Gruyter&Co., 1968. KANT, Immanuel. Kritik der praktischen Vernunft. In: **KANTS WERKE**: Akademie-Textausgabe. Band V. Berlin: Walter de Gruyter&Co., 1968.

⁵ RAWLS, John, **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 12.

⁶ Sobre a diferença entre o construtivismo político de Rawls e o construtivismo moral kantiano, ver: RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 144 e seguintes.

racional (leis racionalmente representadas), como assevera Kant: “Ora, a natureza é, no sentido mais universal, a existência das coisas sob leis.”⁷ Na filosofia prática de Kant, a razão é tratada em relação à ação e, neste caso, é possível pensar leis práticas provenientes da própria razão. Convém distinguir que a razão pode ser utilizada pelo sujeito racional: **a**) ou de modo condicionado (como meio para satisfazer um interesse sensível); **b**) ou de modo incondicionado (como fim em si mesma). Significa que o monopólio para a determinação da ação é disputado entre a inclinação e a razão. No primeiro caso, a razão legisla princípios racionais como simples meios para satisfação de uma inclinação, ou seja, o fim não é estabelecido racionalmente, a ação possui o desdouro da sensibilidade. No segundo caso, o fim é fornecido pela própria racionalidade, ou seja, o ser humano legisla princípios racionais e age em vista a estes mesmos princípios. Então, enquanto no primeiro caso ao sujeito importa o *objeto da ação* (aquilo que é agradável), no segundo caso importa a *ação*.

Um dos grandes desafios na filosofia prática de Kant é assinalar a possibilidade de leis incondicionadas, para tanto desvela o conceito de vontade (*der Wille*). A vontade é esta faculdade que os seres racionais apresentam de agir por princípios derivados da razão: “Só um ser racional possui a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, por princípios, ou, só ele possui uma vontade.”⁸ A vontade assim entendida é sinônimo de razão prática, que é uma faculdade dos princípios determinando o interesse de todas as faculdades do ânimo. Os animais não apresentam uma vontade sob tal acepção, pois se fiam apenas pelos ditames da natureza sensível, as normas do agir são leis empiricamente condicionadas, sua liberdade é condicionada ao que a natureza sensível os determina. A vontade, por sua vez, ultrapassa tais impulsos sensíveis internos para fundar a capacidade de agir mediante a representação de leis extraídas de si mesmo. Kant expressa o seguinte conceito para vontade: “Concebe-se a vontade como uma faculdade (*Vermögen*) de se determinar a si mesmo agindo em conformidade com a representação de certas leis. Semelhante faculdade só se pode encontrar em seres racionais.”⁹

Do exposto, compreende-se que o ser humano possui uma natureza em que concorrem a

⁷ “Nun ist Natur im allgemeinsten Verstande die Existenz der Dinge unter Gesetzen.” KANT, Immanuel. Kritik der praktischen Vernunft. In: **KANTS WERKE**: Akademie-Textausgabe. Band V. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968. p. 43, 11-12. Tradução de Valério Rohden: KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 69.

⁸ “Nur ein vernünftiges Wesen hat das Vermögen, nach der Vorstellung der Gesetze, d. i. nach Principien, zu handeln, oder einen Willen.” KANT, Immanuel. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. In: **KANTS WERKE**: Akademie-Textausgabe. Band IV. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968. p. 412, 25-27. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 43.

⁹ “Der Wille wird als ein Vermögen gedacht, der Vorstellung gewisser Gesetze gemäß sich selbst zum Handeln zu bestimmen. Und ein solches Vermögen kann nur in vernünftigen Wesen anzutreffen sein.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 427, 19-21. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

racionalidade e a sensibilidade, ou seja, apresenta uma natureza sensível, da qual decorrem princípios práticos que prescrevem meios para serem alcançados fins; e uma natureza suprassensível, que preceitua uma ação como fim em si mesma. Com efeito, o sujeito tem a faculdade de agir por dever ou, então, simplesmente conforme ou contrário ao dever.

Pertencendo ao mundo sensível e ao mundo suprassensível, a subjetividade humana tem por adjetivo a contingência (*zufällig*), do que decorre uma nova categoria na filosofia de Kant: a vontade contingente (*zufällig Wille*). A vontade contingente não é plenamente concorde com a razão, pois sofre a influência patológica das inclinações (*Ubhängigkeit*) e, apesar de representar a si mesma leis objetivamente necessárias, subjetivamente é contingente, ou seja, pode ou não determinar-se de acordo com a razão, como expressa Kant: “[...] se a vontade não é em si plenamente conforme à razão (como realmente sucede entre os homens), então as ações, que objetivamente são reconhecidas como necessárias, são subjetivamente contingentes [...]”¹⁰.

A contingência da vontade pode defluir de dois fatores: ou da ignorância, isto é, do fato da pessoa nem sempre saber se a ação é ou não boa; ou, mesmo que saiba o que é bom fazer (o que prescrevem os princípios objetivos), não dirige sua ação neste sentido, equivale dizer: opta conscientemente pelas máximas que conflitam com os princípios objetivos¹¹.

Contrariamente à vontade contingente, é possível cogitar uma subjetividade determinada pela necessidade: trata-se da vontade divina ou santa. A vontade divina ou santa é aquela que incondicionalmente é determinada pela razão, em que as ações são objetivamente (pela representação da lei moral) e subjetivamente (devido a ação sempre proceder “por dever”) necessárias, como afirma Kant: “[...] a vontade [divina] é a faculdade de não escolher nada mais que a razão, independentemente da inclinação: conhece-a como praticamente necessária, quer dizer, como algo bom.”¹²

Em síntese: se a influência da razão sobre a vontade é infalível, tem-se a vontade divina ou santa; se a influência da razão sobre a vontade é falível, tem-se a vontade contingente. No âmbito da moralidade, a vontade santa tem o condão de servir como arquétipo à vontade contingente para

¹⁰ “[...] einem Worte, ist der Wille nicht an sich völlig der Vernunft gemäß (wie es bei Menschen wirklich ist) : so sind die Handlungen, die objectiv als nothwendig erkannt werden, subjectiv zufällig [...]”. KANT, I. *GzMS*, 1968, p. 413, 1-3. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

¹¹ KANT, I. *GzMS*, 1968, p. 414.

¹² “[...] der Wille ist ein Vermögen, nur dasjenige zu wählen, was die Vernunft unabhängig von der Neigung als praktisch nothwendig, d. i. als gut, erkennt.” KANT, I. *GzMS*, 1968, p. 412, 31-35. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

esta abrigar-se infinitamente nesta direção, convolvendo a vontade contingente ao caminho da virtude. Na hipótese em que a vontade pode ser desobediente à razão - vontade contingente-, surge a obrigação (*Nöthigung*), isto é, uma determinação para que a vontade se conforme com as leis objetivas. Esta obrigação, então, não existe para uma vontade santa, pois esta é incapaz de contrariar a razão.

Para a realidade humana, compreende-se até aqui que a razão acontece em uma vontade contingente, exigindo, ou uma obrigação que a determine exclusivamente sob o império da razão (imperativo categórico), ou que obrigue uma ação em vistas a uma finalidade sensível (imperativo hipotético). Sendo assim, na filosofia de Kant é possível cogitar-se na vontade pura e na vontade empiricamente condicionada. A faculdade legislativa da razão, em um sujeito com vontade contingente, se dá pela representação de leis na forma de imperativos, o que se verifica tanto na moral como no direito.

2. OS IMPERATIVOS DA VONTADE

A representação pelos seres racionais de princípios objetivos¹³ que obrigam a vontade contingente recebe a denominação de mandamento (*Gebot*; em latim *praecepta*). O mandamento se apresenta ao ser racional mediante uma fórmula denominada imperativo (*Imperativ*), nas palavras de Kant: “A representação de um princípio objetivo, enquanto seja constitutivo para uma vontade, chama-se mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se imperativo.”¹⁴ O imperativo é uma fórmula que estabelece uma obrigação expressa mediante a utilização do verbo “dever” (*sollen*), que relaciona a lei objetiva com a vontade contingente.

Sendo a vontade contingente, o vínculo entre a lei e a vontade pode ser de dois modos: **a)** ou há a necessitação objetiva da ação e a razão determina integralmente a vontade; **b)** ou há um objeto apetecido presidindo a ação e os impulsos sensíveis determinam a vontade. Destas distinções, segue-se que o imperativo pode se apresentar ao sujeito racional de duas maneiras diferentes, quais sejam: **a)** o imperativo categórico, que prevê ações-fim (um fim em si mesmo); **b)** o imperativo hipotético, que prevê ações-meio (o que deve ser feito para se alcançar uma

¹³ Estes princípios objetivos podem ser: o princípio apodíctico-prático – tratando-se do imperativo categórico; o princípio problemático-prático; o princípio assertórico-prático – estes dois últimos, tratando-se do imperativo hipotético.

¹⁴ “Die Vorstellung eines objectiven Princips, sofern es für einen Willen nöthigend ist, heißt ein Gebot (der Vernunft), und die Formel des Gebots heißt **Imperativ**.” KANT, I. *GzMS*, 1968, p. 413, 9-11. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

finalidade), sendo este o mais corriqueiro na vida em sociedade. Os imperativos categóricos são os únicos que preveem uma obrigação moral – os únicos que podem ser denominados de lei prática-, sendo os imperativos hipotéticos condicionados, portanto incapazes de formular uma obrigação de natureza moral, conforme ficará claro no seguimento da exposição.

Este tema foi pela primeira vez tratado por Kant na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten)* e, no avançar de sua maturidade, vai sendo repetido em outros títulos, inclusive na obra *A Metafísica dos Costumes (Die Metaphysik der Sitten)*¹⁵. No tratamento a seguir, este tema será desenvolvido principalmente com base na obra *A Fundamentação da Metafísica dos Costumes* em que, cabe advertir, os conceitos de vontade e arbítrio ainda não haviam sido distinguidos por Kant.

2.1 O imperativo hipotético

O imperativo hipotético vincula a vontade com uma regra prática (*praktische Regel*) mediante a representação de uma ação-meio para que algum propósito seja alcançado, conforme explica Kant: “Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de conseguir qualquer outra coisa que se queira (ou que é possível que se queira).”¹⁶

A forma do imperativo hipotético é: “devo fazer alguma coisa porque quero qualquer outra coisa.”¹⁷ Obedecendo a esta fórmula é possível, de partida, observar que os imperativos hipotéticos podem ser elaborados de infinitas maneiras, conforme a variedade de fins empíricos que os seres humanos podem experimentar, por exemplo: “Devo aprender oboé porque quero tocar em uma orquestra sinfônica.”; “Devo me aquecer antes de praticar um esporte porque não quero me lesionar.”; “Devo comprar um cinzel porque quero fazer uma escultura.” etc.

Em todos os casos, observa-se que o valor da ação é meramente condicional, pois no imperativo hipotético a ação prevista depende do fim, ou seja, retirando-se o fim imediatamente a ação perde seu valor. Então, para que aprenderei oboé se já não quero mais participar de uma

¹⁵ KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. In: **KANTS WERKE**: Akademie-Textausgabe. Band VI. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968. p. 222.

¹⁶ “Jene stellen die praktische Nothwendigkeit einer möglichen Handlung als Mittel zu etwas anderem, was man will (oder doch möglich ist, daß man es wolle), zu gelangen vor.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 414, 13-15. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

¹⁷ “ich soll etwas thun darum, weil ich etwas anderes will.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 441, 10-11. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

orquestra sinfônica? Para que irei me aquecer se depois não praticarei esporte? Para que comprarei um cinzel se já não quero mais fazer a escultura? No caso do imperativo hipotético, tais ações somente voltam a ganhar valor se outro fim lhe é atribuído, por exemplo, ao invés de participar de uma orquestra sinfônica aprenderei oboé para me apresentar como solista. Em outras palavras, a ação é boa se serve como meio hábil ao alcance do fim visado, sempre nesta relação meio e fim, nas palavras de Kant: “No caso de a ação ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é hipotético.”¹⁸

Nos imperativos hipotéticos, a razão prática não pode ser interpretada como o fundamento da ação do agente, pois o fim em questão não é a própria ação, mas um objeto da ação, conforme leciona Kant: “A regra prática é sempre um produto da razão, porque ela prescreve como visada a ação enquanto meio para um efeito.”¹⁹ Deste modo, a vontade se reduz a mera administradora de efeitos pela seleção de meios, sem manifestar a sua própria autoridade imperativa como legisladora suprema.

Pode-se afirmar que no imperativo hipotético identifica-se um fim (*Zweck*) e um meio (*Mittel*) diferentes entre si: o meio constitui o princípio da possibilidade da ação (*Grund der Möglichkeit der Handlung*), cujo efeito é o fim (*Zweck*), um objeto possível do querer. O imperativo hipotético formula a ação específica possível de ser realizada em concordância com o objeto possível do querer, ou seja, determina precisamente o que deve ser feito para que o fim seja alcançado. E tudo procede de modo racional, pois a ligação de um meio com um fim é um exercício da razão.

O fim a ser alcançado pela ação-meio do imperativo hipotético pode ser de dois modos, nas palavras de Kant: “O imperativo hipotético diz somente que a ação é boa em vista de algum propósito possível ou real.”²⁰ Com efeito, os fins do imperativo hipotético são: **a)** fim possível – engloba os fins possíveis de serem alcançados pelo agente, mas cuja finalidade não está dada como uma necessidade natural; **b)** fim real – quando a finalidade já está dada como uma necessidade natural: a felicidade.

¹⁸ “Wenn nun die Handlung bloß wozu anders als Mittel gut sein würde, so ist der Imperativ hypothetisch;” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 414, 22-23. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

¹⁹ “Die praktische Regel ist jederzeit ein Produkt der Vernunft, weil sie Handlung, als Mittel zur Wirkung, als Absicht, vorschreibt.” KANT, I. **KpV**, 1968, p. 20, 6-8. Tradução de Valério Rohden: KANT, I. **Crítica da razão prática**, 2002, p. 34.

²⁰ “Der hypothetische Imperativ sagt also nur, daß die Handlung zu irgend einer möglichen oder wirklichen Absicht gut sei.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 414, 32-33. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

Com base nestes dois tipos de finalidades é possível identificar dois tipos de imperativos hipotéticos: **a)** princípio problemático-prático – também chamado de imperativo de habilidade ou técnico – refere-se ao fim possível, ou seja, ordena meios necessários para um objetivo possível²¹; **b)** princípio assertórico-prático – também chamado de imperativo da sagacidade ou pragmático – refere-se ao fim real, ou seja, preceitua ações que promovem o objetivo da felicidade²².

2.2 O imperativo categórico e a obrigação moral

O imperativo categórico representa uma ação como objetivamente necessária por si mesma. No início da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* Kant explicita o imperativo categórico sem referência à sua matéria, ou seja, sem tanta preocupação de expor um conteúdo da ação moral (o que é realizado) ou com a sua finalidade (para que é realizada), mas sim com a forma (como é praticada - universalidade) e com o princípio do qual ela deriva (princípio apodíctico-prático). É o que motivou muitos críticos de Kant a denunciarem um excesso de formalismo em sua filosofia. Porém, o imperativo categórico possui um conteúdo, que é preceituado pela segunda formulação do imperativo categórico, explicação esta que será desenvolvida mais adiante.

Tratando do imperativo categórico, Kant afirma: “O imperativo categórico seria o que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim.”²³ O imperativo categórico representa uma ação como fim em si mesma, fim entendido como princípio objetivo da autodeterminação racional da vontade (*objectiv Grund dem Selbstbestimmung Willen*). Então, com o imperativo categórico se alcança o autêntico significado de lei objetiva-prática:

Trata-se, porém, da lei objetiva-prática, isto é, da relação de uma vontade consigo mesma enquanto essa vontade se determina tão-somente pela razão, pois que então tudo o que tem relação com o empírico desaparece por si, porque, se a razão por si só determina o procedimento (eis a possibilidade que vamos agora investigar), terá de fazê-lo necessariamente *a priori*.²⁴

²¹KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 415.

²² “Es ist gleichwohl ein Zweck, den man bei allen vernünftigen Wesen (so fern Imperative auf sie, nämlich als abhängige Wesen, passen) als wirklich voraussetzen kann, und also eine Absicht, die sie nicht etwa bloß haben können, sondern von der man sicher voraussetzen kann, daß sie solche insgesamt nach einer Naturnothwendigkeit haben, und das ist die Absicht auf Glückseligkeit.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 415, 28-33. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

²³ “Der kategorische Imperativ würde der sein, welcher eine Handlung als für sich selbst, ohne Beziehung auf einen andern Zweck, als objectiv-nothwendig vorstellte.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 414, 15-17. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

²⁴ “Hier aber ist vom objectiv-praktischen Gesetze die Rede, mithin von dem Verhältnisse eines Willens zu sich selbst, so fern er sich bloß durch Vernunft bestimmt, da denn alles, was aufs Empirische Beziehung hat, von selbst wegfällt : weil, wenn die Vernunft für

Se tal imperativo é o único que merece o estatuto de uma lei prática, é porque manda a vontade fazer sem permitir-lhe o apego a qualquer condição, impondo a necessidade racional por si própria. Torna-se necessário apontar que o imperativo categórico é uma lei prática, porém a lei prática distingue-se do imperativo categórico por ser mais ampla, sendo aplicável tanto a uma vontade santa quanto a uma vontade contingente, na lição de Kant, extraída da obra *A Metafísica dos Costumes*:

O imperativo é uma regra prática em virtude da qual se torna necessária uma acção contingente. Distingue-se de uma lei prática, pois que esta faz presente também, na verdade, a necessidade de uma acção, mas sem ter em conta se esta em si mesma se encontra já necessariamente ínsita na interioridade de um sujeito (num santo, por exemplo) ou se é contingente (como nos homens); pois que no primeiro caso não ocorre nenhum imperativo.²⁵

Retomando os imperativos hipotéticos, cabe advertir que Kant esclarece que ao princípio problemático-prático não serve a denominação de lei, mas de regra de habilidade; o princípio assertórico-prático também não merece ser chamado de lei, mas de conselho da sagacidade; a denominação “mandamento” (*Gebote*) e “lei” (*Gesetz*), para ser precisa, deve ser aplicada apenas ao imperativo categórico, pois somente este afirma o conceito de uma necessidade incondicionada, objetiva e universalmente válida.

Ocorre que o imperativo hipotético não manda expressamente o cumprimento da “lei” (regra ou conselho) em modo contrário à inclinação. Por não conter um mandamento incondicional, por não se opor à determinação da vontade pelas inclinações, os imperativos hipotéticos devem ser com maior exatidão denominados princípios da vontade. O fim do imperativo hipotético é material, isto é, prevê o efeito futuro de uma ação-meio a ser realizada; também os meios são condições empíricas relativas ao sujeito; então, justamente por serem fim e meio relativos, não podem resultar em princípios universais válidos e necessários para todos os seres racionais, apenas ao sujeito no momento em que se encontra, como justifica Kant:

[...] pois o que é necessário fazer só como meio para alcançar qualquer fim pode ser considerado em si como contingente, e em qualquer momento podemos nos libertar da prescrição renunciando à

sich allein das Verhalten bestimmt (wovon wir die Möglichkeit jetzt eben untersuchen wollen), sie dieses nothwendig a priori thun muß.” KANT, I. *GzMS*, 1968, p. 427, 13-18. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

²⁵“Der Imperativ ist eine praktische Regel, wodurch die an sich zufällige Handlung nothwendig gemacht wird. Er unterscheidet sich darin von einem praktischen Gesetze, daß dieses zwar die Nothwendigkeit einer Handlung vorstellig macht, aber ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob diese an sich schon dem handelnden Subjecte (etwa einem heiligen Wesen) innerlich nothwendig beiwohne, oder (wie dem Menschen) zufällig sei; denn wo das erstere ist, da findet kein Imperativ statt.” KANT, I. *DMS*, 1968, p. 222, 5-12. Tradução de José Lamago: KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 31.

intenção, ao passo que o mandamento incondicional não deixa à vontade nenhum arbítrio acerca do que ordena, só ele tendo portanto, em si, aquela necessidade que exigimos na lei.²⁶

O imperativo categórico, por sua vez, não antecipa sua prescrição com interrogações, como: tenho a faculdade exigida para alcançar o efeito desejado? O que devo praticar para atingir certa finalidade? Do efeito de minha ação resultará maior prazer ou desprazer? Por isso, é possível afirmar que o imperativo categórico é incondicional e, assim sendo, passível de ter seu conteúdo antecipado em uma formulação objetiva. O imperativo hipotético, em comparação, não pode antecipar o que pode conter em sua formulação, visto que ele é um elaborado condicional: depende de pressupostos colocados pelo mundo empírico.

Por isso, Kant chega a asseverar que “a ausência de todo o interesse no querer por dever é a característica específica de diferenciação do imperativo categórico em face do hipotético [...]”²⁷ Então, no campo da moral, o imperativo categórico acrescenta a consideração do aspecto subjetivo do agente moral: a ação por dever. O imperativo é denominado de categórico justamente por excluir de sua autoridade ordenadora as inclinações, tornando soberana a razão.

Complementarmente, convém assinalar que a moralidade apresenta sua lei como necessária, contudo, na prática, parece que poucas pessoas estão dispostas à moralidade. Em uma desprezenciosa analogia, é possível asseverar que, da mesma forma que todo o sportista, para ter êxito em uma competição olímpica, deve praticar todos os cuidados com sua dieta, preparação física, disciplina, concentração etc., no tocante à moralidade também cada homem deve praticar todos os cuidados consigo mesmo para alcançar o êxito moral. O homem deve ter todo o cuidado consigo mesmo em respeito à própria faculdade superior de que é dotado, ou seja, cada um, sendo soberano de si mesmo, deve exercitar tal soberania ao invés de delegá-la às paixões, sendo a obediência à moralidade obrigação irrenunciável formulada sob a forma do imperativo categórico.

O imperativo categórico cria a seguinte obrigação moral: o princípio pelo qual o sujeito age (máxima) deve estar de acordo a um princípio universal e necessário. O princípio pelo qual o sujeito age é a máxima (*Maxime*), isto é, o princípio subjetivo da ação, subjetivo por ser uma condição

²⁶ “[...] weil, was bloß zur Erreichung einer beliebigen Absicht zu thun nothwendig ist, an sich als zufällig betrachtet werden kann und wir von der Vorschrift jederzeit los sein können, wenn wir die Absicht aufgeben, dahingegen das unbedingte Gebot dem Willen kein Belieben in Ansehung des Gegentheils frei läßt, mithin allein diejenige Nothwendigkeit bei sich führt, welche wir zum Gesetze verlangen.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 420, 5-11. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

²⁷ “daß die Lossagung von allem Interesse beim Wollen aus Pflicht, als das spezifische Unterscheidungszeichen des kategorischen vom hypothetischen Imperativ [...]” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 431, 35-37.

considerada pelo sujeito como válida somente para a sua vontade. O princípio universal e necessário é uma proposição fundamental objetiva ou lei prática por ser válido à vontade de todo sujeito racional. Então, enquanto as máximas possuem valor subjetivo (possuem um conteúdo), as leis práticas possuem valor objetivo (não possuem conteúdo, apenas a forma). Fundindo a máxima subjetiva à lei objetiva, o imperativo categórico estabelece a obrigação de que a máxima de ação seja concorde com a lei prática objetiva, submetendo quaisquer máximas que o sujeito pretenda adotar ao seu mandamento. Distinguindo máxima e lei prática, expressa Kant:

Máxima é o princípio subjetivo da ação e deve se distinguir do princípio objetivo, isto é, da lei prática. Aquela contém a regra prática que determina a razão em conformidade com as condições do sujeito (muitas vezes em conformidade com a sua ignorância ou as suas inclinações) e é, portanto, o princípio segundo o qual o sujeito age; a lei, porém, é o princípio objetivo, válido para todo ser racional, princípio segundo o qual ele deve agir, quer dizer, trata-se de um imperativo²⁸.

A máxima do imperativo categórico apresenta-se na seguinte forma: “devo agir dessa ou daquela maneira, mesmo que não quisesse outra coisa.”²⁹ Kant fornece o exemplo: “*Você não deve (sollt) realizar promessas falaciosas.*”³⁰ Trata-se de uma máxima que não coloca outra finalidade diferente da própria ação representada (não realizar promessas falaciosas), tratando-se de uma proposição categórica. Para transmudar tal proposição categórica para hipotética, basta acrescentar uma condição (finalidade) à ação, por exemplo: “*Não debes fazer promessas falaciosas para não perderes o crédito em caso de seres descoberto.*”³¹ Em outro caso, considerando agora primeiramente a prescrição do imperativo hipotético, pode-se considerar a máxima de uma pessoa unida a um interesse empírico particular (finalidade), por exemplo: “*não devo mentir se quero conservar minha honra.*”³² O imperativo categórico, em idêntica situação, coloca: “*não devo mentir, ainda que o mentir não me trouxer a menor vergonha.*”³³ O imperativo categórico confere à ação

²⁸“Maxime ist das subjective Princip zu handeln und muß vom objectiven Princip, nämlich dem praktischen Gesetze, unterschieden werden. Jene enthält die praktische Regel, die die Vernunft den Bedingungen des Subjects gemäß (öfters der Unwissenheit oder auch den Neigungen desselben) bestimmt, und ist also der Grundsatz, nach welchem das Subject handelt; das Gesetz aber ist das objective Princip, gültig für jedes vernünftige Wesen, und der Grundsatz, nach dem es handeln soll, d. i. ein Imperativ.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 420, 36-37; p. 421, 26-30. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003. Ver também: KANT, I. **KpV**, 1968, p. 19.

²⁹“ich soll so oder so handeln, ob ich gleich nichts anderes wollte.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 441, 12-13. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003, p. 71.

³⁰“du sollst nichts betrüglich versprechen [...]”. KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 419, 20. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

³¹“du sollst nicht lügenhaft versprechen, damit du nicht, wenn es offenbar wird, dich um den Credit bringest;” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 419, 22-24. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

³²“ich soll nicht lügen, wenn ich bei Ehren bleiben will.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 441, 13-14. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

³³“ich soll nicht lügen, ob es mir gleich nicht die mindeste Schande zuzöge.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 441, 14-15. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003, p. 71.

de não mentir um valor incondicionado, sem quaisquer considerações ulteriores, ou seja, coloca a ação como fim em si mesma. Dos exemplos, ressalta claro como a moralidade exige uma delicadeza subjetiva, uma harmonia racional interior: quaisquer interferências da sensibilidade fazem ruir todo o edifício da moralidade, como assevera Kant: “[...] nada se espere da inclinação [*Neigung*] humana, e tudo se aguarde do poder supremo da lei e do respeito que lhe é devido, ou então, em caso contrário, venha a se condenar o homem ao desprezo de si mesmo e à execração íntima.”³⁴

Apesar dos exemplos, é impossível demonstrar empiricamente se uma pessoa está cumprindo um imperativo de modo categórico ou não, pois o valor moral deve ser encontrado no móbil interno do sujeito, não no efeito externo da ação. Em outras palavras, apesar da vontade cumprir a proposição externamente, é difícil saber internamente se a vontade não ouviu uma inclinação, como um temor, vergonha, ódio, etc. Não significa que a moralidade não tenha uma realidade, porque quando o indivíduo pratica uma ação, sua conduta é levada a exame perante o tribunal da razão, sob um juiz interior, sendo que qualquer deslize é acusado no tribunal da razão pela consciência moral (absolvição ou condenação).

