

VERSÃO IMPRESSA DISPONÍVEL
NO SITE DA EDITORA.



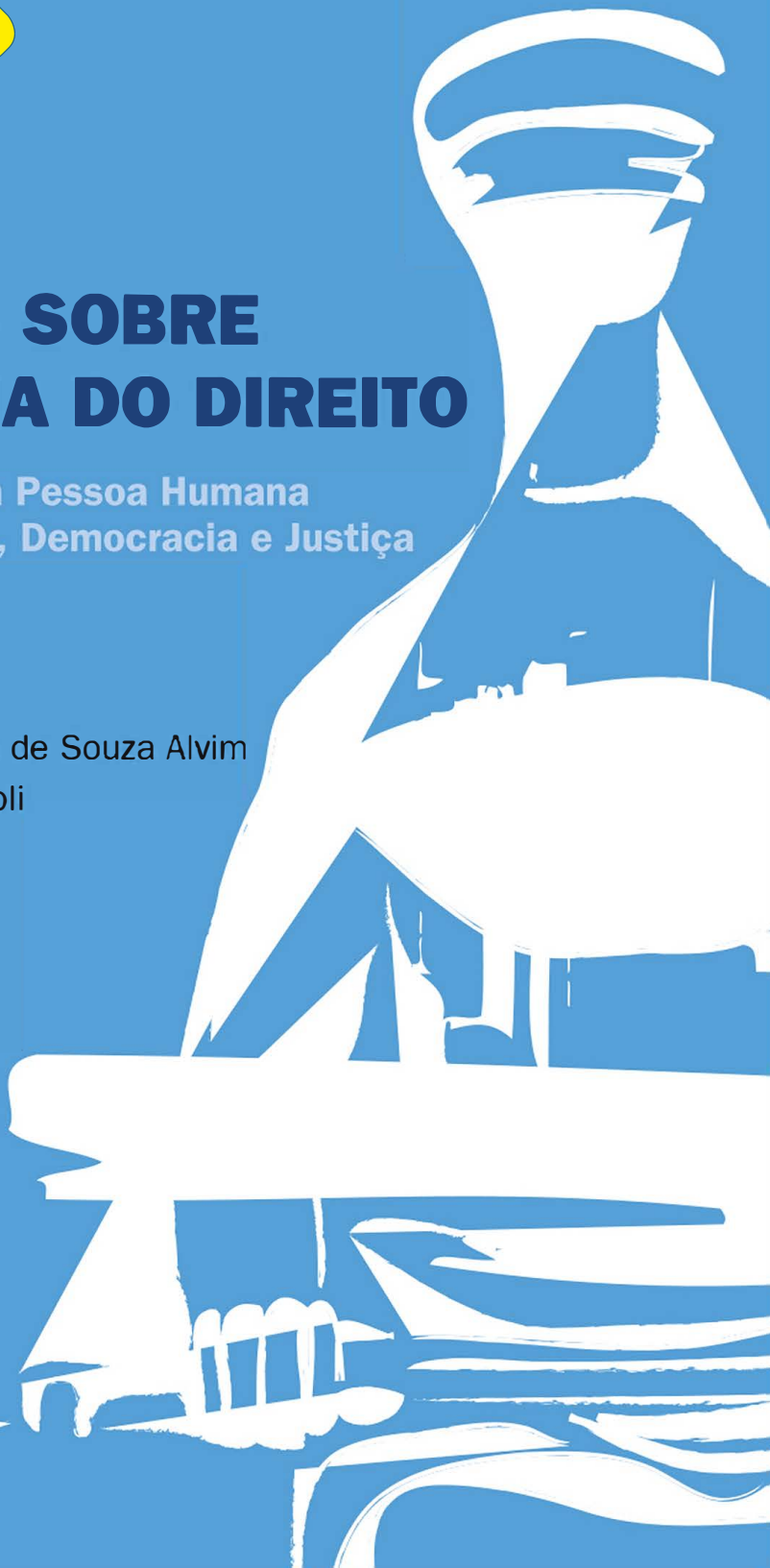
ENSAIOS SOBRE FILOSOFIA DO DIREITO

Dignidade da Pessoa Humana
Fraternidade, Democracia e Justiça

Marcia Cristina de Souza Alvim
Lafayette Pozzoli
organizadores

educ

INSTITUTO DE PESQUISA E INOVAÇÃO
PIPEq
FACULDADE DE EDUCAÇÃO



ENSAIOS SOBRE FILOSOFIA DO DIREITO:
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA,
FRATERNIDADE, DEMOCRACIA E JUSTIÇA



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Reitora: Maria Amalia Pie Abib Andery

educ

Editora da PUC-SP

Direção

Thiago Pacheco Ferreira

Conselho Editorial

Maria Amalia Pie Abib Andery (*Presidente*)

Carla Teresa Martins Romar

Ivo Assad Ibri

José Agnaldo Gomes

José Rodolpho Perazzolo

Lucia Maria Machado Bógus

Maria Elizabeth B. T. Morato Pinto de Almeida

Rosa Maria Marques

Saddo Ag Almouloud

Thiago Pacheco Ferreira (*Diretor da Educ*)

Ensaaios sobre filosofia do direito

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA,
FRATERNIDADE, DEMOCRACIA E JUSTIÇA

MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM
LAFAYETTE POZZOLI

organizadores

educ

Plano de Incentivo à Pesquisa
PIPEq
PUC-SP

São Paulo
2023

Copyright © 2023. Marcia Cristina de Souza Alvim e Lafayette Pozzoli.

Foi feito o depósito legal.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitora Nadir Gouvêa Kfourri/PUC-SP

Ensaaios sobre filosofia do direito : dignidade da pessoa humana, fraternidade, democracia e justiça / Maria Cristina de Souza Alvim ; Lafayette Pozzoli (Orgs.). - São Paulo: EDUC: PIPEq, 2023.

290 p. ; 23 cm

Bibliografia.

ISBN. 978-85-283-0688-0

1. Direito - Filosofia. 2. Dignidade (Direito). 3. Fraternidade. 4. Democracia. 5. Justiça.
I. Alvim, Maria Cristina de Souza. II. Pozzoli, Lafayette.

CDD 340.1

342.985

321.8

340.52

Bibliotecária: Carmen Prates Valls - CRB 8a. - 556

EDUC – Editora da PUC-SP

Direção

Thiago Pacheco Ferreira

Produção Editorial

Sônia Montone

Revisão

Valéria Diniz

Editoração Eletrônica

Waldir Alves

Gabriel Moraes

Capa

Waldir Alves

Administração e Vendas

Ronaldo Decicino

educ

Rua Monte Alegre, 984 – Sala S16

CEP 05014-901 – São Paulo – SP

Tel./Fax: (11) 3670-8085 e 3670-8558

E-mail: educ@pucsp.br – Site: www.pucsp.br/educ

Prefácio

VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR

O livro *Ensaio sobre filosofia do direito: dignidade da pessoa humana, fraternidade, democracia e justiça* contou com o fomento do Plano de Incentivo à Pesquisa (PIPEq) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).¹ A coordenação está a cargo do professor doutor Celso Fernandes Campilongo; a organização, da professora doutora Marcia Cristina de Souza Alvim e do professor doutor Lafayette Pozzoli. Embora seja um livro do Departamento I – Teoria Geral do Direito a interdisciplinaridade se presentifica na colaboração de autores não pertencentes a este Departamento, inclusive de um autor internacional.

Prefaciando um livro é sempre uma responsabilidade e uma satisfação dupla. Primeiro, pela amizade com os autores e eterna gratidão pelo convite. Depois, por ser um livro fruto de pesquisas e experiências vivenciadas em sala de aula e na área profissional. Por isto, sensibilizou-me profundamente o convite para prefaciá-lo.

Certamente, escrevo este prefácio com desvanecimento. São artigos que trouxeram um bom aproveitamento intelectual, pois foram produzidos

1. Livro de mesma temática, *Ensaio sobre Filosofia do Direito: dignidade da pessoa humana, democracia, justiça*, também organizado por Lafayette Pozzoli e Marcia Cristina de Souza Alvim, foi publicado em 2011, nos formatos impresso e digital, pela Educ – Editora da PUC-SP, com fomento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp).

com segurança, objetividade, clareza e correta base científica na filosofia do direito orientada pelo princípio da dignidade humana e seu corolário fraternidade.

Trata-se de uma obra que chama atenção, sobretudo, para as observações sobre temas interessantes no campo da filosofia do direito, como os que dizem respeito à convivência humana em uma deferência à dignidade da pessoa. Mas, notadamente, o que ressalta é a criatividade dos seus autores e a paixão que têm pela pedagogia do ensinar o outro.

De fato, vale aqui enfatizar, *ad argumentandum tantum*, que a pedagogia aplicada nos ensaios pelos autores, no livro ora prefaciado, tem constante preocupação com o outro. A regra de ouro presente em todos os textos sagrados – não faça ao outro o que não gostaria que fizesse a você – é prática comum nas ações quotidianas dos autores.

Permitam-me uma digressão para afirmar que o curso de Direito da PUC-SP está classificado com 5 estrelas no *Guia da Faculdade*, e seus egressos têm grande aceitação no mercado de trabalho. No Brasil, em *ranking* de mediação e arbitragem, ocupa o 1º lugar; o 3º na América do Sul; o 46º no mundo. Tive a oportunidade de afirmar ao jornal J.PUC-SP: “É mais um selo de qualidade que nós recebemos. Trata-se de um *ranking* internacional muito importante, que revela que a nossa faculdade está como a primeira do país e muito bem posicionada no mundo. Esse selo, junto a outros índices, que atestam a nossa eficiência e nível de excelência, revela o que o curso de Direito da PUC-SP de fato é: um dos melhores do Brasil”.

As homenagens não param por aí. O curso de Direito da PUC-SP foi contemplado com o Selo de Qualidade da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em sua 7ª edição, em 2022. Vale enfatizar que a pandemia da Covid-19 não tirou o brilho da qualidade do curso, com a comunidade empenhando-se para que as aulas transcorressem em um clima de aprendizagem, dando atenção a todos os alunos.

Não poderia esquecer de citar o nome de um professor que muito ajudou o curso, aliás, foi seu fundador, o saudoso doutor André Franco Montoro, professor emérito da PUC-SP, que sempre lembrava aos alunos o

artigo 4º do Mandamento dos Advogados: “Teu dever é lutar pelo direito, mas no dia em que encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça.”

Da leitura dos artigos do livro fica a imagem de que é possível identificar na atualidade do direito, diante do atual processo de globalização vivenciado mundialmente, dois caminhos. No primeiro, impera a letra da lei que pode gerar violência disseminada ou culminar em tragédia, como se viu nas duas grandes guerras do século passado, mas também nas inúmeras guerras espalhadas pelo mundo nos dias de hoje, notadamente, a guerra entre a Rússia e a Ucrânia. No entanto, por outro lado, deparamo-nos com um direito humanista, fraterno, um direito que promove a pessoa humana, que respeita a dignidade humana e as culturas, que possui forte ligação com a história moral e jurídica vivida pelas nações.

Portanto, parabéns ao coordenador, aos organizadores, aos autores e à Editora da PUC-SP, Educ, que publica a obra.

A você, leitor, os meus mais sinceros e profundos agradecimentos pela leitura que fará deste livro. Isto por eu ter a certeza de que não será uma leitura em vão, mas uma leitura que frutificará inúmeras atitudes. Trata-se de uma obra de fôlego, relevante, que trabalha temas pertinentes à atualidade, razão pela qual se reputa utilíssima para a compreensão dos vários aspectos ligados ao mundo do direito no Brasil.

Ah! Nunca me esquecerei das lições de direito e de vida que tive com o saudoso professor Pedro Paulo Teixeira Manus. Alguém que ajudou o curso de Direito da PUC-SP a caminhar mais rapidamente pelas vias da excelência. O respeito que ele tinha pelos professores, alunos e colaboradores era sempre contagiante, formando uma legião de seguidores, um legado que muitos de nós levamos para a vida. Obrigado, professor Pedro Paulo, por nos incentivar a não esquecer a regra de ouro (o princípio de que não devemos fazer aos outros o que não queremos que nos façam), colocando nas nossas práticas quotidianas a fraternidade como fundamento para o respeito ao outro.

Boa leitura!

Apresentação

MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM
LAFAYETTE POZZOLI

O livro *Ensaio sobre filosofia do direito: dignidade da pessoa humana, fraternidade, democracia e justiça* é fruto de pesquisas científicas dos autores, acadêmicos do Departamento de Teoria Geral do Direito, professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e de outras universidades, ressaltando a presença um autor latino-americano. Um trabalho que contou com a colaboração de todos os envolvidos na obra e que obteve o fomento do PIPEq – Plano de Incentivo à Pesquisa da PUC-SP.

Queremos fazer um agradecimento ao professor Vidal Serrano Júnior, Diretor da Faculdade de Direito e ao professor Celso Fernandes Campilongo, chefe do Departamento I. Ambos colaboraram para a presente obra.

São artigos produzidos nos conformes das regras estabelecidas para fazer ciência no Brasil, ou seja, tem como referencial básico na filosofia do direito os princípios da dignidade da pessoa humana, da fraternidade, da democracia e da justiça. Isto demonstra, claramente, a conexão existente entre a pesquisa e os propósitos do projeto pedagógico do curso de Direito da PUC-SP.

Para fins didático, o livro foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, apresenta artigos que discutem os conceitos atuais de dignidade da pessoa humana e fraternidade. No segundo capítulo, os artigos discutem a democracia e a justiça. Os artigos do terceiro capítulo articulam diversos

assuntos pertinentes à filosofia do direito. Uma divisão interna que levou em conta o trabalho pedagógico, possibilitando aos professores usarem o livro em suas aulas de forma a servir como um bom instrumento de ensino.

Até o momento (julho/2022) vivemos mais de dois anos de pandemia, sendo, neste período, as diversas atividades acadêmicas abrandadas. Por isto, buscando retratar e registrar aqui a realidade jurídica da conjuntura atual, todos sabemos que o Direito passa por grandes transformações. Evidentemente, será um novo Direito no pós-pandemia, que já vem sendo bem trabalhado pela doutrina jurídica. O novo processo hermenêutico que o Brasil incrementará na área jurídica vai exigir um posicionamento seguro dos pesquisadores. Foi a partir desta perspectiva que os artigos demandaram revisões e novos artigos surgiram.

Vale destacar que o curso de Direito da Faculdade de Direito da PUC-SP foi avaliado recentemente com cinco estrelas pelo *Guia da Faculdade 2021*. É o único curso de Direito com cinco estrelas no Estado de São Paulo.

No mesmo sentido, prestamos tributo a uma pessoa que muito ajudou na construção do curso. Falamos do saudoso professor Pedro Paulo Teixeira Manus, falecido no final de 2021. Formado pela Faculdade de Direito da PUC-SP, onde foi professor e diretor, ajudou na organização do curso para que pudesse ter egressos presentes em todas as estruturas da sociedade, no Brasil e no exterior. Foi Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e publicou vários livros e artigos científicos. Sobre a pessoa do professor Pedro Paulo, afirmou o professor Vidal Serrano Júnior: “Ele foi um ícone para os profissionais do Direito, um líder para a nossa faculdade e, para mim, um grande amigo, verdadeiro exemplo de honradez e retidão. Uma perda irreparável.”

Poder apresentar este livro é acreditar, como acreditaram os seus autores, que os artigos possam ajudar na construção das ciências, notadamente na área do Direito. É com o espírito de quem aprendeu a amar o conhecimento como instrumento essencial na construção da solidariedade, da fraternidade e da paz no mundo que temos a satisfação de levar até você, leitor, nosso trabalho.



Sumário

PARTE I – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E FRATERNIDADE

- 1 A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988:
fraternidade e função promocional do Direito 15
LAFAYETTE POZZOLI
ILTON GARCIA DA COSTA
- 2 Injustiça, revolta e reafirmação da moralidade jurídica:
um diálogo interdisciplinar com o filme *Uma mulher contra Hitler* 35
MARA REGINA DE OLIVEIRA

PARTE II – DEMOCRACIA E JUSTIÇA

- 1 O debate sobre coerção no positivismo jurídico analítico 61
ANDRÉ LUIZ FREIRE
CELSO FERNANDES CAMPILONGO
LUCAS FUCCI AMATO
- 2 O bicentenário do Código Civil Francês de 1804 85
CLÁUDIO DE CICCIO
- 3 O crepúsculo da doutrina na elaboração jurisdicional brasileira 97
LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA
- 4 Distributividade ou adjudicação na judicialização da saúde:
contribuições à democracia brasileira 119
FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA
NATHALIA PENHA CARDOSO DE FRANÇA
- 5 La configuración del estado democrático a la luz de la opinión
consultiva de la corte interamericana de derechos humanos:
una perspectiva del tema desde Bolivia 139
ALAN E. VARGAS LIMA

PARTE III – FILOSOFIA DO DIREITO

1	A importância da lógica na ciência do Direito	171
	MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM RENATA DA ROCHA	
2	O Direito como sistema autopoietico segundo Günther Teubner	185
	ÁLVARO DE AZEVEDO GONZAGA	
3	O idoso e a cidade	201
	DIRCE TREVISI PRADO NOVAES IDA RAICHTALER DO VALLE	
4	Definições jurídicas: em que termos se pode afirmar que normas jurídicas definem algo?	221
	LUCAS GALVÃO DE BRITTO	
5	Confiança e boa-fé: mercado e regulação jurídica	245
	DORA NOGUEIRA PORTO	
6	Quem é o ser humano? Pressupostos filosóficos que sustentam as concepções de direitos humanos de Joseph Raz e John Finnis	255
	ROGÉRIO CANGUSSU DANTAS CACHICI GILMAR SIQUEIRA	
	Posfácio	273
	SILVIA CARLOS DA SILVA PIMENTEL	
	Sobre os autores	279

Parte I

DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA
E FRATERNIDADE

A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988: fraternidade e função promocional do Direito

LAFAYETTE POZZOLI
ILTON GARCIA DA COSTA

1 INTRODUÇÃO

Para melhor orientar o trabalho de sistematização e possibilitar a compreensão, numa perspectiva de maior amplitude, do conjunto de normas jurídicas federais, estaduais e municipais que regulam as atividades relativas ao exercício da cidadania e a interação social do Estado, é necessário pressupor três situações que se projetam por todos os quadrantes do direito moderno: a) o direito contemporâneo tornou-se um instrumento de gestão governamental; b) o direito contemporâneo caracteriza-se pelo processo de contínua mudança no conteúdo das normas jurídicas; c) estão presentes no direito contemporâneo vetores que apontam para uma função promocional da pessoa humana.

A gênese dessas três situações se localiza, historicamente, no final do período medieval, momento inicial da consolidação das novas relações decorrentes do modo de produção capitalista. Com a consolidação do Estado moderno, tem início o processo que culminou no monopólio, pelo Estado, do poder exclusivo de dizer o direito.

O estudo desenvolvido neste artigo é sobre o controle que resulta para o Estado desenvolver suas atividades essenciais. No entanto, ante determinadas circunstâncias com o abuso do poder por autoridade, empreendemos uma análise conformadora do conceito de direito como função promocional da pessoa humana.

O método de pesquisa utilizado foi o analítico, buscando doutrinas e estudos de historiadores e juristas.

2 O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE DIREITO

O direito como expressão da soberania estatal, tendo nesta o seu único foco irradiador, resulta num instrumento de gestão da sociedade que busca dar segurança e garantia aos cidadãos. Com fundamento na soberania estatal, é posto um conjunto de normas jurídicas que regulam a efetivação dos direitos e garantias. Este conjunto é conservado, aplicado e, a todo momento, modificado.

O desenvolvimento do sistema capitalista e a subsequente elevação da complexidade social impuseram, gradativamente, ao Estado a função de produzir uma legislação que passasse a ter a condição de principal fonte do direito. Esta codificação surge em virtude de um duplo imperativo socioeconômico: o primeiro, calcado na imperiosidade de garantir a segurança das expectativas, atende, dessa maneira, às necessidades do cálculo econômico-racional de uma economia capitalista em expansão; o segundo tratava de fornecer ao Estado, por meio da lei, um instrumento eficaz de intervenção na vida social, tanto para possibilitar o financiamento e a concentração industrial quanto para dar cobertura às necessidades a longo prazo do sistema, atribuindo-lhe a função de prestador de serviços básicos. Portanto, realçou o papel do direito como instrumento de gestão e comando da sociedade.

Com o aumento da complexidade da sociedade industrial, o Estado, que antes exercia basicamente a função de garantidor da ordem pública, expandiu seu campo de atuação para além dessa função meramente repressiva. Já no século XX, o Estado tomava para si a responsabilidade pela execução de serviços básicos, como educação e saúde. Modernamente, teve que

ampliar esse conjunto de atribuições para responder à crescente complexidade socioeconômica de uma economia capitalista em expansão, de modo que o seu papel primordial tem sido o de regulamentador da sociedade.

Ao dispor de mecanismos jurídicos que lhe possibilitam agir nos campos monetário e fiscal, interferir no sistema de preços, financiar atividades de pesquisa e até mesmo participar diretamente da produção, o Estado, efetivamente, consolidou a sua função de controlar, estimular e planejar as atividades da sociedade.

O resultado dessa ação estatal no âmbito do direito foi o de transformar a lei num instrumento de gestão governamental. Assim, na consecução dos fins a que se propõe, o Estado se utiliza de mecanismos jurídicos que lhe permitem criar, manter ou modificar estruturas. A lei tem, nesse contexto, a função de assinalar metas e objetivos para o futuro, configurando ou afirmando novas relações econômicas. As políticas social e econômica que caracterizam o Estado moderno buscam seu fundamento na legislação – uma das causas da enorme importância que a legislação tem modernamente.

Essa presença ostensiva do Estado se explica, em parte, pela necessidade de equacionar o cálculo econômico de uma economia em crise. Em um Estado com economia em crise, o seu cálculo é reorganizado em espaços de tempo relativamente curtos. A utilização do direito como instrumento dessa reorganização implica não só no número excessivo de normas jurídicas mas também numa intensa mutabilidade do conteúdo.

Ademais, o aumento das funções do Estado implica no surgimento de um aparelho burocrático de grande proporção que deve ser administrado pelo próprio Estado. Portanto, a institucionalização da mutabilidade do conteúdo do direito resulta, também, da sua submissão à funcionalidade da burocracia estatal. Tal controle será melhor averiguado na sequência.

3 O PODER DE CONTROLE DO ESTADO

Para operacionalizar a função de regulamentador da sociedade, o Estado dispõe de instrumentos jurídicos que lhe possibilitam ordenar a própria máquina administrativa e, ao mesmo tempo, coordenar a atividade

econômica por meio de um imenso sistema de estímulos e incentivos, determinando preços, salários, criando tributos, promovendo isenções fiscais, aumentando ou simplificando e reduzindo obrigações administrativas.

Esta posição intervencionista do Estado reflete em todos os campos do universo jurídico, no direito administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, penal, comercial. Não há momento mais propício para perceber a força conformadora do econômico sobre o jurídico, mas também não há melhor exemplo de ação recíproca.

À medida que o papel do econômico se torna mais presente – e mais complexo o seu funcionamento –, esta complexidade e este funcionamento refletem diretamente no direito, a função do Estado cresce em complexidade. No exercício dessa função, percebemos a utilização do direito, de modo cabal, como instrumento de gestão governamental e comando da sociedade. Por isso mesmo, o direito moderno se caracteriza pelo processo de contínua mudança de seu conteúdo, com a manutenção da sua forma.

Em decorrência da velocidade sem precedentes das mudanças no nosso tempo e pelo desafio que significam para a ordem legal, sustenta-se que as mudanças podem ser efetuadas pela lei. Ora, a lei realmente pode estabilizar, legalizar e coordenar mudanças já ocorridas, mas a mudança em si é sempre resultado de ações extralegis, razão pela qual é possível afirmar que a positivação dos direitos humanos não é obra de um legislador subitamente despertado pela crueza de uma injustiça; pelo contrário, surge da necessidade de reorganizar o corpo social.

As mudanças contínuas que observamos no conteúdo do direito estão intimamente ligadas às relações que se desenvolvem ou se modificam na estrutura econômica. São relações que se pautam pelos interesses dos grupos que ali atuam e pelo próprio crescimento da complexidade da sociedade. A ordem jurídica, portanto, pode ser vista como reflexo da realidade social subjacente e fator condicionante dessa realidade.

O aumento da complexidade da sociedade industrial impõe novas relações, que modificam as existentes. A recomposição jurídica do novo estado de coisas é realizada mediante um processo legislativo que envolve a elaboração de imensa quantidade de normas jurídicas que, por sua vez, revogam outras tantas.

A necessidade de equacionar cálculo econômico, avanço tecnológico e novos hábitos sociais impulsiona e intensifica o processo legislativo. A partir daí, inicia-se uma produção contínua de disposições normativas que resulta numa dispersão da legislação. Deparamos com a superposição de novas normas sobre as antigas, mas as novas nem sempre revogam as antigas. Este fenômeno implica num processo de fusão de leis com leis, regulamentos com regulamentos, deliberações com deliberações, portarias com portarias.

Para ilustrar, tomemos uma realidade vivenciada nos anos 1980. No município de São Paulo, o ordenamento jurídico da Microempresa foi elaborado, primeiramente, pela Lei 9.801/84; depois, esta lei foi revogada pela Lei 10.201/86; a seguir, a Lei 10.423/87 revogou as anteriores; depois, a Lei 10.816/89 e, agora, vigora a Lei 12.666/98, que revogou a anterior. A cada lei se seguiu um Decreto Regulamentador e a cada Decreto uma série de portarias detalhando, minuciosamente, os comportamentos desejados. O mesmo fenômeno pode ser observado nos âmbitos Estadual e Federal.

Considerando o exemplo citado, vemos que no âmbito municipal, num espaço pequeno de tempo, o ordenamento jurídico pertinente à microempresa mudou várias vezes. Como a principal fonte do direito é, no Estado contemporâneo, a lei, compreende-se a dificuldade do profissional do direito em sistematizar e interpretar conteúdos contingentes que se modificam cada vez em velocidade maior.

Por isto, o direito utilizado como instrumento de atuação, de controle e de planejamento pelo Estado implica em dar maior ênfase às normas de organização, de condicionamentos que antecipam os comportamentos desejáveis. Nesse sentido, o profissional do direito, além de sistematizador e intérprete, passa a ser um teórico do aconselhamento, exercendo uma espécie de advocacia preventiva na medida em que indica opções, oportunidades, avalia a necessidade e a demora nos processos judiciais, tudo isto conforme um cálculo de custo-benefício.

Com efeito, deve ser considerado como agente do direito o profissional advindo dos bancos acadêmicos jurídicos. Entretanto, também é aplicador do direito o leigo que, por exemplo, compra um imóvel e elabora o respectivo contrato por meio de agência imobiliária ou particularmente – sempre com observância à legislação vigente.

Assim, não é difícil identificar no direito um instrumento promocional da pessoa humana, não sendo tão somente um direito punitivo. Passamos à análise do direito como função promocional das pessoas e das instituições.

4 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO PARADIGMA INTERPRETATIVO – DIREITO FRATERNAL

A Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) tornou constitucional o princípio da fraternidade. Neste sentido, o direito contemporâneo deve ser trabalhado a partir dos mais diversos campos do conhecimento, e não apenas, como tradicionalmente vinha ocorrendo, tão somente a partir da ótica dogmática e formalista. O jurista Eligio Restá (2004), retomando o conceito anacrônico de fraternidade, pretende fornecer uma nova forma de análise do direito, fundamentada na amizade, no jurar conjunto e no cosmopolitismo. Esta nova forma de conhecer o direito, ligado à dimensão da fraternidade, é uma abordagem, um ponto de vista. Talvez, por se referir a um direito em evolução, possamos apreciar o tema como um paradigma e/ou uma teoria daqui a alguns anos.

Trata-se de uma modalidade do direito ainda não consolidada como paradigma e/ou teoria, mas como abordagem. Abordagem esta que propõe uma nova forma de análise do direito atual; mais do que isto, propõe uma reestruturação de todas as políticas públicas que pretendam uma inclusão universal. Todo o pensamento apresentado por Restá (2004) tem grande valor científico, sendo, na nossa percepção, uma abordagem científica do e para o direito atual. Assim, no âmbito desta nova abordagem, necessita-se de uma análise transdisciplinar dos fenômenos sociais. A transdisciplinaridade significa, antes de tudo, transgredir e, ao mesmo tempo, integrar. Transgredir no sentido de buscar, nas diversas ciências, os fundamentos e pressupostos para captar o sentido subjetivo das ações sociais e, portanto, das ações jurídicas. Integrar no sentido de que é preciso analisar o contexto do todo e não de partes separadas.

É necessário ultrapassar os limites do saber único e buscar a diversidade em outros limites, como algo circular, ou seja, conhecer é, ao mesmo tempo,

“desconhecer”. Por isso temos que ultrapassar, constantemente, nossos pressupostos iniciais e estar em permanente busca. Resta (2004) propõe a retomada de um dos princípios da revolução francesa – a fraternidade. Princípio este deixado de lado, esquecido praticamente desde o seu enunciado. Muito se tem falado em liberdade e igualdade, ficando a fraternidade deslembada ou mencionada como um conceito não relevante. Nos dizeres de Sandra Regina Martini Vial:

Diferente dos demais pressupostos da Revolução Francesa, a fraternidade foi deixada de lado, foi esquecida; este esquecimento não é sem motivação, já que falar em fraternidade implica em um compartilhar, em um romper de poderes, em pactos entre iguais... São essas razões que fizeram com que o conceito ficasse à margem ou, como afirma Resta, seja a prima pobre que vem do interior. Essa prima pobre tem uma riqueza fundada na não-violência, no amor, no diálogo, no cosmopolitismo, na amizade, no diálogo entre os diferentes dos mais diferentes cantos desse mundo. Ela é, então, a promessa que faltou da Revolução Iluminista e aparece hoje como uma nova possibilidade, como uma aposta! (Vial, 2006, p. 132)

É preciso apostar em relações baseadas na fraternidade, as quais, realmente, poderiam provocar mudanças substanciais nos mais diversos sistemas sociais, já que a fraternidade tem como base um conceito não excludente – a “irmandade”, mas uma irmandade sem hierarquia; e não mais a ideia da cidadania, a qual se apresentou, em toda a Idade Moderna, como excludente.

A fraternidade é apresentada, neste momento histórico de globalização da humanidade, como uma nova possibilidade de integração entre povos e nações, fundamentada no cosmopolitismo, em que as necessidades vitais serão suprimidas pela amizade, pelo pacto jurado conjuntamente. Enfim, Resta (2004, p. 135) propõe “O direito fraterno é inclusivo, no sentido de que escolhe direitos fundamentais e define o acesso universalmente compartilhado a bens inclusivos”. Isto levando em conta que a fraternidade remete a algo referente à consanguinidade, laços de parentesco. Dificilmente a expressão tem correlacionamento jurídico, pois o direito é caracterizado pela coerção, e fraternidade é algo que se desenvolve espontaneamente.

Ela é apresentada como uma categoria em relação com os direitos humanos e os direitos fundamentais. A expressão fraternidade seria uma menção à igualdade de dignidade entre os seres humanos.

Neste sentido que o conceito de fraternidade se apresenta como um processo evolutivo e que fica demonstrada claramente a existência de direitos naturais que deviam também ser protegidos, mas que não estavam submissos ao arbítrio do Estado. Eram aqueles considerados: imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis, conhecidos como direitos humanos. Portanto, a sua inserção nos textos jurídicos passou a suceder-se de forma paulatina e visa a “frear” o poder. É o chamado novo constitucionalismo: liberal-social; social-fraternal.

A partir do maior documento jurídico produzido pela humanidade no século XX, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (ONU, 1948), é possível reafirmar o compromisso com conceitos como a dignidade da pessoa humana, lastreada pela fraternidade, que se tornaram ideários que foram praticamente universalizados. Assim dispõe a Declaração no seu art. 1º, “[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns aos outros com espírito de fraternidade” e, no mesmo sentido, no art. 29, item 1: “[...] toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”. São fundamentos que tornam realçada, neste momento, importância do princípio da fraternidade.

A ideia de “jurar em conjunto” é também um requisito básico que dá fundamento para um novo processo interpretativo das normas. Este novo conceito tem vínculos com um futuro mais fraterno, em que os acordos são estabelecidos entre os iguais, não é mais o direito comandado por um “Pai-soberano”. Um novo conceito ou novo/velho pressuposto, muitas vezes esquecido ou contaminado é a amizade. No mundo moderno, nada mais se faz do que acelerar seu processo ambivalente, representado pelo paradoxo inclusão/exclusão. São reflexões que poderão contribuir para a construção de um novo paradigma para o sistema do direito (em especial) e para o sistema da política, sem distanciar-se do princípio da fraternidade.

Segundo Resta, o direito fraterno está estruturado nos seguintes pontos: a lei da amizade; a inimizade, a humanidade, as guerras; constituição sem

inimigos; julgar, conciliar, mediar pontos, buscando resgatar a possibilidade de um novo direito, em que a “parenta pobre” da Revolução Francesa (a fraternidade) passe a ser a parente rica, solidária, inclusiva ou simplesmente fraterna (ibid.).

Ao longo de inúmeras mudanças na legislação, bem como em toda a dogmática jurídica empregada e defendida no mundo, os princípios da igualdade e da liberdade abrem caminho aos princípios da terceira geração – entre eles, os da fraternidade e solidariedade – para a reconstrução de uma nova forma de dogmática jurídica. Com a incisiva efetividade de tais princípios, certamente teríamos, a curto espaço de tempo, significativas mudanças nos quadros social, político e jurídico das sociedades, reacendendo as correntes iluministas e dando guarida a maior interpretação dos institutos, sempre com vistas a maior integração entre os povos e nações.

Para ilustrar, buscamos uma decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal (STF, 2088, p. 45) na Ação Popular 3388, cujo relator foi o ministro Carlos Ayres Britto:

[...] o Senhor Ministro Carlos Ayres Britto – (relator): Trata-se de ação popular contra a União, ajuizada em 20 de maio de 2005. Ação da autoria do senador da República Augusto Affonso Botelho Neto, portador do título eleitoral de nº 5019026-58. Assistido ele, autor popular, pelo também senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, identificado pelo título de eleitor de nº 1892226-74 (fls. 287/290). 2. De pronto, esclareço que o processo contém 51 (cinquenta e um) volumes, sendo que a inicial impugna o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. Daí o pedido de suspensão liminar dos efeitos da Portaria nº 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, bem como do Decreto homologatório de 15.04.2005, este do Presidente da República. No mérito, o que se pede é a declaração de nulidade da mesma portaria. [...] 76. Justamente para dar conta do advento de um constitucionalismo fraternal foi que eu mesmo escrevi o último capítulo do meu livro “Teoria da Constituição”, publicado no início de 2003 pela Editora Forense. E sobre o tema da fraternidade como princípio jurídico foi que o filósofo político italiano Antonio Maria Baggio coordenou a feitura de uma preciosa coletânea que traz, já na sua orelha, o seguinte comentário: “O pensamento moderno desenvolveu a liberdade e a igualdade como categorias

políticas, mas não fez o mesmo com a fraternidade – embora esta seja o alicerce das outras duas –, seja por fraqueza, por medo das suas implicações, seja pela eclosão do conflito entre religião e modernidade, que tornou particularmente cheio de obstáculos o terreno da fraternidade. No entanto, a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a igualdade não degenera em igualitarismo opressor. A fraternidade poderia ajudar na realização do projeto da modernidade. Esta última, de fato, não deve ser negada; ao contrário, seu projeto deve ser retomado, adequando-o, porém, à plenitude de conteúdo dos valores que ele proclama.

Vê-se que o direito fraterno vem consolidar a liberdade e a igualdade, direitos formalmente inscritos em nossas legislações e raramente exercidos, porque, apesar de termos muitos “direitos a ter direitos”, o que se dá é a exclusão e o não acesso. Um direito que poderá dar a efetiva igualdade entre as pessoas, eliminando o direito à igualdade baseado em um poder soberano, a quem todos estão subordinados, pois o direito à igualdade deixa de ser efetivo em decorrência das desigualdades que ele mesmo impõe, a começar pela subordinação dos povos a um poder soberano, um poder desigual.

A análise do princípio da fraternidade como forma de efetivar o direito na atualidade está ligada à necessidade de uma conexão com o direito que tem uma função atual, a de promover o respeito à dignidade da pessoa humana.

5 O DIREITO COMO FUNÇÃO PROMOCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA

A tarefa do agente do direito, sistematizar um conjunto de normas jurídicas, nunca poderá resultar numa sistemática fechada, com pretensões a resolver, por meio de mecanismos meramente lógicos, todos os problemas que lhe são postos.

Não se reduzindo a mecanismos lógicos, o direito pode ser visto como um discurso persuasivo, um discurso de conversão, dotado de uma força evocadora que leva o destinatário da norma jurídica a ver verdade naquilo

que, até então, não conseguia identificar. Nesse sentido, a adesão do destinatário do discurso normativo nunca é simples submissão, mas decisão, comprometimento e participação. O direito aparece, pois, como uma lógica de argumentação, uma lógica de juízos de valor em que o comportamento preferível, desejável, toma contornos relevantes.

O direito, hoje, deve ser visto, também, como um direito que tem uma função promocional, que se interessa por comportamentos tidos como desejáveis e, por isso, não se circunscreve a proibir, obrigar ou permitir, mas almeja estimular comportamentos por intermédio de medidas diretas ou indiretas.

Ilustrando, a partir dos anos 1980, não se pode negar que o Estatuto da Microempresa, originariamente, foi uma mensagem dirigida às centenas de milhares de pequenos empresários que atuavam na economia informal no sentido de se regularizarem perante os órgãos estatais. Também não se pode negar a expectativa do Poder Executivo de que ocorresse uma adesão em massa dos pequenos empresários ao recente sistema instituído pela Lei Federal 9.317, a Lei do Simples (Brasil, 1996).¹

Ora, um direito desse tipo não pode, evidentemente, restringir-se ao tema da validade formal, mas requer, para uma apropriada consideração do princípio da efetividade, a análise da conduta dos destinatários da norma. Quer dizer, é necessário verificar se a norma produziu efeitos concretos, se ela se firmou, se obteve sucesso.

Anotamos que a visão do direito como sistema aberto encontra apoio metodológico na teoria da linguagem, notadamente na pragmática da qual Ferraz Júnior (1988) é, no Brasil, o principal expoente desta linha de pensamento. Na pragmática, há preocupação com o comportamento do destinatário da norma. Por isso mesmo, na análise do efetivo cumprimento da norma, tem papel preponderante a análise do seu impacto persuasório, isto é, a análise do trabalho argumentativo que caracteriza a prática do direito.

Como exemplo desta realidade podemos citar as isenções tributárias concedidas às pequenas empresas que, enquanto previstas em normas

1. A Lei do Simples incentivou notadamente o pequeno empreendedor.

esparças do ordenamento jurídico, pouco interesse surtiram nos empresários clandestinos. Porém, com o advento do processo de desburocratização² do Estado, quando consolidadas no Estatuto da Microempresa (Brasil, 1984), produziram impacto de considerável repercussão.

É preciso acentuar que o entendimento e as arguições de que o direito tem finalidades sociais é extremamente útil. É relevante, para as necessidades práticas do profissional do direito, lidar com o direito como sistema aberto aos fatos sociais que o abrangem e circunscrevem. Permite, inclusive, evidenciar a interpretação como constitutiva de um direito atualizado, que leva em conta o novo no fato social.

Todavia, embora seja o direito positivo o ponto de partida de uma argumentação jurídica processual, todos os operadores do direito necessitam ir além dele para melhor explicar o próprio direito posto.

Ademais, pode-se afirmar que o direito é uma técnica de invenção, algo que não está pronto, que está sendo constantemente construído nas interações sociais. Da mesma forma, deve ser consignado que, se é verdade que o profissional do direito trabalha com proposições normativas, e não com fatos, não é menos verdade que a experiência jurídica pressupõe uma referibilidade das proposições normativas a comportamentos reais.

Montoro (1999), no estimulante e vigoroso *Estudos de filosofia do direito*³, ao analisar a estrutura lógica da norma jurídica, consigna, como a maioria dos juristas, uma endonorma indicadora do comando contido na própria norma, seja a sanção propriamente dita ou a declaração de um direito ou dever. A diferença na análise proferida pelo saudoso professor fica por conta dos efeitos jurídicos produzidos a partir da endonorma, analisando as perinormas positiva e negativa, isto porque a função do direito vai além da aplicação das sanções punitivas. É neste sentido que o autor afirma:

2. Nos anos 1980, o Governo Federal desenvolveu um processo de desburocratização em vários setores públicos. Na área empresarial, deu oportunidade de crescimento a pequenos empreendedores, enriquecendo a economia do país.

3. Livro que, em sua 3ª edição, foi a última publicação em vida de André Franco Montoro, falecido em julho de 1999. A edição anterior foi publicada em 1995.

O fim do Direito é ordenar a vida da sociedade, orientando a conduta de seus membros e a atividade de suas instituições. Para esse objetivo, ele estabelece normas e procura garantir a eficácia das mesmas, atribuindo consequências positivas a seu cumprimento e negativas ou punitivas à sua violação. *Ver no Direito apenas o aplicador de sanções punitivas é diminuí-lo.* (Ibid., p. 252; grifos nossos)

Ilustrando: por meio da norma do Art. 64 do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 (Brasil, 1990), temos a seguinte análise, considerando os efeitos múltiplos da respectiva norma:

Artigo 64 – Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo Único – Incurrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.

5.1 Endonorma

Dado o conhecimento da nocividade ou periculosidade de produto, já circulante no mercado, o produtor deverá isto comunicar imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores.

5.2 Perinormas Positivas

- não ser processado por descumprir as normas do Código de Defesa do Consumidor;
- não ser processado criminalmente, possibilidade de acordo com o Art. 61 do CDC;
- não sofrer as sanções administrativas previstas no Art. 56 do CDC;
- não responder civilmente pelas indenizações (Código Civil Art. 186), oriundas de fato omissivo;
- se processado deverá ser absolvido, ou ter o inquérito arquivado;

- ser respeitado nos meios mercantis no qual atua, pelo fato de respeitar e considerar os consumidores, zelando pelo seu bem-estar.

5.3 Perinormas Negativas

- as consequências penais estabelecidas no CDC, que seriam a detenção e a multa;
- a incidência de infração penal do CDC, que afasta a incidência do delito previsto no Código Penal em virtude do princípio da especialidade;
- a incidência das medidas administrativas estabelecidas no CDC, Art. 56, além de sanções oriundas dos órgãos estaduais e municipais, como por exemplo a interdição, pela saúde pública;
- a possibilidade de ressarcir os consumidores através de indenizações advindas do fato omissivo praticado pelo produtor / comerciante;
- o seu produto passar a ser malvisto pelos consumidores, os quais vão acabar optando pela não utilização do mesmo, acarretando assim, futura quebra do produtor / comerciante.

É a nova forma de ver, analisar, aplicar o direito. Aliás, o uso de estímulos positivos de maneira preponderante em relação aos aspectos negativos passa a ser uma característica das diversas ciências, não se circunscrevendo tão somente ao direito, afinal, os humanistas e o humanismo estão presentes nos diversos setores da sociedade.

Bobbio (1992, 1998) é também um dos expoentes da concepção do direito como instrumento promocional. Aliás, afirma ser o *direito premial*, valendo-se de técnicas de encorajamento aos comportamentos desejados do cidadão. Sua teoria do *direito premial* é amplamente compartilhada por juristas brasileiros, com reflexos na legislação, como se procurou demonstrar por meio da Lei do Simples (Brasil, 1996).

Do mesmo modo, instrumentos como a *Súmula Vinculante* (STF, 2021) ajudam muito no empreendimento de um Poder Judiciário que busca, no respeito ao cidadão, a sua maneira de fazer justiça.

Seguindo a orientação da lógica do direito promocional, outro instituto jurídico criado pelo Constituinte que elaborou a Constituição de 1988 foi a Iniciativa Legislativa Popular (ILP). Em face da omissão da parte do legislador, surge o problema do preenchimento da respectiva lacuna, ou seja, a questão de controlar juridicamente a omissão legislativa. Trata-se de trabalho integrado ao exercício da cidadania, dependente de ações individuais dos cidadãos.

Assim, podem eles, mediante entidades representativas, propor a iniciativa de uma lei, em qualquer esfera, conforme lhes faculta a Constituição. É evidente que o referido projeto tem seu trâmite normal no Parlamento, inclusive sob o crivo dos institutos jurídicos, da sanção ou veto presidencial. Porém, uma legitimidade alcançada no projeto poderá ajudar no encaminhamento para aprovação e efetividade da respectiva norma.

A admissão da ILP na Constituição Federal – também nos planos Estadual e Municipal, em sua maioria – demonstrou uma preocupação do constituinte quanto à colaboração direta do cidadão com o órgão legislativo representativo. Este desempenha o papel de garantir que a lei surja como autêntica expressão da vontade popular. Porém, em face de críticas, por exemplo, sobre o procedimento da convocação do corpo eleitoral, criou-se um instrumento para eleger os representantes que pode suprir a respectiva falha e dar maior vazão no desempenho do processo representativo, que é a iniciativa popular.

Existem outras formas de manifestações diretas do todo social na feitura de leis. Na democracia da Grécia, as decisões políticas tomadas nas assembleias populares deveriam constar nos textos normativos. O sufrágio universal substituiu, em grande parte, esta forma de manifestação direta, principalmente nas democracias contemporâneas, salvo nos cantões suíços, onde, em reduzidos núcleos populacionais, é possível captar a vontade popular na praça pública da cidade e, em alguns aspectos, na República de São Marino, encravada no território italiano.

Não obstante as observações feitas, a Constituição brasileira adotou o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa popular como forma de auscultar a vontade popular. São institutos que dependem de regulamentação por meio de leis ordinárias. O princípio basilar deles foi traçado no artigo 1º,

parágrafo único, da Constituição Federal: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente*, nos termos desta Constituição” (Brasil, 1988; grifo nosso).

A parte final do artigo transcrito traz para a própria Constituição as formas definidoras da aplicabilidade da democracia direta.

A ILP está prevista nos artigos 14, inciso III⁴ e 61, parágrafo 2º,⁵ da Constituição Federal e tende assegurar a participação daqueles que ficam à margem da dinâmica política, nos intervalos das eleições, com interesses simplesmente implícitos na representatividade em que as decisões são tomadas pela maioria, salvo aquelas que não são objeto de deliberação como, por exemplo, os direitos e garantias fundamentais.

A Lei 8.072/90, Lei de Crimes Hediondos, foi fruto de um projeto de iniciativa popular (Brasil, 1990). No início dos anos 1990, após a morte cruel e violenta da atriz Daniela Perez, sua mãe empreendeu uma campanha pública para implementar o projeto de iniciativa popular, valendo-se da oportuna participação da Rede Globo de Televisão.

Outro exemplo diz respeito ao projeto de iniciativa popular contra a corrupção eleitoral que transformou em Lei, conhecida como lei da ficha limpa, aprovada no Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República. A Lei 9.840, de 28 de setembro de 1999, (Brasil, 1999) visa dar à Justiça Eleitoral condições de coibir com mais eficácia o crime da compra de votos de eleitores e foi subscrita, enquanto projeto, por mais de um milhão de brasileiros.

Com a aprovação da Lei contra a corrupção eleitoral, avançaremos muito, rumo à completa eliminação desse flagelo de nossa democracia que

4. Art. 14, da Constituição Federal.

“A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: III – iniciativa popular.” (Brasil, 1998).

5. Art. 61, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

“A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.” (Brasil, 1998).

é a compra de votos. A tarefa, após sua aprovação, é torná-la cada vez mais conhecida para que sua aplicação seja fiscalizada por todos, como exercício de cidadania.

Todavia, quando nenhum dos instrumentos citados forem eficazes, o que fazer? Resta valer-se do Poder Judiciário como forma de efetivação de direitos, mediante, por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que tem maior eficácia do que o Mandado de Injunção (MI), que deve ser objeto de investigação em outro artigo.

6 CONCLUSÃO

O direito, aplicado visando uma função promocional, pode assegurar a justiça social, distributiva, comutativa e participativa na sociedade, estando-lhe reservada, nesta perspectiva, uma condição significativa no que diz respeito à realização do bem comum e, especialmente, do exercício pleno da cidadania.

Seja na doutrina, na legislação ou no ensino jurídico, esta nova fórmula de analisar o direito acaba, seguramente, abrangendo o produto das decisões dos tribunais, o que chamamos jurisprudência. Em síntese, um direito voltado para a proteção e segurança da dignidade da pessoa humana, ajudando na construção de uma sociedade solidária.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Tomás de (2005). *Suma teológica*. São Paulo, Loyola.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David (1996). *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte, Del Rey.
- ARENDT, Hannah (1979). *Entre o passado e o futuro*. São Paulo, Perspectiva.
- ARENDT, Hannah (1991). *A condição humana*. Rio de Janeiro, Forense Universitária.
- ARISTÓTELES (1992). *Ética a Nicômaco*. Brasília, UNB.
- ARISTÓTELES (1998). *Política*. Brasília, UNB.

- BOBBIO, Norberto (1992). *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Campus.
- BRASIL (1984). Lei 7.256, de 27 de novembro. Estabelece Normas Integrantes do Estatuto da Microempresa, Relativas ao Tratamento Diferenciado, Simplificado e Favorecido, nos Campos Administrativo, Tributário, Previdenciário, Trabalhista, Creditício e de Desenvolvimento Empresarial. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 17521, Brasília, DF, 28 nov.
- BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Brasília/DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 dez. 2022.
- BRASIL (1990). Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 16 dez. 2022.
- BRASIL (1990). Lei 8.072, de 25 de julho. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 14303, 26 jul.
- BRASIL (1996). Lei Federal 9.317. Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: p. 25973, Brasília, DF, 6 dez.
- BRASIL (1998). *A teoria das formas de governo*. Brasília, UNB.
- BRASIL (1999). Lei 9.840, de 28 de setembro. Altera dispositivos da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 1, Brasília, DF, 29 set.
- CARVALHO, Paulo de Barros (1985). *Curso de direito tributário*. São Paulo, Saraiva.
- CHALITA, Gabriel (1998). *Vivendo a filosofia*. São Paulo, Minden.
- COELHO, Luiz Fernando (1981). *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro, Forense.