A possibilidade do imperativo categórico não deve ser buscada *a posteriori*, mas *a priori*. O princípio da conduta não deve estar em motivos e leis empíricas, estes pervertem o princípio da moralidade (*Princip der Sittlichkeit*), furtando o valor moral que se possa encontrar em uma vontade absolutamente boa. Há, então, uma necessidade moral que reprime os condicionantes empíricos através de uma coerção interior, sendo a ação assim necessitada um dever. Portanto, o homem deve se policiar quanto ao *antagonismus*, isto é, à resistência que as inclinações operam às prescrições da razão, conforme adverte Kant:

Pois a razão humana é propensa a repousar de suas fadigas nesse travesseiro e, no sonho de doces ilusões (que lhe fazem abraçar uma nuvem em vez de Juno), substitui a moralidade por um bastardo composto de membros procedentes de diversas origens, que se parece com tudo o que nele se queira ver, porém jamais com a virtude [*Tugend*], isso para quem algum dia a tenha visto em sua verdadeira configuração.³⁵

Diante destas explicações, cumpre interrogar-se: a que tipo de juízo se refere o imperativo

³⁴ “[...] nichts von der Neigung des Menschen, sondern alles von der Obergewalt des Gesetzes und der schuldigen Achtung für dasselbe zu erwarten, oder den Menschen widrigenfalls zur Selbstverachtung und innern Abscheu zu verurtheilen.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 426, 3-6. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

³⁵ “[...] die menschliche Vernunft in ihrer Ermüdung gern auf diesem Polster ausruht und in dem Traume süßer Vorspiegelungen (die sie doch statt der Juno eine Wolke umarmen lassen) der Sittlichkeit einen aus Gliedern ganz verschiedener Abstammung zusammengeflickten Bastard unterschiebt, der allem ähnlich sieht, was man daran sehen will, nur der Tugend nicht für den, der sie einmal in ihrer wahren Gestalt erblickt hat.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 426, 15-21. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

categorico? Segundo Kant, trata-se de um juízo sintético *a priori*, pois o querer é derivado sinteticamente do conceito da vontade de um ser racional - querer este não contido no conceito de vontade. Desta forma, ao contrário do imperativo hipotético, o querer de uma ação não é derivado analiticamente de outra ação pressuposta. Quer-se algo pelo simples querer, não pelo algo visado.

A partir da leitura da obra *A Fundamentação da Metafísica dos Costumes* é possível identificar três fórmulas do imperativo categorico expostas por Kant, cada qual contendo as outras duas, três diferentes formulações de uma idêntica lei, a seguir transcritas:

1. “age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.”³⁶ Nesta primeira formulação, Kant inclui também o imperativo universal do dever (*allgemeine Imperativ der Pflicht*): “age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza.”³⁷
2. Princípio da humanidade e de toda a natureza em geral como fim em si mesma (*Princip der Menschheit und jeder vernünftigen Natur überhaupt, als Zwecks an sich selbst*): “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”³⁸
3. Reino possível dos fins: “[...] o princípio segundo o qual toda a vontade humana seria uma vontade legisladora universal por meio de todas suas máximas [...]”.³⁹

Estas três maneiras de representar o princípio da moralidade apresentam as máximas contendo: **a)** uma forma (*eine Form*), isto é, uma universalidade; **b)** uma matéria (*eine Materie*), ou seja, um fim, qual seja, a própria natureza racional, para repudiar fins arbitrários nas relações das pessoas consigo mesmas e com os outros; **c)** uma determinação integral de todas as máximas que compõe a totalidade do sistema dos fins, em que todas as máximas concordam com a idéia de um reino possível dos fins⁴⁰.

³⁶ “handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 421, 6-8. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

³⁷ “handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetze werden sollte.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 421, 18-20. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

³⁸ “handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 429, 10-13. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

³⁹ “[...] das Princip eines jeden menschlichen Willens, als eines durch alle seine Maximen allgemein gesetzgebenden Willens [...]”. KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 432, 12-14. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

⁴⁰ KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 436, 437.

2.3 Confrontos entre o imperativo hipotético e o imperativo categórico

A palavra “boa” (*gut*) ligada a uma ação (*gut Handlung* - ação boa), para o imperativo categórico tem o sentido de ser boa pelo querer do sujeito, pela disposição interna independentemente dos resultados; já no imperativo hipotético “boa” significa que a ação é apropriada para alcançar uma finalidade, independentemente se tal finalidade é moralmente reprovável ou não. Então: a ação-fim é boa por si mesma; a ação-meio é boa para se alcançar um objetivo possível ou real⁴¹.

O imperativo categórico e o hipotético possuem as seguintes semelhanças: **a)** expressam-se na forma de um dever; **b)** são representações da razão; **c)** preveem, cada um ao seu modo, ações necessárias; **d)** obrigam, cada um ao seu modo, uma vontade contingente. Tais imperativos diferem no significado de “ações necessárias”, assim como de “obrigação”.

A necessidade da ação no imperativo hipotético se apoia em pressupostos, podendo esta necessidade ser chamada de necessidade prática-condicionada da ação. Que pressupostos seriam estes? São fatores prévios que se antepõem à determinação interna da ação pela razão, a exemplo de inclinações ou a felicidade ou objetos que o sujeito almeja alcançar.

Já a necessidade da ação no imperativo categórico não se apoia em quaisquer pressupostos, sendo denominada de necessidade prática-incondicionada da ação, a ação vale como fim em si mesma, livre das inclinações sensíveis e imbricada aos mandamentos da razão, como expõe Kant:

A necessidade prática de agir segundo esse princípio, isto é, o dever, não parte de sentimentos, impulsos e inclinações, mas sim unicamente da relação dos seres racionais entre si, relação esta em que a vontade de um ser racional tem de ser considerada sempre e simultaneamente como legisladora, porque de outra forma não poderia ser pensada como fim em si mesma.⁴²

Quanto à obrigação, quando o dever vincula a vontade a uma lei que prevê um meio para o alcance de um fim, tem-se a obrigação do imperativo hipotético, que determina o sujeito racional enquanto causa operante que atua empiricamente para alcançar um efeito; significa que a obrigação do imperativo hipotético revela preocupação com aspectos empíricos, vinculando a

⁴¹ “Der hypothetische Imperativ sagt also nur, daß die Handlung zu irgend einer möglichen oder wirklichen Absicht gut sei.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 414, 32-33. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

⁴² “Die praktische Nothwendigkeit nach diesem Princip zu handeln, d. i. die Pflicht, beruht gar nicht auf Gefühlen, Antrieben und Neigungen, sondern bloß auf dem Verhältnisse vernünftiger Wesen zu einander, in welchem der Wille eines vernünftigen Wesens jederzeit zugleich als gesetzgebend betrachtet werden muß, weil es sie sonst nicht als Zweck an sich selbst denken könnte.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 434, 20-25. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

vontade a um fim que é um dado concreto da situação histórica. Agora, quando a determinação da vontade é também subjetiva e considera o princípio do querer, tem-se a obrigação moral (imperativo categórico) e, neste caso, Kant preocupa-se com o interesse prático do sujeito, isto é, em estabelecer uma dependência da vontade contingente aos princípios da razão. Destarte, o imperativo categórico determina somente a vontade em si mesma, ou seja, as condições da causalidade da liberdade em uma vontade contingente. No imperativo categórico, a obrigação vincula ação e razão; no imperativo hipotético, a obrigação vincula ação e situação.

Essencialmente, a diferença entre ambos imperativos reside no fato de que o imperativo hipotético não exige a ausência de todo o interesse patológico no querer, enquanto que o imperativo categórico faz tal exigência. Outras diferenças que podem ser apontadas é que o imperativo categórico prevê deveres inespecíficos, com obrigações mais gerais, como: agir pela moralidade, ser benevolente, cultivar os próprios talentos. Já o imperativo hipotético é específico, indica particularmente a ação a ser realizada para que o fim seja alcançado, cumprindo, assim, a condicionalidade que lhe é característica. Por ser condicional, é possível libertar-se da obrigação do imperativo hipotético renunciando à condição; já no imperativo categórico isso não é possível, por ser incondicional, portanto a obrigação moral é irrenunciável, sob pena do homem perder a dignidade. Estas distinções entre o imperativo categórico e o imperativo hipotético conduzem a uma outra diferenciação fundamental no pensamento de Kant, entre autonomia e heteronomia da vontade, o que se passa a expor a seguir.

3. AUTONOMIA E HETERONOMIA DA VONTADE

A razão prática, em Kant, não é algo antinatural, pois exige a consideração do homem como sujeito racional finito, com corpo, com inclinações, com características de insaciabilidade empírica. O perene desafio da razão, portanto é o domínio das inclinações, pois estas reivindicam para si o monopólio da determinação da conduta humana. Existe um conflito interno, um dos lados deve prevalecer em cada escolha, pois por constituição o ser humano não pode servir a dois soberanos: se o soberano for a razão, tem-se a autonomia; se o soberano for a *empíria* (as inclinações), tem-se a heteronomia.

Destarte, para diferenciar a autonomia da heteronomia cumpre perceber que o uso prático da razão ocupa-se com os fundamentos determinantes da vontade sob duas perspectivas

diferentes: **a)** no caso da razão pura, o fundamento é a própria razão, tem-se a autonomia; **b)** no caso da razão empiricamente condicionada, o fundamento é patologicamente determinado, tem-se a heteronomia.

O imperativo categórico está ligado à autonomia da vontade, uma vontade que fornece a si mesma sua legislação, fundando assim a dignidade do ser racional. Já os imperativos hipotéticos, por serem todos condicionados, estão vinculados à noção de heteronomia, ou seja, há uma lei que não é fornecida pela própria razão que orienta o agir. Cumpre analisar cada caso, começando com a heteronomia da vontade.

3.1 Heteronomia

A vontade heterônoma toma como fundamento determinante da vontade a matéria do querer, ou seja, um objeto fornecido pela dependência de uma inclinação sensível, sendo que o princípio prático correlato é empírico, não podendo ser denominado de lei prática. Kant conceitua heteronomia da vontade ao afirmar:

Quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, em qualquer outro ponto que não na aptidão de suas máximas para a sua própria legislação universal, quando, portanto, passando além de si mesma, busca essa lei na natureza de qualquer dos seus objetos, o resultado é sempre a heteronomia.⁴³

Neste caso, é possível fazer uma análise das condições subjetivas do sujeito, em que, primeiro, ele apresenta um sentimento de prazer ou desprazer ligado a um determinado objeto, sentimento este entendido como uma receptividade interior do sujeito, típica de seu sentido interno, que gera a inclinação sensível dirigida à efetivação do objeto (toda inclinação e cada impulso sensível é fundado sobre um sentimento); segundo, se há a sensação de prazer ligada ao objeto, este é avaliado como algo bom [*Gute*], se há a sensação de desprazer, o objeto é avaliado como mau [*Böse*]; terceiro, a máxima da vontade é formulada em vistas à satisfação da inclinação, apontando o meio – realizar o objeto apetecido- para atingir o fim - prazer [*Lust*] ou desprazer [*Unlust*], bem-estar ou mal-estar. Assim, desde o início, na heteronomia, existe algo diferente da natureza racional a fundamentar a ação do homem, furtando-lhe a possibilidade da dignidade.

⁴³“Wenn der Wille irgend worin anders, als in der Tauglichkeit seiner Maximen zu seiner eigenen allgemeinen Gesetzgebung, mithin, wenn er, indem er über sich selbst hinausgeht, in der Beschaffenheit irgend eines seiner Objecte das Gesetz sucht, das ihn bestimmen soll, so kommt jederzeit Heteronomie heraus.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 441, 03-07. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

Neste caso, acontece o prazer ou o desprazer como o fundamento determinante da faculdade de desejar, em que o homem é levado como um barco sem lemes em mar revolto pelas águas das inclinações, ao invés de dirigir a própria vida mediante o uso consciente de sua racionalidade.

Por tais máximas, a conduta está orientada para a felicidade, entendida como “[...] a consciência que um ente racional tem do agrado da vida e que acompanha ininterruptamente toda a sua existência [...]”⁴⁴. Para tanto, o indivíduo despe-se de critérios racionais para apegar-se apenas a elementos empíricos, por exemplo, um médico pode realizar uma consulta gratuita a um indivíduo pelo fato deste ser parente de um amigo seu, neste caso, faz o trabalho gratuito visando a consideração social do amigo e não o próprio dever funcional, ou seja, realiza-se a ação sob o pressuposto de alcançar uma vantagem própria, como receber reconhecimento de agrado.

Estas máximas constituem princípios práticos materiais que se incluem no princípio geral do amor de si ou da felicidade própria. O princípio do amor de si (*Prinzip der Selbstliebe*) prescreve a felicidade como o fundamento determinante supremo do arbítrio. Pautando-se neste princípio, a ação será sempre dirigida à produção do objeto tendo em vista um deleite, ou seja, a vontade está determinada tendo em vista um sentimento de prazer ou desprazer⁴⁵.

A escolha, então, pondera racionalmente a *intensidade, a durabilidade, a facilidade de adquirir e a frequência de repetir o agrado*. Para decidir sobre qual será o objeto da representação, leva-se em conta quanto e quão grande será o deleite, assim como o máximo de tempo que proporciona⁴⁶. O imperativo da vontade heterônoma, então, será sempre condicionado, porque pondera o efeito que a ação exercida produzirá sobre a vontade: “se ou porque se quer tal objeto, deve-se proceder de tal ou qual maneira.”⁴⁷ Ou o que é o mesmo: “devo fazer tal coisa, porque quero alguma outra;”⁴⁸ Por isso, o vocábulo heteronomia é um híbrido do antepositivo grego *héteros* (outro, diferente) com o pospositivo *nomos* (norma), resultando em uma norma que não advém da vontade, o agir está pautado em algo diferente da superioridade racional humana: “a vontade não concede a lei a si mesma, mas é um impulso estranho que lhe confere a lei por uma disposição

⁴⁴“Nun ist aber das Bewußtsein eines vernünftigen Wesens von der Annehmlichkeit des Lebens, die ununterbrochen sein ganzes Dasein begleitet, die Glückseligkeit” KANT, I. **KpV**, 1968, p. 22, 17-19. Tradução de Valério Rohden: KANT, I. **Crítica da razão prática**, 2002, p. 38.

⁴⁵KANT, I. **KpV**, 1968, p. 22.

⁴⁶KANT, I. **KpV**, 1968, p. 23.

⁴⁷ “[...] wenn oder weil man dieses Object will, soll man so oder so handeln;” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 444, 3-4. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003, p. 74.

⁴⁸ “ich soll etwas thun, darum weil ich etwas anderes will [...].” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 444, 11-12. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003, p. 74.

natural do sujeito, devendo ser concordante com a receptividade desse mesmo impulso.”⁴⁹ Em síntese, na heteronomia, a razão serve à inclinação, a magestade da racionalidade como soberana da ação humana é reduzida a mero veículo para alcançar o objetivo da inclinação.

3.2 Autonomia

A autonomia da vontade reporta-se à própria razão prática pura que contém em si a causalidade em relação a seus objetos, retira de si própria a direção dos juízos e os princípios. Somente assim a vontade é autolegislativa, como conceitua Kant: “A autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer).”⁵⁰

A crítica da razão prática em geral estabelece a si mesma a obrigação de reprimir a presunção da razão empiricamente condicionada de ser, exclusivamente, o fundamento determinante da vontade e, para tanto, estabelece o princípio da autonomia: “O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal.”⁵¹ A autonomia é o momento da filosofia de Kant em que o homem é exortado à tomada de consciência e responsabilidade pelos seus atos, um autoconhecimento que reporta aos critérios de decisão que cada ser humano traz impresso dentro de si pela natureza.

A ideia de autonomia reúne dois pontos de suma importância: **a)** independência de toda a matéria da lei, que é o sentido negativo da liberdade, ou seja, não são as inclinações, mas a razão do homem a dirigir suas ações; **b)** determinação da vontade pela forma legislativa universal, que é o sentido positivo da liberdade, ou seja, o homem atua em si mesmo o critério para o agir moral.

Ao contrário das máximas orientadas pela matéria do princípio prático (objeto da vontade), característica da heteronomia da vontade, o campo da moralidade exige que um sujeito racional deve representar suas máximas pela forma do princípio prático, sendo tal forma uma legislação

⁴⁹ “[...] der Wille giebt sich nicht selbst, sondern ein fremder Antrieb giebt ihm vermittelt einer auf die Empfänglichkeit desselben gestimmten Natur des Subjects das Gesetz.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 444, 25-27. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003, p. 74.

⁵⁰ “Autonomie des Willens ist die Beschaffenheit des Willens, dadurch derselbe ihm selbst (unabhängig von aller Beschaffenheit der Gegenstände des Wollens) ein Gesetz ist.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 440, 16-18. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

⁵¹ “Das Princip der Autonomie ist also : nicht anders zu wählen als so, daß die Maximen seiner Wahl in demselben Wollen zugleich als allgemeines Gesetz mit begriffen seien.” KANT, I. **GzMS**, 1968, p. 440, 18-20. Tradução de Leopoldo Holzbach: KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, 2003.

universal. Expõe Kant: “Logo a forma legislativa, na medida em que está contida na máxima, é a única coisa que pode constituir um fundamento determinante da vontade.”⁵² A determinação da vontade pela forma da lei, sendo representada apenas pela razão, independe de fenômenos ou de leis naturais de causa e efeito, sendo esta independência do mundo sensorial chamada de liberdade transcendental. Então, a liberdade transcendental:

“[...] tem de ser pensada como independência de todo o empírico e portanto da natureza em geral, quer ela seja considerada objeto do sentido interno simplesmente no tempo, ou também simultaneamente do sentido externo no espaço e no tempo.”⁵³

A vontade aqui tratada é a vontade livre. Destarte, o princípio da autonomia, em tese, apresenta-se como o mais fácil de ser realizado, pois ordena a observância de modo estrito, sem ultrapassar a necessidade e universalidade colocadas pela razão; já a pressuposição da heteronomia torna tudo mais difícil, pois é sempre obscuro delimitar o que pode trazer a felicidade. Na heteronomia da vontade, cada sujeito persegue uma inclinação própria, o que traduz no campo empírico faculdades infinitas de cada pessoa responder à situação, podendo se pautar por intermináveis regras e exceções, impossíveis de abrangência por uma lei universal; já na autonomia, a regra é apenas uma, facilitando a ação, como dispõe Kant:

Satisfazer o mandamento categórico da moralidade está todo o tempo em poder de cada um; satisfazer ao preceito empiricamente condicionado da felicidade, raramente, e nem de longe é possível a qualquer um, sequer com vistas a um único objetivo. A causa disso é que no primeiro caso só importa a máxima, que tem de ser genuína e pura, enquanto no segundo importam também as forças e a faculdade física de tornar efetivo um objeto apetecido.⁵⁴

Não significa, no entanto, que na moralidade o querer esteja subtraído de todo objeto ou matéria; apenas que tal objeto ou matéria não é o fundamento do querer. Ademais, existe matéria na moralidade, porém tal matéria do querer não é um pressuposto da vontade, mas componente da própria vontade pela forma de uma lei universal. Na autonomia existe uma relação intrínseca

⁵² “Also ist die gesetzgebende Form, so fern sie in der Maxime enthalten ist, das einzige, was einen Bestimmungsgrund des Willens ausmachen kann.” KANT, I. **KpV**, 1968, p. 29, 20-22. Tradução de Valério Rohden: KANT, I. **Crítica da razão prática**, 2002, p. 49.

⁵³ “[...] welche als Unabhängigkeit von allem Empirischen und also von der Natur überhaupt gedacht werden muß, sie mag nun als Gegenstand des inneren Sinnes blos in der Zeit, oder auch äußeren Sinne im Raume und der Zeit zugleich betrachtet werden, ohne welche Freiheit (in der letzteren eigentlichen Bedeutung), die allein a priori praktisch ist, kein moralisch Gesetz, keine Zurechnung nach demselben möglich ist.” KANT, I. **KpV**, 1968, p. 97, 1-7. Tradução de Valério Rohden: KANT, I. **Crítica da razão prática**, 2002, p. 156-157.

⁵⁴ “Dem kategorischen Gebote der Sittlichkeit Genüge zu leisten, ist in jedes Gewalt zu aller Zeit ; der empirisch-bedingten Vorschrift der Glückseligkeit nur selten, und bei weitem nicht, auch nur in Ansehung einer einzigen Absicht, für jedermann möglich. Die Ursache ist, weil es bei dem ersteren nur auf die Maxime ankommt, die echt und rein sein muß, bei der letzteren aber auch auf die Kräfte und das physische Vermögen, einen begehrten Gegenstand wirklich zu machen.” KANT, I. **KpV**, 1968, p. 36, 40 e p. 37, 1-5. Tradução de Valério Rohden: KANT, I. **Crítica da razão prática**, 2002, p. 61.

entre liberdade e lei moral, ou seja, a lei não subtrai do homem sua liberdade, mas a confirma e enaltece. A relação entre liberdade e lei moral permite discernir acerca da possibilidade da existência de leis sem determinantes empíricos.

Vale ressaltar que para Kant a felicidade não seria inimiga do homem, a felicidade é algo natural, faz parte do projeto homem (é um fim dado por necessidade natural), porém, no que concerne à moralidade, a felicidade não deve entrar no cômputo da ação, na lição de Kant:

Mas essa distinção do princípio da felicidade e do princípio da moralidade nem por isso é imediata oposição entre ambos, e a razão prática pura não quer que se abandonem as reivindicações de felicidade mas somente que, tão logo se trate do dever, ela não seja de modo algum tomada em consideração.⁵⁵

A moralidade em Kant não significa a produção do homem infeliz, seria irracional um mandamento que preceituasse um destino de infelicidade. À moralidade condiz o homem autorrealizado, com autocontrole e autocontentamento. Significa que a busca pela felicidade sempre acompanhará a vida do homem, porém, quando se trata de agir por dever, não deve ser levada em consideração como fundamento determinante da ação.

4. A RELAÇÃO ENTRE LIBERDADE E LEI MORAL

Os seres humanos são seres racionais que apresentam uma natureza sensível e uma natureza suprassensível que concorrem entre si. Quais destes dois mundos seria a sede da lei moral e da liberdade? A resposta de Kant: o mundo suprassensível. Por isso, para a moralidade é preciso que a natureza suprassensível forneça o arquétipo para moldar a natureza sensível, determinando a vontade humana a produzir no mundo sensorial a forma ideal que lhe arroga a lei moral. A natureza arquetípica do mundo inteligível pode manifestar seus efeitos no mundo sensível. Deste modo, as leis do mundo sensível possuem uma natureza éctipa (*nachgebildete – natura ectypa*): “porque contém o efeito possível da idéia da primeira [da natureza arquetípica do mundo inteligível] enquanto fundamento determinante da vontade.”⁵⁶ Trata-se de reconhecer que apesar do homem constituir-se de *noumenon* e *fenomenon*, a mente (*nous*) ordenadora reside no *noumenon*

⁵⁵ “Aber diese Unterscheidung des Glückseligkeitsprinzips von dem der Sittlichkeit ist darum nicht sofort Entgegensetzung beider, und die reine praktische Vernunft will nicht, man solle die Ansprüche auf Glückseligkeit aufgeben, sondern nur, so bald von Pflicht die Rede ist, darauf gar nicht Rücksicht nehmen.” KANT, I. **KpV**, 1968, p. 93, 11-15. Tradução de Valério Rohden: KANT, I. **Crítica da razão prática**, 2002, p. 69.

⁵⁶ “[...] weil sie die mögliche Wirkung der Idee der ersteren, als Bestimmungsgrundes des Willens, enthält, die nachgebildete (natura ectypa) nennen.” KANT, I. **KpV**, 1968, p. 43, 28-30. Tradução de Valério Rohden: KANT, I. **Crítica da razão prática**, 2002, p. 70.

(suprassensível).

A parte sensível do homem o impele à felicidade e, sob esta direção, o ser humano se torna carente e necessitado, usando a razão como mera proponente dos meios práticos para erigir a felicidade (não existe neste caso o uso da razão prática pura). A majestade da razão seria reduzida a um mero meio à realização dos instintos, ou o que é o mesmo, um dote peculiar do homem para realizar a finalidade instintual. Não é propriamente este traço que difere o homem dos animais irracionais, visto que, neste caso, ambos difeririam apenas no modo de satisfazer o endereço instintual: o homem utilizaria a razão para alcançar tal finalidade, enquanto que os animais utilizariam seu *arbitrium brutum*. Segue-se, então, que não é propriamente por ser dotado de racionalidade que o homem se difere dos demais animais, mas sim pelo modo como usa esta racionalidade.

A parte suprassensível do homem propõe um uso exclusivo da racionalidade (sem determinações empíricas), impelindo o homem à realização do que a razão por si mesma manda. Na parte suprassensível é possível um uso imanente da razão prática pura ao admitir-se a causalidade em um mundo inteligível, causalidade esta que produz a lei moral.

O conhecimento incondicionalmente prático inicia-se, primeiro, com a ideia de lei moral, pois esta se revela pela submissão das máximas da vontade a leis universais. Alcançando esta noção, a razão, em um segundo momento, observa que tal lei moral se apresenta como independente do mundo sensível, conscientizando, assim, a existência da liberdade. Então, entre lei moral e liberdade há a seguinte relação: a lei moral é a *ratio cognoscendi* da liberdade; a liberdade é a *ratio essendi* da lei moral. Apesar da liberdade ser pressuposto da lei moral, primeiro chega à consciência do ser racional o conceito de lei moral e, apenas depois, o de liberdade. A implicação disto é que a lei moral não chega à consciência por uma dedução a partir do conceito de liberdade, mas através de um *factum* da razão, impondo-se a si mesma, como elucida Kant:

Pode-se denominar a consciência desta lei fundamental um *factum* da razão, porque não se pode sutilmente inferi-la de dados antecedentes da razão, por exemplo, da consciência da liberdade (pois esta consciência não nos é dada previamente), mas porque ela se impõe por si mesma a nós como uma proposição sintética *a priori* [...].⁵⁷

⁵⁷ "Man kann das Bewußtsein dieses Grundgesetzes ein Faktum der Vernunft nennen, weil man es nicht aus vorhergehenden Datis der Vernunft, z.B. dem Bewußtsein der Freiheit (denn dieses ist uns nicht vorher gegeben), herausvernünfteln kann, sondern weil es sich für sich selbst uns aufdringt als synthetischer Satz a priori [...]". KANT, I. **KpV**, 1968, p. 31, 24-27. Tradução de Valério Rohden: KANT, I. **Crítica da razão prática**, 2002, p. 52.

Justifica-se, assim, a natureza suprassensível no homem, determinando: **a)** o que contém a lei prática (a forma de uma legislação universal); **b)** que a lei moral existe por si de modo *a priori*, sem mesclas com princípios empíricos; **c)** que a lei moral se distingue de toda outra proposição prática. Deste modo, resta aplicada a dedução à lei moral para justificar sua validade objetiva e universal, comprovando a existência de uma causalidade (*Causalität*) da razão pura de ser uma faculdade que determina imediatamente a vontade através de uma forma legal universal de suas máximas, como sintetiza Kant: “De fato, a lei moral é uma lei da causalidade mediante liberdade e, portanto, da possibilidade de uma natureza supra-sensível [...]”⁵⁸. Destarte, sem a liberdade – transcendental- não existiria a lei moral nem sua imputação, já que é preciso admitir a causalidade da liberdade pela qual a razão pura é considerada como faculdade que determina imediatamente a vontade. Impõe-se, a seguir, prestar maiores esclarecimentos sobre a causalidade da liberdade.

4.1 A liberdade transcendental e a causalidade da liberdade

O homem, pertencendo ao mundo sensível e ao mundo suprassensível, apresenta duas dimensões para a causalidade: a causalidade da natureza (causa e efeito empíricos) e a causalidade da liberdade. Distinguindo estas duas causalidades, impõe-se notar que a causalidade enquanto necessidade natural exige fenômenos existentes sob a determinação do tempo (*empiria*); na causalidade por necessidade natural, a ação praticada é o efeito de uma causa pretérita, ou seja, o fundamento determinante da ação não está em poder do agente, posto que a ação atual tem um vínculo ao tempo passado. Trata-se de uma cadeia infinita de causa e efeito que se incompatibiliza com o conceito racional de liberdade. No caso da causalidade natural, a liberdade é analisada sob um prisma empírico, o que ocorre quando determinado fenômeno não está determinado por nada externamente, por exemplo, pela lei natural é denominado de livre um objeto que é lançado ao ar executando um movimento sem impedimentos externos – como um jogador de futebol que chuta a bola para o alto, em que se afirma que a bola é livre em seu movimento⁵⁹. A causalidade natural é assim caracterizada por Kant:

[...] é, no mundo sensível, a ligação de um estado com o precedente, em que um se segue ao outro segundo uma regra. Ora, como a causalidade dos fenômenos repousa em condições de tempo, e o estado precedente, se sempre tivesse sido, não teria produzido um efeito que se mostra a primeira

⁵⁸“Das moralische Gesetz ist in der That ein Gesetz der Causalität durch Freiheit und also der Möglichkeit einer übersinnlichen Natur [...]”. KANT, I. **KpV**, 1968, p. 47, 30-32. Tradução de Valério Rohden: KANT, I. **Crítica da razão prática**, 2002, p. 76.

⁵⁹KANT, I. **KpV**, 1968, p. 94-95.

vez no tempo, a causalidade da causa do que acontece ou começa, também começou e, segundo o princípio do entendimento, tem necessidade, por sua vez, de uma causa⁶⁰.

Quanto à causalidade da liberdade deve ser analisada diferentemente da causalidade da lei natural sob dois ângulos: **a)** primeiro, não pode tomar a determinação das coisas enquanto existentes no tempo (*empíria*), como faz a lei natural; **b)** segundo, a causalidade da liberdade não considera a ideia da liberdade nos termos de que os fundamentos determinantes estejam dentro ou fora do sujeito ou do objeto – como no exemplo acima da bola jogada livre no ar, em que o movimento interno da bola é provocado por um chute externo, por um fenômeno-; ao contrário, é imperioso averiguar se tais fundamentos são determinados por inclinações ou por uma causa racional.

Destas distinções se é levado a considerar que o homem possui um caráter empírico e um caráter inteligível, tendo a palavra caráter a seguinte definição: “Toda a causa eficiente, porém, tem de ter um *carácter*, isto é, uma lei da sua causalidade, sem a qual não seria uma causa.”⁶¹ O caráter empírico situa o sujeito no fenômeno, submetido a todas as leis empíricas que o contextualizam em um encadeamento causal da natureza - como nascer, crescer e morrer- ou das determinações da sensibilidade, sendo a lei da causalidade conhecida através da experiência, conforme esclarece Kant:

Num sujeito do mundo dos sentidos teríamos então, em primeiro lugar, um *carácter empírico*, mediante o qual os seus actos, enquanto fenômenos, estariam absolutamente encadeados com outros fenômenos e segundo as leis constantes da natureza, destas se podendo derivar como de suas condições, e constituindo, portanto, ligados a elas, os termos de uma série única da ordem natural.⁶²

Pelo caráter inteligível o homem deve se apresentar livre das influências da sensibilidade e de quaisquer causas oriundas dos fenômenos, sua ação não se inicia no mundo sensível, de modo que a causalidade não depende de mudanças que ocorram temporalmente, como esclarece Kant:

⁶⁰“die Verknüpfung eines Zustandes mit einem vorigen in der Sinnenwelt, worauf jener nach einer Regel folgt. Da nun die Kausalität der Erscheinungen auf Zeitbedingungen beruht, und der vorige Zustand, wenn er jederzeit gewesen wäre, auch keine Wirkung, die allererst in der Zeit entspringt, hervorgebracht hätte: so ist die Kausalität der Ursache dessen, was geschieht, oder entsteht, auch entstanden, und bedarf nach dem Verstandesgrundsatz selbst wiederum eine Ursache.” KANT, Immanuel. Kritik der reinen Vernunft. In: **KANTS WERKE**: Akademie-Textausgabe. Band III. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968, p. 363, 1-7. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. B 560, p. 462-463.

⁶¹“Es muß aber eine jede wirkende Ursache einen Charakter haben, d.i. ein Gesetz ihrer Kausalität, ohne welches sie gar nicht Ursache sein würde.” KANT, I. **KrV**, 1968, p. 366, 27-29. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Kant, **Crítica da razão pura**, B 567, p. 466.

⁶²“Und da würden wir an einem Subjekte der Sinnenwelt erstlich einen empirischen Charakter haben, wodurch seine Handlungen, als Erscheinungen, durch und durch mit anderen Erscheinungen nach beständigen Naturgesetzen im Zusammenhange ständen, und von ihnen, als ihren Bedingungen, abgeleitet werden könnten, und also, mit diesen in Verbindung, Glieder einer einzigen Reihe der Naturordnung ausmachen.” KANT, I. **KrV**, 1968, p. 366, 29-35. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Kant, **Crítica da razão pura**, B 567, p. 466-467.

Pelo seu carácter inteligível porém (embora na verdade dele só possamos ter o conceito em geral), teria esse mesmo sujeito de estar liberto de qualquer influência da sensibilidade e de toda a determinação por fenômenos; e como nele, enquanto *númeno*, nenhuma mudança *acontece* que exija uma determinação dinâmica de tempo, não se encontrando nele, portanto, qualquer ligação com fenômenos enquanto causas, este ser activo seria, nas suas acções, independente e livre de qualquer necessidade natural como a que se encontra unicamente no mundo sensível.⁶³

Na causalidade da liberdade, não se entra na cadeia sucessiva de causa e efeito, pois a causalidade da liberdade independe de uma causa pretérita para se originar. Na causalidade da liberdade não se aplicam os princípios empíricos que norteiam os fenômenos naturais e que têm pretensões de explicar inevitavelmente os fenômenos. Ocorre que o ser humano pode agir de modo diferente do que inicialmente se possa supor, ou seja, os seres humanos possuem uma vontade contingente, sendo correntemente imprevisíveis. Nas palavras de Kant: “[...] a razão cria a idéia de uma espontaneidade que poderia começar a agir por si mesma, sem que uma outra causa tivesse devido precedê-la para a determinar a agir segundo a lei do encadeamento causal.”⁶⁴

Kant fornece um exemplo para esclarecer esta ideia. Um indivíduo, voluntariamente, realiza uma mentira maldosa que causa um prejuízo a diversas pessoas. Para explicar as motivações desta mentira, primeiro, mediante uma análise do carácter empírico do sujeito - ou seja, investigando a causa empírica que levou este indivíduo a mentir- pode-se buscar a explicação na sua má educação, nas suas más companhias e na sua índole insensível à vergonha, também na sua leviandade e irreflexão, sem desconsiderar os motivos ocasionais que também possam ter concorrido. Ainda que sua ação tenha sido determinada por estes elementos do carácter empírico, não se pode inocentar ou absolver sua ação maldosa, nem se pode deixar de recriminá-lo e censurá-lo, porque antes de praticar o ato maldoso o sujeito poderia tê-lo evitado. Era a razão quem deveria ter determinado sua ação, e a razão independe das condições empíricas, isto é, a razão é determinante e indeterminada por condições empíricas.

Em outras palavras, no exemplo citado, não se pode asseverar que a mentira era um ato

⁶³ “Nach dem intelligiblen Charakter desselben aber (ob wir zwar davon nichts als bloß den allgemeinen Begriff desselben haben können) würde dasselbe Subjekt dennoch von allem Einflusse der Sinnlichkeit und Bestimmung durch Erscheinungen freigesprochen werden müssen, und, da in ihm, sofern es Noumenon ist, nichts geschieht, keine Veränderung, welche dynamische Zeitbestimmung erheischt, mithin keine Verknüpfung mit Erscheinungen als Ursachen angetroffen wird, so würde dieses tätige Wesen, so fern in seinen Handlungen von aller Natur notwendigkeit, als die lediglich in der Sinnenwelt angetroffen wird, unabhängig und frei sein.” KANT, I. **KrV**, 1968, p. 367, 31-37; p. 368, 1-2. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Kant, **Crítica da razão pura**, B 569, p. 468.

⁶⁴ “[...] so schafft sich die Vernunft die Idee von einer Spontaneität, die von selbst anheben könne zu handeln, ohne daß eine andere Ursache vorangeschickt werden dürfe, sie wiederum nach dem Gesetze der Kausalverknüpfung zur Handlung zu bestimmen.” KANT, I. **KrV**, 1968, p. 363, 21-24. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Kant, **Crítica da razão pura**, B 561, p. 463.

necessário por encontrar-se dentro da ordem dos fenômenos pretéritos que determinaram esta ação (como a má educação, as más companhias etc.), já que, sendo racional, o homem pode alterar a referida consequência, uma vez que a lei moral condena a mentira. O homem é livre justamente porque produz representações internas segundo suas próprias faculdades. Destarte, as condições empíricas adversas não maculam a liberdade do homem, permanecendo o autor totalmente culpado pela mentira proferida.

A importante consequência – que advém da ideia da liberdade transcendental- é que os seres racionais não podem ser entendidos como *automaton materiale* ou, como afirma Kant, um “autômato de Vaucanson”⁶⁵, meros mecanismos determinados pela necessidade natural. De um lado, Kant rompe com a ideia de um destino pré-determinado e com o materialismo; de outro lado, não consente que a pessoa se inocente de um ato injusto sob o verniz de que tudo teria ocorrido por uma necessidade natural, devido uma mera sequência de maus hábitos que tornariam inevitável o efeito realizado.

Assim, a causalidade da liberdade denuncia a ação imoral, que pode ser evitada; o ser humano não é máquina, possui consciência de sua existência inteligível, ou melhor, o ser humano possui uma consciência moral (*Gewissen*) da qual não pode ser indiferente sob pena de renunciar à sua humanidade. Estando o agir humano sob o poder do próprio ser humano, pode-se afirmar que cada um é responsável por rechaçar ações más e promover boas ações, pois é o caráter inteligível do sujeito quem deve determinar a consequência da ação no universo da experiência sensível. O sujeito é responsável pela sua ação já que possui uma liberdade transcendental, por isso, a ele deve ser imputada a causalidade dos fenômenos.

Desta constatação, justifica-se um juízo de imputação, o qual tem por fundamento a liberdade transcendental. A liberdade transcendental é entendida como uma faculdade que, por si mesma, inicia uma série de estados sucessivos, nas palavras de Kant: “Em contrapartida, entendo por liberdade, em sentido cosmológico, a faculdade de iniciar por si um estado, cuja causalidade não esteja, por sua vez, subordinada, segundo a lei natural, a outra causa que a determine quanto ao tempo.”⁶⁶

⁶⁵“Vaucansonsches Automat”. KANT, I. **KpV**, 1968, p. 101, 8. Tradução de Valério Rohden: KANT, I. **Crítica da razão prática**, 2002, p. 164.

⁶⁶“Dagegen verstehe ich unter Freiheit, im kosmologischen Verstande, das Vermögen, einen Zustand von selbst anzufangen, deren Kausalität also nicht nach dem Naturgesetze wiederum unter einer anderen Ursache steht, welche sie der Zeit nach bestimmte.” KANT, I. **KrV**, 1968, p. 363, 3-6. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Kant, **Crítica da razão pura**, B 561, p. 463.

Deste modo, por força da liberdade transcendental, a razão não é precedida de qualquer outro estado a determinando, sua causalidade não nasce no tempo – ao contrário do que ocorre com a sensibilidade. A liberdade transcendental é um sentido positivo de liberdade enquanto faculdade da razão de iniciar, por si própria, uma série de acontecimentos, produzindo efeitos na série dos fenômenos. Explicando sobre esta faculdade da razão, assevera Kant:

Esta razão está presente e é idêntica em todas as acções que o homem pratica em todas as circunstâncias de tempo, mas ela própria não está no tempo nem cai, por assim dizer, num novo estado em que não estivesse antes; é *determinante* em relação a todo o novo estado, mas não *determinável*. Não se pode, pois, perguntar: porque não se determinou de outro modo a razão? Mas apenas: porque não determinou de outro modo os *fenômenos* pela sua causalidade?⁶⁷

A prova de que a causalidade da liberdade não depende do tempo pode ser constatada pela dor interna sentida após a prática de um ato injusto, dor esta que se manifesta sob a mesma sensação, independentemente se a ação foi cometida recentemente ou há muito tempo. Esta dor não tem qualquer utilidade prática, enquanto não é capaz de desfazer o ato anteriormente cometido, porém, é legítima e demonstra que a razão não depende do condicionante do tempo, verificando apenas a conexão entre a ação do sujeito e a injustiça realizada.

Então, a consciência moral é como um tribunal em que os pensamentos dos sujeitos racionais são submetidos a julgamento, para acusação ou absolvição, tendo subjacente a ideia de que os seres racionais são gestores da própria vida, responsáveis pelos seus atos, possuem a faculdade de exercitar livremente a sua vontade. Por isso, a violação dos deveres morais gera uma coerção interna: a autorrepreensão, a censura, o arrependimento, no ensinamento de Kant:

Um homem pode dissimular o quanto ele quiser, para dourar perante si mesmo um comportamento ilegal do qual se recorda, e declarar-se não-culpado a seu respeito, como se se tratasse de um engano não premeditado e de um simples descuido que jamais se pode evitar totalmente, conseqüentemente de algo em que fosse arrastado pelo caudal da necessidade natural; ele descobre, contudo, que o advogado que fala em seu favor de modo algum consegue fazer calar o acusador nele, tão logo ele se dê conta de que no momento em que praticava a injustiça estava de posse do seu juízo, isto é, no exercício de sua liberdade e, apesar disso, ele explica o seu delito a partir de certo mau hábito contraído por crescente abandono do cuidado para consigo próprio até o ponto em que pode considerá-lo uma conseqüência natural do mesmo, sem que isto, contudo, possa assegurá-lo contra a auto-repreensão e a censura que ele próprio se faz.⁶⁸

⁶⁷“Sie, die Vernunft, ist allen Handlungen des Menschen in allen Zeitumständen gegenwärtig und einerlei, selbst aber ist sie nicht in der Zeit, und gerät etwa in einen neuen Zustand, darin sie vorher nicht war; sie ist bestimmend, aber nicht bestimmbar in Ansehung desselben. Daher kann man nicht fragen: warum hat sich nicht die Vernunft anders bestimmt? sondern nur: warum hat sie die Erscheinungen durch ihre Kausalität nicht anders bestimmt?” KANT, I. **KrV**, 1968, p. 376, 15-21. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Kant, **Crítica da razão pura**, B 561, p. 477.

⁶⁸“Ein Mensch mag künsteln, so viel als er will, um ein gesetzwidriges Betragen, dessen er sich erinnert, sich als unvorsetzliches Versehen, als bloße Unbehutsamkeit, die man niemals gänzlich vermeiden kann, folglich als etwas, worin er vom Strom der

É esta ideia transcendental de liberdade que funda o conceito prático da liberdade, assim exposto por Kant: “A liberdade no sentido prático é a independência do arbítrio frente à coacção dos impulsos da sensibilidade.”⁶⁹ Ou, o que é o mesmo: “[...] poder-se-ia definir a liberdade prática também pela independência da vontade de toda outra lei, com exceção unicamente da lei moral.”⁷⁰ Sem a liberdade transcendental restaria anulada a possibilidade da liberdade prática, porque a liberdade prática pressupõe que o sujeito - embora tenha a possibilidade de fazer o que queira, já que possui uma vontade contingente-, tem o dever de fazer o que a lei moral determina e, para existir a lei moral, antes é preciso haver a causalidade da liberdade.

Do exposto, torna-se claro que o homem tem a autonomia da vontade e encontra em si mesmo o critério de aprovação e reprovação da própria conduta, tem a possibilidade de constituir-se moralmente, destino este ao qual é naturalmente constituído. É a relação entre liberdade e lei moral que explica a autonomia da vontade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O enfoque construtivista kantiano enfrenta diversas críticas, acusado de que sua ética subtrai o ser humano de seu contexto de vida atual e circunstancial mediante regras universais, como se o ser humano fosse um “Eu” desencarnado e descontextualizado, cujas aspirações, prazeres e projetos são irrelevantes. Michael Sandel⁷¹ na obra *Liberalism and the limits of justice* critica o liberalismo deontológico, ligado a uma ética que coloca prioridade ao direito sobre o bem, ética esta definida em oposição ao utilitarismo, porque tal liberalismo propõe que a sociedade é melhor governada por princípios justificados pela conformidade com o conceito de direito e não com a maximização do bem-estar social ou a promoção do bem. Sandel ataca não apenas uma concepção

Naturnothwendigkeit fortgerissen wäre, vorzumalen und sich darüber für schuldfrei zu erklären, so findet er doch, daß der Advocat, der zu seinem Vortheil spricht, den Ankläger in ihm keinesweges zum Verstummen bringen könne, wenn er sich bewußt ist, daß er zu der Zeit, als er das Unrecht verübte, nur bei Sinnen, d.i. im Gebrauche seiner Freiheit, war, und gleichwohl erklärt er sich sein Vergehen aus gewisser übeln, durch allmähliche Vernachlässigung der Achtsamkeit auf sich selbst zugezogener Gewohnheit bis auf den Grad, daß er es als eine natürliche Folge derselben ansehen kann, ohne daß dieses ihn gleichwohl wider den Selbsttadel und den Verweis sichern kann, den er sich selbst macht.” KANT, I. **KpV**, 1968, p. 98, 15-28. Tradução de Valério Rohden: KANT, I. **Crítica da razão prática**, 2002, p. 159-158.

⁶⁹“Die Freiheit im praktischen Verstande ist die Unabhängigkeit der Willkür von der Nötigung durch Antriebe der Sinnlichkeit.” KANT, I. **KrV**, 1968, p. 363, 28-30. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Kant, **Crítica da razão pura**, B 562, p. 463.

⁷⁰“[...] daß man praktische Freiheit auch durch Unabhängigkeit des Willens von jedem anderen außer allein dem moralischen Gesetze definiren könnte.” KANT, I. **KpV**, 1968, p. 93, 37; p. 94, 1-2. Tradução de Valério Rohden: KANT, I. **Crítica da razão prática**, 2002, p. 152.

⁷¹ SANDEL, Michael. **Liberalism and the limits of justice**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

moral, mas também a posição metaética de que princípios são provenientes de modo independente à concepção de bem, obtidos sem recorrer à ideia de que satisfaçam alguma finalidade. E Sandel ainda entende que Rawls acrescentaria uma base empírica à doutrina metafísica de Kant, porém sem ter êxito em proteger a filosofia kantiana contra a acusação de Kant estar tratando de um “Eu” ilusório separado de condicionantes empíricos e da comunidade em geral.

Como adverte MacIntyre em sua obra intitulada *After virtue*⁷², a liberação do Eu do contexto social e do seu *telos* pode representar uma impossibilidade de justificar racionalmente as regras morais. Por isso, MacIntyre pensa que é preciso que a moralidade seja resgatada partindo da sua fundação nas virtudes, as quais devem ser exercidas em relação à comunidade, em que a tradição da comunidade é essencial para definir o que é bom na nossa vida. O melhor tipo de vida humana é vivido por aqueles comprometidos em construir formas de comunidade dirigidas a compartilhar o alcance do bem comum.

Há uma dimensão prática e empírica que passa a ser considerada no discurso moral, e que não é considerada na filosofia kantiana. Habermas sustenta que o processo de legislação deve envolver cidadãos que não estejam simplesmente orientados pelo sucesso, de modo que direitos de comunicação e de participação política possam ser exercidos dentro de processos de entendimento intersubjetivos. Isso porque quando o conceito de direito moderno recepcionou o pensamento democrático (como elaborado por Kant e Rousseau), a pretensão de legitimidade da ordem jurídica, embasada em direitos subjetivos, exige a integração social pela vontade coletiva de cidadãos livres e iguais⁷³.

Neste panorama, torna-se importante a ideia de autonomia do cidadão. Através da ideia de autonomia, segundo Habermas, apreende-se que no processo de produção do direito as leis coercitivas devem ser legitimadas como leis da liberdade. A faticidade da produção jurídica distingue-se da aplicação coercitiva do direito enquanto a permissão de recorrer à coerção jurídica deve ter na base uma expectativa de legitimidade relativa à decisão tomada pelo legislador. A positividade do direito exige que as normas estatuídas estejam fundamentadas na base de um procedimento democrático, do contrário, não se torna possível a aceitação racional dessas normas. Na positividade do direito é preciso ser identificada uma vontade legítima mediante uma

⁷² MACINTYRE, Aladair. **After virtue**. 3. ed. Indiana: Notre Dame, 2007.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. I v. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 53.

autolegislação, que se presume racional, dos cidadãos politicamente autônomos⁷⁴.

Portanto, para Habermas, não basta a legalidade para assegurar a legitimidade do direito positivo, pois é preciso preencher o vazio de solidariedade que caracteriza um sistema de egoísmo ordenado pelo direito. Esse vazio de solidariedade deve ser preenchido por uma ordem jurídica que complemente as liberdades subjetivas de ação com direitos subjetivos do tipo dos direitos de cidadania ligados ao exercício da liberdade de arbítrio e à autonomia.

Segundo Habermas, a ordem jurídica, quando era ligada a um direito sagrado ou suprapositivo, com respaldo metafísico, exigia simplesmente um comportamento conforme à lei. Desligando-se a ordem jurídica do aspecto religioso e metafísico, agora, a força de integração social deve ser conservada na medida em que os destinatários das normas jurídicas possam, ao mesmo tempo, entender-se como autores dessas normas. A solidariedade do direito moderno alimenta-se da solidariedade do cidadão em seu papel participativo e que provém da ação comunicativa. Assim, o fundamento da validade consiste na conexão interna entre a facticidade da imposição do direito e a legitimidade do processo legislativo⁷⁵.

Retornando ao pensamento de Kant, é importante destacar que Kant não olvida que as pessoas vivam em comunidade, nem preconiza que as pessoas devam viver fora da comunidade. Apenas organiza uma estrutura de raciocínio que leva a princípios, não observa a moralidade a partir de fora como derivada de práticas sociais, mas analisa a moralidade a partir de dentro, dos seres humanos que precisam justificar suas ações e decisões e que nesta base geram práticas e revelam ou não inclinações. E ao falar de legalidade em sua filosofia do direito ou em sua filosofia política não desconsidera a presença de elementos empíricos, porém ao tratar da moralidade, enfoca essencialmente em extrair todo o potencial da razão prática à vida humana em termos morais, mas também em desvendar os contributos desta razão ao campo jurídico e político. A filosofia kantiana é muito importante para se pensar em conferir validade a princípios, às condições subjacentes para se constituir um juízo moral. Deste modo, Immanuel Kant fornece importante contribuição para a fundamentação racional de juízos sobre princípios normativos.

⁷⁴ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 1 v. 2003. p. 53-54.

⁷⁵ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 1 v. 2003. p. 54-55.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. I v. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. 1. v. Tradução de: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT, Immanuel. Die Metaphysik der Sitten. In: **KANTS WERKE**: Akademie-Textausgabe. Band VI. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968.

KANT, Immanuel. Kritik der praktischen Vernunft. In: **KANTS WERKE**: Akademie-Textausgabe. Band V. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968.

MACINTYRE, Aladair. **After virtue**. 3. ed. Indiana: Notre Dame, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: um ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

RAWLS, John. Kantian constructivism in moral theory. In: **The Journal of Philosophy**. 77 v. 9 n. sep. 1980.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANDEL, Michael. **Liberalism and the limits of justice**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

O PLURALISMO JURÍDICO COMO CAMINHO AO PRAGMATISMO

Josemar Sidinei Soares¹

Maria Chiara Locchi²

INTRODUÇÃO

Um dos problemas centrais do Direito hoje é falta de pragmatismo, seja nas normas, na aplicação ou nas teorias jurídicas. Após o nascimento do pragmatismo filosófico no século XX, o pragmatismo jurídico renasce na atualidade para tentar suprir essa necessidade do mundo jurídico.

As teorias recentes acerca do pluralismo jurídico fornecem um possível auxílio na busca de um maior pragmatismo no Direito ao propor diversos sistemas jurídicos que coexistem simultaneamente, superando o velho monopólio do Direito estatal.

1. DA NECESSIDADE DO PRAGMATISMO JURÍDICO

O desaparecimento do fundamentalismo, a tentativa de encontrar uma base indubitável para as reivindicações do conhecimento e da verdade, foi tanto traçado como anunciado. Entre as visões que avançaram para preencher o buraco deixado no acordar da demissão do fundamentalismo foi o pragmatismo. Por mais que as raízes do pragmatismo residam no antigo pensamento filosófico do século XX, nos últimos anos sofreu um renascimento. Estudiosos do Direito estão entre aqueles que formam a frente desse renascimento, defendendo o reviver do pragmatismo nas ciências humanas³.