- COSTA, Ilton Garcia, CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas e CACHICHI, Zilda Cangussu Dantas (2016). “Amor e misericórdia: a flor e o fruto”. In: SANTOS, Ivanaldo e POZZOLI, Lafayette (org.). *Fraternidade e misericórdia um olhar a partir da justiça e do amor*. São Paulo, Cultor de Livros, v. 1, pp. 93-100.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (1988). *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo, Atlas.
- FOUCAULT, Michel (1979). *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro, Graal.
- GREGORI, José (1991). *A integração da América Latina e a participação dos trabalhadores*. São Paulo, Ilam.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1980). *A fenomenologia do espírito*. São Paulo, Abril Cultural.
- HOBBS, Thomas (1979). *Leviatã*. São Paulo, Abril Cultural.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de (1977). *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro, José Olympio.
- IHERING, Rudolf Von (1979). *A finalidade do direito*. Tradução de José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro, Rio.
- IHERING, Rudolf Von (1990). *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro, Forense.
- LAFER, Celso (1991). *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo, Companhia das Letras.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara (1999). *Mandado de injunção – um instrumento de efetividade da Constituição*. São Paulo, Atlas.
- MACHADO, Edgar de Godói da Mata (1999). *Direito e coerção*. São Paulo, Unimarco.
- MARCÍLIO, Maria Luiza e RAMOS, Ernesto Lopes (coord.). (1999). *Ética na virada do milênio: busca do sentido da vida*. São Paulo, LTr.
- MARITAIN, Jacques (1952). *O homem e o estado*. Tradução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro, Agir.
- MARITAIN, Jacques (1967). *Os direitos do homem*. Tradução de Afrânio Coutinho. Rio de Janeiro, José Olympio Editora.
- MONTESQUIEU (1979). *Do espírito das leis*. São Paulo, Abril Cultural.
- MONTORO, André Franco (1999). *Estudos de filosofia do direito*. 3 ed. São Paulo, Saraiva.

- MOREIRA, Edson Fábio Garutti (2001). *Humanismo de Maritain e a burocracia*. São Paulo, Loyola.
- ONU (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 16 dez. 2022.
- PLATÃO (1987). *A República*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- POZZOLI, Lafayette (2001). *Maritain e o direito*. São Paulo, Loyola.
- POZZOLI, Lafayette (2001). (art. e coord.). *Ensaio em homenagem a Franco Montoro*. São Paulo, Loyola.
- POZZOLI, Lafayette (2010). (art. e coord.). *Matrizes dos conceitos de justiça*. São Paulo, Letras Jurídicas.
- PUSSOLI, Lafaiete e ASSIS Olney Queiroz (1992). *Pessoa deficiente: direitos e garantias*. São Paulo, Edipro.
- PUSSOLI, Lafaiete e MARCÍLIO, Maria Luiza (coord.). (1998). *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo, LTr.
- RAWLS, John (1993). *Uma teoria da justiça*. Lisboa, Presença.
- RESTA, Eligio (2004). *O direito fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Florianópolis, Edunisc.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos (1999). *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo, Celso Bastos Editor.
- SANTOS, Francisco de Araújo (2000). *Humanismo de Maritain no Brasil de hoje: ciência, arte e sociedade*. São Paulo, Loyola.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (1996). *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo, LTr.
- STF (2021). *Súmula vinculante*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 16 dez. 2022.
- TAVARES, André Ramos (1998). *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo, Celso Basto.
- VIAL, Sandra Regina Martini (2006). Direito fraterno na sociedade cosmopolita. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, pp. 119-134, jul./dez. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069559.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2022.

2

Injustiça, revolta e reafirmação da moralidade jurídica: um diálogo interdisciplinar com o filme *Uma mulher contra Hitler*

MARA REGINA DE OLIVEIRA

O direito como ato de poder não tem sentido no próprio poder. Só assim se explica a revolta, a inconformidade humana diante do arbítrio. E aí repousa, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade da moralidade em face do direito. É possível implantar um direito à margem ou até contra a exigência moral de justiça. Aí está a fragilidade. Todavia, é impossível evitar-lhe a manifestação da percepção da injustiça e a consequente perda do sentido. Aí está a força.

(Ferraz Júnior, 2003, p. 359)

1 INTRODUÇÃO

No sétimo e último capítulo de seu livro *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, Ferraz Júnior (2003) traça considerações sobre a moralidade do direito. Retoma a brilhante e realista discussão feita nos seis capítulos precedentes, dando destaque ao problema da fundamentação do saber jurídico atual, moldado nos termos de uma tecnologia do controle social ligada à manipulação semântica dos conceitos – e não à produção da verdade e da justiça, como no mundo da Antiguidade grega e romana.

Ele faz uma constatação final que demonstrou ao longo do livro: atualmente, o saber jurídico-dogmático está voltado, precipuamente, para a decidibilidade de conflitos com o menor índice de perturbação social possível. Neste sentido, a justiça passa a ser um problema zetético a ser enfrentado pela reflexão jus-filosófica, e não um pressuposto aceito como certo e evidente, balizador das decisões dogmáticas (ibid.).

Nesta perspectiva, do ponto de vista interno, os comportamentos podem ser qualificados como lícitos ou ilícitos, conforme um critério de legalidade lógica precisa calcado na máxima: o que não está proibido está permitido. Mas não haveria um padrão valorativo externo ao sistema que avaliasse, axiologicamente, a própria legalidade, na forma de uma estrutura racional, totalizadora e unificadora, permitindo reconhecer o direito como legítimo ou ilegítimo em termos universais. Com realismo, ele faz um diagnóstico severo em termos humanistas. O que constitui o direito, em termos de validade, é o estabelecimento de relações metacomplementares de autoridade/sujeito imunes a possíveis reações desconfirmadoras dos endereçados sociais, legitimadas por um exercício de violência simbólica dissimulada que oculta às relações de força sociais que estão na base da produção normativa. O direito está muito mais relacionado à ideia de poder como controle do que à ideia de justiça.

No último tópico do livro, o autor traça suas considerações mais polêmicas e contundentes. Afirma que a justiça, embora não constitua, por assim dizer, o direito, acaba atuando como uma espécie de “código doador de sentido” que regula a sua permanência como tal. Nestes termos, a imoralidade faz com que a obrigação jurídica perca sentido, mas não a torna juridicamente inválida. O sentido não pode ser reduzido à utilidade ou à finalidade; ele se revela na dignidade intrínseca das coisas, percebida no senso comum, como uma espécie de faculdade interna que permite a todos julgar e pensar criticamente em termos coletivos, nunca individuais. Do ponto de vista humano, a perda do sentido leva a consequências trágicas, leva à desorientação ética do homem ou à sua indiferença cínica (Ferraz Júnior, 2003).

As últimas considerações do livro têm caráter exemplar. Ao invés de encerrarem as reflexões filosóficas em termos racionalizantes e universais, inauguram a possibilidade de uma nova obra, uma nova linha de reflexão

que ainda está por ser desenvolvida. Todavia, esta discussão é retomada e ampliada pelo autor, em termos pragmático-semânticos, em um instigante artigo posterior intitulado “O discurso sobre a justiça” (Ferraz Júnior, 2002). Nele o autor consegue compatibilizar o relativismo axiológico do conteúdo normativo, predominante em nossa Era, em nosso direito positivo atual, com a possibilidade de crítica – não em termos semânticos universais, mas em termos comunicacionais. Desta forma, não é preciso fazer um apelo polêmico a teorias jusnaturalistas para detectar a sua injustiça a partir de um conceito universal do justo, enfrentando a insolúvel controvérsia filosófica existente entre o universalismo e o relativismo axiológico. Se não é possível saber o que é a justiça em termos absolutos, seria possível perceber a injustiça, verificando, linguisticamente, se há abuso na comunicação ou não, em termos pragmáticos. Embora a norma permaneça válida, torna-se inevitável a percepção de sua injustiça e a revolta diante do arbítrio, independentemente de sua matriz ideológica ou cultural (Ferraz Júnior, 2002).

Neste sentido, na esteira do pensamento do filósofo argentino Julio Cabrera, radicado no Brasil, pretendemos demonstrar a possibilidade de desenvolvermos um diálogo do pensamento filosófico de Ferraz Júnior extremamente aberto, com características afetivas (páticas), com a linguagem imaginética do cinema. Veremos como a compreensão do problema da percepção da injustiça e do abuso de poder jurídico, em termos comunicativos, envolve a experiência emocional e a vivência humana do problema, que não se reduz ao entendimento racional e lógico da simples coerência teórica de um texto escrito. Na segunda parte deste artigo, faremos uma breve discussão sobre a possibilidade de relacionarmos o cinema e a reflexão filosófico-jurídica. Na terceira, discorreremos sobre a noção de abuso de poder e o problema da injustiça do ponto de vista pragmático. Na quarta e última parte, faremos uma ligação destas duas discussões teóricas com uma terceira: a análise interdisciplinar do filme alemão *Uma mulher contra Hitler* (*Die Letzten Tage*), dirigido por Marc Rothmund, ganhador do Urso de Prata do Festival de Berlim de 2005, melhor roteiro (Fred Breinersdofer) e melhor atriz (Julia Jentsh). Esta película mostra um exemplo raro, mas importante, de um grupo de corajosos jovens alemães que ousou desafiar a autoridade do governo de Hitler. Sua escolha também se deve à riqueza

linguística e didática do roteiro, exemplar para o tratamento da temática proposta. É importante ressaltar que todas as reflexões do filme, mais aparentemente relacionadas ao nazismo, podem ser expandidas num plano mais geral e universal para todo e qualquer regime de exceção, violador das garantias individuais e da dignidade humana.

2 O CINEMA COMO MANIFESTAÇÃO ESTÉTICA DO PENSAR FILOSÓFICO

Em um instigante livro intitulado *O cinema pensa: uma introdução à filosofia através dos filmes*, Cabrera (2006), defende a importante tese de que a filosofia, ao invés de ser considerada como algo concebido historicamente, antes do cinema, poderia ser entendida como um saber mutável que se modifica por meio do diálogo com a chamada sétima arte, como elemento cultural relevante. Neste sentido, o pensar mediante a interpretação de imagens em movimento (ou em ilusão de movimento) assume um contorno não apenas voltado à racionalidade lógica, mas, também, à dimensão afetiva.

Para a compreensão profunda de um problema filosófico, não basta entendê-lo, racionalmente, como conceito teórico/semântico. Temos de vivê-lo, senti-lo, ser afetado por ele, como uma experiência emocional, não empírica, que aguce a nossa sensibilidade cognitiva, próxima de uma dimensão que poderíamos chamar de pragmática-impactante, a qual deve produzir algum tipo de transformação. Embora a forma literária tenha preponderado na história do pensamento filosófico, nada impediria que se viabilizasse uma problematização filosófica por meio da análise de imagens do cinema, da fotografia, da ópera ou da dança (ibid.).

O autor levanta a polêmica hipótese de que o cinema seria uma linguagem mais apropriada do que a própria escrita nesta forma de pensar dos filósofos, que ele chama de logopáticos. Algumas questões humanas não podem apenas ser ditas e articuladas logicamente. Elas devem ser apresentadas, sensivelmente, por meio de uma compreensão logopática, racional e afetiva que, longe de ser mera impressão psicológica, tem pretensão de verdade universal.

Como forma de pensamento, o cinema é tão aberto quanto a filosofia dita literária, não existindo uma definição que o alcance em termos absolutos (ibid.).

Para que a linguagem cinematográfica seja vista, do ponto de vista filosófico, é necessário que percebamos que ela se constrói a partir dos chamados “conceitos-imagem”, que não se confundem com os tradicionais “conceitos-ideia” trabalhados na filosofia escrita. No pensamento de Cabrera, eles não têm caráter essencialista e definitivo, mas, sim, heurístico e crítico. Eles caracterizam uma experiência que se tem para que possamos entender e trabalhar este conceito, na forma de um “fazer coisa com imagens”.

Não se trata apenas de assistir ao filme como experiência estética ou social desarticulada do raciocínio ou ler um comentário sobre a película, mas de desenvolver uma interação lógico-afetiva que evidencie a presença de conceitos ou ideias nas imagens em movimento. Os conceitos-imagem do cinema produzem impacto emocional sobre questões que dizem respeito ao humano, com valor cognitivo, persuasivo, unindo lógica e pática concomitantemente. Este impacto emocional não está ligado a um possível efeito dramático de um filme do tipo melodrama; muitos filmes considerados “cerebrais” comovem o espectador pela sua “frieza”. Por mais racional que seja um filme, ele nunca será abstrato como um tratado literário filosófico.

Um filme pode ser a expressão de um conceito-imagem de uma ou múltiplas noções. Temos, neste caso, um macro conceito-imagem formado a partir de outros conceitos-imagem menores, que requerem certo tempo cinematográfico para seu desenvolvimento temporal, uma única cena não pode constituir um conceito-imagem (ibid.). Eles podem ser percebidos, literalmente, nas imagens exibidas ou serem captados de forma abstrata e metafórica, tornando plena sua conceituação filosófica (ibid.).

A produção do impacto emocional é fundamental para a eficácia cognitiva do conceito-imagem. A técnica cinematográfica se vale da pluriperspectiva, da manipulação do tempo, do espaço e do corte cinematográfico para viabilizar o efeito estético. A pluriperspectiva se constitui graças à sua capacidade de dar “saltos” da primeira pessoa (o que vê ou sente o personagem), que é subjetiva, para a terceira pessoa, que é objetiva (o que vê a câmera). Neste sentido, a montagem, dentro dos planos, o ângulo aberto ou fechado

da câmera e seu movimento podem tornar intensa a experiência do cinema. Isto se associa à enorme capacidade de manipular tempo e espaço, avançar e retroceder, inverter ou mesclar a ordem cronológica do passado e do futuro, mostrar espaços simultâneos e articular o literal ao metafórico, como só os sonhos podem. Por fim, temos a maneira aberta e plural de conectar os planos, as cenas e as sequências (ibid.).

A técnica cinematográfica possibilita a instauração da experiência logopática, que permite a manifestação dos conceitos-imagem, que só podem ser gerados por ela e não por meios literários ou fotográficos. Outra característica importante seria a de que eles sempre apresentam desfechos abertos a novas problematizações filosóficas, mesmo que a intenção do diretor seja a de fechá-las; a linguagem da imagem tem natureza subversiva em termos de estrutura. Neste sentido, as soluções lógicas da filosofia escrita geralmente têm intenção de apresentar conclusões mais conciliadoras, conservadoras e construtivas, simbolicamente, bem-educadas, como uma tentativa de “[...] resolver o mundo dentro da cabeça” – algo que o cinema não consegue fazer, mesmo que tente (ibid., p. 34).

Partindo desta reflexão de Cabrera, voltada para a filosofia geral, entendemos que existem, no campo da teoria do direito, instigantes linhas filosóficas literárias páticas, que permitem aproximações muito ricas com a linguagem imaginética na apreensão de temas que envolvem uma delicadeza sutil da compreensão do humano em dimensão mais profunda. Toda a discussão teórico-filosófica sobre a relação entre direito, justiça e poder, no plano real dos fatos e das condutas efetivas, envolve esta aproximação experiencial emotiva que vai muito além da racional compreensão semântico-lógica de enunciados escritos nos textos legais dogmáticos. Trata-se de um ramo do direito em que o humano se envolve diretamente nas questões teóricas primordiais, principalmente quando indagamos a respeito da sua imperatividade concreta.

3 O ABUSO DE PODER EM TERMOS COMUNICATIVOS E A PERCEPÇÃO DA INJUSTIÇA

3.1 Noções básicas da pragmática jurídica como uma teoria logopática do direito

As teorias dogmáticas tradicionais têm a pretensão de tornar o poder uma “substância ética” que pertence unicamente ao Estado soberano, desvinculado das relações de força. Transformam a questão da obediência e da própria legitimidade numa premissa inquestionável, favorecendo a crença nas instituições políticas para que permaneçam como um símbolo ideal aos olhos da sociedade. Partindo destes pressupostos, destacamos o instigante pensamento de Ferraz Júnior, especialmente ao referir-se à chamada “pragmática jurídica”, tratando com bastante originalidade e perspicácia a relação existente entre direito, poder, controle e força, apontando elementos logopáticos contundentes no sentido proposto por Cabrera.

Do ponto de vista pragmático, a comunicação visa ao mútuo entendimento. É considerada racional na medida em que o chamado “dever de prova”, ou seja, possibilidade de fundamentar o que diz, cabe ao emissor e é controlada pelo receptor. Nas palavras do autor, “[...] o discurso racional é aquele que presta contas, que fundamenta o que diz em relação à exigência crítica do ouvinte, para o qual está sempre aberto” (Ferraz Júnior, 1973, p. 27). Esta estrutura racional é, em princípio, dialógica e altamente reflexiva, já que o exercício da crítica pode ser ilimitado. Todavia, existe outra regra da comunicação que afirma que o receptor pode aceitar certo conteúdo da mensagem como evidente ou verdadeiro e deixar de lado o seu potencial exercício de crítica. Neste caso, o discurso teria uma estrutura monológica, relacionada à possibilidade de sua axiomatização. De fato, os discursos racionais são compostos a partir destas duas estruturas, que, no decorrer da interação, acabam por se integrar.

Ademais, é importante ressaltar que o emissor pode discutir “com” o receptor ou “contra” o receptor. No primeiro caso, temos a homologia, a relação é simétrica e de cooperação; no segundo, temos a heterologia, a relação é desigual, é partidária. Nos discursos heterológicos, não existe espaço

para o consenso verdadeiro, mas apenas para a persuasão. Por isso, apesar de existirem momentos monológicos, a estrutura dialógica prevalece, sendo interrompida somente pela decisão dogmática. O discurso jurídico, devido ao caráter decisório, constitui um exemplo desta segunda alternativa por estar intimamente relacionado à ideia de poder como controle comunicativo, exposto na chamada “situação comunicativa normativa” (Ferraz Júnior, 1978, p. 39).

A situação comunicativa normativa é peculiar em relação às demais formas de comunicação. Ela depende de uma “dogmatização contrafática” (inversão do ônus da prova que, ao invés de pertencer ao emissor, passa para o receptor) inicial da supremacia do chamado “editor normativo”, que se põe como autoridade (cometimento da norma) para exigir certas condutas (relato ou conteúdo da norma) dos endereçados sociais, visando a possível decisão de conflitos. Todavia, a estrutura monológica, não questionadora do discurso que impõe a relação de autoridade, ao contrário das demais, não se baseia em axiomas que não são questionados por serem aceitos como verdadeiros por aqueles que se comunicam. Ou seja, ela não torna a questão da obediência uma verdade inquestionável do ponto de vista semântico; ela apenas a coloca fora de discussão por uma decisão arbitrária. Afinal, todo e qualquer dogma “[...] impõe uma verdade sobre algo que, de fato, continua duvidoso”. (Ferraz Júnior, 2003, p. 43).

Assim, esta supremacia não se torna, de fato, inquestionável, dependendo de uma institucionalização no âmbito social da própria relação de autoridade, que deve neutralizar o dissenso e as possíveis reações sociais contrárias. É neste ponto que podemos identificar, com clareza, a relação existente entre direito, poder e comunicação – na medida em que a relação de autoridade não preexiste à própria interação, pois se constitui propriamente durante o processo interativo. Ela existe não só a partir de uma pretensão do editor normativo de impor uma relação complementar, mas na medida em que o sujeito também estiver disposto a se colocar nesta condição subalterna. O poder não está unicamente nas mãos da autoridade, não é uma “coisa que ela tem”, portanto. Ele atravessa e, ao mesmo, constitui a própria relação autoridade/sujeito (Ferraz Júnior, 1978).

Tanto o relato como o cometimento das mensagens normativas implicam em relações de poder, entendido como controle de seletividade do editor normativo em relação aos endereçados sociais. Neste sentido, a complementaridade do editor normativo é garantida pela institucionalização do controle da seletividade das reações dos endereçados sociais que identificam as normas estatais como juridicamente válidas, em detrimento das demais. Por isso, é extremamente importante que o editor normativo leve em conta as reações dos chamados endereçados sociais, que podem confirmar, rejeitar ou desconfirmar a mensagem normativa. Tanto a confirmação (licitude) como a rejeição (ilicitude) reconhecem o cometimento meta-complementar da norma jurídica (ibid.).

No entanto, a constante possibilidade de haver reações desconfirmadoras torna inevitável o confronto entre direito e poder, visto que constitui uma situação-limite em que os endereçados sociais deixam de assumir a relação complementar estabelecida no cometimento das normas jurídicas, não mais assumindo a condição de sujeitos da relação. Nesta situação, os endereçados sociais eliminam o controle de seletividade que o editor normativo tenta realizar. Este tem uma expectativa predeterminada de que a relação de autoridade que ele estabelece seja vista como estrutura de motivação da seletividade do endereçado que, de fato, passa a ter duas alternativas apenas: confirmar ou rejeitar a mensagem. Aquele que desconfirma a norma desilude totalmente esta expectativa, pois age como se a autoridade e os atos de coação que ela determina não existissem como estratégia de desafio ao aspecto cometimento de suas normas (Oliveira, 2006).

Neste caso, o conteúdo das normas jurídicas e a relação complementar que elas estabelecem deixam de influenciar as opções e deixam de ser estrutura de motivação para a seletividade dos endereçados, que não mais veem a possibilidade de aplicar sanções como alternativa a evitar. Aquele que desconfirma uma mensagem normativa não mais se sente obrigado a submeter-se à autoridade, porque não a reconhece como tal, uma vez que ele próprio não mais se assume como sujeito da relação. Neste sentido, a reação desconfirmadora faz com que o editor perca, pelo menos momentaneamente, o seu controle sobre os endereçados. Se for bem-sucedida, ela pode criar uma relação de poder, paralela à relação de poder originária,

em que o sujeito receptor das mensagens normativas estatais passa a ser autoridade emissora de novas mensagens normativas. Assim, ela deve ser neutralizada pela autoridade que, a todo custo, tentará se imunizar contra ela ao desconfirmar a reação desconfirmadora, transformando-a em simples rejeição, que pode ser enquadrada como comportamento ilícito, que pode ser por ela controlado (ibid., pp. 120-122).

As reações desconfirmadoras surgem no momento em que a legitimidade da relação de poder está enfraquecida. A legitimidade está ligada, justamente, à imposição de certas significações e ao desconhecimento por parte dos endereçados sociais das relações de força entre grupos que compõem a sociedade, que constituem a chamada violência simbólica. O poder será considerado legítimo enquanto o seu exercício de violência simbólica for dissimulado e desconhecido pelos endereçados sociais, de modo que possa influenciar comportamentos por intermédio de sua liderança, reputação e autoridade, que devem se combinar de forma congruente. Uma vez que o arbítrio social em torno das relações de força torna-se evidente, a legitimidade fica comprometida (Ferraz Júnior, 2002, p. 56).

A influência por autoridade é necessária para a constituição do esquematismo jurídico/antijurídico; impõe-se de modo contrafático e se generaliza apesar da passagem do tempo. Embora haja desilusão da expectativa, o sujeito ainda a mantém, possibilitando a jurisfação do poder. A influência por autoridade sempre dissimula as relações de força que estão em sua base, agregando a própria força simbólica às mesmas relações mediante normas que passam a regular o uso da força. Neste sentido, vimos que ela só reconhece a confirmação e a rejeição de suas mensagens. Já a influência por reputação atua mais diretamente no relato das normas, pois neutraliza os conteúdos normativos e possibilita sua assimilação acrítica pelos sujeitos, em termos de valores ideológicos. Por fim, a influência por meio da liderança neutraliza as diferenças entre a autoridade e os sujeitos, manipulando a escassez de consenso e institucionalizando a relação meta-complementar normativa. Ganham relevo todos os procedimentos institucionais legislativos, executivos e judiciais, bem como os mecanismos midiáticos de propaganda. Na prática, estas três generalizações devem se combinar a fim de se fortalecerem mutuamente, porém, em situações disfuncionais, elas perdem

seu caráter dissimulador. Nas chamadas situações comunicativas abusivas, a força física passa a ser a base explícita do poder, podendo provocar a sua destruição como mecanismo de influência e controle (ibid.).

3.2 A relação existente entre abuso na relação comunicativa e a desintegração do Estado de Direito em termos pragmáticos

O exercício da violência simbólica corre risco de tornar-se transparente e comprometer a legitimidade do poder em situações comunicativas normativas defeituosas onde ocorrem abusos na comunicação por parte do editor normativo, que elimina a própria possibilidade de seleção do sujeito, ou seja, nas situações em que ele “co-age” pelo sujeito, de certa forma, eliminando-o enquanto tal. Neste caso, a percepção da injustiça e a possível “revogação” da autoridade podem ocorrer. Por quê?

O problema da justiça, para Ferraz Júnior, está relacionado com a possibilidade de haver refutação de mensagens defeituosas, o que pode ocorrer com os enunciados normativos. Quando um ou mais endereçados sociais afirmam que uma norma é injusta, esta reação implica em desconhecer ou ignorar a autoridade do emissor normativo. Esta refutação, de fato, implica numa revogação, ou seja, num outro ato normativo que a “revoga” por declarar a sua autoridade ignorável, ainda que de forma diferente da revogação da validade de uma norma feita através de outra (ibid.).

Estes defeitos, que implicam em condições de abuso, aparecem no cometimento normativo, ou seja, ocorrem quando a relação de autoridade também comunica uma perversão do ato de falar. A emissão de uma mensagem normativa pressupõe certas condições que garantem o exercício de autoridade do emissor normativo, que não pode eliminar a condição de sujeito do próprio endereçado social. Desde que exista uma mensagem normativa em que a autoridade anule o sujeito de modo a destruir o sentido unificador do seu existir, afirmaremos que houve um “abuso das condições de exercício potestativo da autoridade” (p. 269). Esta mensagem será “defeituosa”, embora possa ser juridicamente válida. A identificação de seu defeito por parte do receptor está na própria realização do ato de falar, que “[...]”

denuncia a carência do poder do emissor pela carência de sentido existencial do sujeito destinatário” (ibid., p. 269). Não pode haver exercício do poder na comunicação normativa se houver aniquilamento do sujeito (ibid.).

A relação complementar, imposta pelo emissor normativo, exige que “neutralize”, por assim dizer, uma possível reação desconfirmadora dos endereçados sociais; nisto consiste a importância do exercício de violência simbólica. Neste sentido, a relação de autoridade/sujeito torna-se meta-complementar. Todavia, entre os comunicadores que estabelecem uma relação desigual deve haver mútuo reconhecimento dos diferentes discursos (ibid.). Ou seja, é preciso que haja espaço para a desobediência por parte do sujeito e um espaço de ameaça para a autoridade, que também deve poder não a concretizar (ibid., p. 270).

O defeito ocorre na medida em que o discurso da autoridade elimina a complementaridade ao substituir os dois discursos distintos (autoridade/sujeito) por um único discurso em que só a autoridade comunica. Um discurso que não chega a ser propriamente homólogo, já que constitui uma perversão da própria homologia.

A desconfirmação da autoridade não pode alcançar aqueles sujeitos que confirmaram a norma jurídica, porque isto constituiria uma perversão do discurso normativo na medida em que a homologia consiste numa imposição unilateral em que só um tem competência para falar, sendo que os outros devem apenas obedecer, pelo sim ou pelo não. Trata-se de uma hipótese limite, pois a possibilidade de o sujeito reagir seletivamente desaparece, pois, confirmando ou não a mensagem, ele será punido. O emissor age pelo receptor e o aniquila. Neste sentido, a relação complementar desaparece, pois não há mais o jogo de ação e reação. Existe somente a coação que destrói a relação de poder. É evidente que esta análise pragmática do problema da justiça, que também leva em conta a sua dimensão semântica, caracteriza uma situação-limite que destrói a relação complementar por fazer justamente o inverso do que deveria fazer, por meio do exercício da violência simbólica: expor as relações de força que estão na base da relação desigual que estabelece. Isto demonstra o fato de que os cometimentos normativos institucionalizados, no limite, não podem suportar relatos que produzem defeitos na relação. Mesmo que sejam mensagens normativas,

procedimentadas segundo as regras burocráticas do Estado – gozando, portanto, de um consenso presumido –, estas poderiam ser “revogadas” pela sua injustiça.

Embora o referido ensaio não faça menção expressa a esta colocação, pensamos que este aniquilamento do sujeito poderia afetar a própria racionalidade dos discursos. Ele não apenas inverte, mas elimina a regra do dever de prova já mencionada. Numa situação comunicativa normativa racional, não se elimina o dever de prova, que cabe ao sujeito da relação. A inversão do ônus da prova sustenta-se, como vimos, na institucionalização da relação de autoridade, que elimina o questionamento do sujeito em torno da relação, mas não o próprio sujeito. Neste sentido, o discurso defeituoso poderia ser considerado irracional, pois introduz uma regra estranha à comunicação que é comunicada ao sujeito: Confirmando ou não as minhas mensagens normativas, você será sancionado! No fundo, introduz-se uma regra que diz “[...] que não há regra para que o sujeito possa selecionar a sua ação”, pois ele será arbitrariamente “co-agido” pelo outro (ibid., p. 271).

4 *UMA MULHER CONTRA HITLER*: O CONCEITO-IMAGEM DO ABUSO DE PODER JURÍDICO E DA ANIQUILAÇÃO DO SUJEITO

Uma mulher contra Hitler é um filme que retrata um exemplo histórico relevante no contexto do regime nazista. Seu brilhante roteiro foi montado a partir de testemunhos da época tidos como inéditos. Mostra como na Alemanha nazista, ainda que em minoria, existiram pessoas suficientemente influenciadas pelo humanismo cristão e pela filosofia crítica, que se tornaram imunes ao exercício da violência simbólica da propaganda nazista oficial da época. Mantiveram os olhos bem abertos para reconhecer o mal e a perda de sentido do regime jurídico nazista e, por consequência, estiveram aptas a perceber o abuso de poder praticado contra a dignidade humana e a injustiça dele decorrente. Trata-se da história de um grupo de jovens universitários

alemães, corajosos e eficientes, que usaram a sua organização e capacidade de planejamento na tentativa de desconfirmar a autoridade de Hitler por meios pacíficos entre os anos de 1942 e 1943.

O filme contém uma estrutura narrativa exemplar para a ilustração do problema pragmático do abuso do poder do ponto de vista comunicativo. Sua linguagem imaginética transmite, em termos logopáticos, o conceito-imagem da percepção da injustiça do regime jurídico nazista, que constitui um flagrante exemplo de comunicação normativa abusiva nos termos tratados anteriormente. Seu roteiro traz diálogos exemplares e a direção dos atores feita por Marc Rothemund é precisa. Vale destacar a perfeita atuação de Julia Jentsch no papel de Sophie, que bem retrata as sutilezas e nuances emocionais da personagem.

Há o resgate histórico dos quatro dias finais da vida de três estudantes da Universidade de Munique, Hans Fritz Scholl (estudante de Medicina, 25 anos), sua irmã Sophie Magdalena Scholl (estudante de Biologia e Filosofia, 21 anos) e Christoph Probst (estudante de Medicina, 23 anos), melhor amigo dos dois. O pai de Sophie e Hans foi um questionador da legitimidade do Führer, inspirando em seus filhos ideais de repúdio que enfrentaram não apenas a resistência da vigilância da Gestapo, a Polícia Secreta do Estado, como também de boa parte da população alemã, cuja consciência crítica foi capturada pelas promessas da superioridade germânica e supremacia mundial, num macabro exercício de violência simbólica.

Com a percepção crítica e visionária de que a guerra levaria o país ao fracasso, os jovens, com a ajuda de Kurt Huber, professor de Filosofia, organizaram um movimento de protesto pacífico ao domínio nazista. Os três redigiram, imprimiram e divulgaram panfletos que, enviados pelo correio, incitavam a população a desafiar a autoridade do Führer. O título do primeiro panfleto, “Rosa Branca” (*Weisse Rose*), tinha conteúdo inspirado em valores cristãos e deu nome ao grupo. O efeito pragmático deste panfleto foi eficiente na medida em que comprometeu, publicamente, a liderança calcada na presunção do consenso de terceiros e a ideia de poder como reputação do regime. Começaram a surgir pichações, nos muros de Munique, feitas por estudantes de outras universidades, com os dizeres subversivos: “Fora Hitler” e “Liberdade!”. Logo a seguir, entre julho de 1942 e janeiro

de 1943, os rapazes foram convocados pelo Exército a lutar contra as tropas soviéticas no *front* do Leste, em Stalingrado, onde mais de 300 mil soldados alemães morreram após testemunharem, com os próprios olhos, os centros de extermínio e as atrocidades cometidas nos campos de batalha; os sobreviventes voltaram ainda mais convictos de seus ideais subversivos de resistência. Os panfletos passaram a ter um tom mais desafiador, com novo título, mais impactante: “Movimento de Resistência na Alemanha”. Denunciavam, explicitamente, os fracassos e os abusos cometidos no campo de batalha. Em 18/2, numa de suas mais audaciosas operações, o grupo foi capturado pela Gestapo. Curiosamente, neste mesmo dia, Joseph Goebbels, então ministro da propaganda de Hitler, proferiu o famoso discurso conclamando a “guerra total”, para 14 mil pessoas, no palácio de esportes de Berlim. Em apenas quatro dias, os jovens foram interrogados, julgados e decapitados na guilhotina. Aqui tem início o filme a ser analisado neste artigo.

Nos termos da pragmática jurídica, vimos que a justiça atua como princípio regulativo do direito, que lhe confere sentido. Assim, pode existir um conjunto de mensagens normativas constituídas de forma válida, mas que corre o risco de perder sentido como direito. A expressão “sentido” é retirada do pensamento de Hannah Arendt e faz referência à noção ética de “valia das coisas”, ou mesmo a sua dignidade intrínseca. Assim, o sentido das coisas não pode ser identificado na sua utilidade prática, pois o objetivo ou a finalidade podem continuar existindo mesmo que o sentido tenha se perdido. O perigo da perda de sentido é o comprometimento da orientação do homem em sua vida social. O sentido orienta o chamado “senso comum”, que nada mais é do que uma qualidade que possibilita ao homem viver num mundo comum a todos. Quando falha o exercício da violência simbólica ante uma comunicação abusiva e irracional e os endereçados sociais detectam arbitrariedade no discurso normativo, percebe-se a perda do sentido comum, que retira o seu “sentido”. Abre-se espaço para as reações desconfirmadoras, revoltosas e inconformadas, que surgem como consequência natural. Poderíamos afirmar que os jovens do grupo Rosa Branca representaram, claramente, o segmento da sociedade alemã que ilustrou a percepção crítica da perda do sentido em face da caracterização do nazismo como situação comunicativa normativa abusiva e irracional. Eles desafiaram não apenas o sistema legal de

exceção dominante, mas também a indiferença cínica e a banalidade do mal inculcadas socialmente pela máquina da propaganda nazista (Ferraz Júnior, 2003, p. 328).

Numas das cenas iniciais, conhecemos o quartel-general secreto improvisado dos estudantes que organizam a produção e reprodução dos panfletos desconfirmadores da ordem jurídica de exceção imposta pelo regime nazista. Estamos no dia 17/2/1943, Hans, assumindo pessoalmente a responsabilidade, propõe uma operação bastante ousada e arriscada: distribuir panfletos na Universidade de Munique, à luz do dia e durante as aulas, período em que os corredores do pátio estão vazios, segundo lembra Sophie.

No dia 18/2, Sophie escolhe uma roupa distinta a fim de camuflar sua tarefa subversiva. A resistência desconfirmadora, para firmar-se num contexto de regime de exceção com a impiedosa e eficiente Gestapo, tem de planejar, de forma minuciosa, a ocultação de suas ações – não propriamente como aceitação da sua ilicitude, mas como prevenção de eventuais contrarreações repressivas. Sophie carrega uma mala de viagem cheia de panfletos e, antes de entrar na universidade, olha para a luz do sol com coragem. As cenas transmitem um sentimento de urgência e suspense flagrante; o uso da música é eficiente para potencializar agonia no espectador. Os corredores estão vazios, mas transmitem um ar de ameaça; os irmãos espalham, de forma ágil, panfletos por vários andares. Já estavam de saída, mas Sophie, muito confiante com o aparente sucesso da operação, percebe que sobraram alguns panfletos, sugerindo que sejam levados ao andar de cima. O excesso de autoconfiança faz com que cometa um engano. Quando o sinal toca, imprudentemente, ela joga uma pilha de folhetos do alto do átrio aberto para o pátio de baixo, mas é vista por um inspetor. Os panfletos são considerados difamatórios e o inspetor Robert Mohr, membro da Gestapo, é chamado. O grupo é levado ao quartel da polícia para ser interrogado, numa aparente tentativa de compor uma situação comunicativa normativa equilibrada, em termos de poder, como controle da seletividade do sujeito – e não como pura manifestação da força física coativa.

No quartel, são interrogados separadamente, mas o foco da película é todo voltado para a atuação de Sophie em contraposição ao inspetor Mohr. O interrogatório de Hans e Christopher não são retratados; o de Sophie é

apresentado em quatro partes distintas. Na primeira, em termos pragmático-jurídicos, temos uma eficiente tentativa, por parte da acusada, de camuflar a sua ação desconfirmadora, evitando uma eventual contrarreação repressora mediante a aparente confirmação da ordem jurídica nazista. Por meio do recurso cinematográfico do campo/contra campo, seu diálogo com o inspetor Mohr parece profundamente planejado, em termos lógicos, como forma de defesa antecipada a uma possível captura. A câmera assume o ponto de vista de cada um dos interlocutores, de forma intermitente, fornecendo alternância de pontos de vista opostos, fazendo com que os espectadores sejam lançados no espaço do diálogo, favorecendo a pluriperspectiva em termos logopáticos. Na visão de Xavier, “[...] o espectador intercepta e identifica-se com as duas direções de olhares, num efeito que se multiplica pela sua percepção privilegiada das duas séries de reações expressas na fisionomia e nos gestos dos personagens”. (Xavier, 2005, p. 35).

O diálogo dissimulado de Sophie, aparentemente, confirma a autoridade meta-complementar imposta ao transmitir impressão de tranquilidade psicológica. Apesar de considerada suspeita por carregar a mala vazia que poderia conter os panfletos e por tê-los jogado do alto do pátio interno, sua estratégia argumentativa é eficiente, pois fala com calma, sem contradição lógica aparente, com expressão facial serena e submissa. Os *close-ups* da câmara são extraordinários para evidenciar seu autocontrole. Ela basicamente se declara como uma pessoa apolítica e confirma que realmente jogou os panfletos, mas por pura brincadeira. A mala vazia estaria sendo levada à sua cidade natal, Ulm, para trazer roupas limpas. Em contrapartida, a feliz e convincente atuação do ator Gerald Alexander Hell, traz ao inspetor Mohr o sentimento da busca obstinada pela prova, que propiciará a verificação jurídica do fato, de um suposto “fato em si”, que já é conhecido de antemão por ele. Lembramos o jogo do gato e rato proposto por Canetti (1995) como metáfora do poder. Quando o gato subitamente captura o rato, subjuga-o pela força, mantendo-o preso. Todavia, a situação se altera quando começa a brincar com o roedor. Soltando-o, o felino permite que se locomova, livrando-o da coação da força. No entanto, o espaço concedido não constitui liberdade real para o rato, pois é o gato que dispõe do poder de alcançá-lo quando desejar (ibid., p. 209).

A seguir, Moher informa que o irmão confirma a versão de Sophie sem contradição lógica. Como não encontra vestígios dos panfletos na mala, Moher diz que, talvez, ela ainda possa ir para Ulm naquela mesma noite. Chama a escrevente para ditar o relatório do depoimento de Sophie, dizendo que ela pode interromper o feito, se houver qualquer erro, numa tentativa de confirmar a relação de poder normativo em suposto equilíbrio pragmático. Ela é colocada numa cela, sob a guarda de outra prisioneira, Else, presa por defender ideais comunistas com atos violentos, que deve evitar uma eventual tentativa de suicídio de Sophie.

Quando prestes a assinar o formulário de soltura, o jogo de gato e rato se reinicia. A esperança de liberdade foi apenas a simulação de uma falsa promessa para Sophie, que será levada à sala do inspetor Moher para um novo interrogatório, que a deixará sem saída discursiva. O apartamento em que mora com seu irmão foi vasculhado e evidências incriminadoras tornam o argumento verossímil de Sophie sobre sua suposta inocência insustentável, devido à percepção de contradições lógicas flagrantes. Seu pai já havia sido preso por chamar Hitler de o “flagelo da humanidade”. O panfleto manuscrito apreendido nas mãos de Hans foi escrito por Christoph Probst, um amigo de Innsbruck. Selos e balas de armas são encontrados no quarto de Hans, cuja confissão assinada é exibida para Sophie. Nesse diálogo, quando a autoria do suposto ato criminoso ou subversivo é reconhecida por ela, imediatamente, passa da confirmação à desconfirmação explícita da ordem jurídica nazista, ao afirmar “fiz com orgulho”, assumindo que ambos também fizeram pichações contra Hitler e rabiscaram a suástica na universidade. Ela pede para ir ao banheiro, chora, tira a presilha do cabelo que lhe dá um ar juvenil de inocência e renasce como contestadora explícita da ordem. Neste momento, vemos como o gato captura o rato em sua boca, encerrando uma suposta sensação de liberdade vigiada.

No dia seguinte, 19/2, Sophie é chamada para assinar sua confissão e um novo e rápido interrogatório acontece. Mohr apresenta-se muito exaltado e quer saber todos os nomes dos envolvidos na organização. Ela se recusa a trair os companheiros para salvar a própria pele e confirma que seu noivo nada sabe sobre o grupo, sendo um soldado fiel a Hitler.

O quarto, mais longo e último interrogatório acontece em 20/2. Apesar de assumir a posição de ré confessa, a reação desconfirmadora de Sophie em face de Mohr se projeta com toda a sua força. Curiosamente, a relação entre ambos não se configura como meta-complementar, mas na forma de uma paradoxal simetria, embora seja uma forma de “discussão contra”, de cunho altamente dialógico. Mohr oferece um café para Sophie, com aparente tranquilidade. Os diálogos são de uma riqueza infinita, pois espelham, no plano logopático, a discussão filosófica do relativismo moral e axiológico que cerca a problemática do nazismo em torno do que é o bem e o mal, o certo e o errado em termos éticos. Mohr tenta, desesperadamente, sem sucesso, confirmar a ordem nazista, defendendo o princípio dogmático do respeito à ordem legal, a sua legitimidade e seu exercício da violência simbólica em termos de autoridade, liderança e reputação. Em contrapartida, Sophie invoca a sua consciência cristã, reafirma a desconfirmação da ordem e recusa a caracterização criminosa de seus atos subversivos, desmascarando o exercício da violência simbólica em torno dos seus ideais de progresso e liberdade, expondo as relações de força ligadas ao extermínio dos doentes mentais e dos judeus nos campos de concentração. Ademais, Mohr propõe uma aparente reafirmação da meta-complementaridade da relação autoridade/sujeito, calcada, como vimos, na ideia de poder jurídico como controle da seletividade – e não como pura coação. Ele propõe um suposto acordo jurídico: se ela deixar o Estado nazista assumir o controle da seletividade de suas ações, confirmar a ordem em termos jurídicos e mostrar arrependimento no plano moral, ficará livre da pena capital.

No dia 21/2, Sophie olha a luz através da janela quando Else diz haver um novo prisioneiro, Christoph Probst, também acusado de alta traição. Ela chora e conta que ele tem três filhos, o mais novo acabou de nascer, e sua esposa tem febre puerperal. A partir de agora, percebemos que a aparente normalidade da situação comunicativa normativa anterior é substituída por explícita comunicação normativa abusiva, na qual a coação da autoridade substitui o controle da seletividade dos sujeitos. Ao invés de conter, amplia ainda mais a reação desconfirmadora dos três jovens.

Sophie encontra o promotor, que diz: “seu julgamento será amanhã de manhã no tribunal popular de Munique”. A pronúncia aponta para o crime

de alta traição, desmoralização de tropas, apoio ao inimigo. Ela olha a luz do sol pela janela e pede que Deus não a abandone. A rápida e assertiva conversa com o advogado indicado para defendê-la expõe toda a comunicação normativa abusiva que está por vir, no julgamento. Ele deixa claro, em termos paradoxais, que não haverá defesa possível; é como se ele, de fato, ocupasse o lugar de um segundo promotor informal. Quando Sophie indaga sobre o destino de sua família, que vive em Ulm, ele diz que outra autoridade responderá. Ao reafirmar ser um direito dela saber sobre o fato, ele responde, de forma agressiva, que ela não teria direito de fazer exigências e que o tribunal popular de Berlim irá endireitá-la para que se sinta “pequena.”

Else antecipa que o julgamento será um espetáculo público para deter os outros. Sophie vê uma vantagem nisto, pois o juiz Roland Friester terá de falar dos panfletos em público, em termos pragmáticos, todos ouvirão as ideias dele. Supões que haverá uma revolta estudantil pelo que sucedeu com eles por alguns panfletos. A carcereira diz que, após o julgamento, vem a transferência e o pior. Todos têm 99 até a execução. A luz do sol ilumina o rosto de Sophie mais uma vez.

No dia 22/2, o julgamento tem início às 10 horas da manhã, com uma efusiva saudação de reconhecimento e lealdade a Hitler. O primeiro a falar é Christoph, declarando-se apolítico. Quando o juiz mostra o manuscrito do panfleto, confirma que a letra é mesmo dele. O magistrado, num aspecto-cometimento complementar, exacerbado pelo tom da voz agressivo, alega que o fato de o Reich ter financiado a sua educação e permitir que tivesse uma família enquanto estudava não o impediu de escrever o manuscrito odioso pedido por Hans Scholl. Christoph assume uma postura confirmadora da ordem que foi desconfirmada por Sophie, tem a seletividade do próprio agir controlada pelo Reich, na expectativa de escapar da pena capital e sobreviver para cuidar de sua família. Entretanto, a resposta do magistrado, dizendo que ele é “uma vergonha”, antecipa o que está por vir.

O próximo a depor é Hans, que entra em confronto explícito com o juiz, o qual se mostra ainda mais exaltado e agressivo. Ele reafirma, mais uma vez, a desconfirmação da ordem imposta. como se não reconhecesse não apenas o regime, mas a própria condição de réu, como se também o desafiasse aquele julgamento. Afirma, com brilhante intuição pragmática, que,

se as atitudes desafiadoras não ameaçassem o regime, não estariam sentados no banco dos réus. A última a depor é Sophie; o jogo de poder novamente se instaura, com nova manifestação de uma reação desconfirmadora.

Nas declarações finais dos acusados, temos a confirmação da meta-complementaridade da ordem legal imposta, feita por Christoph na expectativa ingênua de evitar a aplicação da pena de morte e o posterior reforço do pedido feito por Hans. Por fim, temos a reafirmação final da desconfirmação feita por Sophie, visionária do futuro trágico do fim da guerra: “Logo estará no mesmo lugar que nós!”

Observamos que o filme retrata uma situação comunicativa abusiva e defeituosa no julgamento. Não houve controle da seletividade, mas apenas coação do Estado, que não conseguiu desconfirmar a desconfirmação, transformando-a em rejeição ilícita, nos termos da lei. Como não houve propriamente defesa do advogado, acusação da promotoria, mas apenas inquisição unilateral e informal do juiz, no âmbito da própria formalidade, podemos observar um defeito comunicativo na medida em que o abusivo discurso da autoridade elimina a complementaridade de dois discursos que deveriam ser distintos. Uma relação meta-complentar deve neutralizar, permanentemente, uma possível reação desconfirmadora dos sujeitos, mas não eliminar a própria condição de sujeito. Isto ocorre, como vimos, em discursos que caracterizam uma perversão da homologia, pois a possibilidade de o sujeito reagir seletivamente desaparece. Isto fica claro na condenação à morte de Christopher. Mesmo depois de confirmar sua submissão à ordem nazista, ele foi aniquilado como sujeito, já que a relação de poder foi substituída pela coação. Confirmando ou não a ordem, como os outros, que mantiveram até o fim a sua desconfirmação, ele já estava condenado à morte previamente.

Na audiência de julgamento, toda a suposta violência simbólica ligada à tentativa de transformar o inquérito num suposto poder jurídico desaparece, pois não havia espaço para a obediência por parte do sujeito e nem de ameaça por parte da autoridade. Isto explica por que as reações desconfirmadoras de Hans e Sophie, ao invés de serem neutralizadas, tornam-se ainda mais explícitas após o veredicto. A sentença do magistrado profere a reafirmação de lealdade a Hitler, confirmando mais uma vez a sua autoridade e condenando os jovens à morte. Christoph entra em desespero,

Hans e Sophie enunciam sua última frase desconfirmadora, com impacto, tendo consciência de aspectos pragmáticos do poder e com absoluta segurança de princípios. Hans antecipa o que estava por vir, dois anos depois, com o término da guerra: a curiosa inversão normativa de papéis que só o mutável positivismo possibilita.

As 14 horas e 30 minutos, no mesmo dia, os três condenados chegam à prisão. A carcereira diz que, se Sophie quiser escrever uma carta de despedida, ela tem de ser rápida. Fica claro, novamente, o abuso na comunicação na medida em que a própria autoridade desconfirma as normas jurídicas que comunica. O prazo geral para a execução de prisioneiros é de 99 dias, porém os três jovens deverão ser executados naquela mesma tarde. Surpresa com a notícia, Sophie chora em desespero e diz ter pensado que “todos tivessem 99 dias”. Depois de escrever uma carta para o noivo, Fritz, ela recebe a visita dos pais, que confirmam ter orgulho dos filhos por terem agido corretamente. A seguir, ela recebe a visita do sacerdote e pede a bênção do senhor. Afirmando estar abrindo uma exceção, a carcereira deixa Sophie fumar um cigarro e se despedir de Hans e Christoph. Eles se abraçam e Christoph diz que o esforço não foi em vão. Antes de ser levada, ela confirma seus ideais contestadores afirmando que “o sol ainda está brilhando” e olha para ele no pátio. Vemos sua cabeça ser colocada na guilhotina, a expressão dela é de coragem e determinação. Antes da lâmina cair, a tela fica escura, gerando desconforto no espectador, que apenas ouve o barulho da guilhotina cortando a cabeça de Sophie. A mesma tela escura está presente na decapitação de Christoph e Hans, que dá seu último apelo desconfirmador e rebelde ao gritar, com muita energia, um segundo antes de morrer: “Viva a liberdade”.

Ao final, como o filme nos revela, o sacrifício dos jovens não foi em vão. Eles representam, hoje, na sangrenta história alemã, um exemplo positivo de heroísmo e de luta contra a indiferença e o ceticismo ético em torno da injustiça percebida nas relações normativas abusivas. No mesmo ano em que foram executados, os panfletos saíram da Alemanha e foram jogados de avião, pelos aliados, em todo o território alemão, com o título: “Um panfleto alemão: manifesto dos estudantes de Munique”. Em 27/6/1943, o escritor alemão Thomas Mann, exilado nos EUA por opor-se ao regime nazista, fez um pronunciamento em homenagem ao grupo, transmitido pela BBC de

Londres. Em 1958, o grande filósofo austríaco Eric Voegelin, conhecido crítico do nazismo, exilado nos EUA desde 1938, retorna a Universidade de Munique para ocupar a cátedra que foi de Max Weber e funda o Instituto de Ciências Políticas Geschwister Scholl, em explícita homenagem aos jovens.

REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah (1983). *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo, Diagrama & Texto.
- BAUMAN, Zygmunt (2008a). *Medo líquido*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar.
- BAUMAN, Zygmunt (2008b). *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar.
- CABRERA, Julio (2006). *O cinema pensa: uma introdução à filosofia através dos filmes*. Rio de Janeiro, Rocco.
- CANETTI, Elias (1995). *Massa e poder*. São Paulo, Companhia da Letras.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (1973). *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. São Paulo, Saraiva.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (1978). *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro, Forense.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (2002). *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo, Atlas.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (2003). *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo, Atlas.
- OLIVEIRA, Mara Regina de (2006). *O desafio à autoridade da lei: a relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro, Corifeu.
- UMA MULHER contra Hitler (2005). Direção: Marc Rothemund. São Paulo, Imovision. 1 DVD.
- XAVIER, Ismail (2005). *O discurso cinematográfico: a opacidade e a transparência*. São Paulo, Paz e Terra.
- XAVIER, Ismail (org.). (2008). *A experiência do cinema*. Rio de Janeiro, Edições Graal/ Embrafilmes.

Parte II

DEMOCRACIA E JUSTIÇA

O debate sobre coerção no positivismo jurídico analítico

ANDRÉ LUIZ FREIRE
CELSON FERNANDES CAMPILONGO
LUCAS FUCCI AMATO

Este capítulo tem por objetivo mapear e avaliar criticamente o tratamento dado ao tema da coerção na teoria do direito contemporânea. Particularmente, enfatiza a tradição do positivismo jurídico analítico em duas vertentes. De um lado, aborda o debate anglófono, na linhagem de Bentham, Austin e H. L. A. Hart, dando relevo à reorientação metodológica e substantiva proposta por Frederick Schauer a respeito do papel da coerção na definição do direito. De outro lado, o texto aborda a tradição europeia-continental do positivismo, destacando a tematização da coerção nas obras do realismo jurídico escandinavo (Karl Olivecrona e Alf Ross) e no positivismo analítico de Hans Kelsen e Norberto Bobbio. Para finalizar este ensaio, são apontadas teorizações sobre a coerção realizadas em outros campos da reflexão jurídica, como nas elaborações sociológicas de Max Weber e Niklas Luhmann.

1 BENTHAM, AUSTIN E HART

No *Diálogo entre um filósofo e um estudante das leis comuns da Inglaterra*, Hobbes lapidou a frase: “É a autoridade, não a verdade que faz o direito” (“*auctoritas non veritas facit legem*”) (Hobbes, 1971 [1681], p. 16).

Na narrativa precursora de Hobbes do contratualismo político e do positivismo jurídico, o direito se liberta de fundamentações transcendentais, assim como o soberano é o equivalente terrestre e temporal ao Deus onipotente. Que o direito possa ser estudado como uma questão de fato, que as normas sejam entendidas como decisões postas politicamente e que possam ser avaliadas como jurídicas (válidas) independentemente de seu mérito ou demérito moral foram as teses definidoras da concepção positivista do direito a partir de então.

Na Inglaterra do século XIX, o positivismo jurídico delimitou-se a partir de pretensões “analíticas”: emergiu uma corrente de teoria do direito (*jurisprudence*) preocupada com a elucidação dos conceitos-chave desse campo, de modo que tais definições pudessem clarificar o discurso jurídico e purificá-lo de controvérsias morais ou políticas – importava a precisão técnica de termos como “validade”, “direito subjetivo”, “dever” (jurídico) e “responsabilidade” (igualmente jurídica) (Bix, 2019). Tal concepção teórica não é exatamente a mesma da dita “escola” da exegese francesa, da “jurisprudência” dos conceitos alemã ou, mais amplamente, do formalismo jurídico clássico. Pelo contrário, os positivistas ingleses eram críticos tanto do *common law* quanto do formalismo de William Blackstone, o primeiro identificado como uma criação arbitrária do direito a partir dos precedentes jurisprudenciais e o segundo visto como resquício da visão jusracionalista de direitos naturais.

O positivismo analítico preocupa-se com a publicidade, o controle racional e a sujeição à crítica da interpretação e argumentação que constituem a motivação das decisões tomadas por juízes, legisladores e outros atores, e comentadas pela doutrina. Há reivindicações comuns às “variedades” de positivismo jurídico (Schauer, 2012): sobretudo, o argumento de que é melhor descrever o direito tal como ele é do que idealizá-lo por juízos morais; com isso, até mesmo se viabilizam a visão dos defeitos da ordem jurídica, a resistência a decisões injustas e os projetos de reforma jurídica. Mesmo apontar quando as normas positivadas esgotam seu constrangimento linguístico à justificação decisória é melhor do que pretender que juízes-filósofos estejam obrigados a fazer escolhas morais em nome de sua comunidade de jurisdicionados. Bentham e Austin, por exemplo, pregavam

contra o *common law*, acreditando que a codificação do direito restringiria a arbitrariedade dos julgadores (Lieberman, 1989, cap. 11). Como se estava lidando com uma ordem coercitiva, o controle institucional da punição e a crítica racional de sua imposição pelas autoridades eram fatores indispensáveis para a legitimação do direito e do governo perante cidadãos bem-informados de seus direitos, deveres e reponsabilidades.

Sob influência explícita de Hobbes, mas também de Beccaria (ver Schofield, 2019), Bentham (1748-1832) procurava um método científico para a definição do conteúdo das leis; para fundar essa “ciência da legislação”, encontrou sua pedra de toque no princípio da utilidade: todos nós buscamos maximizar o prazer (ou a felicidade, ou a utilidade, ou o bem-estar) e minimizar a dor (ou privação). Aí estariam não apenas as bases de um preceito moral, mas também os dados psicológicos e comportamentais empíricos e calculáveis que o reformador moral da sociedade haveria de ponderar cientificamente. Ao dosar estímulos por promessas ou ameaças, o legislador estaria, ademais, respeitando o senso comum: afinal, se é verdade que nem sempre agimos ou nos omitimos ponderando as consequências e calculando os custos e benefícios de nossa conduta, é também verdade que somos todos capazes de fazê-lo, e de fato o fazemos em certas ocasiões. Como disse Bentham em *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação* (de 1780), “os homens calculam, alguns com menos exatidão, é verdade, outros com mais: mas todos os homens calculam. Eu não diria nem mesmo que um louco não calcule” (Bentham, 1879 [1790], cap. 14, sessão 28, p. 188).

John Austin (1790-1859), pioneiro do ensino de direito na Universidade de Londres, preparou suas aulas, sumarizadas em *O campo da teoria do direito determinado* (1832), sob a influência do contato com o utilitarismo benthamiano, mas centrou suas preocupações no estudo do direito posto, marginalizando as ambições reformadoras de Bentham e de sua “ciência da legislação”. Pai do positivismo analítico – analítico no sentido de buscar as propriedades empíricas “reais” para a definição dos conceitos –, Austin formulou uma teoria “imperativista”: afinal, resumia, o direito nada mais é que o conjunto das leis estatais, que são comandos ligados a sanções; o fato empírico do direito reside em que as ordens da autoridade máxima da nação (o soberano, o Legislativo) são habitualmente obedecidas pelos súditos

(Austin, 1995 [1832], lição 1). À “província da jurisprudência” (ou teoria do direito) não caberia julgar o valor ou desvalor moral desses comandos (nem mesmo direcionar as escolhas legislativas, como pretendia Bentham), mas simplesmente delimitar o que é e o que não é uma norma jurídica. O caráter “avaliativo” e, portanto, científico do positivismo jurídico estaria assim garantido.

Herbert Lionel Adolphus Hart inicia seu *O conceito de direito* (1961) criticando Austin por essa visão que poderíamos chamar de um tanto quanto “fiscalista” ou “bruta” (Anscombe, 1958) do fenômeno jurídico: como se este fosse delimitável a partir de fatos visíveis do mundo, incontroversos e independentes de interpretação (Michelon Jr., 2004). Hart fez o mesmo com Bentham, ao avaliar que faltava em sua teorização do direito atentar para “a ideia de uma razão jurídica autoritativa” (Hart, 1982, cap. 10) – ou seja, ainda que inclua o elemento da coerção, o direito não pode a ele se resumir (sobretudo em um sistema complexo), mas deve produzir “razões para agir”, e é nessa medida que regra os comportamentos.

Embora diferenciasse o juízo de validade do juízo de moralidade substantiva, e também rejeitasse que a legalidade (e seus postulados, como publicidade, clareza, anterioridade e coerência das normas) constituísse uma “moralidade interna” ao direito –

como sugerira Lon Fuller (Fuller, 1969 [1964]; Schauer, 1994; Amato, 2019) –, Hart (2012) defendeu que a delimitação do direito não se resumia a uma questão de força; residia, antes, em uma definição linguística e convencional. Mais que a ameaça da sanção (às vezes ausente em normas e situações jurídicas), o uso das regras jurídicas (aquelas assim reconhecidas pelas autoridades) como razões para agir (ou se omitir) é que seria a nota distintiva da “normatividade” do direito: quando colocada em disputa uma conduta ou decisão, uma regra é invocada para a crítica ou justificação.

Ronald Dworkin veio a criticar o “agulhão semântico” da teoria hartiana (Dworkin, 1986, cap. 2), isto é, a concepção das teorias positivistas de apresentarem o direito como um conceito descritivo de fatos empíricos (como a regra de reconhecimento que determinaria a validade ou invalidade das regras jurídicas), e não como uma empreitada interpretativa. Para Dworkin, a teoria do direito deveria engajar-se nas mesmas controvérsias

normativas que marcam o juízo prático de aplicação do direito, e que não se resumem a decidir discricionariamente, mas envolvem definir argumentativamente o que se afina e se adequa à moralidade que sustenta uma ordem jurídica.

O ponto avançado por Frederick Schauer é distinto: o problema de Hart estaria em sublimar o aspecto da coerção em nome de uma representação do direito como sistema de regras autorreferente (Hart, 1983, cap. 7) – quase que como um fenômeno puramente linguístico. Provavelmente, a integridade moral do direito reclamada por Dworkin seria apenas um agravante desse aspecto, mas não uma solução para as pretensões de Schauer (2009).

Frederick Schauer é hoje, sem dúvida, um dos mais importantes teóricos do direito do mundo. Ele é um autor “não-convencional”, por três razões. Em primeiro, porque ele sempre esteve acostumado a questionar, de forma profunda e clara, concepções dominantes no direito constitucional norte-americano e na filosofia do direito. Em segundo, porque ele possui um método de fazer filosofia do direito diferente do usual, fundamentando-se bastante em estudos empíricos para fazer afirmações filosóficas sobre o direito. E, em terceiro, pelo seu estilo de escrever e colocar as questões. Em *A Força do Direito*, Schauer (2022 [2015]) aborda dois temas, um metodológico e outro clássico na teoria do direito.

2 O DESAFIO METODOLÓGICO DE SCHAUER À TEORIA JURÍDICA ANALÍTICA

O primeiro aspecto que Schauer (2022 [2015]) enfrenta em sua obra diz respeito ao método usado para se fazer “jurisprudência”, que é um termo usado no mundo anglo-americano para designar a teoria e a filosofia do direito. Seu livro é uma intervenção nos debates travados no âmbito da “jurisprudência analítica”. O que é a “jurisprudência analítica”?

Em primeiro lugar, vamos partir da seguinte ideia: a filosofia do direito nada mais é do que “filosofia” aplicada ao direito. Então, a filosofia do direito não possui uma característica que seja distinta da filosofia. Um filósofo do direito é um filósofo (e, portanto, deve ter uma formação adequada para

lidar filosoficamente com o direito). Como consequência, podemos pensar na jurisprudência analítica como sendo a filosofia analítica aplicada ao direito.

É difícil delimitar as fronteiras do que seja a “filosofia analítica”. Trata-se de um movimento filosófico muito diverso. Aliás, com base no que Schauer afirma, talvez nem seja essa a melhor estratégia e, certamente, não vamos aqui indicar um conceito de filosofia analítica. É certo que, enquanto movimento filosófico dominante no mundo anglo-saxão desde o início do XX até os dias atuais, é *típica* da filosofia analítica uma preocupação com o método da filosofia. De forma geral, o filósofo atinge seus fins por meio da análise de problemas, conceitos, argumentos. Ele os dissectiona para encontrar suas características relevantes, a fim de ver como as coisas são isoladamente e em conjunto, e como podem ser construídas e reconstruídas (Schwartz, 2017, p. 3).

Uma das questões metodológicas é sobre o objeto da análise. Para os que adotaram o chamado “giro linguístico”, a linguagem é o tema central da filosofia. Logo, os filósofos deveriam realizar uma análise linguística para enfrentar os problemas filosóficos. No entanto, nem todos conferiam à linguagem essa centralidade. Alguns reputam que o objetivo da filosofia é o de examinar a estrutura do pensamento (e não os processos psicológicos do pensamento) e isso não seria feito apenas pela análise da linguagem. Se o pensamento é constituído por algo, este “algo” seriam os conceitos. De acordo com Timmothy Williamson, esses filósofos teriam realizado o *giro conceitual* (Williamson, 2007, p. 14).

Dentro dessa concepção, então, a filosofia opera por meio da análise dos conceitos. Se esse é o método da filosofia, então a pergunta seguinte é: o que são conceitos? Há, é claro, concepções diferentes acerca da ontologia dos conceitos. Alguns os veem como entes psicológicos. O pensamento ocorre num sistema interno de representação, sendo que crenças e desejos entram no processo mental como símbolos internos. As crenças, então, teriam uma estrutura interna composta por representações mais básicas, que são justamente os conceitos. Para outros – fundados num certo ceticismo sobre a existência e utilidade das representações mentais –, os conceitos são habilidades que nos permitem diferenciar as coisas. Então, o conceito de

“CACHORRO” nos confere a habilidade de discriminar um cachorro de não-cachorros e fazer certas inferências sobre cachorros. Há ainda os que entendem que os conceitos são objetos abstratos em oposição aos objetos mentais: são os significados (ou conteúdo) das palavras e frases (Margolis e Laurence, 2021).

Seja qual for a ontologia dos conceitos, há ainda outra questão sobre sua estrutura: como eles são compostos? Também não vamos aprofundar este tema. Mas é importante fazer referência à teoria clássica, porque ela é importante para a obra de Schauer. Segundo esta teoria, os conceitos são formados por outros conceitos mais simples que indicam as condições necessárias e suficientes para que certo ente esteja dentro da extensão do conceito. Este é um tema relevante para Schauer porque, para alguns filósofos, o objetivo da filosofia é analisar as condições necessárias e suficientes do conceito. Para citar um autor contemporâneo, Colin McGinn adota justamente essa concepção.

Segundo McGinn, o objetivo da filosofia consiste em descobrir as essências das coisas por meio de uma investigação *a priori*. A filosofia busca o “ser” das coisas, pretende investigar no que certo ente consiste: a essência *qua* essência. O resultado dessa busca está na definição das coisas. “Definição”, para McGinn, é a relação entre a linguagem (ou possivelmente apenas o pensamento) e algo além da linguagem (ou pensamento), isto é, a realidade, o ser, o mundo objetivo. As coisas têm uma essência independente da linguagem e a tarefa do filósofo reside em formular em linguagem o que essas essências são enquanto essências (a essência *qua* essência). Para realizar essa tarefa, o filósofo não faz uma investigação empírica (por observação ou experimentos), tal como ocorre nas ciências naturais. O filósofo realiza sua investigação unicamente “da cadeira”, mediante contemplação. Isto é, de forma independente da experiência: *a priori*. Os únicos experimentos da filosofia são experimentos mentais e seus dados são possibilidades (ou intuições sobre as possibilidades). Essa busca do conhecimento da realidade objetiva de forma *a priori* é realizada por meio da análise conceitual, que, por sua vez, consiste na indicação, sem circularidade, das condições necessárias e suficientes para a aplicação do conceito. E isso é feito pela decomposição do conceito em suas partes componentes. O *analysandum* é um conceito

complexo composto por grupos de subconceitos; já o *analysans* é a especificação de suas partes conceituais que indicam as condições necessárias e suficientes do conceito analisado. Em suma, McGinn vê a *essência* da filosofia como a busca de essências por meio da análise conceitual (McGinn, 2021, p. 3-5).

Para Schauer (2022 [2015]), essa forma de ver a filosofia tem dominado a forma como os filósofos do direito conceituam o direito. E talvez não seja essa a melhor estratégia, já que ela resultou – e aqui entra o outro tema central do livro *A força do direito* – na exclusão de um elemento que não seria necessário e suficiente para o conceito de direito: a força. Afinal, as pesquisas feitas no âmbito das ciências têm indicado que nós não pensamos em termos de elementos necessários e suficientes. Mesmo teoricamente, esse é um ponto contestado. Existem outras teorias que procuram explicar os conceitos, como a teoria do protótipo e a teoria pluralista.

Não é o caso de entrar aqui em todas as nuances desse debate filosófico e como ele se aplica ao direito. Basta aqui anotar que o livro *A força do direito*, de Schauer (2022 [2015]), nos leva a pensar quais regras metodológicas devemos adotar para investigar o direito de maneira filosófica. Talvez não seja o caso de adotar posturas mais radicais de naturalismo filosófico – como a da filosofia experimental, a qual sustenta que a filosofia também deve se valer de experimentos para fazer afirmações filosóficas¹. Mas, por outro lado, ainda que os experimentos sejam uma atividade típica das ciências naturais e outras ciências sociais, o uso desses resultados talvez deva ser mais apreciado pelos teóricos do direito. Schauer (2022 [2015]) os usa de maneira muito hábil e evidencia como experimentos nos ajudam a entender melhor o fenômeno investigado, no caso, o direito.

Enfim, agora que procuramos contextualizar o leitor um pouco mais sobre este debate metodológico na filosofia, convém fazer a mesma coisa em relação ao segundo ponto central do livro de Schauer (2022 [2015]): o papel da força na conceituação do direito.

1. Sobre o naturalismo filosófico (não confundir com a teoria do direito natural), ver: Kornblith (2016) e Papineau (2021). Sobre a filosofia experimental, conferir Mallon (2016).

3 A COERÇÃO COMO ELEMENTO TÍPICO DO DIREITO, SEGUNDO SCHAUER

Como Schauer (2022 [2015]) ressalta desde o início de *A força do direito*, a teoria do direito analítica nutre a ambição de definir os atributos necessários e suficientes à delimitação do que é o direito – distinguindo-o, assim, de outros campos normativos, como o das regras morais e sociais em geral. O autor pretende sustentar a coerção, se não como característica universalmente distintiva do fenômeno jurídico, ao menos como propriedade importante do conceito de direito, como predicado que em geral faz parte de nossos entendimentos compartilhados sobre o que é o direito, como ele funciona e o que ele pode demandar. É interessante notar como, ao sustentar esse intento, Schauer mobiliza a base filosófico-linguística hartiana contra a teoria do direito de Hart.

Hart, professor de Direito em Oxford quando escreveu *O conceito de direito* (publicado em 1961), incorporou uma nova filosofia analítica que lá circulava naquela época: uma filosofia da linguagem ordinária, que pretendia compreender, internamente ao “jogo de linguagem” dos próprios falantes (por exemplo, dos juristas e cidadãos), o sentido dos conceitos que eles mobilizam. Ludwig Wittgenstein, em suas *Investigações Filosóficas* (1953), e John Langshaw Austin, em *Como fazer coisas com palavras* (palestras de 1955) e outros escritos, eram alguns dos filósofos por trás dessa nova concepção.

Hart fez uso dessa “técnica” quando discutiu a diferença entre “ser obrigado a” algo e “ter a obrigação de” (Hart, 2012 [1961], cap. 5). O aspecto interno de seguir uma regra caracterizaria o “jogo de linguagem” do direito (para usar um conceito de Wittgenstein), em oposição por exemplo à ordem de um assaltante (que mobilizasse não apenas a ameaça da coação, mas a violência explícita, para ordenar a obediência a seu comando). A partir dessa compreensão hermenêutica de como se usam as expressões cotidianamente, Hart (2012) construiu sua concepção do direito como um sistema de regras – fechado, no fim das contas, por uma simples regra social, não positivada: a convenção das autoridades sobre quais regras considerar válidas e, portanto, jurídicas.

Dworkin, sucessor de Hart na Universidade de Oxford, famosamente contestou essa visão convencionalista do direito e seu entendimento da discricionariedade que seria aberta pelo intérprete na “zona de penumbra” das regras, formuladas em linguagem com “textura” inevitavelmente “aberta” (nas palavras de Hart, 2012 [1961], cap. 7). Contestou também o ponto de vista moralmente desengajado da teoria do direito para descrever a disputa argumentativa sobre o que o direito demanda na solução de controvérsias. Mas não é esse o ponto da crítica de Schauer a Hart.

Curiosamente, Schauer (2022 [2015]) nota que para as pessoas comuns, e mesmo para os praticantes do direito, a coerção o distingue das meras recomendações trazidas por regras de moralidade ou etiqueta – as quais são apenas reforçadas por sanções difusas de reprovação, enquanto o direito se sustentaria pela aplicação sistemática e organizada de sanções. Entretanto, para a teoria do direito analítica predominante atualmente, nota Schauer (2022 [2015]), a coerção é marginalizada enquanto atributo definidor da juridicidade. Hart seria um dos responsáveis por isso, ao enfatizar o caráter interpretativo do fenômeno jurídico, em detrimento do lado da força – trazendo para a teoria do direito a “virada linguística” ocorrida na filosofia geral. Portanto, atentando-se à compreensão ordinária do direito (método semelhante ao de Hart), Schauer (2022 [2015]) contesta os resultados do seu contendor e afirma que também a teoria do direito deve retomar o foco na coerção se ela quer mesmo entender como o direito funciona. Ainda que não seja um elemento universalmente presente ao longo de todo um sistema jurídico, e em todo e qualquer direito imaginável em tese, ela é sim um dado *típico* do direito contemporâneo. Isso porque os cidadãos e os agentes públicos precisam ser motivados – e aí entra a força, ou a ameaça de seu emprego – inclusive para condutas e decisões que contrariem seus interesses individuais e mesmo o juízo autônomo de cada um sobre qual a melhor linha de ação a adotar.

Como distingue Schauer (2022 [2015], cap. 4-5), empiricamente pode-se atuar em conformidade com o direito:

- por algum fator independente (por exemplo, por se concordar moralmente com o conteúdo desta ou daquela norma) – neste caso, o direito é causalmente inócuo, apenas incorporando ou reiterando uma normatividade (ou “força normativa”) que lhe é exterior;
- pelo mero fato de ser direito (a definição formal da conduta como lícita ou ilícita enseja aderência de seus usuários, sob a crença de que se deve obedecer ao direito, qualquer que seja seu conteúdo) – situação focalizada pela teoria de Hart;
- pela crença na legitimidade política daquele sistema jurídico (em sua justiça formal e procedimental, legalidade ou respeito ao Estado de direito, digamos – independentemente do conteúdo das normas jurídicas);
- ou pelo medo da sanção (independentemente de se aceitar o conteúdo da norma ou mesmo o dever *a priori* e geral de obedecer o direito) – como enfatizava o positivismo imperativista.

Essa abordagem da coerção e da força em Schauer (2022 [2015]) representa uma retomada e reavaliação contemporânea de um tema clássico do positivismo analítico. É interessante notar como Schauer, em outras obras, reavalia também o que há de defensável dentro da concepção formalista do direito. O formalismo jurídico basicamente prega o caráter racional da justificação das decisões jurídicas – isto é, a suficiência das regras ou dos padrões normativos positivados enquanto fundamentos para se determinar a única decisão correta na aplicação do direito a um caso. O que está em jogo é o quanto a linguagem (no caso, o texto normativo) é capaz de delimitar as opções interpretativas disponíveis ao aplicador da norma em seu discurso de justificação decisória.

É nessa linha que Schauer (2011 [1988]) apresentou a plausibilidade de um “formalismo presumido”: a presunção a favor do resultado gerado pela interpretação literal da regra mais localmente aplicável, só derrotável quando normas menos localmente aplicáveis – incluindo o propósito subjacente à norma particular e preceitos tanto dentro quanto fora do domínio decisório em questão – oferecerem razões especialmente exigentes para que se evite o resultado gerado pela norma mais “próxima”. Nesse sentido,

o formalismo permite uma padronização das decisões de interpretação do direito na solução de controvérsias – é um raciocínio rotinizado, constrangido por regras (que precisam ser concretizadas a partir de sua generalidade e abstração); por partir de generalizações, contrasta com o particularismo, isto é, com a solução talhada por equidade para o caso concreto, à luz de sua singularidade em termos do contexto, das finalidades, dos valores e das pessoas especificamente nele envolvidos. É contextualmente, porém, que cada sistema jurídico define em que setores adotar raciocínios mais regrados (que podem não determinar aquela se seria a melhor solução para o caso, mas que permitem a generalização e segurança das expectativas) e em que setores e temas abrir-se a juízos mais particularistas e menos generalizáveis. É igualmente uma questão contextual se um sistema jurídico tende também a um “positivismo presumido” (Schauer, 1991), ou seja, a uma preferência relativa pelas soluções já regradas por decisões autoritativas anteriores (os precedentes, regulamentos e leis, ou seja, as fontes formais do direito).