Manuel Atienza destaca que o defeito fundamental da Filosofia do Direito que pretende se estabelecer no mundo latino é a falta de pragmatismo. Pragmatismo não entendido como uma prática jurídica que ignora a importância das teorias jurídicas, mas como uma atitude ou um

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor dos cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí.

² Doutora em Direito pela Università di Macerata, Professora no curso de Direito da Università degli Studi di Perugia.

³ PATTERSON, Dennis M. Law's Pragmatism: Law as Practice & Narrative. *Virginia Law Review*, v. 76, p. 937-996, 1990. p. 937.

pressuposto último do pensamento jusfilosófico consistente em dar primazia à prática⁴.

O estilo mais tradicional do raciocínio jurídico, o que mantém a sua atenção sobre casos, exclui dados mais amplos e cientificamente justificados. Portanto, o usuário da teoria clássica não pode oferecer muito mais do que uma exclamação de coração-feltro e retumbante - "funciona" - quando confrontado com a questão da eficácia empírica de uma decisão⁵.

Existe hoje a necessidade de se superar o positivismo jurídico por dois fatores. Por um lado, ao reduzir o Direito a um fenômeno de autoridade, o positivismo configura uma concepção excessivamente pobre do Direito e que para nada conta a experiência jurídica que caracteriza o Direito do Estado Constitucional. Por outro lado, ao sustentar a tese do ceticismo moral se renuncia a possibilidade de edificar uma teoria verdadeiramente prática do Direito⁶.

O Direito é uma realidade dinâmica que consiste em uma prática social complexa que inclui, além de normas e procedimentos, valores, ações e agentes. Por isso mesmo, existe a tendência de considerar as normas, regras e princípios, não apenas desde sua estrutura lógica, mas como enunciados que jogam um papel relevante no raciocínio prático incorporando outras esferas da razão prática como a moral e a política. Assim, o Direito é entendido como um instrumento para prevenir ou resolver conflitos e, ao mesmo tempo, como um meio de obter fins sociais⁷.

A razão jurídica não deve ser entendida como razão estratégica ou funcional medida por critérios de êxito ou de eficiências, mas sim por pretensões de correção, de justiça ou de legitimidade, que se determinam a partir do diálogo e do consenso como critérios de justificação. Esta justificação só é possível sob a convicção de que existem critérios objetivos contra a arbitrariedade como o princípio da coerência ou da integridade, que a outorgam um caráter crítico e racional, assim como o reconhecimento de um conjunto de necessidades práticas dos homens com respeito às quais o Direito se encontra vinculado⁸.

O pragmatismo jurídico não pode ser entendido da forma que seus detratores acusam, ou seja, como sinônimo de tomada de decisão *ad hoc*, sempre decidindo um caso da forma que tenha

⁴ ATIENZA, Manuel. Una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Otra Vuelta de Tuerca. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Madrid, v. 37, 2014. p. 307.

⁵ BUTLER, Brian Edgar. Legal Pragmatism. **Internet Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <<http://www.iep.utm.edu/leglprag/#H3>>. Acesso em: 29 set. 2015.

⁶ ATIENZA, Manuel. Una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Otra Vuelta de Tuerca. p. 309.

⁷ VÁSQUEZ, Rodolfo. Algo más sobre el pragmatismo jurídica de Manuel Atienza. **Nuevas Fronteras de Filosofía Práctica**, n. 2, p. 59-66, fev. 2014. p. 61.

⁸ VÁSQUEZ, Rodolfo. Algo más sobre el pragmatismo jurídica de Manuel Atienza. p. 61.

as melhores consequências imediatas sem considerar possíveis consequências futuras. Tal abordagem seria não pragmática ao desconsiderar as consequências sistêmicas adversas de tal prática⁹.

O pragmatismo jurídico é sim uma devida consideração pelo valor político e social da continuidade, coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade na definição e administração de direitos e deveres legais. Ele reconhece a desejabilidade não de extinguir, mas de circunscrever o arbítrio judicial¹⁰.

O núcleo da tomada de decisões pragmáticas é um sublinhado interesse judicial pelas consequências e, portanto, uma disposição a fundamentar a partir delas, mais do que em conceitos e generalizações, os juízos em matéria de políticas. Consequências para as partes do caso em questão e também as consequências sistêmicas, inclusive as institucionais. Dessa forma, o juiz deve considerar, por exemplo, os efeitos que sobre a atividade mercantil pode ter não prestar atenção à literalidade de um contrato concreto ou a não adesão aos precedentes judiciais que estejam sendo usados como referente para a comunidade mercantil¹¹.

O critério definitivo do pragmatismo jurídico é a racionalidade, é um sopesamento entre os prós e contras, não apenas no sentido das consequências específicas da decisão, mas também o material legal padrão e a desejabilidade de preservar os valores da norma jurídica. Abrange ainda considerações psicológicas e ponderadas tão variadas que tornam a enumeração exaustiva impossível¹².

A maioria das vezes um caso é difícil porque exige fazer um balanceamento entre dois interesses, ambos com valor social, tais como as liberdades civis e a segurança nacional, a criatividade intelectual e o acesso a trabalhos intelectuais já criados, o bem-estar de uma mulher e a superveniência do feto que leva em seu ventre, um juízo imparcial e a publicidade do mesmo, privacidade e informação, etc¹³.

Pode ser que não haja um método objetivo para valorar os interesses em competência, porém a análise pode fazer-se mais manejável se a pergunta é repensada pragmaticamente e, assim,

⁹ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 47.

¹⁰ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. p. 48.

¹¹ POSNER, Richard. **Como deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 267-268.

¹² POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. p. 50.

¹³ POSNER, Richard. **Como deciden los jueces**. p. 272.

em vez de perguntar-se qual dos interesses em conflito é mais valioso se perguntasse quais consequências traz consigo em relação com cada um dos interesses em conflito a decisão do caso de uma ou outra forma¹⁴.

Se um dos resultados implica um sacrifício muito menor de um dos interesses em conflito, então, salvo que sejam de valores muito diferentes, tal resultado será que, provavelmente, tenha em seu conjunto melhores consequências¹⁵.

Em sua orientação, o pragmatismo legal é empírico. Os princípios que organizam a investigação empírica devem ser distintos de princípios projetados para suplantá-la, como justiça, imparcialidade, liberdade, autonomia, e outras abstrações normativas de alto nível. Um princípio legal como a negligência, o princípio de que a falha em exercer um cuidado razoável dá ensejo à responsabilidade legal se um dano resultar dessa falha, orienta o juiz ou o júri para os fatos: Que precauções estavam disponíveis para o réu? Quão eficazes elas teriam sido? Qual a probabilidade do acidente ocorrer? A vítima poderia tê-lo evitado e, se sim, a qual custo?, e para a relação entre os fatos, que determinam caso particular. Esse é o caráter usual dos princípios no direito consuetudinário¹⁶.

O pragmatismo trata a lei e o reino legal como uma ferramenta útil para fins sociais. Ele se opõe ao estilo *a priori* e racionalista da argumentação tradicionalmente aplicado na argumentação jurídica, argumentando que tais métodos não têm qualquer reivindicação válida para autoridade e, de fato, não têm as ferramentas necessárias para justificar a sua própria adoção¹⁷.

Conforme destaca Thomas C. Grey, O pragmatismo legal pode ser encontrado hoje sob duas formas principais: políticas jurisprudenciais e teorias modernas de direitos. As políticas jurisprudenciais tratam a lei como caminho para fins sociais, o preenchimento e a acomodação de interesses da lei é servir¹⁸.

Interesses dão origem a políticas, que são balanceadas na formulação de normas legais, padrões e princípios. A interpretação de promulgações jurídicas tende a ser intencional, com um olho nos interesses relevantes e políticas, do que limitado aos significados mais claros. Abordagens

¹⁴ POSNER, Richard. **Como deciden los jueces**. p. 272.

¹⁵ POSNER, Richard. **Como deciden los jueces**. p. 272.

¹⁶ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. p. 58.

¹⁷ BUTLER, Brian Edgar. Legal Pragmatism.

¹⁸ GREY, Thomas C. Judicial Review and Legal Pragmatism. **Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, Stanford, n. 52, 2003. p. 5.

categorías e baseadas em normas são justificadas baseadas em políticas¹⁹.

Por outro lado, pragmatistas mais focados nos direitos diferem dos juristas políticos ao fazerem distinções qualitativas entre interesses e direitos, e entre políticas e princípios. Eles levam os direitos mais ou menos a sério, considerando-os trunfos, e entendem as cortes como fóruns peculiares de princípios²⁰.

Uma jurisprudência de direitos e princípios pode ser formalista, se os direitos são concebidos como conceptualmente precisos e os princípios são pensados como axiomas, mas esse tipo de jurisprudência da última metade do século não é geralmente concebida como gemoetria legal ou moral. Direitos e princípios são demonstrados em termos vagos e contestáveis, e não são concebidos como absolutos, destinados a controlar tudo que obtém, mas como força presuntiva, com uma dimensão de peso²¹.

Dessa forma eles convidam a ser balanceados e acomodados uns com os outros, com fortes interesses e políticas, e com propósitos gerais do regime. Eles não são derivados autonomamente por uma distintiva forma jurídica de razoamento, mas são pensados da mesma forma em que os direitos morais e princípios quando invocados em uma disputa ordinária moral e política²².

Brian Edgar Butler destaca que a adoção de uma teoria pragmática do Direito oferece o ideal de um sistema enraizado na experiência e no método experimental. Em oposição à imagem excessivamente racionalista e insular da tomada de decisão jurídica oferecida pelo teórico legal clássico, o pragmatismo jurídico defende uma jurisprudência mais empírica²³.

O argumento normativo, em linhas gerais, é que uma teoria jurídica enraizada na sensibilidade ao contexto, que funciona sem a crença em falsas fundações, que é julgada junto critérios explicitamente instrumentais e também reconhece a inevitabilidade da perspectiva, é o mais adequado para fazer justiça em um complexo e imprevisível mundo do que uma teoria que respousa sobre premissas essencialistas não testadas e sob uma visão não experimental e universalista da razão²⁴.

¹⁹ GREY, Thomas C. *Judicial Review and Legal Pragmatism*. p. 5.

²⁰ GREY, Thomas C. *Judicial Review and Legal Pragmatism*. p. 6.

²¹ GREY, Thomas C. *Judicial Review and Legal Pragmatism*. p. 6.

²² GREY, Thomas C. *Judicial Review and Legal Pragmatism*. p. 6.

²³ BUTLER, Brian Edgar. *Legal Pragmatism*.

²⁴ BUTLER, Brian Edgar. *Legal Pragmatism*.

2. O PLURALISMO JURÍDICO COMO FOMA DE PROPORCIONAR MAIOR PRAGMATISMO NAS PRÁTICAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Pluralismo jurídico é sem dúvida uma noção complexa e multidimensional: pode-se dizer, com as palavras do comparatista e antropólogo do direito Jacques Vanderlinden, que: “[...] são tantos pluralismos jurídicos quantos são as pessoas que, até hoje, se interessaram por ele.”²⁵

Entre as várias acepções da noção de “pluralismo jurídico” podem-se assinalar algumas, reconduzíveis ao superamento do monopólio estatal na produção jurídica por efeito da globalização, que se demonstram interessantes aos propósitos do discurso desenvolvido com o presente artigo. No âmbito dessas reflexões, a categoria “pluralismo jurídico” pode resultar eficaz para descrever a proliferação e sobreposições de sistemas jurídicos, entre e para além do Estado, e de relações transnacionais entre os diversos sujeitos.

William Twining, por exemplo, se perguntou acerca da crise da cultura jurídica acadêmica ocidental produzida pela globalização, revelando como algumas fortalezas de impositação teórica *mainstream* em relação ao fenómeno jurídico são agora colocadas fortemente em discussão: a ideia de direito como constituído exclusivamente pelo ordenamento jurídico do Estado e daquele internacional (o duo “westfaliano”); a concepção do Estado, da sociedade e dos sistemas jurídicos como entidades fechadas que podem ser estudadas isoladamente; a marginalização do ponto de vista dos destinatários das normas jurídicas, sujeitos de direito consideradas “passivas”; a percepção do direito estatal moderno como uma criação do “Norte” (europeia e anglo-americana), difusa no resto do mundo através do colonialismo, do imperialismo, do comércio e, sucessivamente, das influências pós-coloniais²⁶. A partir de uma ideia de direito como forma de prática social concernente às relações entre sujeitos ou pessoas (humanas, jurídicas, incorpóreas, etc.), Twining elaborou a sua ideia de pluralismo jurídico em conexão à globalização contemporânea, identificando uma multiplicidade de níveis de relações e ordens: globais e, por extensão, espaciais; internacionais-globais; internacionais-regionais; transnacionais; intercomunitário; estatal-territorial; não estatal²⁷.

²⁵ VANDERLINDEN Jacques. **Les pluralismes juridiques**. Bruxelles: Bruylant, 2013. p. 235. Outros além dos “pioneiros” do pluralismo jurídico – entre os quais podem-se citar: Duguit, Erlich, von Gierke, Gurvitch, Hauriou, Santi Romano – são dedicados à reflexão entorno do pluralismo jurídico, por diferentes perspectivas: Griffiths, Petersen e Zahle, Vanderlinden, Chiba, Engle Merry, Falk Moore, Menski, Shah, Sousa Santos, Teubner, Macdonald, Wolkmer. Esta reconstrução da galáxia dos estudiosos do pluralismo jurídico é absolutamente parcial.

²⁶ TWINING, William. Normative and Legal Pluralism: a Global Perspective. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 20, p. 473-517, 2010, p. 507-508.

²⁷ TWINING, William. Normative and Legal Pluralism: a Global Perspective. p. 505-507. O Autor especifica que estes níveis não são

Boaventura de Sousa Santos, de outro modo, há desenvolvido a sua reflexão sobre pluralismo jurídico e a “interlegalidade” no âmbito de uma concessão pós-moderna de direito, destacando-se da aproximação da antropologia jurídica tradicional. O estudante português desenvolveu a ideia de diferentes espaços jurídicos sobrepostos, compenetrados e heterogêneos tanto nas nossas mentes quanto no nosso agir jurídico. O conceito de “interlegalidade” foi utilizado por Santos propriamente para exprimir a intersecção dos diversos ordenamentos jurídicos que se produzem na vida de qualquer um, com o pressuposto que entre essas múltiplas redes de ordenamentos jurídicos há uma contínua porosidade²⁸. No âmbito de tal reconstrução, Santos individua uma grande variedade de ordenamentos jurídicos; seis desses, todavia, configuram-se como reagrupamentos estruturais de relações sociais nas sociedades capitalistas contemporâneas: o direito doméstico, o direito da produção, o direito das trocas, o direito comunitário, o direito estatal e o direito sistêmico. Tais reagrupamentos, definidos em modo muito amplo, podem, em parte, sobreporem-se uns com os outros²⁹.

Por outro lado, o jurista e sociólogo alemão Gunther Teubner, enquanto expoente do filão crítico à contínua visão estadocêntrica e monista do direito, propõe-se a observar a multiplicidade das “constituições civis” que se produziram no contexto globalizado e privatizado, com referimento àqueles “regimes jurídicos privados” que construíram um quadro de pluralismo jurídico global caracterizado pela “fragmentação” das tradicionais instituições liberais. Desta prospectiva muda o papel das constituições, que não pode mais ser aquele de regular a sociedade inteira (assim como prevalecia no constitucionalismo moderno), mas deve ser reinterpretado à luz da nova função do direito constitucional global das colisões: reconhecer e gerir os fundamentais conflitos entre os fragmentos da sociedade mundial³⁰.

Recentemente se é falado também de “pluralismo legal global” para referir-se àquele fenômeno, produto da globalização jurídica, pelo qual múltiplos sistemas jurídicos e/ou sociais se sobrepõem na regulação de uma mesma situação ou relação jurídica. O risco conexo a tal situação de pluralismo é evidentemente aquele de conflitos entre normas e entre sujeitos produtores de

associados em uma rede hierárquica vertical, do local ao global, porque incluem formatos sub-globais – como impérios, tradições jurídicas e diásporas – que atravessam a rigidez da articulação hierárquica. Nem todos os níveis são assim reconduzíveis à dimensão geográfica.

²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Law: A Map of Misreading. Toward a Post-Modern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, 14, 3, p. 279-302, 1987, p. 297-298.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. New York: Routledge, 1995. p. 429.

³⁰ TEUBNER Gunther. *Nuovi conflitti costituzionali*. Milano: Bruno Mondadori, 2012. p. 21.

normas, de frente a qual uma possível solução é a *reductio ad unum*, com o fechamento do ordenamento por outros sistemas jurídicos competitivos. Para evitar tal desdobramento sob si mesmo – e afrontar no mesmo tempo o perigo de conflitos insanáveis – os ordenamentos jurídicos devem, assim, dotar-se de instrumentos de composição das conflitualidades, em uma perspectiva que é “constitucional” na medida em que envolve a dimensão constitutiva dos diversos sistemas jurídicos envolvidos. Paul Schiff Berman hipotetizou, sob tal propósito, um “constitucionalismo jusgenerativo”. Os princípios que apoiam esta concessão devem traduzir-se, sob o plano procedimental, em mecanismos, instituições e práticas discursivas com o objetivo de melhor responder a realidade plural do direito contemporâneo³¹.

Em vista do apelo ao pluralismo jurídico como paradigma conceitual de referimento pela construção de um direito mais pragmático, propõe-se, nessa sede, de considerar a reflexão da doutrina jurídica italiana – e em particular dos dois eminentes juristas Santi Romano e Paolo Grossi – da qual o contributo, embora precioso, não é adequadamente conhecido a nível global, com particular referimento ao contexto acadêmico anglo-saxão³².

a) O direito como instituição

Santi Romano, teórico do direito ativo na Itália na primeira metade do séc. XX, foi um dos principais expoentes da teoria institucional do direito, sob qual as bases haviam sido postas pelo francês Maurice Hauriou, apenas alguns anos antes de Santi Romano publicar sua obra fundamental: *O ordenamento jurídico*³³. O volume é composto por dois capítulos: *O conceito de ordenamento jurídico* e *A pluralidade dos ordenamentos jurídicos e suas relações*.

No primeiro capítulo, o autor desenvolve seu ponto de vista antiformalista sobre o direito em oposição ao paradigma do positivismo jurídico baseado sobre o pressuposto que o “Direito”

³¹ BERMAN, Paul Schiff. Jurisgenerative Constitutionalism: Deriving Procedural Principles for Managing Global Legal Pluralism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20, 2, p. 665-695, 2013, p. 668-669. Para Berman, no fim das contas, a questão relevante não é se o Direito pode eliminar os conflitos, mas se há, sobretudo, a possibilidade de mediar as controvérsias entre as diversas comunidades normativas, sempre mais frequentemente sobrepostas e compenetradas. A “confusão jurisdicional” a qual assistimos pode reservar importantes benefícios sistêmicos, promovendo o diálogo entre os diversos grupos, autoridades, níveis de governo, comunidades não estatais. A “redundância jurisdicional” (para usar uma iluminada expressão de Robert Cover) pode, assim, abrir as portas, segundo Berman, aos pontos de vista de atores estratégicos que de outra forma seriam silenciados.

³² A prova disso é que *O Ordenamento Jurídico*, obra capital de Santi Romano publicada em 1918, não foi nunca traduzida em língua inglesa, enquanto existem versões em língua espanhola (*El ordenamento jurídico*, 1963), francesa (*L'ordre juridique*, 1975), alemã (*Die Rechtsordnung*, 1975) e portuguesa (*O ordenamento jurídico*, 2008).

³³ ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Ed. Sansoni, 1967 (ed. or. 1918).

equivale às “normas” ou ao “ordenamento jurídico” (enquanto coincidente com as normas).

Desde o início, Romano se concentra sobre o conceito de “ordenamento”, que não deve ser entendido como a soma de vários componentes, mas, sobretudo, como uma “unidade” em si, concreta e efetiva, e, assim, qualquer coisa de diverso dos elementos que o compõem. Mas se Direito não é reduzível às normas jurídicas, quais são os seus elementos essenciais e qual é o *quid* que identifica o ordenamento jurídico como unidade em si? Segundo Romano, o conceito de Direito é identificado ao conceito de “sociedade”, “ordem social” e “instituição”. A íntima conexão entre Direito e sociedade pode ser entendida em dois sentidos, reciprocamente compenetrados: *ubi ius ibi societas* (aquele que não sai da esfera puramente individual, aquela que não supera a vida do indivíduo enquanto tal, não é “Direito”) e *ubi societas ibi ius* (não há “sociedade” sem a manifestação do fenômeno jurídico³⁴). Esta última afirmação requer o clareamento do conceito de “sociedade”: Romano entende com “sociedade” uma entidade que é, formalmente e extrinsecamente, uma unidade concreta, distinta das pessoas que fazem parte dela.

A “ordem social” é também um elemento crucial, na medida em que permite de excluir todos os fenômenos caracterizados pelo “puro arbítrio” ou da “força material”: cada manifestação social – simplesmente porque é “social” – é governada por uma “ordem”, ao menos nos confrontos de seus membros.

O terceiro e último elemento essencial – aquele da “instituição” – constitui sem dúvida a cifra característica da teoria de Romano (que, de fato, é também conhecida como teoria “institucional”). Segundo Romano, cada entidade social, ou corpo social, é uma instituição, porque possui um objetivo e uma existência concreta. “Organização” é um conceito chave para compreender a essência das instituições, do momento em que consente reconduzir os fatos sociais no âmbito do direito coligando a noção de “instituição” com aquele de “ordenamento jurídico”: de fato, segundo Romano, o Direito é antes de todas “posições” (no sentido de “ato ou processo de por”), e isto é organização de uma entidade social³⁵. Desse modo, o direito continua a ser definido em um ponto de vista formal: o seu conteúdo material, de fato, resulta irrelevante em respeito à sua definição conceitual: “o direito como instituição” significa, assim, que o não-direito é apenas aquilo que é irrevogavelmente antissocial, isto é, individual por natureza. Poder-se-á proceder à classificação das diversas instituições com base ao seu âmbito de referimento (por exemplo, religioso, ético,

³⁴ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. p. 25-26.

³⁵ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. p. 51.

econômico, artístico, educativo, etc.), mas nenhuma dessas, enquanto instituição, será ainda um ordenamento jurídico.

A adoção de tal quadro teórico, obviamente, comporta a identificação do direito (e dos ordenamentos jurídicos) também além da lei do Estado, e Romano coloca à prova a sua definição de direito explorando alguns exemplos significativos e casos de estudo – como o ordenamento jurídico internacional; a Igreja católica; as “pequenas instituições”, como a família; e mesmo as organizações criminais, como a máfia³⁶.

O segundo capítulo, como já acenado, é dedicado à pluralidade de ordenamentos jurídico e às suas recíprocas interações, que são consequências diretas da perspectiva institucional desenvolvida na primeira parte: de fato, se cada instituição é um ordenamento jurídico, a igual dignidade e autonomia dos ordenamentos jurídicos não comporta o seu isolamento, e cada ordenamento deverá ter as próprias regras de interação com os outros. Segundo Romano, uma concessão jurídica pluralista visa superar aquele “reducionismo estadocêntrico” baseado sobre o liame entre positivismo jurídico e direito natural. Se a abordagem estadocêntrica pode ser explicada como a imposição de um fenômeno histórico que sem dúvida marcou uma época (qual seja o surgimento dos Estados moderno), a ideia de uma coligação “necessária” entre o direito e o Estado deve ser colocada em discussão, juntamente com a “necessidade mental” que é o pressuposto e que, segundo Romano, é símile à “ideia de Deus”³⁷.

A descrição das diversas formas de interação entre ordenamentos jurídicos é centrada no conceito de “relevância”. Os modos nos quais dois ordenamentos jurídicos podem ser relevantes um para o outro são: a superioridade/subordinação (A é superior a B); a pressuposição (A pressupõe B); a recíproca independência, mas comum dependência em respeito a uma terceira ordem jurídica (A e B dependem de C); a relevância unilateralmente concedida (A implementa B); a sucessão de ordenamentos (A é absorvida por B). Um ordenamento jurídico pode ser relevante para um outro em relação a diversos perfis, o que Santi Romana qualifica como diversos “momentos”³⁸: a “existência” de um ordenamento, o seu “conteúdo” e a sua “eficácia”.

³⁶ O tratamento dos diversos “ordenamentos jurídicos” está contida seja no primeiro (p. 52 e s.) como, sobretudo, na segunda parte do livro, dedicada à pluralidade de ordenamentos jurídicos.

³⁷ ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. p. 111. Romano observa que “a analogia entre o microcosmo jurídico e o macrocosmo do ordenamento jurídico do universo impõe esta personificação, o que torna possível a concessão de uma vontade única em um sistema harmônico”. p. 111.

³⁸ ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. p. 148.

b) Pluralismo jurídico e complexidade social

Paolo Grossi – histórico do direito florentino, atualmente membro da Corte constitucional italiana – dedicou muitas de suas reflexões à complexa relação entre direito e sociedade, seja de um ponto de vista histórico que por meio de uma astuta observação dos fenômenos jurídicos contemporâneos. Grossi destaca o papel da história jurídica para uma autêntica compreensão do direito: de fato, enquanto histórico do direito, ele acredita que os juristas (positivos) devem colher o senso das normas jurídicas para além da formulação literal, superando o estéril formalismo através da verificação da eficácia de tais normas.

Grossi foi profundamente influenciado por Santi Romano. Em primeiro lugar, em relação ao conceito de “ordenamento” (jurídico)³⁹. Enquanto referido à “harmonia da diversidade, onde harmonia significa respeito e salvaguarda das diversidades”⁴⁰, a noção de “ordenamento” é um conceito chave para compreender as transformações do direito, da complexidade jurídica medieval ao absolutismo jurídico do Iluminismo, do direito do séc. XX até à informalidade e factualidade do direito global contemporâneo. Em segundo lugar, a herança de Santi Romano é também relativamente apreciada na ideia de “eclipse” do Estado, eclipse causado pela sua incapacidade de impor a ordem sobre os sistemas sócio-políticos e jurídicos sempre mais complexos⁴¹. A ideia de “crise do Estado”, de fato, percorre o inteiro trabalho de Grossi, principalmente na sua análise das fontes jurídicas contemporâneas.

A centralidade da diversidade e do pluralismo jurídico – enquanto traços característicos do direito no medievo e paradigmas que devem ser recuperados no direito contemporâneo – vai incluída em uma prospectiva mais ampla dos fenômenos jurídicos, uma prospectiva que vem plasmada, nas obras de Grossi, de algumas palavras chave (absolutismo jurídico, particularismo, pluralismo, mitologias, modernidade, globalização) e duplas de conceitos opostos (direito/Estado, lei/costumes, alto/baixo, historicidade/fixidez, subjetividade/objetividade, abstração/concretude, exegese/interpretação, localismo/globalidade, uniformidade/fantasia, norma/aplicação, direito privado/direito público⁴².

³⁹ GROSSI, Paolo. *Ordinamento. Jus*. Vol. LIII, 1, 2006, p. 1-12.

⁴⁰ GROSSI, Paolo. *Ordinamento. Jus*. p. 2

⁴¹ GROSSI, Paolo. «Lo Stato moderno e la sua crisi» (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano). *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Vol. LXI, 1, 2011, p. 1-22.

⁴² ALPA, Guido. Paolo Grossi: alla ricerca dell'ordine giuridico. In: ALPA, Guido (Coord.). *Paolo Grossi*. Roma-Bari: Laterza, 2011, p. XIV.

Muito da atenção de Grossi foi dedicada à experiência jurídica medieval, que o histórico florentino colheu nos seus traços de “rei-centrismo” e “comunitarismo” e na ideia do direito como entidade factual, com a conseqüente visão eminentemente consuetudinária do fenômeno jurídico⁴³.

Um posterior aspecto distintivo da investigação de Grossi refere-se à desmistificação de algumas soluções conceituais e jurídicas “modernas” (com particular referimento às categorias elaboradas entre os séc. XVII e XIX e consagradas com o Iluminismo e a Revolução francesa), que frequentemente vêm apresentadas como conquistas indiscutíveis de um progresso definido, enquanto esse deveria ser propriamente concebido como resultados relativos a serem desconstruídos⁴⁴. O iluminismo jurídico e político teve necessidade de criar “mitos”⁴⁵ no momento em que a destruição das convicções e das instituições do antigo regime deixou um vazio para ser preenchido com alternativas “absolutas”. O novo “teorema” da modernidade se baseava sobre alguns pressupostos fundamentais: uma ordem sócio-política democrática, que exprime a vontade geral da nação; a representação política como um único instrumento para representar a própria vontade; o parlamento como única instituição habilitada a exprimir normativamente a vontade geral (e conseqüente identificação da vontade geral com o direito legislativo); a legalidade como princípio fundamental da democracia moderna. O Estado como único legislador legítimo (monismo jurídico), o primado absoluto do direito legislativo ao interno da hierarquia das fontes jurídicas (absolutismo jurídico), o “estado de natureza” como um mundo de indivíduos isolados, absolutamente livres e iguais: estas características essenciais do direito moderno são normalmente apresentadas como “crenças mitológicas”. Uma abordagem crítica, como aquela proposta por Grossi, não considera correto supervalorizar as conquistas indiscutíveis do constitucionalismo do séc. XVIII, como as declarações liberais dos direitos. Todavia, elas se mostraram “insuficientes”, na medida em que se baseavam sobre uma construção puramente artificial e intelectual (o “estado de natureza”) e implicavam uma redução cruel da complexidade social e jurídica.

Com o séc. XX, o cenário apenas descrito é começado a mudar, com a crise irreversível do Estado Nação e a descoberta da complexidade (social, econômica, jurídica). Em oposição à instância

⁴³ Grossi foi acusado certa vez de um “novo medievalismo”, mas tal juízo parece o fruto de uma banalização do seu pensamento. Enquanto histórico ele é plenamente consciente do fato que a Idade Média representa uma experiência original, historicamente determinada, que foi perdida para sempre e não pode ser “recuperada”, nem mesmo como modelo.

⁴⁴ GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffrè, 2007.

⁴⁵ O mesmo Santi Romano focou-se sobre a ideia de “mitos jurídicos”: ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano: Giuffrè, 1983 (or. ed. 1947), p. 126.

individual do direito pós-revolucionários do séx. XIX, o nascimento de diversas “formações sociais” (por exemplo, as organizações dos trabalhadores, os partidos políticos, as associações nascidas espontaneamente)⁴⁶ tiveram um efeito disruptivo sobre as pilastras daquele sistema jurídico (às quais correspondiam também uma específica “cultura jurídica”).

Longe de ser um ponto de referimento unicamente para os historiadores do direito, a obra de Grossi resulta muito importante também para o estudo do direito contemporâneo, no momento em que ele critica o reducionismo jurídico dominante (do “direito” à “lei”) e promove a dimensão objetiva do direito como instituição social, considerando o pluralismo jurídico a peculiaridade de um ordenamento mais coerente com o corpo social.

Pode-se perceber como as concepções de pluralismo jurídico visionam um Direito muito mais pragmático. A partir do momento em que se retira o monopólio estatal de criação e aplicação do Direito, abrindo-se as portas para diferentes tipos de ordenamentos jurídicos, permite-se um maior pragmatismo das relações jurídicas. O desmembramento do Direito em diversos ordenamentos permite uma maior aproximação e atenção com o caso concreto, com os fatos e as consequências das decisões perante aquele contexto.

A realidade dinâmica do Direito da qual fala Atienza demanda um pluralismo jurídico que permite que toda a complexidade social que o Direito deve abarcar seja mais eficientemente tratada. Os fins sociais, as razões práticas da moral e da política, podem mais facilmente ser levados em considerações se estiverem sob a égide de um direito mais próximo aos fatos, aos costumes, ao contexto, e não exclusivamente sob um Direito estatal distante da realidade prática.

Como destacou Posner, o pragmatismo legal é empírico. Porém, um julgador pertencente ao ordenamento estatal padrão muitas vezes não possuem as ferramentas necessárias para analisar o caso empiricamente. O pluralismo permite que a análise empírica seja realizada mais eficientemente, pois os diversos ordenamentos permitem uma aproximação maior dos casos.

O pluralismo se torna uma proposta ainda mais interessante de pragmatismo ao não relativizar as normas, mas o próprio pluralismo é uma proposta de normas diversas, que se aplicam conforme o contexto específico do ordenamento em questão. Em um sistema plural é mais fácil a criação e modificação de normas conforme as demandas sociais.

⁴⁶ Sobre a importância das formações sociais e das comunidades intermediárias no constitucionalismo democrático: GROSSI, Paolo. **Introduzione al Novecento giuridico**. Roma-Bari: Laterza, 2012. p. 28.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pluralismo jurídico não é uma teoria que busca uma mudança utópica, é uma realidade já presente em que não há fuga no atual mundo globalizado. A relação entre ordenamentos nacionais, internacionais e transnacionais já existe e produz efeitos de muitas formas. Porém, é algo que ainda deve ser mais trabalhado, compreendido e desenvolvido.

O direito estatal exclusivo, fruto do Estado Moderno, não mais comporta a complexidade do social, e na tentativa de sustentá-lo como único sistema jurídico possível apenas tem gerado um direito pouco pragmático. A aceitação e desenvolvimento de diferentes sistemas coexistindo simultaneamente pode quebrar essa antiga forma já em crise e dar origem a uma nova forma de entender o Direito, mais pragmático e mais coerente com os valores sociais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALPA, Guido. Paolo Grossi: alla ricerca dell'ordine giuridico. *In*: ALPA, Guido (Coord.). **Paolo Grossi**. Roma-Bari: Laterza, 2011.

ATIENZA, Manuel. Una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Otra Vuelta de Tuerca. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Madrid, v. 37, 2014.

BERMAN, Paul Schiff. Jurisgenerative Constitutionalism: Deriving Procedural Principles for Managing Global Legal Pluralism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, 20, 2, p. 665-695, 2013.

BUTLER, Brian Edgar. Legal Pragmatism. **Internet Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <<http://www.iep.utm.edu/leglprag/#H3>>. Acesso em: 29 set. 2015.

GREY, Thomas C. Judicial Review and Legal Pragmatism. **Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, Stanford, n. 52, 2003.

GROSSI, Paolo. **Introduzione al Novecento giuridico**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

_____. «Lo Stato moderno e la sua crisi» (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano). **Rivista trimestrale di diritto pubblico**. Vol. LXI, 1, 2011.

_____. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffré, 2007.

_____. Ordinamento. **Jus**. Vol. LIII, 1, 2006.

PATTERSON, Dennis M. Law's Pragmatism: Law as Practice & Narrative. **Virginia Law Review**, v. 76,

p. 937-996, 1990.

POSNER, Richard. **Como deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

_____. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano: Giuffrè, 1983.

_____. **L'ordinamento giuridico**. Firenze: Ed. Sansoni, 1967.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Law: A Map of Misreading. Toward a Post-Modern Conception of Law. **Journal of Law and Society**, 14, 3, p. 279-302, 1987.

_____. ***Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition***. New York: Routledge, 1995.

TEUBNER Gunther. **Nuovi conflitti costituzionali**. Milano: Bruno Mondadori, 2012.

TWINING, William. Normative and Legal Pluralism: a Global Perspective. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 20, p. 473-517, 2010.

VANDERLINDEN Jacques. **Les pluralismes juridiques**. Bruxelles: Bruylant, 2013.

VÁSQUEZ, Rodolfo. Algo más sobre el pragmatismo jurídica de Manuel Atienza. **Nuevas Fronteras de Filosofía Práctica**, n. 2, p. 59-66, fev. 2014.

OS CONCEITOS INDETERMINADOS E SUAS POLÊMICAS FORMAS DE CONSECUÇÃO NORMATIVA: O PROBLEMA DOS SIGNIFICANTES FUGIDIOS

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹

Luiz Henrique Urquhart Cademartori²

Marcos Leite Garcia³

UMA BREVE INTRODUÇÃO AO TEMA

Uma das premissas que embasam as atuais teorias dos conceitos jurídicos indeterminados é a de que existem concepções contraditórias dentro do ordenamento jurídico que co-existem em um mesmo plano do direito e, para justificar tais concepções, são necessários muitas vezes e dentre outros instrumentos a auxiliar a decisão jurídica, critérios morais, políticos, técnicos ou econômicos, por exemplo. Esta problemática passou a ser encampada pela teoria dos conceitos indeterminados, a qual encontrou importante recepção dogmática na seara do Direito Administrativo, principalmente no tratamento do controle da discricionariedade do Poder Público quando da adoção de medidas que possam afetar direitos ou interesses dos cidadãos.⁴

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direito à saúde, direito internacional ambiental.

² Mestre em Instituições Jurídico-políticas e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; tem pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade de Granada – Espanha, é professor no programa de Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; foi consultor do INEP e SESu – MEC para avaliação de cursos de direito no território nacional; foi assessor jurídico do CECCON – Centro de Controle de Constitucionalidade da Procuradoria de Justiça de Santa Catarina; autor de várias obras e artigos sobre Direito Público, autor de várias obras e artigos científicos em Direito Público e Filosofia do Direito.

³ Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madrid – UCM, Espanha; tem pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, é professor permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI; também professor do Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF; líder do Grupo de Pesquisa CNPq – MEC intitulado “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”; autor de vários capítulos de livros e artigos científicos em Direito Público, Teoria do Direito, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

⁴ Conferir dentre outras obras: OHLWEILER, Leonel. **Direito Administrativo em perspectiva**: os termos indeterminados à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000; CADEMARTORI, Luiz Henrique. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá. 4ª tiragem. 2004; MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética. 1999.

Considerando então, que as leis podem ter conceitos determinados ou indeterminados, entende-se que os primeiros delimitam a esfera do objeto que designam de maneira precisa, isto é, sem deixar dúvidas quanto ao seu âmbito de referência material, como por exemplo, no âmbito do Direito Administrativo, a norma que estabelece o limite de setenta anos para a aposentadoria do servidor público, nem mais nem menos.

Já, quanto aos conceitos indeterminados, a lei refere-se a uma esfera da realidade cujas delimitações não são precisas no seu enunciado, mas assim mesmo ela tenta delimitar uma hipótese concreta, como nas motivações dos atos administrativos, com base em conceitos tais como grave perturbação da ordem ou excepcional interesse de agir e assim por diante.

Em tais contextos, apesar de que a lei não determina com precisão os limites de tais conceitos, posto que eles não possuem uma quantificação ou determinação rigorosa, está sim se referindo a hipóteses da realidade que, a despeito da sua conceituação indeterminada, podem tornar-se mais precisas na sua avaliação no momento da sua incidência no caso concreto.⁵ Vale dizer, estes conceitos que em princípio se apresentam como plurissignificativos, ao serem deparados com situações específicas, podem tornar-se unívocos no seu sentido, portanto, a forma de encaminhar tais delimitações de sentido desloca-se, de uma dimensão puramente sintática e semântica – insuficiente para estes casos - em direção a uma abordagem pragmática de determinação significativa.

Por ora, necessário se faz referir que se incluem dentre os conceitos indeterminados, tanto os termos vagos, cujo campo de referência é indefinido, vale dizer, possuem uma denotação imprecisa, quanto os termos ambíguos que manifestam qualidades diversas, ou seja, de conotação ampla. A denotação se caracteriza por pressupor um campo de objetos que é a extensão de um dado conceito denotado. Assim, na prescrição: “matar alguém, pena X anos de prisão” a palavra “alguém” é uma variável que pode ser preenchida por qualquer pessoa, mas é de se indagar, quando se tem uma pessoa, nessa mesma linha de raciocínio, um feto é uma pessoa? Um cadáver ainda pode ser considerado uma pessoa?

Já, nos casos de conotação, esta categoria pressupõe um conjunto de qualidades ou características inerentes ao seu objeto conotado. Por exemplo, na prescrição, agora abolida do

⁵ ENTERRÍA, Eduardo García; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991, p. 396.

ordenamento penal brasileiro: “seduzir mulher honesta, pena X anos de prisão” a palavra “honesto” pode conotar várias significações ou qualidades, tais como discreta, religiosa e outras.

1. CONCEITOS INDETERMINADOS E ARMADILHAS SEMÂNTICAS

Em tais casos, acima citados, segundo Ferraz Júnior, do qual se extraem estas noções acima apontadas, caberia ao ordenamento jurídico melhor precisar tais termos⁶. Aqui, no entanto, é onde se revela uma armadilha semântica, pois este tipo de providência normativa nem sempre ocorre e mesmo que tal tentativa do legislador ocorresse, ao tratar de imprimir na lei um sentido taxativo nos conceitos imprecisos, o significante (a parte do signo lingüístico que se remete à sua imagem acústica) das expressões que demandariam um sentido mais exato, se deslocaria ele também. Isto equivale a dizer que o significante da expressão normativa se remeteria a outra expressão difusa ou fluida e assim sucessivamente, separando-se, portanto, do significado, que se remete ao conceito em si. Assim é que toda significação (elemento que relaciona o significante e o significado) se remete sempre a outra significação.⁷

A expressão “significante” foi desenvolvida originariamente pelo lingüista Ferdinand de Saussure a partir dos desdobramentos da sua teoria estrutural da linguagem. Segundo seus postulados, o significante refere-se à parte do signo lingüístico que compõe a representação psíquica do som ou imagem acústica em contraposição à outra parte representada pelo “significado”, o qual se remete ao conceito do objeto propriamente dito.

Dessa forma, explicita Moraes da Rosa, *no significado se manifesta a representação psíquica das coisas, eis que a coisa em si é inexprimível em linguagem*⁸. Considerando, então, um exemplo extraído de Roland Barthes, o mesmo autor afirma que a palavra “boi” é a imagem mental, portanto elemento subjetivo e pessoal, simultaneamente criado e recordado e não o animal em si. Este somente poderia ser definido dentro de um processo de *significação* e nunca isoladamente. Isto equivale a dizer que o signo lingüístico une um conceito a uma imagem acústica e não uma coisa a

⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas. 1996, p. 258.

⁷ Denomina-se de significante a imagem acústica de um conceito e chama-se de significado o conceito em si. Assim, a palavra árvore não remete, do ponto de vista lingüístico, à árvore real (o referente), mas à idéia de árvore (o significado) e a um som (o significante) que é pronunciado com a ajuda de seis fonemas: A.R.V.O.R.E. O signo lingüístico, portanto, une um conceito a uma imagem acústica, e não uma coisa a um nome. Cf. Verbete: significante *in* ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de Psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1997.

⁸ MORAES DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006, p. 158.

um nome.

Dessa forma, a significação pode ser concebida como um processo, agindo através de um desencadeamento cujo produto é o signo, o qual não esgotará todo o processo de significação, conforme postulará Lacan, ao remodelar a concepção estrutural da linguagem de Saussure.

Efetivamente, de um lado, Saussure conferiu papel preponderante ao significado, dando um papel secundário ao significante no processo de formação do conceito e estabelecendo, como elo de ligação entre eles, a significação, considerada o conceito em si mesmo, resultante do processo de formação de sentido do objeto a ser conhecido e designado.

De outra parte, Lacan inverteu a relevância dessas categorias (significante-significado) colocando o significado como elemento secundário em face do significante, ao qual atribuiu uma função preponderante. Partindo, então, dessa inversão simbólica, o psicanalista francês estabeleceu a idéia de que toda significação remete-se sempre a outra significação, conforme já afirmado. Como passo seguinte a essa constatação, Lacan deduziu que o significante encontra-se irremediavelmente isolado do significado, concebendo aquele como uma letra, um traço ou uma palavra simbólica, desprovida de significação mas determinante, seja como função para o discurso ou para o destino do sujeito.

Isso tudo se traduz na idéia de que o sujeito não será mais assimilável a um “eu” e sim ao que se entende ser o “sujeito do inconsciente”, não sendo ele um sujeito “pleno” e sim representado/determinado pelo significante, vale dizer, pela letra onde se marca o assentamento do inconsciente na linguagem, sendo este um plano da psique irremediavelmente maior e determinante do que o plano da consciência.

Em síntese, a concepção de significante transformou-se, pela psicanálise de Lacan, no elemento central e significativo do discurso (consciente ou inconsciente) que determina os atos, as palavras e o destino do sujeito, à sua revelia e à maneira de uma nomeação simbólica.⁹

Fazendo-se uma aproximação da concepção de linguagem lacaniana a um aspecto de interpretação normativa do direito, tome-se como exemplo o artigo 6º da Lei nº 8987/95 (lei dos serviços públicos) ao se referir à necessidade de que o serviço prestado ao usuário seja “adequado”.

⁹ Conferir as digressões sobre este tema em: MORAIS DA ROSA, Alexandre, **Decisão Penal: a bricolage de significantes**; ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de Psicanálise**; SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. São Paulo: Cultrix. 1989, p. 81 e ss; BARTHES, Roland. **Elementos de Semiologia**. São Paulo: Cultrix. 1999, p. 19 e ss e LACAN, Jacques. **Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise**. In **Escritos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1998, p. 238-324.

Esta expressão, por certo se apresenta como um termo (significante) portador de um conceito impreciso (significado). Para tanto, a mesma lei, no § 1º do mesmo artigo, ao tentar explicitar o sentido ou significado de serviço adequado, refere-se a ele como sendo o que pressupõe, entre outras coisas, “cortesia de tratamento” e “modicidade de preços”, termos ou significantes estes igualmente imprecisos. Ou seja, não será nos termos da lei, no exame da estrutura lingüística das suas disposições, que a extração de sentidos precisos será efetuada, pois as representações simbólicas de tais significantes encontram-se desde já indeterminadas em cada sujeito cognoscente e se remetem sempre a outras expressões igualmente ambíguas.

Para tanto, uma aproximação de sentido mais condizente demandaria um processo de interpretação contextual (pragmático) de reconstrução do sentido adequado, a partir das circunstâncias e/ou da soma das características do caso concreto e não apenas do exame da estrutura interna da norma e sua imposição, pura e simples, ao fato objeto de incidência do direito, como forma de assegurar um mínimo de racionalidade na interpretação e aplicação de preceitos indeterminados.

2. OS APORTES DE HABERMAS PARA A IDÉIA DE UM DISCURSO RACIONAL NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS

A despeito destas constatações, porém, torna-se necessário superar um grave entrave teórico que circunda as tentativas de conferir graus de racionalidade objetiva na interpretação e aplicação das normas jurídicas, eis que a clareza dos conceitos depende de uma concepção de subjetividade consciente totalmente apta à apreensão de verdades, tais como "o verdadeiro sentido da lei", o que se torna incompatível com uma concepção de significantes eternamente perdidos sob o influxo da esfera do inconsciente.

Ora, uma constatação de tal ordem estaria pondo em questão qualquer tentativa de estruturar de forma racional, ou a partir de uma certa lógica, qualquer forma de argumentação discursiva que delimite o que é verdadeiro operando, obviamente, no plano da consciência.

Considerando-se que o plano da consciência não se desvela como instância transparente do indivíduo, conforme propugna a tradição racional iluminista, mas ao contrário disto, apresenta uma opacidade ofuscada pela instância maior e indeterminada do inconsciente, conforme afirmou Freud, a possibilidade de um discurso consciente portador de verdades inequívocas torna-se

problemático.

Nesses termos, tornar-se-iam questionáveis algumas tentativas de fundamentar a verdade objetiva e una, mesmo que tentando superar a velha concepção de objetividade calcada no pensamento monológico do sujeito. Este apreende o que lhe é dado à consciência e, conhecendo o objeto, emite um julgamento a seu respeito, tal como o juiz ante as palavras da lei e visando pronunciar-se sobre o caso que se lhe apresenta.

Tal concepção monológica de objetividade do conhecimento, pode-se dizer que encontrou um certo ponto de superação na teoria discursiva de Habermas ao rever o papel da verdade no sujeito, mesmo que ainda operando no plano da consciência. Para o filósofo alemão, o fundamento de uma sociedade democrática baseia-se na harmonização dos diversos interesses, que em princípio se apresentarão como antagônicos, dos atores sociais a partir da formação de consensos discursivos cujas regras de funcionamento são predeterminadas a partir de um procedimento formal que deverá ser seguido pelos participantes do discurso.

Para Habermas, a problemática pretensão de verdade objetiva e monoliticamente pré-determinada pelo sujeito "uno" pode ser remediada através do discurso. Para tanto, tais discursos não podem apresentar-se como conclusivos ou definitivos, seja através de "evidências" ou através de "argumentos definitivos". Assim é que embora as pretensões de verdade nunca possam ser efetivadas taxativamente nos discursos, por outra parte, somente através de argumentos é que o sujeito se deixa convencer sobre a veracidade de enunciados problemáticos. Portanto, aquilo que se torna convincente é o que se pode aceitar racionalmente.

Entretanto, a aceitabilidade racional depende de um processo que não protege "nossos argumentos em face de ninguém ou de nada". Por ser assim, o processo de argumentação deve permanecer perenemente aberto a todas as objeções relevantes e a todas as correções e melhorias das circunstâncias epistêmicas.¹⁰

São essas reflexões que levam a afirmar que a concepção de democracia de Habermas, transposta ao campo específico do direito, não mais aceita decisões judiciais travadas apenas no espaço monástico, individual e auto-suficiente do juiz, alheio ao debate público e descompromissado com um procedimentalismo discursivo que deverá informar o processo judicial.

¹⁰ Conferir essas digressões em: HABERMAS, Jürgen. **Acción comunicativa y razón sin transcendencia**. Trad. Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós. 2002, p. 47.

Somente pela via de um procedimento consensual entre todos os interessados em cada contenda judicial é que se estabeleceria de forma legítima qual o direito pleiteado, ao invés da formação de juízo a partir da lei meramente impositiva ao caso em questão e não perpassada por um espaço de consenso de significação.

3. O DIFÍCIL DILEMA DE UM DISCURSO RACIONAL NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS

Entretanto, estas postulações ainda são desenvolvidas no plano do discurso consciente, cujos questionamentos já foram inicialmente apontados, o que leva ao desenvolvimento de algumas críticas a tal projeto de consenso comunicativo no Estado Democrático de Direito conforma propugnado por Habermas.

Pelo que se observa da teoria habermasiana (cujo aspecto referente ao consenso de verdade estabelece que esta é produto de acordos discursivos procedimentalmente corretos), o substrato político e necessário da sua teoria discursiva reside numa concepção de sociedade pluralista, no âmbito de um Estado democrático. Nesse espaço de produção simbólica, o procedimentalismo discursivo de Habermas apresenta como fundamento um discurso no plano do consciente a ser travado entre sujeitos imersos em um meio social e normativo. Disto decorreria, então, que a legitimidade de tais consensos, obtida conscientemente, teria como pressuposto sujeitos unidimensionais, já que apenas se considera um plano (o da consciência) de subjetividade interativa.

Sendo assim, esta suposta proposta emancipatória formulada por Habermas encontraria uma forte contradição nos termos da teoria psicanalítica de Freud e Lacan. Precisamente, pelo que postula a psicanálise, mais além da sinceridade consciente que possa ser acordada e travada na comunicação entre sujeitos, revelam-se mecanismos inconscientes de atos, desejos, recalques, omissões, dentre outras manifestações que, em grande medida, determinam a conduta dos indivíduos ao mesmo tempo em que se esquivam de qualquer tentativa de controle ou acordo comunicacional no plano estrito da consciência.

É por essa razão que muitos críticos apontam o fato de que a teoria de Habermas subestimou ou simplesmente negou o papel do silêncio na fala e o papel do inconsciente na linguagem, tentando formular uma teoria do consenso intersubjetivo plenamente transparente.¹¹

¹¹ Como exemplo de tais críticas ver: PRADO JR, Bento. **Alguns Ensaios: Filosofia, Literatura, Psicanálise**. São Paulo: Paz e Terra. 2000; DEWS, Peter. A verdade do sujeito: linguagem, validade e transcendência em Lacan e Habermas *in* SAFATLE, Vladimir (org.). **Um limite tenso: Lacan entre a Filosofia e a Psicanálise**. São Paulo: UNESP. 2003; MORAIS DA ROSA, Alexandre, **Decisão Penal: a**

O inconsciente é apontado, na perspectiva de tais críticas, como um referencial que se coloca para além da fala do sujeito sendo que o silêncio aflora, muitas vezes, com uma eloquência muito maior que o discurso, sendo mais significativo aqui, o que não é dito.

Nesses termos, estaria em xeque uma proposta procedimentalista de validade discursiva - que conforme se observa, embasa algumas das atuais teorias de argumentação jurídica, tais como as de Aléxy, Günther ou Atienza - fundada em uma proposta que parece entender como ainda não esgotado o projeto da modernidade de inspiração iluminista. O homem moderno é o da transparência da consciência, da busca plena da razão e a partir dela de um ideal emancipatório, em contraposição ao discurso da opacidade da consciência e indeterminação da subjetividade, postulados pelas correntes psicanalíticas.

É precisamente nessa perspectiva, de sujeitos conscientes, que Habermas defende um projeto racional-iluminista, desde que a razão seja entendida criticamente, no sentido de um agir comunicativo compartilhado e debatido, enfim, uma razão dialógica.