Em todo o caso, o tema da justificação racional das decisões é contraparte importante ao tema da força enquanto dado típico do direito. Afinal, a limitação do arbítrio na interpretação jurídica depende não de sanções pessoais voltadas aos criadores e aplicadores do direito, mas da formação e cultura jurídica, dos incentivos institucionais (no Judiciário, sobretudo) e, especialmente, da exposição à crítica das razões apresentadas para justificar reivindicações e decisões.

4 COERÇÃO NA TEORIA DO DIREITO: PARA ALÉM DO DEBATE ANGLÓFONO

Dentro da tradição analítica, positivistas jurídicos como Hans Kelsen (1881-1973) foram influenciados pelo positivismo lógico do Círculo de Viena; esses filósofos da linguagem e da ciência do início do século XX acreditavam que poderiam melhor compreender e deslindar as controvérsias representando em uma linguagem de segunda ordem – mais formalizada em termos lógicos (e, eventualmente, mesmo matemáticos) – a linguagem ordinária dos usuários dos signos. Pense-se na preocupação de Kelsen,

na *Teoria Pura do Direito* (primeira edição de 1934, segunda de 1960), com as proposições jurídicas como construções da ciência do direito a partir dos textos normativos, e na conceituação das normas como esquemas de interpretação que dão sentido objetivo a atos de vontade subjetivos; essas normas são o elemento formal em que se decompõe o direito, uma “ordem coativa” (Kelsen, 2006 [1960], cap. 1).

Para Kelsen, o direito é organização da limitação da força. O Estado e o uso da força são derivações do direito. É famosa a passagem da *Teoria Pura do Direito* que distingue o comando da norma jurídica da ordem do “bando de salteadores” (Kelsen, 2006 [1960], p. 48-55). O que diferencia o poder de tributar do fisco da milícia que determina: “Mãos ao alto! Passe o dinheiro”? Kelsen responde: há que se distinguir entre uso autorizado e uso proibido da força. Autorizado por quem? Por órgão da ordem jurídica. Por norma válida vinculadora do destinatário. Por Constituição que seja a base da coerção eficaz. Para além dessas referências, Kelsen equipara o uso da força com a violência do “bando de salteadores”. É a ordem jurídica, e não o contrário, que define pressupostos para o uso da coação e os indivíduos autorizados a fazê-lo.

Dessa maneira, o direito protege os cidadãos que estão submetidos ao uso da força do emprego desse recurso por parte dos não autorizados. E, quando a questão é saber se o uso da força é ou não lícito, cabe a um tribunal independente respondê-la, e a ninguém mais. O Judiciário se transforma no “regulador do uso político da violência” (Ferraz Jr., 1994, p. 18).

Possuir o monopólio do uso legítimo da violência exige prudência. Não se conhece caminho para seu uso civilizado que não seja o Estado de Direito. Não cabe à força bruta e desautorizada pelo direito se intrometer nesses assuntos. Intimidar e aterrorizar os “comandados” com a brutalidade e a violência das “milícias” – geralmente fundadas e respaldadas exclusivamente pelo uso da força! – descaracteriza a relação entre direito e força: a aplicação da força respaldada não por ela própria, mas pelo direito. Quem possui competência legal para dizer que uma ordem é “absurda”? O destinatário da ordem emanada da autoridade? Qual a utilidade do devido processo legal

se qualquer agente público puder acusar o tribunal de ter feito “julgamento político”? Definitivamente, não é com o suporte exclusivamente na força que essas questões são respondidas.

Vale destacar, ainda no plano da teoria do direito radicada no direito europeu continental, os trabalhos de Norberto Bobbio sobre as diferenças entre comandos e conselhos, a relação entre direito e força e a função promocional do direito.

Bobbio diferencia “comandos” e “conselhos” exatamente em razão do poder coativo dos primeiros (ensaio original de 1961; ver Bobbio, 2012, p. 43-74). A razão da obediência está no respeito ou no temor do comando. Estabelece-se, assim, cadeia que vai da sanção do poder coativo à obrigatoriedade, que, por seu turno, conduz à obediência. A mais relevante dessas características, segundo Bobbio, é exatamente a sanção. Ao contrário, com os conselhos nada disso se verifica. Falta-lhes sanção, poder coativo e obrigatoriedade. Por tudo isso, a desobediência não gera nenhuma consequência jurídica. Aqui reside a força do direito: na resposta institucionalizada e organizada à violação das regras.

O ensaio “Direito e força” (original de 1965; ver Bobbio, 2012, p. 117-138) retoma a discussão. As sanções reaparecem como elemento relevante, não pelo simples fato de portarem consequências desagradáveis ou penalidades, mas sim pelo fato do ordenamento jurídico e suas normas regularem a aplicação de sanções. Vem daí a ideia, de origem kelseniana, de que o direito é uma específica técnica de organização da sociedade: um ordenamento que organiza, limita e regula o uso da força. O direito tem por grande objeto de regulamentação exatamente a força.

O que ocorre quando o direito, ao invés de punir a conduta indesejada, estimula, incentiva ou premia condutas desejadas? Pode-se falar, ainda, em direito como regulador do uso da força física? Bobbio (2007 [1976]) afirma que sim. Para tanto, deve-se deslocar a ideia de sanção como uso da força física – constranger pelo uso da força, forçar o recalcitrante – para a noção de que a coação deve ser vista como qualquer tipo de reação ou garantia de cumprimento de uma sanção. O ressarcimento de um dano ou o pagamento de uma multa pouco ou nada têm a ver com o uso da força. São formas de cumprimento de obrigações secundárias, diz Bobbio

(2007 [1976], p. 28-29). Vistas dessa perspectiva, as sanções premiais, segundo o autor, também podem ser observadas como garantias de que o destinatário do prêmio tem uma pretensão protegida pelo ordenamento, mediante o recurso à força organizada do Estado.

Esses temas também foram objeto de teorização pelo realismo jurídico escandinavo. Dentre os vários autores dessa importante linha de pensamento (Hägerström, Lundstedt, Ross, dentre outros), merece especial destaque Karl Olivecrona (1897-1980), em particular seu escrito “O direito e a força”, capítulo conclusivo da obra *O direito como fato*, originalmente publicada em 1939. Empenhados em assumir modelo decisivamente empirista e antime-tafísico de entendimento do direito, esses juristas, notadamente Olivecrona (1967 [1939]), destacam que as normas jurídicas são instruções sobre o uso da força socialmente organizada, ou orientações voltadas aos juízes a respeito do emprego da força. As pessoas não seguem o direito por medo das sanções, especula Olivecrona. As penas teriam apenas a função de preparar o terreno para a observância das normas.

Existiriam “imperativos independentes”, ou seja, figurações de situações desenhadas pelo legislador e propostas à população como esquemas de comportamento que, pela forma imperativa, pretendem influenciar a conduta. Não são propriamente comandos – que pressupõem relações diretas e pessoais que não existem entre pessoas e normas –, mas vínculos e poderes imaginários que não existem fora da esfera psicológica dos indivíduos. Daí viria a força vinculante do direito: uma força organizada. Não seria possível escapar dessa conclusão, caso se queira permanecer colado à realidade (Olivecrona, 1967 [1939], p. 105).

Outro autor do realismo escandinavo a cuidar do tema foi Alf Ross (2000 [1953]). Para Ross, a compulsão pela força possui claros limites, pois ela pode estar parcialmente, mas nunca inteiramente, fundada na própria força. A vida em sociedade pressupõe um aparato organizado de poder. Algum tipo de autoridade sempre se acha por trás da força. Daí a relação de reciprocidade entre temor e respeito ao direito (Ross, 2000 [1953], p. 82).

A maioria da população observa o direito não por receio da força ou das punições, mas, também, por “acato desinteressado”, diz Ross. Daí a ideia de poderes legítimos e de autoridade exercida “em nome da lei”. Explica o

autor: “É forçoso, portanto, que insistamos que a relação das normas jurídicas com a força consiste no fato de que se referem à aplicação da força e não de que são respaldadas pela força” (Ross, 2000 [1953], p. 78).

Fora do circuito europeu continental, vale mencionar antigo estudo sobre o tema feito em 1957 por Edgar de Godoi da Mata Machado e reeditado em 1999. Mata Machado (1913-1995) escreve noutro contexto, anterior às publicações de Ross, Hart, da segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, e dos trabalhos aqui mencionados de Bobbio. Também parece não conhecer ou não faz referências a Olivecrona. Isso não impede que seu trabalho, à época, fosse bastante bem informado e atualizado. Justamente por isso, o reexame de sua obra gera interesse. Suas conclusões podem ser assim sintetizadas: 1. Não é a coerção que define o direito; 2. Não é o ato coativo estatal que nos dá a conhecer o direito; 3. Na perspectiva dos fins a que visa, o direito pede, para efetivar-se, o uso eventual da coerção física. Em suas palavras: “A coerção é, assim, e apenas, um instrumento da lei. Não é a lei em sua essência – tal como é – mas a lei, neste ou naquele modo de ser, como *está* [...] pensamos que a coerção se situa no plano do exercício do direito, não de sua especificação” (Mata Machado, 1999 [1957], p. 243, destaques no original).

5 COERÇÃO NA ANTROPOLOGIA E SOCIOLOGIA JURÍDICA

Para além da teoria do direito, em outras disciplinas da reflexão jurídica o tema da coerção é também pomo da discórdia. Na antropologia jurídica anglófona da década de 1930, autores clássicos puderam tomar emprestada a definição de Roscoe Pound sobre o direito: uma forma de “controle social” diferenciada pela “aplicação sistemática da força em uma sociedade politicamente organizada” (Radcliffe-Brown, 1952 [1933], p. 212). Já uma década antes de tal foco em sanções institucionalizadas, Malinowski (1926) propusera entender o direito com ênfase na reciprocidade e na interação, não apenas na coerção; o direito poderia se revelar sobretudo por procedimentos e instituições, e os conflitos seriam então oportunidades de negociação.

A mesma controvérsia se repete na sociologia jurídica. Classicamente se entende que a coercitividade da ordem jurídica se sustenta sobre a legitimidade do monopólio da violência pelo Estado. Weber (2000 [1922], p. 209-227) porém, notava que há meios não violentos de coerção, porventura mais eficazes em alguns contextos, como boicotes, expulsões ou perdas de *status* determinadas por autoridades de alguma organização. Pode até ser que alguma organização tenha à sua disposição meios coercitivos superiores ao do Estado; há, então, direito fora do Estado (ainda que não reconhecido por este), assim como não deixa de haver uma comunidade política estatalmente organizada, isto é, o próprio Estado. Portanto, para Weber, a coerção garantida pela autoridade política *não* era atributo essencial de uma ordem jurídica; característica indispensável (para distinguir o direito de meras convenções sociais) seria ter algum tipo de meio coercitivo (seja físico, seja psicológico) à disposição, o que nem sempre está sob domínio da autoridade estatal. A coerção – como constrangimento que se impõe à ação, independentemente do concurso voluntário de alguém e mesmo contra a sua vontade – pode valer-se ou não da coação física.

Embora não resumisse o direito ao Estado, Weber considerava a vantagem que existe para o direito estatal diante de outras ordens e instituições: o Estado se distingue por dispor, com aceitação geral presumida (legitimidade), do meio da coação física (Weber, 2004a [1922], p. 525-529; 2004b [1918], p. 55-64); no Estado moderno a legalidade legítima e organiza (burocraticamente) o emprego da força, e o emprego da força reitera a normatividade – ou mesmo a legitimação para adotar meios coercitivos acaba por significar um consenso ampliado, de modo que esses próprios meios são economizados e transformados em alternativa subsidiária à obediência espontânea: a orientação da ação social pelas regras.

Do ponto de vista da sociologia sistêmica funcionalista, o direito existe enquanto toda comunicação sobre o lícito e o ilícito, seja feita pelas profissões e organizações jurídicas, seja pelo público em geral. Da perspectiva de Luhmann, temas clássicos da sociologia jurídica relacionados com a institucionalização das sanções – por exemplo, o “controle social” (dimensão social) ou a “força do direito” (materialidade do direito) – são deslocados para plano secundário. O que importa é identificar que o direito desempenha função

atrelada à dimensão temporal: manutenção de uma expectativa normativa ao longo do tempo. A diferenciação do direito com relação a outros sistemas de comunicação não é constituída nem demarcada pela força ou pelo uso que dela faz o direito. Antes o contrário: é no tipo de operação comunicativa engendrada pelo próprio direito que o sistema jurídico se autodiferencia da política ou da economia, por exemplo. Trata-se de modalidade teórica e metodológica bastante diversa daquela adotada pela filosofia analítica do direito (sobre filosofia analítica do direito, ver Villa, 2003; sobre a teoria dos sistemas sociais aplicada ao direito, ver De Giorgi, 2017 [1979]).

Na concepção de Luhmann, a força física é apenas um meio simbiótico cujos efeitos sensoriais e simbólicos reforçam a normatividade do direito (Luhmann, 1983 [1972], p. 123-132): para estabilizar e generalizar as expectativas que o sistema jurídico reconhece como válidas, e reforçar a resistência destas à desilusão, o direito combina normas a sanções, isto é, ameaças de coerção. A violência é não apenas politicamente centralizada (e assim suportada por um consenso geral pressuposto: o medo do soberano) como também juridicamente diferida, postergada e estocada como último recurso para a imposição do direito positivo, se não for verificado seu cumprimento espontâneo. Desse modo, submetida a controles, dosagens e verificações procedimentais (sobre *se* deve incidir, e *como* deve ser aplicada, tudo segundo programações normativas), a violência deixa de estar no primeiro plano da definição da positividade do direito. O problema da contingência e possível arbitrariedade do sistema jurídico reaparece no momento da decisão: textos são produzidos sobre as normas textualizadas, interpretando-as; argumenta-se sobre as interpretações possíveis, observando-as e testando-as à luz de finalidades e consequências; mas a decisão é obra da autoridade que dita o direito, e toda consistência lógica ou integridade moral pode ser desfeita pelo ato que positiva a norma e resolve o caso. Paradoxalmente, é esta autólise – a suspensão da justificação racional pela decisão – que viabiliza a continuidade das redes autopoieticas de produção de sentido jurídico, ao cauterizar suas extremidades e encerrar o caso, fechado então como “coisa julgada”.

Se as expectativas jurídicas ganham durabilidade por seu caráter contrafático, de resistência à desilusão, essas normas são ainda mais reforçadas ao serem vinculadas a sanções. Ainda que falássemos, nos termos kantianos

clássicos, apenas de sanções externas organizadas – para diferenciar a ordem jurídica da ordem moral, com suas sanções da consciência –, é certo que há uma variedade de sanções que podem ser desenhadas e implementadas para robustecer a normatividade. O próprio Estado pode, em vez de ameaçar punições, prometer vantagens e prêmios (Bobbio, 2007 [1976]). Mas, e quando se trata de ordens jurídicas não estatais, vislumbradas por concepções de pluralismo jurídico? Aquelas menos institucionalizadas podem buscar resolver os conflitos amistosamente, e apenas ameaçar retoricamente o apelo à polícia (Santos, 2014 [1973]); outras podem se armar de um aparato repressivo próprio, paralegal, miliciano (Junqueira e Rodrigues, 1992). As ordens mais institucionalizadas, como aquelas do comércio transnacional, podem dispensar a violência evocada pela imagem da sanção penal, preferindo desenvolver normatizações, doutrinas e órgãos de julgamento, assim como impor sanções reputacionais, como a exclusão de membros ou sua estigmatização em “listas negras” (Teubner, 2003 [1996]). Meios econômicos de pressão substituem nesses casos, ainda que parcialmente, o recurso à força.

6 CONCLUSÃO

Procuramos neste texto traçar uma genealogia das vertentes do positivismo jurídico analítico – e de reflexões correlatas, como aquelas da sociologia compreensiva e da sociologia sistêmica – que ampara uma série de debates contemporâneos sobre o tema da coerção; boa parte dessas análises está debatida, criticada e sumarizada em um texto que se tornou referência do estado da arte a respeito do tema: o livro *A força do direito*, de Frederick Schauer (2022 [2015]). Na obra, Schauer não está preocupado em afirmar, peremptoriamente, se a coerção é elemento instrumental essencial, não essencial ou elemento material indispensável para a caracterização da norma ou do ordenamento jurídico. Simplesmente, parte da premissa de que a coerção não é dado a ser desconsiderado e, muito menos, ignorado pela teoria ou pela filosofia do direito.

REFERÊNCIAS

- AMATO, Lucas Fucci (2019). “Moralidade, legalidade e institucionalização: o debate Hart-Fuller.” *Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV)*, v. 11, n. 1, pp. 335-360.
- ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret (1958). “On brute facts.” *Analysis*, vol. 18, n. 3, pp. 69-72.
- AUSTIN, John (1995 [1832]). *The province of jurisprudence determined*. Edição de Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press.
- BENTHAM, Jeremy (1879 [1790]). *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Clarendon.
- BIX, Brian (2019). “John Austin.” In: ZALTA, Edward N (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/austin-john/>. Acesso em 26 abr. 2022.
- BOBBIO, Norberto (2007 [1976]). *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo, Manole.
- BOBBIO, Norberto (2012 [1955]). *Estudos por uma Teoria Geral do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo, Manole e Instituto Norberto Bobbio.
- DE GIORGI, Raffaele (2017 [1979]). *Ciência do Direito e Legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann*. Tradução de Pedro Jimenez Cantisano. Curitiba, Juruá.
- DWORKIN, Ronald (1986). *Law's empire*. Cambridge, MA, Harvard University Press.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio (1994). “O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?” *Revista USP*, n. 21.
- FULLER, Lon Luvois (1969 [1964]). *The morality of law*. 2 ed. New Haven; London, Yale University Press.
- HART, Herbert Lionel Adolphus (1982). *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. Oxford, Clarendon.
- HART, Herbert Lionel Adolphus (1983). *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford, Clarendon.

- HART, Herbert Lionel Adolphus (2012). *The concept of law*. 3 ed. Oxford, Clarendon.
- HOBBS, Thomas (1971 [1681]). *A dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. Edição de Joseph Cropsey. Chicago, University of Chicago Press.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho; RODRIGUES, José Augusto de Souza (1992). “Pasárgada revisitada.” *Sociologia, problemas e práticas*, n. 12, pp. 9-17.
- KELSEN, Hans (2006 [1960]). *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo, Martins Fontes.
- KORNBLITH, Hilary (2016). “Philosophical naturalism.” In: CAPPELEN, Herman; GENDLER, Tamar Szabó; HAWTHORNE, John (eds.). *The Oxford Handbook of philosophical method*. Oxford, Oxford University Press.
- LIEBERMAN, David (1989). *The province of legislation determined: legal theory in eighteenth-century Britain*. Cambridge, Cambridge University Press.
- LUHMANN, Niklas (1983 [1972]). *Sociologia do Direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, vol. 1.
- MALINOWSKI, Bronislaw (1926). *Crime and custom in savage society*. New York, Harcourt.
- MALLON, Ron (2016). “Experimental philosophy.” In: CAPPELEN, Herman; GENDLER, Tamar Szabó; HAWTHORNE, John (eds.). *The Oxford Handbook of philosophical method*. Oxford, Oxford University Press.
- MARGOLIS, Eric; LAURENCE, Stephen (2021). “Concepts.” In: ZALTA, Edward (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/concepts/>. Acesso em 26 abr. 2022.
- MATA MACHADO, Edgar de Godoy da (1999 [1957]). *Direito e coerção*. São Paulo, Unimarco.
- MCGINN, Colin (2021). *Truth by analysis: games, names, and philosophy*. Oxford, Oxford University Press.

- MICHELON JR., Cláudio Fortunato (2004). *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento no direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- OLIVECRONA, Karl (1967 [1939]). *Il diritto come fatto*. Milano, Giuffrè.
- PAPINEAU, David (2021). “Naturalism.” In: ZALTA, Edward (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/naturalism/>. Acesso em 26 abr. 2022.
- RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald (1952 [1933]). “Primitive law.” In: RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. *Structure and function in primitive society*. Glencoe, Free Press.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2014 [1973]). *O direito dos oprimidos*. São Paulo, Cortez.
- SCHAUER, Frederick (1991). *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford, Clarendon.
- SCHAUER, Frederick (1994). “Fuller’s internal point of view.” *Law and Philosophy*, vol. 13, n. 3, pp. 285-312.
- SCHAUER, Frederick (2009). “Institutions and the concept of law: a reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick).” In: BANKOWSKY, Zenon; DEL MAR, Maksymilian (Eds.). *Law as institutional normative order: essays in honour of Sir Neil MacCormick*. Burlington, Ashgate, pp. 35-44.
- SCHAUER, Frederick (2011 [1988]). “Formalismo.” Tradução de Diego Werneck Arguelhes, Fábio Shecaira e Noel Struchiner. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo, Saraiva, pp. 65-116.
- SCHAUER, Frederick (2012). “Positivism before Hart.” In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (eds.). *The legacy of John Austin’s jurisprudence*. Dordrecht, Springer, pp. 271-290.
- SCHAUER, Frederick (2022 [2015]). *A força do direito*. Tradução de André Luiz Freire. São Paulo, Martins Fontes.
- SCHOFIELD, Philip (2019). “‘The first steps rightly directed in the track of legislation’: Jeremy Bentham on Cesare Beccaria’s Essay on Crimes and Punishments.” *Diciottesimo Secolo*, v. 4, pp. 65-74.

- SCHWARTZ, Stephen P. (2017). *Uma breve história da filosofia analítica: de Russell a Rawls*. Tradução de Milton C. Mota. São Paulo, Loyola.
- TEUBNER, Gunther (2003 [1996]). “A Bucowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional.” Tradução de Peter Naumann. *Impulso*, vol. 14, n. 33, pp. 9-31.
- VILLA, Vittorio (2003). *Storia della filosofia del diritto analitica*. Bologna, Il Mulino.
- WEBER, Max (2000 [1922]). *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3 ed. São Paulo, Editora UnB; Imprensa Oficial, vol. 1.
- WEBER, Max (2004a [1922]). *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo, Editora UnB; Imprensa Oficial, vol. 2.
- WEBER, Max (2004b [1918]). “A política como vocação.” In: WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 12 ed. São Paulo, Cultrix.
- WILLIAMSON, Timothy (2007). *The philosophy of philosophy*. Oxford, Blackwell.

2

O bicentenário do Código Civil Francês de 1804

CLÁUDIO DE CICCIO

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2004 celebrou dois bicentenários importantes a serem lembrados: o da morte de Emmanuel Kant e o da promulgação do Código Civil Francês de 1804, conhecido como “Código Napoleão” em razão de ter sido editado no consulado de Bonaparte. Os dois fatos históricos, ocorridos em países e circunstâncias diversas, aparentemente paralelos, podem se inter-relacionar se observarmos que pertencem à mesma visão de mundo do final do século XVIII e início do XIX, estreitamente ligados ao desmoronamento do *Ancien Régime* e à construção da sociedade liberal. Impõe-se, então, ao nosso espírito uma retrospectiva histórica sobre uma lei que ainda é objeto de controvérsias pelo que estabeleceu ou deixou de legislar. Isto, é claro, no âmbito de um estudo que pretende destacar a Filosofia e a Teoria Geral do Direito, e não as inúmeras questões que tão importante diploma pode ensejar em matéria de Dogmática Civil.

2 O CÓDIGO DE 1804

Começemos por afirmar que o Código de 1804 trouxe inovações como a supressão do direito de primogenitura em matéria de Sucessões, a admissão do divórcio em caso de adultério no Direito de Família, a abolição dos direitos feudais ainda existentes em matéria de Direito das Coisas.

Era o triunfo dos ideais iluministas de eliminação dos usos e costumes feudais os quais ainda sobreviviam apesar da força centralizadora do poder político na era absolutista. Depõe Gaxotte (1985, p. 41)¹ que a França da época de Luís XIV ainda era uma “[...] confederação de províncias, cada uma das quais conservava suas particularidades e hábitos, gerando extrema complicação” em que coexistiam antigos costumes e leis de origem germânica com as *Ordonnances* ou leis reais com base no Direito Romano. Com o Código, unificava-se a legislação civil e começava-se a desenhar o mapa jurídico de uma só França.

O deputado e jurista Jean-Jacques Régis de Cambacérès apresentara um Projeto de Código Civil Francês, já em 4/6/1793, em que propunha a supressão da diferença entre filiação legítima e natural e a total liberdade contratual: equivaleria, na prática, a uma diminuição da força da instituição do casamento civil e do pátrio poder, que vinham do Direito Romano. Tal projeto foi rejeitado pelo Legislativo por ser demasiado jurídico e pouco filosófico, mas, para Bobbio (1995), sequer foi analisado, pois *majora premebant*, ou seja, certos acontecimentos militares tornavam mais prementes as discussões da Convenção Nacional sobre a defesa da soberania da nação, como a ameaça das forças da Áustria na fronteira italiana e da Inglaterra nos portos do país. Mais duas tentativas, com os Projetos de 1794 e 1796, foram prejudicadas, respectivamente, pelo tumulto provocado pela queda de Robespierre em 27/7/1794 (o 9 do mês de Termidor do novo calendário), como fim do Terror, e a conspiração de Graccus Babeuf para derrubar o Governo do Diretório e instalar um regime comunista (*avant la lettre*) na França, lançando o famoso

1. No mesmo sentido, Orliac (1985).

Manifesto dos Iguais de 9/4/1796 (20 de Germinal) (Godechot, 1988). Não havia clima para, serenamente, discutir um Projeto, quando o destino político da nação estava em jogo!

Foi preciso esperar momento mais sereno, depois que o chefe do governo diretorial Paul François de Barras conseguiu prender Babeuf e outros líderes dos Iguais. Enquanto isso, o jovem capitão de Artilharia Napoleone Buonaparte, originário da ilha da Córsega, depois conhecido como Napoléon Bonaparte, retoma o porto de Toulon que caíra nas mãos dos ingleses.

Foi o primeiro degrau de uma fulgurante carreira militar que, após as vitórias de Montenotte, Mondovi, Lodi, Arcole e Rivoli, afasta o perigo austríaco e torna os patriotas do norte da Itália aliados dos franceses. Barras e Maurice de Talleyrand veem nele uma liderança nacional que poderia pacificar e unir, em nome da pátria, todos os cidadãos. O golpe de 18 Brumário (9/11/1799) põe fim ao Diretório e instala o Consulado, com três membros: Napoleão (primeiro cônsul), Emmanuel Joseph Siéyès (famoso autor do folheto “O que é o Terceiro Estado?”) e Roger Ducos, depois Lebrun. O Código Civil foi um ponto de chegada: a Revolução de 1789 a 1799 havia acabado: “*Citoyens, la Révolution est fixe aux principes qui l’ont commencée, la Révolution est finie.*” (Jamet-Napoléon, 2003, p. 135).

No ano seguinte, é instalada uma Comissão para elaborar um Projeto de Código Civil, presidida por Jean Etienne Marie Portalis, antigo preso político durante a ditadura de Robespierre e exilado pelo Diretório, recém-chegado à França com um livro que escrevera – *Reflexões sobre o Abuso do Espírito Filosófico no Século XVIII* –, uma crítica violenta ao Iluminismo cuja publicação só ocorrerá postumamente pelos seus filhos, mas que é útil para revelar as ideias que inspiraram o Código de 1804 (Bobbio, 1995).

Como resume Bobbio, Portalis faz duros ataques à filosofia de Kant, acusando-a de ter causado o desprezo pela tradição, o ateísmo e o materialismo (ibid.).

É preciso ter lido *A Religião nos Limites da Simples Razão* para ter outra ideia do filósofo de Königsberg. Entre dizer que Deus não pode ser objeto da experiência humana e negar sua existência vai grande distância, mesmo porque a moral kantiana do dever postula exatamente o Bem Supremo

como *a priori* da conduta. Que isto não seja Escolástica e que mostre nítida influência do Pietismo, em que o filósofo alemão foi educado, pode-se admitir; mas, ateísmo, jamais! (Kant, 1983).

Pode-se até dizer que a era do Romantismo que então se inaugura, se traz uma indiscutível herança de Rousseau, com a valorização da natureza em que se veem divinas manifestações, é tributária de Kant na medida em que consagra a magnitude de Jesus Cristo como modelo. Além disso, quem tiver lido os *Fundamentos Metafísicos do Direito*, também conhecidos com o título *Doutrina do Direito*, notará que o grande referencial, em matéria de Dogmática Jurídica, é o Direito Romano, a mesma fonte à qual recorrem os membros da Comissão de 1800 – ou seja, nada há que se aproxime de um desprezo pela tradição jurídica ocidental por parte de Kant. Em outras palavras, fica parecendo que, identificando o filósofo alemão com o Iluminismo e tendo, certamente, lido as obras de Voltaire, atribuiu a ambos a mesma intenção corrosiva que, ao menos no que respeita a Kant, pelo afirmado acima, é absolutamente descartável.

3 O CÓDIGO E O DIREITO NATURAL

Os trabalhos da Comissão Redatora composta pelos juristas Tronchet, Maleville, Bigot e Portalis terminaram um ano depois de começarem os trabalhos em 1803 e foram encaminhados para o Conselho de Estado, conforme determinava a Constituição do Ano VIII (Oitavo da Revolução de 1789), elaborada por Siéyès após o 18 Brumário.

Depois de 102 sessões, das quais Bonaparte participou pessoalmente de 57, o Código foi promulgado em 21 de março de 1804.

Há quem considere tudo como fruto de uma ditadura militar, mas artigo recente atenua um pouco as tintas: “Não é exato dizer que foi uma ditadura que se instalou, pois os oficiais continuaram subordinados ao poder político. Foi a nação inteira das elites civis à Universidade que foi organizada como um exército.” (Bertaud, 2003, p. 22)². Vale dizer: depois das desordens

2. Ver ainda Jules (2003).

nas disputas entre várias facções revolucionárias por 10 anos, além da guerra civil contra os contrarrevolucionários da Bretanha, Normandia e Vendée, era preciso salvar as conquistas de 1789, pondo ordem na casa!

Também há quem considere tal data como a do início do Positivismo Jurídico na Europa Continental.

Trata-se, *data vênua*, de evidente exagero, pois a *époque* do legislador ainda é a do Jusnaturalismo do século anterior, como se lia no Artigo 1 do Título I: “Existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas: não é outro senão a razão natural, já que esta governa todos os homens” (Bobbio, 1995), mais tarde suprimido, e que recorda a famosa definição de Cícero (*República*, Livro III, 22).

No entanto, observa Tarello, que há uma considerável atenuação do sentido racionalista e um verdadeiro triunfo da tradição jurídica francesa do *Droit Coutummier*, conforme a consolidação de Jean Domat (1625-1696) e a hermenêutica de Robert Joseph Pothier (1699-1772), os quais beberam na fonte do *Corpus Júrís Civilis*; enquanto o primeiro jurista teve uma visão sistemática, o segundo a teve casuística (Tarello, 1976). Eis o motivo pelo qual se considera o *Code Napoléon* como o início de uma família ou tradição romanística, e não propriamente romana, pois não se trata de mera transcrição de leis romanas antigas consolidadas por Justiniano no *Corpus*, mas de sua adaptação a situações diferentes vividas pela França durante toda a Idade Moderna.

Porém o fundamento é o Direito Natural, desde Grotius considerado sobretudo como Racional, consagrado na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de agosto de 1789.

Não conseguimos ver aí o início do Positivismo Jurídico, que parte de base diversa, a validade da lei devido somente à autoridade de quem a promulga, independentemente de seu conteúdo, esvaziando todo o sentido do Jusnaturalismo.

A redução do direito ao texto legal, conhecida como visão do Positivismo Jurídico só poderia ocorrer quando o Leviatã imaginado por Thomas Hobbes se tornasse realidade palpável no Estado Totalitário, de lamentável memória no século XX.

O que observamos, isto sim, é a translação do Direito Natural aristotélico – situado na *polis* grega, ou na corporação medieval contemporânea de São Tomás, ou nos Estamentos do *Ancien Régime* – para um Direito do Homem e do Cidadão, de origem estoica, não propriamente aristotélico-tomista, como mostra o grande restaurador do Direito Natural Clássico nos nossos dias, o professor Michel Villey (1914-1987) (2003).

Tal Jusnaturalismo considera o indivíduo isolado, sem família, sem profissão, sem município nem região, que começa sua vida como criança de pais desconhecidos e morre celibatário e sem herdeiros. É o Robinson Crusoé, o homem abstrato e não político do Antropocentrismo. Em palavras mais exatas, é o advento do que Gioele Solari denominou “Individualismo nel Diritto Privatto” (De Ciccio, 1995).

Esta foi a base, mas se modificou, segundo a experiência jurídica de uma nação patriarcal, de economia agrícola e pastoril, ainda não transformada pela industrialização a ponto de esquecer os costumes dos antepassados. Foi onde prevaleceu o bom senso da Comissão redatora.

4 A ESCOLA DE EXEGESE

A partir do Código de 1804, começa uma grande renovação da Ciência Jurídica, servindo tal diploma de modelo para inúmeras codificações em diversos países da Europa, América Latina e, depois, Ásia e África, com as devidas adaptações às diferentes situações culturais e humanas. Para vários países, como Itália, Espanha, Portugal, Bélgica e, claro, a França, a estabilidade decorrente do fato de os cidadãos terem certeza da lei que regia suas vidas – sem ficarem ao sabor de caprichos deste ou daquele governante – pesou muito para que a adaptação dos artigos às realidades que surgiram no decorrer do século XIX fosse feita sem se pensar em abater as instituições fundamentais da vida jurídica.

Mesmo François Géný, que abria perspectivas para a aplicação de usos e costumes, na lacuna da lei, com a *libre recherche* preceituou *Au delà du Code, mais par le Code*³ (Reale, 1998).

Os ataques mais duros contra a codificação vieram de dois campos opostos: os Românticos da Escola Histórica Alemã e os Anárquicos da Escola do Direito Livre na Polônia. Os primeiros combateram ferozmente a Codificação na Alemanha em nome das diversidades locais, como o famoso Frederich Carl von Savigny; os adeptos do Direito Livre de Hermann Kantorowicz, em nome da consciência individual do juiz.

Vale dizer que, com a Escola Histórica, voltaria o pluralismo das fontes da época feudal, com o Direito Livre caindo num subjetivismo total, retirando qualquer segurança do cidadão.

A realidade provou a inanidade de tais ideias, pois a Alemanha unificada de 1870 elaborou, com Willelm Windscheid e os estudiosos do *Corpus Juris Civilis*, seu Código Civil de 1900, que exerceu grande influência sobre Bevilacqua no seu Projeto de Código Civil Brasileiro de 1916 (De Cicco, 1993).

O Direito Livre teve algumas reaparições episódicas como, entre nós, o chamado “direito alternativo”, também sem maior repercussão, mais como uma crítica da legislação desatualizada ou ineficaz do que verdadeira alternativa em matéria de visão do Direito.

O que prejudicou bastante os resultados da codificação foi o surgimento, à margem da Escola de Exegese, do “princípio da onipotência do legislador.”

Este princípio é o maior responsável pela caricatura do próprio Código ao dizer, por exemplo, o professor Bugnet que, aliás, não era porta-voz da Escola: *Sou professor de Código Civil, não conheço o Direito Civil*. Foi, evidentemente, uma *boutade* que serviu para desmoralizar a Escola de Exegese.

Esta se desenvolveu depois da promulgação de 1804, dando ao legislador toda a força e limitando proporcionalmente o poder de interpretação dos juízes ao aspecto gramatical e sistemático das disposições do Código.

3. Ir além do Código, mas pelo Código.

Nisto vemos obediência ao princípio da divisão dos poderes, que não permite ao Judiciário invadir a esfera do Legislativo, pois *il faut que le pouvoir contienne le pouvoir* (Montesquieu).

Todavia, isto não significava negar a existência de lacunas no Código, pois no discurso preliminar ao Conselho de Estado, pronunciado pelo próprio Portalis, e que Norberto Bobbio nos fornece em sua obra ao pesquisar as origens históricas do Positivismo Jurídico na Europa (Bobbio, 1995), ele declarava (*in verbis*): “Faça-se o que se fizer, as leis positivas não poderão jamais substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida”, daí que “[...] uma grande quantidade de coisas são, portanto, abandonadas ao império do uso, à discussão dos homens cultos, ao arbítrio dos juízes.” (ibid., p. 75).

Antecipando Gény, quase em uma centúria, Portalis concluía em 1804:

Na falta de um texto preciso sobre a matéria, um antigo uso, uma série não interrompida de decisões similares, uma máxima adotada funciona como lei. Quando se trata de algo absolutamente novo, remonte-se ao Direito Natural. (Ibid., p. 76).

Era este o espírito que norteava os codificadores napoleônicos quando, no artigo 4, diziam: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio da obscuridade da lei ou da sua insuficiência, poderá responder como culpável de denegação de justiça.”

Era, na abalizada opinião de Bobbio, uma exigência fundada na possibilidade de fazer uma autointegração, recorrendo à analogia, caso houvesse lei regulando caso semelhante ou, na impossibilidade desta, uma heterointegração, recorrendo ao Direito Natural, considerado ordenamento jurídico diverso do positivo e até superior a ele, aos costumes e usos, à jurisprudência uniforme. Já não é a *libre recherche* no início do século XIX?

Se posteriormente a Exegese se deformou, seus autores passaram a negar a existência de lacunas e proclamaram a onipotência do legislador. Isto não pode ser imputado ao Código cujo bicentenário agora comemoramos, mas ao progressivo abandono da ideia do Direito Natural que, até então, era o paradigma da Filosofia e da Teoria Jurídicas.

Para a época, os méritos do Código são resumidos com precisão por Reale (1962): “Na realidade bem poucos legisladores como os de 1804 souberam colocar-se tão sobranceiros às vicissitudes do passado e às forças projetantes do futuro, pondo-se a cavaleiro de duas épocas”.

Na coletânea comemorativa à que nos referimos, sublinha Lebigre (2003, p. 26):

Lê-se nos Trabalhos Preparatórios da Comissão: Tudo o que é antigo já foi novo. O essencial é imprimir às instituições novas o caráter de permanência e de estabilidade “que lhe possa garantir o direito de se tornarem antigas.

Judiciosamente, a autora comenta: “conciliou-se o antigo e o novo, a Tradição e a Revolução” (ibid.)⁴.

5 CONCLUSÃO

Parece que tal espírito de síntese se perdeu no decorrer dos séculos XIX e XX, marcados por antagonismos de toda espécie e, em grande medida, provocou, numa sociedade farta de guerras e revoluções, certo ceticismo perante a ideia de Justiça, como um relativismo moral que invade setores antes considerados inexpugnáveis – como o amor dos filhos pelos pais, o respeito pelo alheio etc. Tudo isso facilitando o triunfo de uma tecnologia jurídica que não admite verdades definitivas em campo algum, muito menos no Direito, no sentido de liquidar qualquer ideia de baliza para os operadores do Direito. A lei passa a ter apenas uma validade formal, ainda que o seu maior pensador, Hans Kelsen admitiu que a lei deveria ter um mínimo de eficácia, não bastando apenas a vigência.

4. No mesmo sentido, Ambelain (1989, p. 159) cita Napoleão nos debates sobre o Projeto e a acusação jacobina de que ele seria um retrocesso: “Conservando tudo o que a Revolução pode produzir de novidades úteis, eu não renuncio às boas instituições que ela teve a má ideia de destruir.”

Não há valores permanentes, o que Reale denomina “constantes axiológicas”. Assim, a Ciência Jurídica se aproxima de uma posição nas antípodas daquela vislumbrada pelo Código duas vezes secular que, enriquecido de rica jurisprudência e sustentado por exímia doutrina em que se salientaram Laurent, Aubry e Rau, Demolombe, na sua estrutura básica se mantém até hoje como monumento a uma época gloriosa para a França. Como fecho a este capítulo da história das ideias jurídicas que quisemos recordar, nada mais expressivo do que o testemunho do próprio Napoleão ao fazer a retrospectiva de toda a sua vida, no isolamento do exílio, na longínqua ilha de Santa Helena: “Minha verdadeira glória não é de ter ganho quarenta batalhas; Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. O que não se apagará, o que viverá eternamente, é meu Código Civil”.

REFERÊNCIAS

- AMBELAIN, Robert (1989). *Le Secret de Bonaparte*. Paris, Laffont.
- BERTAUD, Jean Paul (2003). Une Dictature Militaire. In: *L'Histoire: Napoléon l'Homme qui a changé le Monde*, jul.
- BOBBIO, Norberto (1995). *O positivismo jurídico*. São Paulo, Ícone.
- DE CICCIO, Cláudio (1993). *Direito: tradição e modernidade*. 2 ed. São Paulo, Ícone.
- DE CICCIO, Cláudio (1995). *Uma crítica idealista ao legalismo: a filosofia do direito de Gioele Solari*. São Paulo, Ícone.
- GAXOTTE, Pierre (1948). *La France de Louis XIV*. Paris, Hachette.
- GODECHOT, Jacques (1988). *Chronologie de la Révolution Française*. Paris, Perrin.
- JAMET, Dominique (2003). *Napoléon*. Paris, Plon.
- KANT, Emmanuel (1983). *La Religion dans les Limites de la Simple Raison*. Paris, Vrin.
- LEBIGRE, Arlete (2003). La Révolution du Code Civil. In: *L'Histoire*, jul.
- ORLIAC, Paul (1985). *Histoire du Droit Français de l'a mil au Code Civil*. Paris, Albin Michel.

- REALE, Miguel (1998). *Lições preliminares de Direito*. 24 ed. São Paulo, Saraiva.
- REALE, Miguel (1962). Prefácio: “O significado histórico do Código Civil Francês”. In: *Código Napoleão ou Código Civil dos franceses: texto integral do Código de 1804 com todas as modificações nele posteriormente introduzidas e ainda em vigor e mais as principais leis complementares*. Rio de Janeiro, Record.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (1996). *La Profession de Foi du Vicaire Savoyard dans l'Émile*. Paris, Garnier.
- TARELLO, Giovanni (1976). *Storia della Cultura Giuridica Moderna*. Turim, Il Mulino.
- VILLEY, Michel (2003). *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. 2 ed. Paris, Presses Universitaires de France.

O crepúsculo da doutrina na elaboração jurisdicional brasileira¹

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA

1 TEMA, MÉTODO E PROPOSIÇÃO

Busca-se desenvolver neste trabalho, do ponto de vista do historicismo (compreensão temporal da trajetória dos institutos jurídicos) e da teorética (compreensão normativa-dogmática e empírica do direito)², uma análise crítica do papel da doutrina na produção jurisdicional brasileira contemporânea, com o que se intenta demonstrar que a doutrina vive hoje no país, em tempos de vinculação vertical das decisões judiciais, o seu crepúsculo, ideia que remete à claridade frouxa que persiste algum tempo depois de o Sol se pôr.

1. Trata-se de uma reflexão crítica, orientada pela racionalidade histórica e teorética (normativo-dogmática e empírica), sobre o ocaso da doutrina no horizonte das ciências normativas, que se deu na passagem do século XIX para o século XX, fruto das sociedades modernizantes. Tal fenômeno aprofundou-se, no Brasil, na base do próprio formalismo jurídico de tradição europeia, com a instauração do sistema de vinculação vertical das decisões judiciais, delineado, a princípio, na Reforma do Judiciário (EC 45/04), cujos contornos se tornaram mais precisos no Código de Processo Civil de 2015. Hoje, nenhum juiz ou tribunal pode decidir sem levar em conta a orientação das cortes superiores, havendo se estabelecido um rígido mecanismo de controle normativo em nome da estabilidade, integralidade e coerência do sistema jurisdicional. Com isto, a doutrina, no país, tende a ficar praticamente circunscrita ao ambiente universitário (aqui também com sinais de desprestígio) e à esfera acadêmica.

2. A propósito, ver Neves (1993, p. 49-54).

Para tanto, trataremos da origem da doutrina e do seu desenvolvimento, deixando de lado a polêmica existente em torno da palavra “fonte do direito”, expressão que só utilizaremos acrescida do adjetivo “formal” em algumas circunstâncias (para evitar ambiguidades), no sentido de reconhecer a produção jurídica que vincula o aplicador do direito na prestação jurisdicional. De tal sorte, indagações acerca da existência de “fontes materiais” (fundamentos de ordem filosófica, compreensão histórica e sociológica), ao lado das chamadas “fontes formais” (norma, costume, jurisdição e contrato), também denominadas, respectivamente, “fontes mediatas” e “fontes imediatas”, não serão objeto de análise, porquanto a classificação, proposta por muitos, não interfere na proposição do presente estudo.

2 A DOCTRINA VINCULANTE: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

Tanto a jurisprudência como a doutrina viveram tempos de fastígio na antiga Roma, época em que os pretores, por meio dos editos, estabeleciam a forma como a justiça seria aplicada no ano futuro, tratando, outrossim, de corrigir o direito vigente por meio da equidade. Mas a importância do trabalho dos jurisconsultos também era grande, chegando ao ponto de submeter os próprios magistrados, em certas circunstâncias.

Nesse sentido, consta que o Imperador Adriano (76-138 d.C.) ordenou que os magistrados, na dúvida sobre o direito a ser aplicado no caso submetido a exame, haveriam de se orientar pela *communis opinio doctorum*, vale dizer, pela opinião dos jurisconsultos, a qual se tornou, portanto, quando concordante, uma das fontes formais de maior importância no Império Romano.

Mesmo antes, os jurisconsultos já haviam recebido do Imperador Augusto (63 a.C.– 14 d.C.) o direito de resposta, e do Imperador Tibério (42 a.C – 37 d.C), o *jus respondendi*, *jus publice*, *populo respondendi*, ou seja, o poder de emitir opiniões vinculantes para o juiz, para o *judex privatus*,

nomeado no processo, e para o magistrado, cabendo anotar que as *responsa* não adquiriram tal força no império de Augusto, pois este Imperador não exercera a função legislativa.

A resposta do jurisconsulto, a princípio, vinculava o magistrado apenas no processo de que se estava tratando, mas com o decorrer do tempo, por força do seu prestígio, a autoridade das opiniões emitidas acabou se estendendo a casos semelhantes, de forma que o Imperador Adriano mais não fizera senão reconhecer e confirmar este costume (Maynez, 1982, pp. 76-77), direito consuetudinário que se formou sem que intervesse o elemento popular (Bevilaqua, 1972, p. 23).

Já no ano de 476 d.C., uma constituição dos Imperadores Teodósio II e Valentiniano III (respectivamente, Imperadores da parte oriental e da parte ocidental), impunha uma curiosa hierarquia na autoridade de velhos juristas, já falecidos, Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino. Numa alusão a tal reverência, falava-se no “Tribunal dos Mortos”.

Caso houvesse entre eles opiniões divergentes, ter-se-ia de atender ao sustentado pela maioria. Ocorrendo empate (na hipótese de um dos jurisconsultos não haver se pronunciado), prevaleceria a opinião de Papiniano. Só mesmo quando o jurisconsulto não estivesse atuando é que o juiz tinha a liberdade para seguir a doutrina que se lhe afigurasse mais justa (Latorre, 1978, pp. 91-92).

Tratava-se da famosa “Lei das Citações” (*Ley de las Citas*), havendo de se dizer que a autoridade dos jurisconsultos, nesta medida, passou a influenciar também a atividade do legislador, dando origem, mais tarde, ao *ius civile*. Veja-se que o Digesto (§ 161), integrante do *Corpus Juris Civilis*, nada mais era do que a compilação da doutrina produzida pelos juristas romanos da época clássica.

De fato, conquanto Justiniano houvesse derogado a “Lei das Citações”, certo é que se notabilizou por haver compilado, com o apoio do Chanceler Triboniano, o escrito dos antigos juristas, passando a vigorar as *Pandectas* (ou Digestos) em 30/12/533 (Corrêa e Sciascia, 1988, pp 304-305). Isso ocorreu logo depois de elaborar um novo código, destinado a substituir o Gregoriano, o Hermogeniano e o Teodosiano, o que se deu em dois anos.

A divergência entre as opiniões dos jurisconsultos, a desafiar um critério de escolha, bem demonstra a dificuldade de reconhecer na doutrina uma fonte do direito formal. Neste contexto, Latorre (1978, p. 92) chama atenção para um aspecto interessante, também ressaltado pelos romanistas, mas apontando em outro sentido.

Na palavra dos romanistas, “Para se conseguirem os livros condensados nos Digestos seria preciso despendar tesouros e riquezas imensas [...]. Graças a Triboniano, (os juízes) agora têm à sua disposição todas as leis vigentes” (Corrêa e Sciascia, 1988, p. 305). Latorre observa que a doutrina desempenhou, de modo semelhante ao que se passou com a jurisprudência, ora uma função simplificadora ora uma função amplificadora.

Quando o direito vigente era de extraordinária complexidade, revelando-se muito difícil, para a maioria dos iniciados, o acesso direto às fontes, havia necessidade de intermediários que expusessem, de maneira sintética e ordenada, as regras fundamentais daquelas compilações. Foi o que se passou no período intermédio, com o *Corpus Juris Civilis* e o *Corpus Juris Canonici*. De outra forma, com o movimento de codificação, que se iniciou na modernidade, deitando raízes na Idade Contemporânea, tudo tende à simplificação, não obstante a realidade múltipla e dinâmica, o que exige da doutrina uma função amplificadora (Latorre, 1978, p. 93).

De fato, a necessidade de cobrir casos para os quais a generalidade e abstração da lei não contemplava solução passa a exigir da doutrina um papel expansivo, auxiliando o juiz, inclusive, no preenchimento das lacunas existentes num direito que se torna mais e mais codificado, distante da tradição. Isto explica a abundância da literatura de comentários a leis e códigos (ibid.), chamando atenção, na contemporaneidade, dois métodos de exposição doutrinária, notadamente, o alemão e o francês.

O Direito alemão desenvolve-se na base dos comentários às regras normativas e das anotações, ao passo que o Direito francês investe no estudo sistemático do Direito, por meio de manuais e tratados. Todavia, é possível encontrar, no Direito alemão, tratados (*Lehrbücher*) destinados ao exame da jurisprudência e questões práticas, assim como se encontram, no Direito francês, códigos anotados reservados aos práticos (David, 1993, pp. 132-133).

3 O PRIMADO DA LEI E A DOUTRINA COMO “TEORIA”

É inegável que, depois da codificação, a doutrina definitivamente perdeu o papel de fonte vinculante, assistindo-se, a partir da fase do direito racional, no contexto da chamada dominação legal (para utilizar uma categoria weberiana), àquilo que pareceria ser o *ocaso dos doutrinadores*, figura de linguagem que remete à ideia de desaparecimento do astro no horizonte. Entretanto, a doutrina não perde seu prestígio, sobretudo nas universidades (pensando-se aqui na *civil law*).

O prestígio da doutrina, particularmente no final da Idade Moderna, deve-se ao fato de que, aos poucos, adaptou-se a uma compreensão racionalista do direito, elaboração que não se encontrava presente entre os romanos. A trajetória para a supremacia da lei, que já se anunciava com a decadência de Roma, período em que o processo legislativo passou a prevalecer sobre o processo jurisdicional como fonte reveladora do direito, inscreveu a doutrina na construção de modelos filosóficos e humanistas que desaguaram no jusnaturalismo do século XVIII.