4. LIMITES E CONTRADIÇÕES DAS TEORIAS DO INCONSCIENTE

De outra parte, as críticas que apontam a subestimação da dimensão do desejo, do âmbito irracional do sujeito do inconsciente e da fragmentação dos grandes sistemas ou narrativas de pensamento e de valores universais são típicas da filosofia pós-moderna que se desenvolveu em meados da década de setenta na Europa e teve maior ressonância no Brasil na década de oitenta, ambas do século passado. Tal tendência de pensamento resgatou e superestimou as teorias psicanalíticas de Freud através de seguidores tais como Jaques Lacan.

Nesse contexto, cindido entre duas grandes correntes filosóficas, podem ser apontados representantes de ambos os lados. De um lado, filósofos pós-modernos como Lyotard e Derrida, por exemplo, introduzem a idéia da "condição pós-moderna" como fenômeno que esgota a modernidade, apoiada esta última numa visão otimista do progresso da razão e da ciência. Ao contrário disto, os pós-modernos, numa visão romântica tardia, entendem que a emancipação do homem somente pode ser alcançada através de uma reavaliação da dimensão da afetividade, da arte e do desejo cujo território é o inconsciente, vale dizer, daquilo que o homem possui de mais

bricolage de significantes, dentre outros.

criativo e, portanto, de mais livre.

Por outra parte, Habermas, como já foi salientado, defende a idéia de uma modernidade de influência kantiana, que ainda não se consolidou e cujo projeto de consecução precisa ser levado a efeito através de uma reavaliação da razão crítica, não transcendente e monológica, no que se afasta de Kant, mas de cunho imanente, dialógico e, portanto, pragmático.

O problema da concepção pós-moderna nos dias atuais é o de que, caso se queira levar em conta acontecimentos recentes como os atentados de Paris, perpetrados por representantes do chamado Estado Islâmico e o posterior desencadeamento da chamada "guerra ao terror" ou o próprio desdobramento destes eventos na divisão em escala cada vez maior entre fundamentalismos muçulmano e cristão ou a homogeneização em nível global do capital financeiro, as percepções são outras. Ou seja, considerando-se tais fatores e, ainda mais, os atuais desafios de ordem ambiental em escala mundial, pode-se perceber que "as grandes narrativas" não são coisa de um passado moderno e que, talvez, o que esteja se aproximando do fim seja o fragmentário pensamento pós-moderno.

Realmente, o pós-moderno recusa qualquer forma de totalidade, seja como valores universais, grandes narrativas históricas, sólidos fundamentos para a existência humana e possibilidade de conhecimento objetivo. Sob tal perspectiva, o homem pós-moderno é totalmente cético a respeito da verdade, unidade ou progresso, superestima o relativismo cultural e celebra o pluralismo radical, a descontinuidade e a heterogeneidade.¹²

Evidentemente, tal concepção do real encontra terreno fértil para o questionamento de qualquer tentativa de construir, sob bases normativas, qualquer forma de consenso provido de certa homogeneidade e racionalmente administrável, mesmo que ciente dos seus próprios limites.

A despeito disso tudo, o que se tenta apontar aqui é que as teorias do inconsciente pós-modernas produziram uma subestimação excessiva do "sujeito da consciência". Ao contrário disto, entende-se aqui que sim existe um espaço de significação consciente que permite a articulação de discursos racionais. O que termina sendo questionado com tudo isto é a validade de um âmbito do normativo e sob tal crítica, para um pós-moderno, toda vida social a ser normatizada através de convenções tornou-se irremediavelmente opressiva e atentatória ao relativismo de valores e aos

¹² EAGLETON, Terry. **Depois da teoria:** um olhar sobre os Estudos Culturais e o pós-modernismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2005, p. 27.

desejos individuais e transgressores de qualquer normalidade fabricada.

O que em verdade se constata é um inconformismo pós-moderno com a própria estrutura da linguagem, pois ela ao organizar-se em regras (Wittgenstein) e regras são um pressuposto de agir racional (Weber), a linguagem termina por "achatar e nivelar as coisas",¹³ vale dizer, é normativa do início ao fim. E não poderia deixar de sê-lo caso se queira entender que ela representa um diferencial na interação humana capaz de garantir um mínimo de civilização.

Seria, então, possível, abrir mão de acordos semânticos básicos para, na ordinária interação social (e consciente) saber se se está referindo a uma "folha", como componente vegetal da árvore ou como um jornal de grande circulação quando alguém tenta se comunicar com outrem? Pode-se conceber como impossível qualquer forma bem sucedida de consenso neste nível ou em algum outro que seja mais complexo?

De fato, não parece ser possível viver sem regras e o equívoco fundamental que incorrem os críticos desta constatação é o de reduzir as normas a um caráter puramente restritivo e cerceador dos mais genuínos desejos de liberdade e emancipação. Isto quando, em grande medida, muitas dessas normas são criadas justamente para garantir, mesmo que em princípio apenas sob um patamar simbólico, valores tais como a liberdade ou igualdade e venha sendo desenvolvido todo um paulatino esforço teórico e jurisprudencial para tornar tais normas minimamente aplicáveis.

Em outros termos e com a ironia que lhe é peculiar, afirma Eagleton:

De fato, esse é um crasso delírio romântico. Em nosso tipo de sociedade, a norma é que as pessoas não se joguem sobre totais estranhos, emitindo um grito rouco, e amputem as pernas. Está convençãoado que assassinos de crianças sejam punidos, que homens e mulheres que trabalhem possam deixar seus empregos, e que ambulâncias em alta velocidade a caminho de um acidente de tráfego não sejam bloqueados só porque quero que se lixem. Qualquer um que se sinta oprimido por tudo isso tem de estar padecendo de grave supersensibilidade. Apenas um intelectual com uma overdose de abstração poderia ser obtuso o bastante para imaginar que qualquer coisa que viole uma norma será sempre politicamente radical.¹⁴

Tentar estabelecer o normativo como sinônimo de um racionalismo opressivo ou mesmo inalcançável, por uma via transversa, é uma forma de negar o desejo como fator humano capaz de impulsionar o sujeito em direção a algum patamar, por mínimo que seja, de autonomia. Com efeito, se de uma parte o desejo se dissemina no humano e abala ou questiona o puramente consciente

¹³ EAGLETON, Terry. **Depois da teoria:** um olhar sobre os Estudos Culturais e o pós-modernismo, p. 27.

¹⁴ EAGLETON, Terry. **Depois da teoria:** um olhar sobre os Estudos Culturais e o pós-modernismo, p. 30

ou racional, é exatamente em função dele, dentre outras causas, que o homem se afirma como ser histórico e capaz de transformar-se dentro dos limites inerentes à sua espécie.

Para tanto, a capacidade de autodeterminação baseia-se numa dependência que é a própria condição da liberdade e não a sua violação. A própria identidade e bem-estar de cada um apóia-se na do Outro e tal somente pode ter algum princípio de condução e inteligibilidade através de leis externas ao *self*.

[...] a verdade é que não teríamos nenhuma possibilidade de agir intencionalmente, a não ser concordando com regras e convenções que nenhum indivíduo isolado inventou. Tais regras não são um constrangimento da liberdade individual, como imaginam os românticos, mas uma das condições para que ela exista. Eu não poderia atuar de acordo com regras que, em princípio, fossem inteligíveis apenas para mim. Não teria melhor compreensão do que estivesse fazendo do que qualquer outro pudesse ter.¹⁵

Em síntese ao já apontado, o normativo não implica necessariamente o opressivo e a sua interpretação e consecução se perfaz no jogo de linguagem coletivamente instituído, o que lhe confere legitimidade inteligibilidade e possibilidades reais de consenso. Nessa toada, o que vale para o terreno da linguagem no mundo da razão prática, vale também para o âmbito institucional e formal do Direito

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de todas estas constatações, é evidente que não se está pretendendo retomar a idéia moderna oriunda dos séculos XVII e XVIII, da pura transparência e auto-suficiência da razão como único determinante da subjetividade capaz de conduzir ao homem rumo à verdade. Ao contrário disto, os aportes da psicanálise e sua tradução no âmbito da filosofia e teoria jurídica contemporâneas são fundamentais, dentre outras contribuições, como constante sinal de alerta às tentações totalitárias que o discurso da autoridade competente (seja um governante ou um julgador), na busca - mesmo bem intencionada - pela verdade, objetiva e inequívoca, pode gerar.

Também se mostra fundamental, nessa empreitada, o instrumental psicanalítico ao denunciar as limitações inerentes e inescapáveis ao esforço humano pela sua plena emancipação, o qual implica um lúcido questionamento de algumas quimeras iluministas tais como a da transparência plena da subjetividade humana. Soa então mais sensato o uso de uma razão dialógica

¹⁵ EAGLETON, Terry. **Depois da teoria:** um olhar sobre os Estudos Culturais e o pós-modernismo, p. 255.

e consciente, nos termos habermasianos, que ao mesmo tempo seja conhecedora das suas limitações e determinações inconscientes, traduzidas por vezes em lapsos, hiatos, contradições ou silêncios que, em muitas ocasiões discursivas, serão mais decisivos, senão para obtenção de consensos, ao menos para a denúncia daquilo que os impeça.

Esclarecidas tais questões, cumpre, então, destacar, nas atuais teorias de argumentação de fundamento racional, não de caráter estritamente lógico, mas prevalentemente retórico, todo um esforço teórico na construção de bases argumentativas que possam conferir a necessária legitimidade racional às decisões judiciais que adentrem no tortuoso caminho dos conceitos indeterminados. Alguns dos seus representantes mais destacados e conhecidos no panorama jurídico brasileiro tais como os já mencionados Robert Aléxy, Klaus Günther ou Manuel Atienza (guardadas as suas divergências teóricas) dão mostras da viabilidade de tais intentos, mas esta discussão seria tarefa a ser levada a efeito em um outro estudo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARTHES, Roland. **Elementos de Semiologia**. São Paulo: Cultrix. 1999, p. 19 e ss.

CADEMARTORI, Luiz Henrique. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá. 4ª tiragem. 2004, p. 08 e ss.

CADEMARTORI, Luiz Henrique. **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos**. Florianópolis: Momento Atual. 2004.

DEWS, Peter. A verdade do sujeito: linguagem, validade e transcendência em Lacan e Habermas *in* SAFATLE, Vladimir (org.). **Um limite tenso: Lacan entre a Filosofia e a Psicanálise**. São Paulo: UNESP. 2003.

EAGLETON, Terry. **Depois da teoria: um olhar sobre os Estudos Culturais e o pós-modernismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2005, p. 27

ENTERRÍA, Eduardo García y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991, p. 396.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas. 1996, p. 258.

HABERMAS, Jürgen. **Acción comunicativa y razón sin transcendencia**. Trad. Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós. 2002, p. 47.

LACAN, Jacques. Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise. *In* **Escritos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1998, p. 238-324.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006, p. 158.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética. 1999.

OHLWEILER, Leonel. **Direito Administrativo em perspectiva**: os termos indeterminados à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000

PRADO JR, Bento. **Alguns Ensaios: Filosofia, Literatura, Psicanálise**. São Paulo: Paz e Terra. 2000.

ROUDINESCO, Elisabeth e PLON, Michel. **Dicionário de Psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1997.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. São Paulo: Cultrix. 1989, p. 81 e ss

UMA ABORDAGEM TEÓRICA SOBRE AS FALÁCIAS DA SUSTENTABILIDADE

Denise Schmitt Siqueira Garcia¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema principal a análise de alguns tipos de falácias e a relação destas com a sustentabilidade. A escolha do tema se deu a partir das discussões fomentadas na Escola de Altos Estudos CAPES, através de projeto aprovado pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas –PPCJ da UNIVALI para a realização de estudos aprofundados sobre a temática da Teoria da Argumentação juntamente com o Professor Manuel Atienza, da Universidade de Alicante, na Espanha.

O desenvolvimento do artigo se dará primordialmente no âmbito do Direito Ambiental e da Argumentação Jurídica, onde se buscará analisar doutrinas ambientais nacionais e internacionais relacionando-as às falácias ligadas à sustentabilidade.

Por tudo isto, este artigo terá como objetivo geral analisar as falácias ligadas à sustentabilidade. Os objetivos específicos são: identificar o que é uma falácia, compreender o conceito de cada tipo de falácia e verificar alguns tipos de falácias que estão relacionadas com a sustentabilidade.

Portanto como problemas centrais serão enfocados os seguintes questionamentos: O que é uma falácia? Qual o conceito de cada tipo de falácia? Há falácias ligadas ao tema da sustentabilidade?

Para tanto o artigo foi dividido em três partes: na primeira será feita uma abordagem conceitual sobre os vários tipos de falácias existentes; na segunda parte será tratado sobre a sustentabilidade e suas dimensões; e a terceira e última parte, adentra-se no tema central o artigo que é a análise das falácias ligadas à sustentabilidade.

¹ Doutora em *Derecho Ambiental y de la sostenibilidad* pela Universidade de Alicante na Espanha. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Especialista em Direito Processual Civil pela Furb. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro do grupo de pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade”. Advogada. E-mail: denisegarcia@univali.br.

Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados o método cartesiano e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente², da categoria³, dos conceitos operacionais⁴, da pesquisa bibliográfica⁵ e do fichamento⁶.

1. FALÁCIAS

O termo falácia remonta do termo em latim *fallacia*, coradical do verbo *fallere* (enganar). O termo significa, portanto, engano.⁷

“Falácias são erros lógicos, conscientes ou inconscientes, enganadores e/ou autoenganadores, que servem para ludibriar e formar pré-compreensões equivocadas, conducentes a preconceitos ilegítimos, estereótipos e más decisões”.⁸

Falácia é sinônimo de sofisma: argumento que, de premissas verdadeiras, ou tidas como tais, chega-se a uma conclusão inaceitável.

Várias são as falácias encontradas, e neste artigo far-se-á a análise de algumas delas.

A **falácia da ignorância do assunto, ou *ignoratio elenchi***, também chamada de devida a razões irrelevantes. Decorre de uma expressão latina da filosofia escolástica e consiste em se discutir o que está fora da discussão ou o que não está em pauta: discute-se A quando o assunto é B. Políticos que usam e abusam dessa falácia. Consiste, portanto, em apelar à ignorância como prova: se uma asserção não puder ser reconhecida como comprovadamente falsa, então erradamente afirma-se como verdadeira, ou ao contrário.⁹

² "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 241).

³ "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229).

⁴ "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229).

⁵ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 240).

⁶ "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 233).

⁷ HENRIQUE, Antonio. **Argumentação e discurso jurídico**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 87.

⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012. p. 138

⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 146.

Ocorrem quando a prova se apresenta a favor da pretensão não é diretamente relevante para ela; assim sucede, por exemplo, quando se comete a falácia que consiste em fugir do problema, em apelar para a autoridade, em argumentar contra a pessoa, em argumentar *ad ignorantiam*, em apelar para o povo, para a compaixão ou a força, embora, naturalmente, nem toda apelação à autoridade, à pessoa, etc. suponha cometer uma falácia.¹⁰

A **falácia da falsa analogia** consiste no equívoco de semelhança por se tomar uma coisa por outra, em virtude de semelhança acidental e não total entre uma e outra. “Destarte, não se pode concluir que Marte é habitado porque a Terra o é, embora ambos sejam planetas. Pode-se dizer que se trata de um caso de ambigüidade”.¹¹

Tratada também como falácia das suposições não garantidas, onde parte-se do pressuposto de que é possível passar das razões à pretensão com base numa garantia compartilhada pela maior parte ou por todos os membros da comunidade, quando, de fato, a garantia em questão não é comumente aceita. Formula-se uma pretensão contra a qual não é possível argumentar, com o objetivo de reforçar uma pretensão anterior.¹²

A **falácia da petição de princípio**, também chamada de falácia por falta de razões. “Consiste em propor uma pretensão e argumentar a seu fazer, aditando ‘razões’ cujo significado é simplesmente equivalente ao da pretensão original”¹³. Seria dar como provado o que deve ser provado. É argumento de quem não tem argumentos, pois apresenta como coisa demonstrada o que lhe cabe demonstrar. Um exemplo seria: o réu suicidou-se porque se enforcou. Trata-se, pois, de uma falta de razões, de argumentos.¹⁴ Consiste em defender o argumento de modo circular, sempre para fugir da carga da prova, definindo bizarramente o acerto de uma tese, pelo fato de que ela supostamente estaria certa.¹⁵

A **falácia genética** é “[...] aquela do argumento que consiste em extrair conclusões indevidas sobre alguma coisa, a partir da qualidade ou propriedade de sua fonte original”.¹⁶ É evidente que não se pode descartar o estudo da origem, porém não se deve chegar a conclusões inadmissíveis, como julgar que alguém de passado poluidor terá de ser, só por esse motivo, irremediável e perpetuamente poluidor.¹⁷

¹⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 116.

¹¹ HENRIQUE, Antonio. **Argumentação e discurso jurídico**, p. 89.

¹² ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teoria da argumentação jurídica, p. 116.

¹³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teoria da argumentação jurídica, p. 115.

¹⁴ HENRIQUE, Antonio. **Argumentação e discurso jurídico**, p. 89.

¹⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 146.

¹⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 139.

¹⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 139.

A **falácia *ad populum*** “[...] é a que consiste em apelar a sentimentos populares para substituir ou suprir a falta de consistência na argumentação”.¹⁸ Um dos exemplos dessa falácia é o do nazismo que manipulou as emoções de um povo humilhado após a Primeira Guerra.

A **falácia *ad miseridordiam*** consiste em apelar a sentimentos de compaixão para lastrear conclusão errada e insustentável.

A **falácia da falsa causa** pode ser corriqueiramente encontrável em matéria de formação do liame causal, para efeitos de responsabilidade ambiental.¹⁹ A **falácia do acidente também chamada de falácias devidas a razões falhas.**

Surgem quando as razões oferecidas a favor da pretensão, embora sejam do tipo correto, são inadequadas para estabelecer a pretensão específica posta em questão (poder-se-ia dizer que o que falha aqui é a qualificação ou a condição de refutação); essas falácias podem ser cometidas por se fazer uma generalização apressada (chega-se a uma conclusão com poucos exemplos ou com exemplos atípicos) ou porque um argumento se baseia numa regra que é, em geral, válida, mas se deixou de considerar que o caso em questão poder seria uma exceção dela.²⁰

Ocorre quando se argumenta a partir de uma regra acidental para o geral e vice-versa.

A **falácia do consenso** “[...] consiste no apelo ao consenso para dar suporte, não raro, a uma conclusão irracional. Trata-se, pois, de argumento fraco e, não raro, inibidor da revisão científica de dogmas e doutrinas defasadas”.²¹ Para a construção desse consenso, sem coação ou violência, faz-se necessário oferecer razões fortes e adicionais a favor da conveniência da manutenção do consenso, ao menos toda vez que ele for seriamente desafiado.

A **falácia da desqualificação pessoal** é aquela em que se usa dos argumentos para tentar convencer desqualificando o adversário, mediante o ataque injusto de ordem pessoal, para impedir que a audiência perceba a debilidade das próprias razões. Toda argumentação que deixa de ser imparcial faz-se discriminatória negativa e tende a incorrer, de algum modo, nessa falácia.²²

A **falácia da ameaça** seria aquela argumentativa do medo, traduzindo-se no apelo irracional e alarmista às ameaças catastróficas ou ao pânico para distorcer a eleição das premissas, ou seja, para, mediante constrangimento ou intimidação, obter a conclusão indevida.²³

¹⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 140.

¹⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 142.

²⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teoria da argumentação jurídica, p. 116.

²¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 143.

²² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 144.

²³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 145.

A **falácia do uso malicioso de palavra ambígua** se traduz no uso maliciosamente de palavra ambígua, de maneira a poder interpretá-la ora de um jeito, ora de outro, aproveitando-se da ineliminável polissemia dos vocábulos e da indeterminação dos conceitos.²⁴

A **falácia da sequência irresistível** consiste em argumentar contra ação ou inação sob o fundamento de que seria o primeiro passo de sequência difícil de resistir ou aceitar.²⁵

Na sequência faz-se uma abordagem sobre sustentabilidade para melhor compreensão do tema, para somente após fazer-se a ligação desse tema com as falácias ora estudadas.

2. APORTES TEÓRICOS SOBRE SUSTENTABILIDADE²⁶

Foi na segunda Conferência Mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento ocorrida no Rio de Janeiro no ano de 1992 que se iniciaram as discussões sobre o Princípio da Sustentabilidade e principalmente começaram os debates acerca da relação existente entre a pobreza mundial e a degradação ambiental, discussão que permanece até os dias atuais.

Nos dizeres de Denise Schmitt Siqueira Garcia²⁷, o termo sustentabilidade traz diversas conotações e “[...] decorre do conceito de sustentação, o qual, por sua vez, é aparentado à manutenção, conservação, permanência, continuidade e assim por diante.”

Juarez Freitas²⁸ conceitua o Princípio da Sustentabilidade como sendo um

[...] princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Resumindo, o mesmo autor mais adiante em sua obra, trata que a sustentabilidade suportaria, então, 10 elementos básicos: 1. É princípio constitucional de aplicação direta e imediata;

²⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 148.

²⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro, p. 149.

²⁶ Este item do artigo foi retirado do capítulo de livro: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloíse Siqueira. Dimensão Social do Princípio da Sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In. GARCIA, Heloíse Siqueira Garcia; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: Editora da Univali, 2014.

²⁷ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A atividade portuária como garantidora do Princípio da Sustentabilidade. **Revista Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 375-399, jul./dez. 2012. p. 389.

²⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 41.

2. Reclama por resultados justos e não apenas efeitos jurídicos, ou seja, reclama por eficácia; 3. Em ligação à eficácia demanda eficiência; 4. Tem como objetivo tornar o ambiente limpo; 5. Pressupõe probidade nas relações públicas e privadas; 6. 7. 8. Implica prevenção, precaução e solidariedade intergeracional; 9. Implica no reconhecimento da responsabilidade solidária do Estado e da sociedade; e 10. Todos os demais elementos devem convergir para ideia de garantir um bem-estar duradouro e multidimensional.²⁹

Correlaciona-se por este viés, também, os ditames de Ramón Martín Mateo³⁰, que tendo por base o Princípio da Sustentabilidade, considera-se que não se trata de instaurar uma espécie de utopia, senão sobre bases pragmáticas, que fará compatível o desenvolvimento econômico necessários para que nossos congêneres e seus descendentes possam viver dignamente com o respeito de um entorno biofísico adequado.

Deve-se ainda ter em mente que, na realidade, a sustentabilidade é uma dimensão ética, trata de uma questão existencial, pois é algo que busca garantir a vida, não estando simplesmente relacionada à natureza, mas a toda uma relação entre indivíduo e todo o ambiente a sua volta. “Há uma relação complementar entre ambos. Aperfeiçoando o ambiente o homem aperfeiçoa a si mesmo.”³¹

Sendo nesse sentido que também comenta Gabriel Real Ferrer³²

Sin embargo, la Sostenibilidad es una noción positiva y altamente proactiva que supone la introducción de los cambios necesarios para que la sociedad planetaria, constituida por la Humanidad, sea capaz de perpetuarse indefinidamente en el tiempo.

Dito isto, deve-se considerar o caráter pluridimensional da Sustentabilidade, conforme conceitua Juarez Freitas³³, nesse sentido, divergente é a doutrina quanto à quantidade de dimensões que suportam a sustentabilidade, destacando-se, contudo, que majoritariamente considera-se a existência de três dimensões, chamadas de tripé da Sustentabilidade, que seriam: a dimensão ambiental, econômica e social, este último enfoque do presente artigo.

²⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro.p. 50.

³⁰ MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de derecho ambiental**. 2. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1998. p. 41.

³¹ SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4208>>. Consultado em 01 de abril de 2016. p. 412.

³² REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.) **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 13.

³³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro.p. 55.

Salienta-se, contudo, que aos poucos a doutrina está passando a aceitar a existência de mais uma dimensão, chamada por Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar e Gabriel Real Ferrer de dimensão tecnológica. Tal dimensão surge num contexto de evolução do homem ante aos avanços da globalização, conforme destaca-se:

A sustentabilidade foi inicialmente construída a partir de uma tríplice dimensão: ambiental, social e econômica. Na atual sociedade do conhecimento é imprescindível que também seja adicionada a dimensão tecnológica, pois é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro sustentável. Na perspectiva jurídica todas estas dimensões apresentam identificação com a base de vários direitos humanos e fundamentais (meio ambiente, desenvolvimento, direitos prestacionais sociais, dentre outros), cada qual com as suas peculiaridades e riscos.³⁴

Tal dimensão, conforme comenta Gabriel Real Ferrer³⁵ é a que marcará as ações que possamos colocar em marcha para corrigir, se chegarmos a tempo, o rumo atual marcado pela catástrofe. Sem contar que a técnica também define e já definiu nossos modelos sociais, como a roda, as técnicas de navegação, a máquina a vapor, a eletricidade, o automóvel e a televisão, e nesse sentido, a internet, as nanotecnologias e o que se está por chegar também definirá.

La sociedad del futuro será lo que a través de la ingeniería social seamos capaces de construir institucionalmente y lo que la ciencia y la técnica permitan o impongan. En todo caso, lo que también es evidente es que precisamos urgentemente de un rearme ético capaz de orientar estos procesos hacia un auténtico progreso civilizatorio basado en valores positivos. La ciencia, sumada al egoísmo a ultranza, lo que genera es barbarie.³⁶

Feito este adendo, destaca-se algumas das características principais de cada uma das dimensões para que, então, possa-se passar à análise do foco principal do presente trabalho exposto no próximo item.

A dimensão ambiental do Princípio da Sustentabilidade diz respeito à importância da proteção do meio ambiente e do Direito Ambiental, tendo como finalidade precípua garantir a sobrevivência do planeta através da preservação e melhora dos elementos físicos e químicos que a fazem possível, considerando sempre o alcance da melhor qualidade de vida do homem na terra.

A dimensão econômica foca-se no desenvolvimento da economia com a finalidade de gerar

³⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 112.

³⁵ REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>> Acesso em 11 de novembro de 2013. p. 319.

³⁶ REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. p. 319-320.

melhor qualidade de vida às pessoas. Ele passou a ser considerada no contexto da sustentabilidade por dois motivos: 1. Não haveria a possibilidade de retroceder nas conquistas econômicas de desenvolvimento alcançadas pela sociedade mundial; e 2. O desenvolvimento econômico estaria interligado com a dimensão social do Princípio da Sustentabilidade, pois ele é necessário para a diminuição da pobreza alarmante.

Por fim, a dimensão social consiste no aspecto social relacionado às qualidades dos seres humanos, sendo também conhecida como capital humano. Ela está baseada num processo de melhoria na qualidade de vida da sociedade através da redução das discrepâncias entre a opulência e a miséria com o nivelamento do padrão de renda, o acesso à educação, à moradia, à alimentação. Estando, então, intimamente ligada à garantia dos Direitos Sociais, previstos no artigo 6º da Carta Política Nacional, e da Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar da República Federativa do Brasil.

3. FALÁCIAS SOBRE SUSTENTABILIDADE

Vista essa parte introdutória e entendendo-se o que são falácias e sustentabilidade, agora adentra-se nas falácias que são relacionadas à Sustentabilidade. Algumas são fáceis de identificar como, por exemplo, “a falácia do crescimento econômico ilimitado, como se observou, não resiste à constatação irrefutável de que entre outros obstáculos fáticos, são exauríveis os recursos naturais”.³⁷

Essa ideia do crescimento econômico desenfreado surgiu com a revolução Industrial, eis que se acreditava que com a industrialização e o consumo os “males” da humanidade estariam sanados.

Mais tarde, aproximadamente nos anos setenta constatou-se a finitude dos recursos naturais e iniciou-se outro ciclo, agora mais preocupado com a proteção do meio ambiente. Chama-se o início da “década ecológica”, quando a comunidade mundial começou a buscar a proteção da natureza, o que culminou com a primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, ocorrida em Estocolmo no ano de 1972.

Essa realidade foi sustentada no Relatório do Clube de Roma³⁸ também chamado Relatório

³⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 138

³⁸ Em 1968, constituiu-se o Clube de Roma composto por cientistas, industriais e políticos, que tinha como objetivo discutir e analisar os limites do crescimento econômico levando em conta o uso crescente dos recursos naturais. Detectaram que os maiores problemas eram: industrialização acelerada, rápido crescimento demográfico, escassez de alimentos, esgotamento de recursos

Meadows que foi publicado em 1972 e que tratou especificadamente dos “Limites do crescimento”.

Nas palavras de Serge Latouche³⁹:

Nuestro sobrecrecimiento económico se estrella contra la finitud de la biosfera. Sobrepasa largamente la capacidad de carga de la tierra. Un crecimiento infinito es incompatible con un planeta finito. Es verdad que la primera ley de la termodinámica nos enseña que nada se pierde, nada se crea. Sin embargo, el extraordinario proceso de regeneración espontáneo de la biosfera, incluso asistido por el hombre, no puede funcionar a un ritmo forzado. De ninguna manera puede restituir idénticamente la totalidad de los productos degradados por la actividad industrial. Los procesos de transformación de la energía no son reversibles (segunda ley de la termodinámica) y, en la práctica, pasa por lo mismo con la material; a diferencia de la energía, ésta es reciclable, pero nunca integralmente.

Além dessa falácia do crescimento econômico ilimitado outra falácia consiste em imaginar que o maior consumo será sempre sinônimo de maior bem-estar, o que colide, às abertas, com a impossibilidade física de satisfazer impulsos corporais, indefinidamente”.⁴⁰

Já está mais que firmado o entendimento de que os grandes problemas ambientais estão relacionados, direta ou indiretamente, com a apropriação e uso de bens, produtos e serviços, suportes da vida e das atividades da nossa sociedade moderna.⁴¹

As necessidades de consumo, tanto as reais quanto as chamadas suntuárias ou de consumo conspícuo, nunca pararam de crescer. Na verdade, pela paroxística propaganda da economia dita ‘moderna’, criam-se sempre novas necessidades sob os mais variados pretextos. Daí a assertiva de que os recursos finitos não podem atender a demandas infinitas.⁴²

E esse anseio da sociedade em investir toda sua felicidade no consumo de bens materiais está gerando uma sociedade doente e infeliz, com jovens completamente desestruturados.

Na sequência traz-se uma abordagem das falácias ligadas ao tema sustentabilidade.

A falácia da ignorância do assunto, a *ignoratio elenchi*, ligada à sustentabilidade seria aquela que intenta crer que, por não haver uma teoria unificada das causas do efeito estufa, seria impossível a posição minimamente sólida sobre o papel das causas antrópicas.⁴³

Outra falácia *ignoratio elenchi* também é sobre o aquecimento global, eis que existem teses

não renováveis, deteiorização do meio ambiente. Tinham uma visão ecocêntrica e definiam que o grande problema estava na pressão da população sobre o meio ambiente. In: GODOY, Amália Maria Goldberg. **O clube de Roma** – evolução histórica. Disponível em: <<http://amaliagodoy.blogspot.com/2007/09/desenvolvimento-sustentavel-evolucao.html>>. Consultado em 01 de abril de 2016.

³⁹ LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir del imaginario dominante? Barcelona: Icaria editorial, 2008.

⁴⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 138.

⁴¹ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 84

⁴² MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. p. 85

⁴³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 146.

de que ele inexistente, pois não poderia ser provado. Isso é realmente uma completa falácia eis que é latente e presente na vida de todos o aumento nas temperaturas mundiais, sendo que os maiores aumentos de temperatura foram de 1910 a 1945 e de 1976 a 2000.⁴⁴

Há que se explicar a diferença do efeito estufa e do aquecimento global,

O efeito estufa é um fenômeno atmosférico natural em que os gases da atmosfera funcionam como um anteparo deixando passar a luz solar para seu interior, mas aprisionando o calor. Sem esse processo, seria impossível a vida na Terra, já que a temperatura média seria 33º centígrados menor.

Já o aquecimento global é o agravamento desse processo natural causado por atividades humanas. É o resultado da emissão excessiva de gases do efeito estufa na atmosfera, principalmente o dióxido de carbono (CO₂). Esse excedente forma uma camada que a cada ano fica mais espessa, impedindo a dispersão da radiação solar e, em consequência, aquecendo exageradamente o planeta. As causas principais são a derrubada de floresta e a queima de combustíveis fósseis (petróleo, carvão e gás natural), atividades cada vez mais intensas.⁴⁵

Esse aquecimento global vem sendo percebido e registrado há pouco menos de dois séculos, período que coincidentemente se liga à civilização industrial. Os estudos científicos apontam para formação de uma espessa camada gasosa ao redor do globo, a qual impede a dissipação do calor produzido pelos raios solares na atmosfera e sobre a superfície do Planeta.⁴⁷

Assim, o calor formado fica retido e concentrado. É como uma enorme cobertura envolvente que, à moda de uma estufa de plantas, retém o calor e provoca o aquecimento anômalo. A biosfera vê-se prisioneira dentro dessa estufa e, como é fácil compreender, as espécies vivas se ressentem da temperatura aumentada, chegando muitas dela a definharem, morrerem e, por fim, desaparecerem definitivamente. No quadro geral, há perdas irreparáveis para o ecossistema planetário.⁴⁸

Portanto, resta claro que a ignorância ao se tratar do efeito estufa e do aquecimento global geram falácias que são utilizadas para tentar convencer a inexistência desses fenômenos.

Com relação à **falácia da petição de princípio** seria dizer que determinado bem de uso comum do povo é particular, porque sua natureza seria de bem particular, sem maiores

⁴⁴ EFEITO estufa e aquecimento global. **Camada de Ozônio. info.** Disponível em: <<http://camada-de-ozonio.info/efeito-estufa-e-aquecimento-global.html>>. Consultado em 25 de novembro de 2015.

⁴⁵ “Em dezembro de 2015, ocorrerá em Paris a 21ª Conferência do clima (COP 21) e terá como principal objetivo costurar um novo acordo entre países para diminuir a emissão de gases de efeito estufa, diminuindo o aquecimento global e em consequência limitar o aumento da temperatura global em 2º C até 2010.” In: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. COP-21. **Socioambiental.org.** São Paulo. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/cop-21>>. Consultado em 25 de novembro de 2015.

⁴⁶ FRANÇA, Marcos. Qual a diferença entre efeito estufa e aquecimento global? **Cultura Popular**, João Pessoa. Disponível em: <<http://culturapopular2.blogspot.com.br/2010/04/qual-diferenca-entre-efeito-estufa-e.html>>. Consultado em 25 de novembro de 2015.

⁴⁷ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** p.1109

⁴⁸ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** p.1109

justificações.⁴⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 225⁵⁰ assim diz: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

A expressão “bem de uso comum do povo” prevista no *caput* do artigo 225 da CRFB não está se referindo ao bem público de uso comum previsto no artigo 99 do Código Civil⁵¹, que divide os bens públicos em: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Verifica-se que o artigo constitucional fala em bem de uso comum e não em bem público de uso comum.

Assim, segundo José Afonso da Silva⁵², a qualidade do meio ambiente se converteu em um bem jurídico.

Isso que a Constituição define como ‘bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Teremos que fazer especificações depois, mas, de um modo geral, pode-se dizer que tudo isso significa que esses atributos do meio ambiente não podem ser de apropriação privada, mesmo quando seus elementos constitutivos pertençam a particulares. Significa que o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra sua disponibilidade. Veremos, no entanto, que há elementos físicos do meio ambiente que também não são suscetíveis de apropriação privada, como o ar e a água, que são, já por si, bens de uso comum do povo. Por isso, como a qualidade ambiental, não são bens públicos, nem particulares. São bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo.

A **falácia genética** relacionada à “sustentabilidade seria a argumentação com base em que as coisas deveriam ser conservadas e mantidas, de modo intacto, esquecendo, por exemplo, que há pragas e espécies nocivas que devastam as nativas. Seria negar a comprovação da seleção natural”.⁵³

Não se pode e não se deve, em apego ao suposto originalismo primitivo, permitir que tribos indígenas cometam o infanticídio, prática que se revela francamente insustentável para os atuais

⁴⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 147.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consultado em 01 de abril de 2016.

⁵¹ BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Consultado em 01 de abril de 2016.

⁵² SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 837/838

⁵³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 139.

padrões de eticidade e juridicidade.⁵⁴

A **falácia *ad populum*** relacionada à sustentabilidade, seria, por exemplo, deixar de remover famílias que vivem em área de risco, especialmente dos menores e idosos, a título de demagógico apelo eleitoral em contrário, sob pena de acumpliciamento com situação cruel e desumana.⁵⁵

A **falácia *ad miseridordiam*** seria apelar para sentimentos supostamente nobres para se fazer vistas grossas a pesadas infrações ambientais.⁵⁶

Seriam, por exemplo, as autorizações para grandes obras com a alegação de que são essenciais a vida, enquanto na realidade são altamente impactantes ambientalmente e socialmente falando.

A **falácia da falsa causa** está relacionada a responsabilidade civil ambiental, e tem servido para atribuir falsas causas aos danos ambientais, e ainda, como escapismo dos que não aceitam a omissão como causa real de eventos danosos.⁵⁷

A **falácia do acidente** relacionada à sustentabilidade encontra-se na generalização apressada, que consiste em argumentar a partir de um caso particular rumo à regra geral, inaceitável topicamente. O ponto assume particular relevo ao se lidar com normas gerais de Direito Ambiental e Administrativo, pois não se devem negligenciar as qualificações do caso, sob pena de aberrações lógicas e valorativas.⁵⁸

A **falácia do consenso** quando se trata de sustentabilidade seria considerar, num dado contexto, que o crescimento econômico seria o melhor a se fazer, sem considerações à proteção ambiental, porém tal consenso não pode ser considerado nos dias atuais onde é preciso se pensar na proteção ambiental para que as futuras gerações tenham condições de vida no planeta.

O tema relacionado a esta falácia já foi abordado no início desse artigo quando se falou dos danos causados pela exploração irracional do meio ambiente, na necessidade de preocupação com os limites da natureza e com o dano causado pelo consumismo irracional e desenfreado.

A **falácia da desqualificação pessoal** deve ser combatida defendendo-se a imparcialidade

⁵⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 140.

⁵⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 140.

⁵⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 141.

⁵⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 142.

⁵⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 142.

como princípio associado à sustentabilidade com o intuito de impedir que as preferências ou as hostilidades subjetivas determinem as decisões. Assim, na defesa desse novo paradigma deve-se afastar as desqualificações pessoais, ainda que se deva fazer a descrição exata, o mais isenta possível, dos inúmeros malefícios pessoais trazidos pela insaciabilidade patológica.⁵⁹

A **falácia da ameaça ou do medo** costuma aparecer nos discursos que defendem tal ou qual decisão, sob pena de catástrofe, por exemplo, diz-se que faltarão recursos para alimentar a população se determinada decisão protetiva do ambiente for tomada.⁶⁰

Quanto à **falácia do uso malicioso de palavra ambígua** poderia dar-se como exemplo a manipulação do sentido da expressão “interesse Público”: pode haver leviandade nas motivações administrativas ao asseverarem que tais ou quais razões de interesse público terão sido decisivas. A simples alusão, sem prova ou consistente motivação, torna a motivação insuficiente ou, no mínimo, suspeita. É preciso haver uma profunda fundamentação.

O grave é que, seguidamente, utiliza-se a expressão ora para designar o interesse público autêntico (bem de todos), ora para designar o mero interesse do aparato estatal, que é particularista e, não raro, colide, flagrantemente, como interesse geral, e desse modo, com a sustentabilidade.⁶¹

Por fim, a **falácia da sequência irresistível** na seara ambiental seria quando se diz que se for adotado um monitoramento ambiental mais rigoroso da poluição atmosférica, nenhum empreendimento novo seria possível ou milhares de empregos seriam perdidos.⁶²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que as falácias são uma forma de, consciente ou inconscientemente, ludibriar as pessoas a formarem compreensões equivocadas sobre determinado assunto.

Várias são as falácias existentes, e neste artigo fez-se a abordagem conceitual da falácia da ignorância do assunto; a falácia da falsa analogia; a falácia da petição de princípio; a falácia genética; a falácia *ad populum*; a falácia *ad misericordiam*; a falácia da falsa causa; a falácia do acidente; a falácia do consenso; a falácia da desqualificação pessoal; a falácia da ameaça; a falácia do uso malicioso de palavra ambígua; a falácia da sequência irresistível.

⁵⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 144.

⁶⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 145.

⁶¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 148.

⁶² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. p. 149.

No íterim da outra parte do artigo, foi tratado sobre princípio da sustentabilidade, que considerando as principais ideias conceituais apresentadas neste artigo, deve ser entendido a partir de uma concepção acima de tudo ética, que trata de uma questão existencial, pois é algo que busca garantir a vida, não estando simplesmente relacionada à natureza, mas a toda uma relação entre indivíduo e todo o ambiente a sua volta. Sendo que essa sustentabilidade deve ser abordada num prisma multidimensional, enfocando-se, principalmente, nas dimensões ambiental, social, econômica e tecnológica.

Considerando, então a relevância do tema sustentabilidade e a constante divulgação tanto midiática, como mercantil e política, evidente se torna cada vez mais a sua utilização indevida como artifício de enganação, ou seja, a utilização de falácias em argumentações que o envolvem.

Vários são os exemplos dessas falácias ligadas à sustentabilidade e que foram tratados na pesquisa, porém destacam-se duas delas que são utilizadas de maneira exacerbada, como a falácia do crescimento econômico ilimitado e a da inexistência do aquecimento global e do efeito estufa.

Quanto à falácia do crescimento ilimitado, já se verificou, desde debates traçadas nos anos sessenta, que os limites da natureza eram finitos e que era preciso o combate do crescimento ilimitado, da industrialização desmedida e do consumo desenfreado.

No tange às discussões do tema do aquecimento global e do efeito estufa, a falácia da ignorância é por diversas vezes utilizada, tanto que, muito embora existam vários estudos científicos que comprovem a existência desses dois fenômenos, ainda existem aqueles que afirmam que eles inexistem, pois não podem ser provados.

Percebe-se, portanto, a importância do tema da argumentação jurídica no que tange as questões ligadas à sustentabilidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consultado em 01 de abril de 2016.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Consultado em 01 de abril de 2016.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

EFEITO estufa e aquecimento global. **Camada de Ozônio. info**. Disponível em: <<http://camada-de-ozonio.info/efeito-estufa-e-aquecimento-global.html>>. Consultado em 25 de novembro de 2015.

FRANÇA, Marcos. Qual a diferença entre efeito estufa e aquecimento global? **Cultura Popular**, João Pessoa. Disponível em: <<http://culturapopular2.blogspot.com.br/2010/04/qual-diferenca-entre-efeito-estufa-e.html>>. Consultado em 25 de novembro de 2015.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A atividade portuária como garantidora do Princípio da Sustentabilidade. **Revista Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 375-399, jul./dez. 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão Social do Princípio da Sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. *In*. GARCIA, Heloise Siqueira Garcia; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: Editora da Univali, 2014.

GODOY, Amália Maria Goldberg. **O clube de Roma** – evolução histórica. Disponível em: <<http://amaliagodoy.blogspot.com/2007/09/desenvolvimento-sustentavel-evolu.html>>. Consultado em 01 de abril de 2016.

HENRIQUE, Antonio. **Argumentação e discurso jurídico**. São Paulo: Atlas, 2008.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. COP-21. **Socioambiental.org**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/cop-21>>. Consultado em 25 de novembro de 2015.

LATOCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir del imaginario dominante? Barcelona: Icaria editorial, 2008.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de derecho ambiental**. 2. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1998.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis:

OAB/SC Editora, 2007.

REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Consultado em 01 de abril de 2016.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. *In*: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.) **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4208>> Consultado em 01 de abril de 2016.

OS CASOS SOCIOAMBIENTAIS DIFÍCEIS À LUZ DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: ANÁLISE DA DECISÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA PARA O CASO DAS PAPELEIRAS ENTRE ARGENTINA E URUGUAI

Maria Cláudia S. Antunes de Souza¹

Ricardo Stanziola Vieira²

Charles Alexandre Souza Armada³

INTRODUÇÃO

O Direito tem como objetivo fundamental a concretização da Justiça na Sociedade. A Sociedade moderna, por seu turno, cada vez mais complexa e dinâmica, determina um desafio para os operadores do Direito na medida em que a velocidade de suas modificações é maior que aquela verificada no sistema legislativo disponível.

Este descompasso é mais evidente nos chamados ‘casos difíceis’ onde, segundo Cademartori, não existe uma única decisão correta tendo em vista que o juiz irá decidir também se utilizando de princípios morais, não positivados, “os quais, através de um processo de argumentação jurídica,

¹ Doutora e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Extensão Paidéia cadastrado no CNPq. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Análise comparada dos limites e das possibilidades da avaliação ambiental estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha”. E-mail: mclaudia@univali.br

² Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1996), Formação em Direitos Humanos- Instituto Internacional de Direitos Humanos, IIDH, França (1996); Diplomado pela Escola de Governo/Sp (1996); Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999) e Doutorado em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina (2004). Pós-doutorado no Centro de Pesquisa Interdisciplinar em Direito Ambiental, Urbanismo e gestão do território (Crideau, Universidade de Limoges - França, 2007-2008). Docente nos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica e no Curso de Mestrado em Gestão de Políticas Públicas - UNIVALI. Atua também em especializações envolvendo direito internacional ambiental e direito público. Tem experiência na área de Direito Público e Direito Ambiental; Governança e Relações Internacionais; Ética, Cidadania e Direitos Humanos; Ciência Política e Políticas Públicas. Itajaí, Santa Catarina, Brasil. E-mail: ricardo@ambientallegal.com.br

³ Graduado em Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC-SP). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público pela Fundação Regional de Blumenau (FURB). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI e mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante-Espanha. Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI como bolsista CAPES e doutorando em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante. Itajaí, Santa Catarina, Brasil. E-mail: charlesarmada@hotmail.com

ingressarão no sistema do Direito”⁴.

Diante deste cenário, a presente pesquisa tem como objeto a análise de um caso difícil em particular relacionado com o imbróglio envolvendo Argentina e Uruguai no início deste século e que ficou conhecido como o caso das papeleiras.

Por esta análise, o objetivo é estudar as contribuições da Teoria da Argumentação Jurídica e as técnicas de ponderação para a solução de casos difíceis, como é o caso das fábricas de papeis do Uruguai. Para a fundamentação teórica da presente pesquisa serão utilizadas as contribuições de Chaïm Perelman, Manuel Atienza, Robert Alexy e Ronald Dworkin.

O presente estudo está dividido em três momentos: no primeiro, estudou-se o conceito e as contribuições da Teoria da Argumentação Jurídica. O segundo procurou destacar os principais aspectos do caso das papeleiras de maneira a permitir sua análise à luz da Teoria da Argumentação Jurídica. O terceiro momento, por fim, destaca a relação existente no caso concreto com os aspectos da Teoria da Argumentação Jurídica levantados anteriormente.

Justifica-se a presente pesquisa diante da necessidade de discutir se o direito oferece uma única resposta correta para cada caso? Qual o critério de correção de argumentos jurídicos? O relativo desinteresse pelo tema da teoria da argumentação jurídica decorre do fato desta teoria não estar nas áreas de interesse do operador do direito, em razão de uma matriz (teórica e prática) da cultura jurídica ainda marcada pela dogmática ou pelo positivismo formalista. O presente estudo, portanto, pretende permitir uma maior amplitude a respeito do tema.

Quanto à Metodologia, foi utilizada a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa, compreende o método cartesiano quanto à coleta de dados e no relatório final o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento⁵.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

O fato da temática ambiental não se restringir aos limites políticos e territoriais estatais

⁴ CADEMARTORI, Luiza Valente. Os casos difíceis e a discricionariedade judicial: uma abordagem a partir das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin. **Novos Estudos Jurídicos** - v. 10 - n. 1 - p.215 - 228, jan./jun. 2005. p. 223.

⁵ Recomenda-se a leitura da obra. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2015. 232p.

determina a complexidade de seu tratamento jurídico. Ao mesmo tempo, insere as questões ambientais, particularmente aquelas que envolvem jurisdições estatais distintas, no rol dos chamados casos difíceis, campo onde a argumentação jurídica pode contribuir para uma solução justa e equitativa.

Como bem explica Atienza⁶, a argumentação jurídica é um enfoque de direito relativamente novo, pois as idéias centrais já existiam entre gregos, romanos, teóricos da Idade Média, vindo a destacar-se no século XX. No decorrer do século XX, a argumentação jurídica desenvolve-se em dois grandes momentos: (a) no primeiro momento, autores pioneiros (anos 1950) como Recasens Siches, Toulmin, Viehweg e Perelman contrapunham a lógica à tópica, retórica e dialética. Neste contexto, destaca-se a importância dada à justificação: justificação interna (teoria do silogismo judicial- lógica dedutiva) e justificação externa; (b) no segundo momento, final da década de 1970, os destaques são autores como Alexy e Mccornick. Momento de construção da assim chamada “Teoria Standart”, em que já não se contrapõe a lógica formal à tópica, retórica, dialética, etc. e entendem que o jurista necessita das duas coisas, em especial ao tratar dos chamados “casos difíceis”.

Mas como definir os casos difíceis? Estes seriam, no entender da Teoria da Argumentação, aqueles em que os aplicadores, além de recorrer à lógica de justificação interna (silogismo, lógica formal), têm que recorrer a outros argumentos. Os casos difíceis seriam aqueles para os quais não há uma solução pré-pronta. A solução terá que ser construída argumentativamente. Estes casos difíceis podem ser apresentados em 3 (três) grandes categorias:

- Por força da ambiguidade da linguagem: dificuldade de entender conceitos jurídicos indeterminados como “dignidade humana”, “impacto ambiental”, “calamidade pública”, entre outros. Ou seja, casos que impõem ao juiz uma concretização no caso concreto;
- Inexistência, na sociedade, de acordos morais razoáveis entre pessoas esclarecidas e bem intencionadas. Casos como eutanásia, suicídio, transfusão de sangue compulsória, descriminalização de drogas leves, entre outros;
- Colisão de direitos fundamentais. Esta categoria representa o caso mais emblemático. Pode ser exemplificado com os grandes conflitos socioambientais, como o caso de hidrelétricas na Amazônia. De um lado, tem-se o Direito ao desenvolvimento nacional e regional, de outro o Direito das populações tradicionais, meio ambiente, entre outros. Nestes casos, o intérprete terá de

⁶ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013. p. 29-43.

construir argumentativamente uma solução, muitas vezes por meio de uma ponderação. Significa identificar quais normas postulam incidência, quais são as soluções possíveis e fazer as concessões recíprocas para produzir a solução constitucionalmente adequada, preservando ao máximo cada norma; ou, em certos casos, fazendo uma escolha, o que envolve sacrificar a incidência de uma norma no caso concreto. Muitas vezes a ponderação envolve escolhas (e muitas vezes são escolhas trágicas). Mas não são escolhas discricionárias: deve-se justificar e fundamentar.

Tem-se assim, uma primeira contextualização necessária: em se tratando da aplicação da Teoria da Argumentação em casos difíceis, alguns pontos chamam a atenção: inexistência de uma verdade absoluta, importância da decisão mais objetiva e fundamentada possível e, finalmente, superação da tríade positivismo – legalismo – formalismo.

Um dos primeiros pontos a se considerar em relação às decisões judiciais de casos difíceis é que não existe uma única verdade objetiva. Não existe objetivamente uma resposta correta (verdade absoluta), mas, para o intérprete – aplicador do direito – existe uma resposta correta no caso concreto. O juiz, portanto, tem o dever de integridade e coerência na decisão. Isso implica que as premissas e postulados que ele estabelece o vinculam a decisões futuras que vier a proferir. Tal fato decorre do direito subjetivo das partes a um juiz isonômico e não um juiz que “escolhe” o resultado de acordo com critérios outros que não o de filiar-se aos princípios e argumentos constitucionalmente adequados.

Um segundo aspecto destacado diz respeito à importância de minimizar a discricionariedade do juiz. Parte-se da ideia de que critérios objetivos de tomada de decisão são sempre melhores que critérios subjetivos.

Um último ponto a ser mencionado é o atual contexto de crise do positivismo – legalismo – formalismo. Um melhor esclarecimento pode ser dado a partir dos pontos a seguir:

- O formalismo jurídico alia-se à ideia de que a norma jurídica traz em si a ideia de justiça imanente (a lei é a expressão da justiça; o juiz não tem um papel relevante como criador do direito). Mas este formalismo jurídico acabou sucumbindo ao longo da modernidade;

- Surge assim uma cultura chamada pós-positivista pautada no entendimento de que a solução dos problemas não se encaixa integralmente na norma jurídica. O juiz, aqui, aproxima-se da filosofia (teoria da justiça) e da teoria política. Supera-se assim a separação feita pelo positivismo jurídico;

- Passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, indo além das influências do pensamento civilista e privatista (Savigny, Jhering), que por muito tempo marcou o centro do sistema jurídico. Ao longo do século XX, nota-se um processo de publicização e constitucionalização do direito.

Em síntese, pode-se afirmar que o Direito Constitucional traz novas categorias teóricas para lidar com situações complexas, uma vez que as técnicas tradicionais de interpretação e decisão se tornaram insuficientes. Citam-se alguns exemplos como: normatividade dos princípios (conforme a própria Constituição); reconhecimento da colisão de direitos fundamentais; reconhecimento da ponderação como técnica possível para resolver as colisões de direitos; reabilitação da argumentação jurídica como uma necessidade da função judicial, em especial nos casos em que o juiz realiza uma função criadora.

O Direito, de forma geral, e o direito brasileiro, especificamente nos últimos 20 anos, incorporou categorias novas. Neste contexto, a norma já não traz mais em si a solução dos problemas. Os fatos já não são meros elementos da subsunção. O juiz vai ter que melhor justificar e fundamentar as decisões. Por isso, a argumentação jurídica se tornou tão pertinente e necessária, em especial nos complexos conflitos socioambientais.

É neste sentido que Coelho entende a relação entre a Teoria da Argumentação Jurídica e a temática ambiental como sendo “a possibilidade de uma hermenêutica ambiental embasada no constitucionalismo ambiental com a finalidade de suprir as lacunas existentes e trazer resolutividade aos casos difíceis”⁷.

Muito tem se pesquisado em relação aos avanços mais recentes em termos de hermenêutica, novo constitucionalismo, teoria dos princípios e novo papel do Estado como tutor – garantidor dos direitos fundamentais. Neste contexto, o Direito Ambiental pode assumir um grande protagonismo. Alguns autores, e isso é nítido no caso brasileiro, defendem que se vive uma fase de “ecologização do direito”, de nascimento de um conceito de Estado Ambiental de Direito⁸, entre outras formulações interessantes⁹. Em que pese o fato de a postura do Estado ainda ser marcadamente crescimentista/desenvolvimentista, o que é o caso do Brasil, não há como negar

⁷ COELHO, Hena Carvalho. Do direito constitucional ao meio ambiente e desdobramentos principiológicos à hermenêutica (ambiental?). *Vereadas do Direito*, Belo Horizonte. v. 11, n. 21, p. 53-73, janeiro-junho, 2014. p. 53.

⁸ LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. As novas funções do direito administrativo em face do Estado de Direito Ambiental. In. CARLIN, Volnei Ivo (org.). **Grandes temas de direito administrativo**. Campinas: Millenium, 2009.

⁹ Ver. BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica Jurídica Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

avanços no campo jurídico e filosófico em termos de reconhecimento dos valores e princípios supramencionados. Mais do que nunca, trava-se uma grande batalha de modelos civilizatórios. De um lado, tem-se uma matriz positivista e dogmática, facilmente associada a uma postura de Estado centralizador, desenvolvimentista e autoritário quando se trata de casos difíceis e conflitos socioambientais. De outro lado, vislumbram-se os chamados novos direitos, direitos socioambientais, princípios fundamentais, associados a uma visão de Estado como tutor e curador destes direitos: um Estado Ambiental de Direito, um Estado “ecologizado”.

Este embate, cada vez mais real e perceptível, tem sido (e assim deve sê-lo cada vez mais) levado para os mais importantes tribunais no Brasil e no mundo. Tem-se, portanto, uma das maiores tarefas do intérprete, pensador do direito: a análise de casos socioambientais complexos.

Neste contexto, e este é o modesto objeto do presente trabalho, teorias como a da argumentação jurídica mostram-se imprescindíveis no sentido de permitir a superação do “velho” modelo hermenêutico rígido e dogmático, incapaz e/ou insuficiente para dar conta dos conflitos socioambientais¹⁰ complexos dos dias atuais.

O Direito do Meio Ambiente configura, portanto, um campo natural de atuação da teoria da argumentação jurídica.

De acordo com a contribuição de Toledo,

a teoria da argumentação jurídica adentra a especificidade dos direitos fundamentais, surgindo a argumentação jusfundamental, cujo intuito é o mesmo da argumentação do discurso jurídico em geral, apenas com o detalhamento da busca de garantia de maior segurança, mediante o controle de racionalidade, na justificação do discurso cujo tema sejam enunciados referentes aos direitos fundamentais, em virtude de sua supremacia axiológica no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito¹¹.

A busca pela decisão de justiça aceitável requer a utilização das técnicas argumentativas uma vez que a argumentação específica “terá por missão mostrar de que modo a melhor interpretação da lei se concilia com a melhor solução dos casos particulares”¹².

A melhor interpretação da lei refere-se especificamente à solução mais justa e equitativa.

¹⁰ Acerca do tema conflitos socioambientais indica-se a leitura do artigo: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. (2013). “Reflexões sobre o limite de tolerabilidade e o dano ambiental”. **JURÍDICAS**. No. 1, Vol. 10, pp. 47-62. Manizales: Universidad de Caldas.

¹¹ TOLEDO, Claudia. Teoria da argumentação jurídica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte. v. 2, n. 3, p. 47-65, janeiro-junho, 2005. p. 62.

¹² PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Logique Juridique*. p. 186.

Nesse sentido, segundo Perelman¹³:

Desde o processo de Nuremberg, que pôs em evidência o fato de que um Estado e sua legislação podiam ser iníquos, e mesmo criminosos, notamos na maioria dos teóricos do direito, e não apenas entre os partidários tradicionais do direito natural, uma orientação antipositivista que abre um espaço crescente, na interpretação e na aplicação da lei, para a busca de uma solução que seja não só conforme à lei, mas também equitativa, razoável, aceitável, em uma palavra, que possa ser, ao mesmo tempo, justa e conciliável com o direito em vigor.

Não se trata de desconsiderar-se a norma jurídica ou diminuí-la em importância, mas, antes disso, de utilizá-la da melhor maneira a fim de conferir justiça ao caso concreto.

Perelman¹⁴ complementa a esse respeito afirmando:

Faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito.

Esta aparente contradição entre o positivismo normativista e a argumentação é assim explicada por Atienza¹⁵:

Em termos gerais, o que separa o positivismo normativista do enfoque do Direito como argumentação poderia ser assim resumido: ver o direito como uma realidade já dada (posta) (um conjunto de normas) e não como uma atividade, uma prática que transcorre no tempo; entender, por consequência, que os elementos integrantes do Direito são normas, enunciados, e não (também) as fases ou momentos dessa atividade; considerar como o objeto da teoria do Direito a descrição de uma realidade (previamente dada) e não a contribuição ao desenvolvimento de um empreendimento, de tal maneira que a teoria (como ocorre na concepção interpretativa do Direito de Dworkin) se fundiria com a prática.

O posicionamento de Atienza reforça a necessidade de complementação da norma posta com o entendimento da realidade em que estas normas estão inseridas.

Alexy¹⁶ apresenta que os casos complexos surgem quando:

(1) uma norma [...] contém algumas informações alternativas de fatos operativos, ou (2) a aplicação de uma norma envolve suplementá-la com outras normas jurídicas esclarecedoras, limitadoras ou referenciais, ou há algumas possíveis consequências jurídicas, ou (4) as expressões usadas na formulação da norma permitem várias interpretações.

A argumentação pode ser exercida mediante um processo de persuasão ou de

¹³ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. p. 184.

¹⁴ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. p. 185.

¹⁵ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. p 435-448.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. Título original: *Theorie der Juristischen Argumentation*. p. 219.

convencimento. A opção por um processo ou outro, para Vaz e Toledo, “deriva da concepção que o orador faz do auditório e de suas extensões. Nesse sentido [...], as extensões já concebidas são divididas em dois modelos: o auditório particular e o auditório universal”. O auditório particular compreende a argumentação realizada perante um indivíduo e pelo orador consigo próprio. O auditório universal compreende o auditório formado por todos os seres humanos racionais¹⁷.

Para Atienza, tratando do processo de persuasão da atividade judicial, o ideal regulativo do Estado de Direito é que boas decisões são decisões bem fundamentadas. Dessa forma, a obrigação dos juízes de fundamentar suas decisões significa que eles devem dar boas razões de forma adequada para atingir a persuasão¹⁸.

Há alguns critérios, na ótica de Atienza, que podem contribuir para a avaliação das fundamentações das decisões judiciais: a universalidade, a coerência, a adequação das consequências, a moral social e a moral justificada.

A universalidade não se relaciona com o grau de generalidade da norma. Uma norma muito específica pode também ser aplicada universalmente. A premissa maior – normativa – do silogismo judicial tem que ser um enunciado de caráter universal.

A ideia de coerência está ligada à de consistência lógica, mas difere desta última porque a coerência se refere à compatibilidade em relação a valores, princípios e teorias. Dessa forma, a fundamentação de uma decisão pode conter uma inconsistência lógica (ser incompatível com alguma norma específica do sistema) e, no entanto, ser a mais coerente entre as possíveis e, em consequência, estar justificada.

Enquanto a coerência olha para o passado, o critério das consequências concentra-se no futuro. As consequências são levadas em conta em relação a questões normativas e também no que diz respeito a questões de fato. O critério das consequências significa que no Direito as razões finalistas desempenham um papel que pode ser maior ou menor, segundo o sistema jurídico de que se trate ou a concepção de Direito que se endosse.

O critério da moral social determina que as decisões ocorram de acordo com a opinião majoritária da população, com o padrão marcado pela moral social em detrimento da opinião do

¹⁷ VAZ, Carlos Augusto Lima; TOLEDO, Claudia. A teoria da argumentação de Chaïm Perelman. **ALETHES**: Periódico Científico dos Graduandos em Direito da UFJF, n. 1, v. 1, dezembro/abril, 2010, Juiz de Fora: DABC, 2010. Disponível em: <<http://periodicoalethes.com.br/media/pdf/1/periodico-alethes-edicao-1.pdf>>. Acesso em: 13 mar, 2016. p. 58.

¹⁸ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. p 435-448.

juiz como indivíduo.

Finalmente, o critério da moral justificada ocorre na impossibilidade ou na dificuldade de utilização do critério da moral social em decorrência (1) da dificuldade de se avaliar claramente a opinião majoritária, (2) do nível de interferência de preconceitos na opinião social majoritária, (3) da opinião das maiorias também sofrer estas interferências e (4) da moral racionalmente justificada não corresponder à moral social.

2. O CASO DAS PAPELEIRAS ENTRE ARGENTINA E URUGUAI COMO EXEMPLO DE CASO DIFÍCIL

O Caso das Papeleiras é como ficou conhecido a controvérsia entre Argentina e Uruguai relacionada com a intenção uruguaia de instalar duas fábricas de papel e celulose em seu território, nas margens do Rio Uruguai.

O caso teve início em 2003 quando o governo uruguaio autorizou a instalação de uma fábrica de pasta de celulose, a espanhola ENCE. Em fevereiro de 2005, outra empresa também de celulose, a finlandesa Oy Metsä-Botnia, recebeu autorização para instalação de fábrica numa região próxima das cidades de Frey Bentos, no lado uruguaio, e de Gualeguaychu, no lado argentino.

Os conflitos envolveram questões ambientais, pela possibilidade de poluição das águas do Rio Uruguai, e questões de Direito Internacional, tendo em vista o envolvimento da Corte Internacional de Justiça.

Para uma melhor compreensão do caso em tela é importante destacar o Estatuto do Rio Uruguai, assinado em 1975 entre Argentina e Uruguai, em função do papel fundamental desempenhado na disputa entre os dois países e na decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça. O referido Estatuto estabelece mecanismos para o aproveitamento ótimo e razoável do rio, que forma uma fronteira natural entre os dois países.

O art. 7º do Estatuto determina o dever de informação recíproca sobre qualquer projeto que possa afetar o rio:

Art. 7º — La parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas, deberá comunicarlo a la Comisión,

la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte¹⁹.

Com base nesses fundamentos, a Argentina alegou que o Uruguai não cumpriu com sua obrigação e dever de informar ou de consultar ao Estado argentino quando permitiu a instalação das empresas de celulose nas margens do território uruguaio do Rio Uruguai.

Em 5 de maio de 2005, foi criado, pela *Declaración de Cancilleres* da Argentina e do Uruguai, o Grupo Técnico Bilateral - GTAN com o objetivo de complementar os estudos, analisar e realizar um intercâmbio de informações sobre as consequências da instalação das plantas de celulose sobre o ecossistema do Rio Uruguai. O GTAN reuniu-se diversas vezes, alternando uma reunião em cada capital. Seu último encontro ocorreu em 31 de janeiro de 2006 sem apresentar, no entanto, um resultado positivo. Segundo Noschang, “o fracasso do GTAN significa o fracasso do período de consultas entre os Estados e, principalmente, que o estágio para solução pacífica de controvérsia foi cruzado sem sucesso”²⁰.

A Argentina protocola, então, uma demanda contra o Uruguai na Corte Internacional de Justiça no dia 4 de maio de 2006 por força do art. 60 do Estatuto do Rio Uruguai que elege a Corte como jurisdição obrigatória para a solução de controvérsias.

A demanda protocolada pelo governo argentino contra o Uruguai apresentou requerimento de urgência solicitando que o Uruguai “cesse a construção das fábricas até a decisão final da Corte; abstenha-se de tomar qualquer medida unilateral sem consultar a CARU (comissão criada para Administrar o Rio Uruguai, prevista no Capítulo XIII do Estatuto) e a Argentina; e evite qualquer ação que torne as coisas mais complicadas e dificulte o entendimento entre as partes”²¹.

Os requerimentos da Argentina foram:

que o Uruguai reconheça que violou o principio da *prior notification* ao não informar nem à CARU nem à Argentina sobre as empresas de celulose; não cumpriu as demais obrigações decorrentes do tratado; não cumpriu os procedimentos previstos no Capítulo II do Estatuto; não cumpriu com o dever de preservar o meio ambiente e prevenir a poluição²².

¹⁹ ESTATUTO DEL RIO URUGUAY. Disponível em: <<http://www.online.com.uy/plantas/doc/estatuto.htm>>. Acesso em: 13 mar, 2016.

²⁰ NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. **O caso das papelerias na corte internacional de justiça** – direito ambiental versus direito econômico? Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/201/200>>. Acesso em: 13 mar, 2016.p. 6.

²¹ NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. **O caso das papelerias na corte internacional de justiça** – direito ambiental versus direito econômico? Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/201/200>>. Acesso em: 13 mar, 2016. p. 8.

²² NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. **O caso das papelerias na corte internacional de justiça** – direito ambiental versus direito econômico? Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/201/200>>. Acesso em: 13

A defesa do Uruguai alegou que (i) forneceu durante as negociações bilaterais todas as informações requeridas pela Argentina cumprindo, portanto, com o seu dever de cooperação e informação; (ii) ambas as fábricas possuem tecnologias modernas e eficientes e poluirão menos que muitas das papeleiras similares que estão operando na Argentina; e (iii) existe uma distinção entre desenhar as plantas, construí-las e operá-las, e que a Argentina apenas mencionou os riscos de operação das fábricas e não de riscos em sua construção, e que esse trabalho não causa poluição no rio²³.

A decisão da Corte foi no sentido de negar provimento ao pedido argentino, pois não foram suficientes as provas apresentadas pela Argentina que indicassem o dano irreparável ao meio ambiente, as evidências de poluição e o dano socioeconômico à região de Gualeguaychu. A decisão foi proferida por catorze votos a um.

A Corte Internacional de Justiça entendeu que a pretendida obrigação de não construção não figura expressamente no Estatuto de 1975. Além disso, a Corte considerou que o Estatuto não a investiu da função de autorizar ou não as atividades projetadas.

Em contrapartida, a Corte decidiu que o Uruguai não transmitiu informações completas sobre a fábrica de papel Orion-Botnia, deixando de cumprir o Estatuto do Rio Uruguai. Dessa forma, de acordo com a decisão da Corte, o Uruguai não agiu de boa-fé, violando um princípio do Direito Internacional²⁴.

Entre os que votaram contra a pretensão argentina estava o juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. No entendimento de Trindade, apesar do voto contrário, a Corte perdeu uma oportunidade única de fazer valer a aplicação dos princípios preventivo e de precaução²⁵.

Com relação ao voto dissidente, do juiz *ad hoc* argentino Raúl Emilio Vinuesa²⁶, este traz alguns pontos que merecem um destaque, tendo em vista sua relação com a Teoria da Argumentação Jurídica. O juiz Vinuesa apresentou sua total discordância com a Corte no que se refere ao fato que a construção das plantas não afetaria, no futuro, a preservação do meio

mar, 2016. p. 8.

²³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Pulp Mills on the River Uruguay** (Argentina v. Uruguay). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/11235.pdf>>. Acesso em: 13 mar, 2016. p. 10-13.

²⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de direito ambiental 2**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 28-29.

²⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de direito ambiental 2**. p. 26.

²⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Pulp Mills on the River Uruguay** (Argentina v. Uruguay). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/11235.pdf>>. Acesso em: 13 mar, 2016. p. 26.

ambiente:

I consider that the authorization and the construction of the mills, or future authorizations and constructions of other plants on the River Uruguay, are neither neutral nor innocent steps. The constructions are meant to have a direct effect, which is the final implementation and full operation of the mills²⁷.

O juiz Vinuesa também refutou a decisão da corte a respeito das provas apresentadas pela Argentina e consideradas insuficientes para provar que a futura operação das plantas determinaria risco ambiental: “What Argentina has to prove, and what it has proved, is that the work authorizations and the actual execution of the works have generated a reasonable basis of uncertainty on the probable negative effects to the environment of the works”²⁸.

A decisão dissidente do juiz Vinuesa ampara-se, portanto, no princípio da precaução. De acordo com sua fundamentação, “[...] the precautionary principle is not an abstraction or an academic component of desirable soft law, but a rule of law within general international law as it stands today”²⁹.

3. ANÁLISE DA DECISÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA PARA O CASO DAS PAPELEIRAS À LUZ DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A Corte Internacional de Justiça perdeu uma oportunidade importante de inserir o litígio na história da evolução do Direito Internacional Ambiental e reforçar a importância e inovação do estatuto entre os dois países.

No que se refere à declaração de incompetência da Corte para o pedido de interrupção ou início das atividades das plantas, o próprio Estatuto do Rio Uruguai já havia lhe conferido a competência em seu art. 60. Além disso, a questão de construir ou não uma fábrica às margens do rio Uruguai “é matéria que faz parte da gestão desse rio, isto é, diz respeito ao aproveitamento ótimo e racional desse rio (art. 1º do Estatuto), ao regime do rio e à qualidade de suas águas (arts. 29 e 35) e ao equilíbrio ecológico (art. 36)”³⁰.

²⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Dissenting opinion of judge ad hoc vinuesa**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15893.pdf>>. Acesso em: 13 mar, 2016. p. 152.

²⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Dissenting opinion of judge ad hoc vinuesa**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15893.pdf>>. Acesso em: 13 mar, 2016. p. 151.

²⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Dissenting opinion of judge ad hoc vinuesa**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15893.pdf>>. Acesso em: 13 mar, 2016. p. 152.

³⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de direito ambiental 2**. p. 27.

Nesse sentido, mesmo que não houvesse a previsão no próprio Estatuto, a Corte poderia ter utilizado a Teoria da Argumentação Jurídica na motivação de uma decisão embasada no princípio da precaução.

No que se refere à competência das instituições, Perelman apresenta que:

o recurso ao direito apresenta-se assim como o ramo de uma alternativa, aceito pelos homens e pelas sociedades organizadas, que preferiram não fazer justiça pelas próprias mãos, recorrendo à violência, mas confiar nas instituições judiciárias, cuja autoridade reconhecem e cuja competência não contestam³¹.

No caso do litígio entre Argentina e Uruguai, o Estatuto assinado pelos dois países, datado de 1975, foi extremamente inovador em acrescentar o princípio da precaução em seu escopo. A Corte, entretanto, ao considerar-se incompetente para determinar a interrupção ou início de funcionamento da fábrica de papel, não reconheceu o protagonismo do Estatuto neste particular.

No que se refere ao critério da universalidade, o fato do Estatuto do Rio Uruguai não apresentar uma norma específica quanto ao funcionamento das fábricas de papel inviabilizou a utilização de um paralelo passado, mas não impediria uma decisão inovadora sobre o tema. A decisão da Corte baseou-se, portanto, num caráter puramente lógico (normativo).

Quanto ao critério da coerência, este talvez seja o critério mais importante no caso das papeleiras. Um olhar para o futuro determinaria uma decisão que privilegiasse a qualidade e a defesa do meio ambiente e, como observado, não foi atendido pela decisão da Corte. Ao declarar-se incompetente para decidir sobre a instalação das fábricas, apesar da não comprovação a contento de suas implicações para o meio ambiente, mostra que a Corte voltou-se para o passado, perdendo a oportunidade de decidir atendendo o critério da coerência, conforme Aienza.

Com relação ao critério da moral social, a disputa entre Argentina e Uruguai envolveu as populações dos dois países e, obviamente, qualquer decisão não agradaria 100% das pretensões em jogo. Contudo, o auditório neste caso em particular não era representado apenas pelos habitantes dos dois países.

Como a decisão envolvia temas de interesse universal, o auditório universal deveria ter determinado uma decisão que atendesse as demandas morais sociais em jogo. Mais uma vez, a preocupação com a preservação do meio ambiente, devidamente cristalizada no Estatuto do Rio

³¹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. p. 167.

Uruguai, não foi suficiente para uma decisão da Corte que privilegiasse essa demanda universal.

Mesmo que o critério adotado pelos juízes da Corte tenha sido o da moral social, restringindo o público de seu auditório universal às populações dos dois países, mesmo assim ele estaria viciado tendo em vista o caráter nacionalista que os governos dos dois países determinaram à demanda judicial do caso das papeleiras.

Finalmente, o critério da moral justificada poderia ter sido o critério a ser utilizado pela Corte na impossibilidade de fundamentação com base na moral social, tendo em vista as limitações acima.

A justificativa do princípio da precaução como critério da moral justificada atenderia às demandas do auditório universal amplo e determinaria a isenção da decisão da Corte em um contexto mais justo do que aquele escolhido, qual seja, da declaração de incompetência.

Segundo Armada e Dias, “a Sociedade pulsa, evolui e cresce em complexidade exigindo do Estado instrumentos de apoio cada vez mais adequados e úteis para a promoção de uma vida com qualidade e Justiça”³². O Direito, no sentido de buscar a solução mais equitativa e justa, principalmente nos chamados ‘casos difíceis’, necessita da coragem de ultrapassar os limites impostos pela norma jurídica, por vezes incompleta, contraditória, incoerente e injusta.

É nesse sentido que parece repousar a figura quase onipotente de Hércules, o juiz das causas difíceis de Dworkin. A ética e a cidadania, portanto, devem nortear os trabalhos de Hércules e, também, de todos os demais operadores do Direito³³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Argumentação Jurídica disponibiliza as ferramentas para a solução das decisões difíceis que a Sociedade moderna impõe ao Direito.

O caso das papeleiras entre Argentina e Uruguai configura um exemplo de ‘caso difícil’ pela abrangência da demanda, pelos interesses envolvidos e, principalmente, pela importância relacionada com a questão ambiental.

Pelos critérios de avaliação das fundamentações das decisões judiciais, sob a ótica da Teoria

³² ARMADA, Charles Alexandre Souza; DIAS, Maria da Graça dos Santos. Por uma Razão Sensível na Produção do Direito. **Prática Jurídica**, v. VIII, p. 24-27, 2009. p. 27.

³³ ARMADA, Charles Alexandre Souza; DIAS, Maria da Graça dos Santos. Por uma Razão Sensível na Produção do Direito. **Prática Jurídica**, v. VIII, p. 24-27, 2009. p. 27.

da Argumentação Jurídica, a decisão da Corte Internacional de Justiça preconizou uma fundamentação lógica racional calcada no positivismo normativo, tendo como base o Estatuto do Rio Uruguai.

A impossibilidade de correspondência normativa literal para a demanda argentina limitou a atuação da Corte e determinou a alternativa da incompetência do organismo para uma decisão equitativa e justa para o caso concreto.

O Direito deve procurar interpretar a realidade social, compreender as demandas e aspirações comunitárias, entender o processo de interação social, bem como as rupturas e clivagens sociais. Ao compreender as necessidades e aspirações da Sociedade, o Direito trabalha com valores e, assim, enriquece sua atuação, buscando a concreção da Justiça.

A Teoria da Argumentação Jurídica, no sentido de uma compreensão do fenômeno humano-social que transcenda a lei, não a denegando, mas completando-a numa busca incessante pela Justiça social, deve nortear a postura e os trabalhos de todos os pensadores do Direito.

Em se tratando de casos socioambientais difíceis ou complexos, mostra-se cada vez mais evidente a insuficiência da matriz positivista – normativista – dogmática. Em conflitos semelhantes ao caso das papelarias justifica-se e fundamenta-se a necessidade de incorporar as contribuições da Teoria da Argumentação Jurídica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. Título original: *Theorie der Juristischen Argumentation*.

ARMADA, Charles Alexandre Souza; DIAS, Maria da Graça dos Santos. Por uma Razão Sensível na Produção do Direito. **Prática Jurídica**, v. VIII, p. 24-27, 2009.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica Jurídica Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CADEMARTORI, Luiza Valente. Os casos difíceis e adiscricionabilidade judicial: uma abordagem a partir das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 1, p.215 - 228, jan./jun. 2005.

COELHO, Hena Carvalho. Do direito constitucional ao meio ambiente e desdobramentos principiológicos à hermenêutica (ambiental?). **Veredas do Direito**, Belo Horizonte. v. 11, n. 21, p. 53-73, janeiro-junho, 2014.

ESTATUTO DEL RIO URUGUAY. Disponível em: <<http://www.online.com.uy/plantas/doc/estatuto.htm>>. Acesso em: 13 mar, 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Dissenting opinion of judge ad hoc vinuesa**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15893.pdf>>. Acesso em: 13 mar, 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Pulp Mills on the River Uruguay** (Argentina v. Uruguay). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/11235.pdf>>. Acesso em: 13 mar, 2016.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. As novas funções do direito administrativo em face do Estado de Direito Ambiental. *In*. CARLIN, Volnei Ivo (org.). **Grandes temas de direito administrativo**. Campinas: Millenium, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de direito ambiental 2**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. **O caso das papelerias na corte internacional de justiça – direito ambiental versus direito econômico?** Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/201/200>>. Acesso em: 13 mar, 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2015.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Logique Juridique*.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. (2013). “Reflexões sobre o limite de tolerabilidade e o dano ambiental”. **JURÍDICAS**. No. 1, Vol. 10, pp. 47-62. Manizales: Universidad de Caldas.

TOLEDO, Claudia. Teoria da argumentação jurídica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte. v. 2, n. 3, p. 47-65, janeiro-junho, 2005.

VAZ, Carlos Augusto Lima; TOLEDO, Claudia. A teoria da argumentação de Chaïm Perelman. **ALETHES**: Periódico Científico dos Graduandos em Direito da UFJF, n. 1, v. 1, dezembro/abril, 2010, Juiz de Fora: DABC, 2010. Disponível em: <<http://periodicoalethes.com.br/media/pdf/1/periodico-alethes-edicao-1.pdf>>. Acesso em: 13 mar, 2016.