De fato, finda a Baixa Idade Média, ainda resplandecia o trabalho dos glosadores, que, a exemplo de Acúrsio e Imério, resgataram o direito romano a partir do direito justinianeu, na sequência das universidades nascentes do século XI. Mais precisamente em 1100, na Itália, dá-se o renascimento do direito romano, que dominou até o século XVIII, com penetração na Espanha, na Alemanha e, em menor medida, na França, sucedendo ao período dos glosadores (sécs. XII e XIII), a Escola de Orleães (séc. XIII), a Escola dos Pós-Glosadores (ou comentadores), dos séculos XIV e XV, e o período humanista nos séculos XVI e XVII (Gilissen, 1988, pp. 337-340).

Na Espanha, em 1499, instalou-se, na época dos reis católicos, um tribunal semelhante àquele instituído pela “Lei das Citações”, promulgada por Teodósio II e Valentiniano III, no qual as opiniões de Juan Andrés, Baldo de Ubaldis, Nicolas de Tudeschi e de Bartolo da Sassoferrato tinham força de lei. Os pareceres de Bartolo, senão obrigatórios, seguiram como fonte subsidiária da lei mesmo no período de intensa codificação, como se vê nas Ordenações Manuelinas (Livro II, Tít. 5) e nas Ordenações Filipinas (Livro III, Tit. 64), achando-se reunida sua obra em dois primorosos volumes

editados em celebração ao sexto centenário da morte daquele que é considerado chefe da Escola de Orleães, por iniciativa da *Facultà di Giurisprudenza di Perugia*³.

Veja-se que, até o século XIII, os julgamentos raramente eram reduzidos a escrito, tampouco fundamentados. Esta prática judicial subsistiu até o século XVIII – fundada na crença de que os tribunais, soberanos, decidiam por delegação do monarca –, alterando-se, significativamente, no período coincidente com o apogeu do direito natural racionalista – que substitui o jusnaturalismo de bases teocráticas –, mais especificamente no século XVIII (Gilissen, 1988, pp. 395-396).

A partir do século XVIII, na Itália, Portugal, em alguns *Länders* alemães e também na França e nos Países Baixos austríacos (estes um pouco retardatários neste movimento), a fundamentação dos julgamentos tornou-se obrigatória. Surge na França, a princípio, por força de um edito datado de 8/5/1788, a exigência de fundamentação da sentença criminal, com especificação dos delitos imputados ao réu (Gilissen, 1988, p. 396), o que, aliás, coincide com o Período Humanitário de Cesare Beccaria (1735-1793), autor que sofreu a influência dos enciclopedistas franceses, notadamente, de Diderot e d’Alambert.

Para esse dever de fundamentação das sentenças em muito contribuiu, decerto, a visão de sistema e método que tomou conta do pensamento produzido na época (Foucault, 1966, pp. 188-196), podendo-se dizer que o dever de fundamentação participava da pretensão lógico-dedutiva que as ciências reivindicavam, sobretudo na passagem para o século XIX, a inspirar, no campo do direito, a chamada jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), expressão de atitude de adesão formal ao direito legislado, também presente na Escola da Exegese (França) e na Escola Analítica (Inglaterra).

Para os partidários da jurisprudência dos conceitos, resultante da deterioração do aspecto histórico da Escola Histórica de Savigny (direito científico) – na qual acabou por predominar o caráter sistemático do direito –,

3. Ver textos reunidos de Bartolo em Segoloni (1962).

a tarefa do juiz é meramente cognitiva, o que se coloca a par com uma visão de ciência do direito que tem em conta a formulação, classificação e combinação dos conceitos jurídicos. Desta perspectiva, a função jurisdicional reduzia-se a um silogismo, em que das premissas se retira, necessariamente, a conclusão.

Tal qual se deu no campo do cientificismo – cujas raízes se encontram no século XVIII, mas que se firmou como atitude intelectual, passando a postular um conhecimento isento de valores, apenas no século XIX –, o racionalismo conduziu à crença na figura de um juiz neutro, distante dos aspectos culturais, históricos e axiológicos, a lembrar a figura do *judge bouche de la loi* dos tempos da Escola da Exegese, que não haveria de considerar a tradição, já que os costumes haviam sido banidos como traço característico do Antigo Regime.

Ocorre que por volta de 1860, depois da Segunda Revolução Industrial – cujo marco foi a utilização da eletricidade e do petróleo como maiores fontes de energia –, a sociedade, cada vez mais complexa e dinâmica, conheceu novas práticas, a desafiar a inventiva da doutrina, que passou a ocupar papel central na evolução do direito (Gilissen, 1988, p. 416). Neste contexto, mercê das ideias socialistas e comunistas, surgem os primeiros movimentos do operariado incipiente, com o que se faz necessária uma interpretação mais elástica da legislação, em muito contribuindo os juristas, sobretudo no campo da responsabilidade civil (Planiol, 1949, pp. 304-323) e das relações de trabalho (Lefranc, 1975, pp. 25-32; Ehrlich, 1986, pp. 13,56-57 e 305-306).

Além disso, importante a participação da doutrina – desenvolvida sobretudo a partir do ensino nas universidades – na elaboração de preceitos que serviram de base para a revisão constitucional e legislativa no início do século XX, sob o influxo dos ideais de liberdade, igualdade, passando a se orientar o legislador para a proteção dos mais fracos e a crescente intervenção do Estado nas relações sociais (Gilissen, 1988, pp. 465-468), com o que vai se tornando mais tênue a linha que divide a esfera pública da esfera privada.

Ao admitir a existência de imperfeições e lacunas no ordenamento jurídico, outra vertente doutrinária, avessa às teses defendidas pela jurisprudência dos conceitos, desenvolveu-se sob o signo do cientificismo.

Trata-se da Escola da Livre Investigação Científica de Gény (fundada no empirismo da sociologia incipiente de Émile Durkheim, associado ao intuicionismo de Bergson), que em 1899 publica *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, obra na qual o autor francês afasta a pura aplicação do método dedutivo ao direito ao reconhecer a existência de outras fontes além da lei (Gény, 1919a, pp. 14-15).

Atento à prática judicial, Gény aponta para os casos em que o ordenamento jurídico se revela incompleto, havendo o magistrado de recorrer ao costume, à autoridade e à tradição (precisamente nesta ordem), desde que consagrados pela doutrina e pela jurisprudência, que se colocam, ao lado da lei, como fontes formais do direito capazes de adequá-lo ao caso concreto (ibid, pp. 237-446; Gény, 1919b, pp. 1-73). Apenas se malograr o recurso àqueles instrumentos de integração normativa é que o juiz fará uma livre investigação científica, expressão que remete a fontes reais, ou seja, aos dados reais, históricos, racionais e ideais (Gény, 1919b, pp. 74-220).

Os dados reais e históricos colocam-se no plano dos fatos, cujo conhecimento demanda a aplicação dos métodos do positivismo científico (os mesmos das ciências da natureza), ao passo que os dados racionais (que remetem à natureza das coisas e dos homens) e os dados ideais (princípios jurídicos exigidos pela situação histórica real e concreta, captados pela intuição) estão no plano normativo, a inspirar a conduta do magistrado, do legislador e do doutrinador.

Os dados estão postos para análise em qualquer campo do conhecimento, mas ao editor da norma e ao intérprete caberá elaborar suas construções a partir deles, visando à realização das finalidades do direito, sempre à luz do justo equilíbrio entre as partes, da ordem e do interesse público. Em outras palavras, o juiz deve obediência à autoridade e à tradição reconhecidas pela doutrina e jurisprudência, as quais, ao lado da lei, são fontes por excelência do direito. Se nelas não encontrar resposta, haverá de investigar recorrendo à via racional e/ou à via intuitiva. Eis aqui o dualismo metodológico de Gény (Rabault, 1997, p. 36).

Nesta perspectiva, que apela para o pluralismo das fontes do direito, cabe lembrar o sociologismo jurídico da Europa, cuja origem se encontra nos escritos de Ehrlich e na Escola do Direito Livre, a qual reúne

pensadores como Kantorowicz, Fuchs e Isay. Conquanto se reconheça também no Direito Inglês a importância da obra de juristas e dos profissionais do direito – estes reunidos em instituições, do que são exemplos históricos o *Year Book* (1284), os *Law Reports*, documentação mais importante de juízes e advogados (ainda hoje) e a *Restatements of the Law*, consolidação de casos e de legislação iniciada em 1923 (Gilissen, 1988, pp. 211-213) –, não interessa aqui o exame das concepções anglo-saxônicas, pois nossos estudos estão voltados ao entendimento do declínio da doutrina na elaboração jurisdicional brasileira contemporânea, ocorrendo apenas lembrar que o Código de Processo Civil de 2015 (Brasil, 2015) deu força aos precedentes, aproximando-se daquela tradição.

Antes de tratarmos do impacto da ideia de precedente no enfoque da Lei Federal 13.105 (ibid.) sobre a doutrina, convém discorrer acerca do chamado positivismo metodológico, identificando o contexto histórico em que se desenvolveu, precisamente porque a noção de precedente opera do ponto de vista de uma sucessão de competências no sistema de vinculação vertical das decisões judiciais estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015 (ibid.).

4 O OCASO DA DOUTRINA NO HORIZONTE DA CIÊNCIA NORMATIVA

Se é certo que o movimento de codificação não pôs fim ao prestígio da doutrina, muito embora dela retirasse o lugar de fonte formal do direito, tem-se de reconhecer que o formalismo jurídico, mormente o positivismo metodológico, ao afastar o racionalismo das teses jusnaturalistas, o empirismo da Escola da Livre Investigação Científica e a crítica ao irracionalismo da decisão contida no sociologismo jurídico de Hermann Isay (para ficar num exemplo), acaba não só destronando de vez a doutrina como fonte do direito como também apontando para o fato de que ela não constitui propriamente um modelo teórico.

Sem aprofundar o exame do positivismo metodológico além do estritamente necessário à demonstração da tese da perda da relevância da doutrina

na elaboração dos tribunais brasileiros, pode-se dizer que esse modelo teórico surge, precisamente, no contexto da perda das tradições, da exaltação do novo no lugar do sagrado, da racionalidade burocrática no lugar do costume, da multiplicidade de valores em vez de um sistema de valoração único e homogêneo, de um tempo em que se assiste ao “eclipse da razão”, para reproduzir a expressão de Horkheimer (2000), que dá título a uma de suas obras.

É precisamente esse novo tempo – em que a esfera do econômico se especializa na base do surgimento da sociedade de classes, das ideologias no campo da estratificação social, do aparecimento de formas mais abstratas de propriedade, da família nuclear, da laicização, da transição demográfica (migração do meio rural para o urbano) – que exige um direito mais lábil, transitório, maleável, posto por decisão, papel que o formalismo jurídico irá desempenhar plenamente, com a sua metodologia infensa à moral e a supostos condicionamentos sociais do direito (no que se afasta, a um só tempo, da tradição iluminista e do positivismo sociológico).

Na construção de Kelsen – sob o ponto de vista da estática jurídica –, a vontade é apenas o resultado de uma operação lógica que ele conhece como imputação, noção que permitirá definir o conceito de norma (enunciado por meio do qual o legislador atribui sanção a determinada conduta), afastando, ao mesmo tempo, a importância que a palavra “dever” assume no Direito Natural. De fato, o dever jurídico, para Kelsen, nada mais é que a conduta oposta àquela para a qual o legislador atribui a sanção, vale dizer, conduta oposta ao ilícito, este sim conceito fundamental, o que explica a referência da estática jurídica a uma teoria da norma (Kelsen, 1979, pp. 163-176).

A partir daí, a teoria kelseniana desenvolve uma cadeia de conceitos-chave que envolve noções como direito subjetivo (dever jurídico reflexo), responsabilidade, capacidade, relação jurídica, sujeito jurídico, tudo na base do corte epistemológico entre ser e dever-ser (ibid, pp. 177-265), passando a formular, agora no campo da chamada dinâmica jurídica, mas ainda a partir da noção de norma (com o que o modelo mantém sempre aberta a janela para a estática jurídica), o conceito de “competência”, que coloca em relevo o exame do ordenamento jurídico (ibid, pp. 267-376).

Nesta medida, a Teoria Pura de Kelsen, como já se acentuou, concebe um direito expurgado de influências sociológicas, políticas e éticas, que se dedica ao exame da norma (único objeto da ciência jurídica) por meio de enunciados (proposição jurídica) que se põem no campo do dever-ser (ibid, pp. 93-107, 116, 124-136 e 148). Trata-se, enfim, de uma ciência social normativa que constitui o seu próprio objeto, expressão de um poder racional legal que surge no contexto das sociedades complexas.

Não por outra razão, Kelsen coloca o termo “fontes do direito” entre aspas, esclarecendo que “[...] os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros” não são fontes do direito positivo, por não integrarem a ordem jurídica. A ideia de fonte do direito, nos limites de uma Teoria Pura, remete ao fundamento de validade do ordenamento jurídico, apresentando-se a constituição como “[...] fonte das normas jurídicas produzidas por via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual” (ibid., p. 323).

Eis aqui reproduzida nessa passagem – como em tantas outras – a imagem da pirâmide normativa, ocorrendo lembrar, neste sentido, que “[...] a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes [...] ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão” (ibid.), decisão que se aplica ao caso concreto. Kelsen só não concebe a função integrativa da sentença judicial, a menos que o ordenamento jurídico contemple a doutrina, os costumes, e mesmo os princípios gerais do direito e o direito comparado, como direito válido. Significativa, neste aspecto, a afirmação do jusfilósofo austríaco no sentido de que a “[...] fonte do Direito só pode ser o Direito” (ibid.).

Desta maneira, Kelsen, que já refutara o jusnaturalismo e o Direito Puro (em outro sentido) de Picard (1954, p.71) – jurista belga que colocava a teoria acima da norma legal –, afasta-se também da Escola da Livre Investigação Científica do Direito, da Escola do Direito Livre e das diversas formas de sociologismo jurídico, importando registrar neste último contexto que, apesar de Kantorowicz inadmitir a atuação do juiz e da doutrina acima da lei – diferentemente do que se passa com Ehrlich (1986, pp. 19-21, 37, 70, 77, 103, 104 e 138-142), por exemplo –, reconhece o papel

dos instrumentos de integração normativa e da atuação de elementos extra-normativos quando o direito posto for duvidoso ou quando não houver ditado uma solução que a lei reclama (Kantorowicz, 1949, p. 363).

Para Kelsen, assim como a Constituição apenas determina o procedimento legislativo que se tenha de seguir, sem dispor sobre o conteúdo das leis, a norma tampouco indica ao juiz como haverá de julgar. Disto se retira que ao juiz é dado interpretar, sucedendo apenas que o conteúdo da interpretação (assim como se passa com o conteúdo da legislação) não é objeto da Teoria Pura do Direito (Kelsen, 1979, pp. 466-468).

Com efeito, a doutrina produzida pelos professores e demais profissionais do direito, conquanto integre a própria formação jurídica dos magistrados, desde a universidade, é apenas uma modelagem do jurídico, um esquema de interpretação da norma editada pelo legislador (lei), da norma editada pelo juiz (sentença) e das práticas sociais reconhecidas pelo ordenamento jurídico (costume) – esquema de interpretação distinto, todavia, daquele presente na norma (*ibid*, pp. 20-21.), porque a doutrina, diferentemente do que se passa com a norma, não é prescritiva; ela não estabelece uma ordem de conduta, tampouco uma ordem de competência (Kelsen, 1984, p. 68).

Nesse contexto, não se confunde a ciência normativa do direito, que se põe no plano epistemológico, com o trabalho prático dos professores e demais profissionais do direito, podendo-se dizer que aquilo que se conhece como “doutrina jurídica” nada mais é que um complexo argumentativo. Embora estes planos muitas vezes se confundam, pois, no limite, a chamada dogmática jurídica recorre a categorias que estão no plano zetético, certo é que a doutrina não é uma teoria com função primariamente descritiva (ou compreensiva). Longe da heurística, da problematização, os doutrinadores se dedicam – tal qual os magistrados – à solução de problemas de ordem prática, com o que a doutrina cumpre uma função social distinta daquela desempenhada pela ciência (Viehweg, 1997, pp. 122-123).

Daí ocorre que muitas vezes se pode encontrar na doutrina soluções diferentes, quando não opostas, para o mesmo problema prático, situação em que tanto o advogado (buscando influenciar o juiz) quanto o próprio magistrado (para justificar o acerto da sua decisão), ainda que sem invocar

expressamente o prestígio do doutrinador, acabam por recorrer ao emprego falacioso do argumento de autoridade, no mais das vezes, sem a consciência disto, uma vez que formados nesta tradição.

De fato, quando se tem duas autoridades igualmente competentes em determinado assunto (utilizando-se aqui os termos autoridade e competência no terreno da argumentação, e não no plano jurídico), não se pode, injustificadamente, optar pela opinião de uma delas em detrimento da posição sustentada pela outra, incidindo-se, quando assim se faz, na chamada “falácia do argumento de autoridade” (Salmon, 1984, p. 94), argumento especioso que também se vê presente quando se invoca a posição de um tribunal em detrimento da posição de outro, exceção feita aos casos de orientação vinculante.

É precisamente em face da necessidade de organização do consenso nas sociedades complexas – especialmente das sociedades do capitalismo tardio, a exemplo da brasileira – que a doutrina vem perdendo, de tempos para cá, o seu prestígio. A cultura representa a subjugação do mundo físico pela técnica (embora importante também se revele o controle do homem sobre a razão técnica), e a doutrina, como diretriz de solução dos conflitos, tem se revelado insuficiente, considerada a expectativa de segurança e certeza jurídica existente no direito de origem liberal-burguesa.

É certo que a tecnologia digital tornará previsível o desfecho dos julgamentos, mudança já em curso; é certo também que o homem, mesmo neste cenário, não prescindirá do ato de interpretar, sempre estimativo, e não meramente cognitivo, porque o direito é, sobretudo, uma ciência do espírito. Ao jurisdicionado será dado saber qual a probabilidade de o juiz, sob certas condições, decidir o caso neste ou naquele sentido. No entanto, a prognose, de qualquer forma, será feita na base do universo de julgamentos.

Por isto, busca-se, cada vez mais, a uniformidade possível de soluções para problemas que estão no campo da praxeologia, problemas e soluções que passam a ser catalogados e interpretados segundo uma base de dados que a doutrina, apesar de todo o seu refinamento analítico (ao longo do tempo foi tomando de empréstimo alguns elementos que se acham no campo das

lógicas formal e material), não consegue desenvolver, mesmo quando se pensa nos códigos anotados e comentados, legado da tradição do Direito alemão.

Reside precisamente no apontado déficit de prestação do sistema da doutrina em relação ao sistema jurisdicional um dos fatores de certa hesitação dos juízes na solução do caso concreto, a gerar considerada dose de incerteza na produção jurisdicional brasileira, razão de ser da desconfiança da tecnocracia na capacidade de resolução dos conflitos por parte do Judiciário.

5 O CREPÚSCULO DA DOUTRINA BRASILEIRA

Esta figura de linguagem permite entender, do ponto de vista do modelo teórico aqui desenvolvido (normativo-dogmático e empírico), que a doutrina – cujo ocaso se verificou quando se deu a aparição da ciência normativa no horizonte do direito – vive aquele momento da claridade frouxa que ainda persiste depois do poente.

Dessa perspectiva, ocorreria a alguém sustentar o paradoxo consistente numa doutrina que aponta para o fato de encontrar-se superado o paradigma da doutrina. Todavia, o desfazimento dessa aparente contradição faz-se precisamente na base da distinção estabelecida, entre outros, por Viehweg, como já apontada, entre os níveis do objeto do direito: (a) o nível da teoria do direito, a saber, a doutrina; (b) o nível da teoria crítica sobre a doutrina, localizado no campo da filosofia e da sociologia do direito.

Enfim, trata-se de níveis metalinguísticos diferentes (Grün e Farrell, 1976, p. 69). Fosse de outra forma, seria possível sustentar, como fazem alguns, que, sendo a norma hipotética de Kelsen, concebida pela ciência pura do direito, fundamento de todo o sistema, no limite, a doutrina, daquele ponto de vista, seria fonte formal do direito (Paresci, 1968).

Diante disto, cumpre registrar que o trabalho aqui desenvolvido não tem sentido prático, mas especulativo. Não se intenta conciliar pontos de vista diferentes ou opostos acerca dos problemas levantados, mas elaborar a crítica sobre a maneira como juízes e doutrinadores trabalham a norma, seja editada pelo legislador, seja editada pelos tribunais.

A instituição de um Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 1988, veio para atender à necessidade de criação de um órgão de cúpula da justiça local e federal, em busca da unidade da jurisdição do país, pois mesmo as súmulas, resultantes da uniformização de jurisprudência, vinculavam apenas no limite da jurisdição dos respectivos tribunais estaduais e federais.

Mas o sistema processual, conquanto atento ao papel institucional do STJ, incumbido de manter a autoridade e a unidade da lei federal, não dispunha de mecanismos eficientes para impedir que a justiça estadual ou federal julgasse em desacordo com a orientação firmada por aquele órgão de cúpula, cabendo apenas a reclamação – o que de resto também sucedia com as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), ao qual passou a competir, após a Emenda Constitucional (EC) 45 (Brasil, 2004), a edição de súmulas vinculantes.

Esta EC também atribuiu às decisões da Suprema Corte – em sede de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade – eficácia contra todos e o poder de vincular os demais órgãos e instâncias jurisdicionais, além da administração pública, ocorrendo lembrar a instituição da repercussão geral (regulada por lei apenas no ano de 2006, para entrar em vigor no ano de 2007), cujo julgamento estabelece o posicionamento a ser adotado pelos tribunais inferiores no exame dos casos relativos à mesma questão de direito.

Enfim, a jurisprudência dos tribunais superiores (abstraindo aqui, em face do recorte feito neste estudo, da atividade jurisdiccional desenvolvida pelo Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar e Tribunal Superior Eleitoral) passou a ser fonte do direito, ocorrendo apenas que, a partir do Código de Processo Civil de 2015, os mecanismos de verificação, controle e efetividade tornaram-se mais eficazes, tudo na tentativa de garantir a prestação jurisdiccional uniforme e rápida.

Neste sentido, além do estabelecimento de uma série de instrumentos para a manutenção da estabilidade, integralidade e coerência da jurisprudência dos tribunais locais, a exemplo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e do Incidente de Assunção de Competência – a par da afetação para julgamento, pelo STF ou pelo STJ, de recursos repetitivos, da arguição de inconstitucionalidade e da reclamação, estes já existentes no

Código anterior, que passou por sucessivas reformas –, procedeu-se ao aprimoramento das estratégias de garantia da vinculação vertical das decisões, vinculação que não por acaso sugere a configuração de uma pirâmide, tal qual se mostra representada a dinâmica jurídica em Kelsen.

Aquelas estratégias de controle estão amarradas de tal forma que se tornou difícil um pronunciamento judicial independente, quer na base da doutrina, dos princípios gerais do direito ou da equidade, observando-se que uma decisão, sentença ou acórdão que injustificadamente se afaste das súmulas, jurisprudência ou precedente invocado pela parte não se considerará fundamentado, conforme decorre de expressa previsão legal.

De mais a mais, a decretação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por parte do STF, nas execuções contra a Fazenda Pública, espraia seus efeitos sobre o título judicial fundado naquela lei ou ato, constituído posteriormente à manifestação da corte constitucional, ocorrendo da mesma forma quando a corte considera qualquer lei ou ato normativo incompatível com a Constituição, mesmo em controle difuso de constitucionalidade. Se a decisão do STF for posterior à formação do título, cabe ação rescisória.

Nem se trata de questionar a constitucionalidade desse sistema de vinculação vertical das decisões judiciais, pois se é certo que somente a lei obriga no regime constitucional brasileiro, igualmente certo é afirmar que a lei existe, mais precisamente a Constituição Federal, lei de todas as leis, considerada a Reforma do Judiciário, instaurada pela EC 45/04, e o Código de Processo Civil, que tornou obrigatório o precedente judicial, no sentido que a lei processual civil dá à palavra.

Não se venha dizer que caberia à doutrina, no limite, a definição do que poderia ser essa vinculação vertical das decisões judiciais, pois se houver dúvida, serão os tribunais superiores a dizer a lei de maneira incontestável, operando, muitas vezes, a própria modificação do texto legal, como se deu no julgamento do STJ, a propósito da taxatividade do rol de hipóteses em que o legislador autoriza o agravo de instrumento (REsp nº 1.704.520).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Identifica-se uma tendência de que a doutrina, fonte primacial do direito em Roma, que viveu momentos áureos até o final do século XVIII, fique cada vez mais circunscrita, entre nós brasileiros, ao ambiente universitário e acadêmico, assim mesmo, num espaço que se vê paulatinamente reduzido, chamando atenção o fato de muitas publicações serem feitas por meio de *papers* ou de postagens na internet, o que explica, à luz também de outros fatores, a crise do mercado editorial, particularmente na área jurídica.

Veja-se que, até o primeiro quartel do século XX, os alunos do curso de Direito ainda liam a doutrina produzida por juristas franceses e italianos. Progressivamente, os autores nacionais foram ganhando espaço, com a produção de tratados, comentários, manuais e compêndios. Poucos liam na fonte, passando a doutrina dos juristas brasileiros a ganhar prestígio, como se vê no estudo feito por Siches acerca do pensamento filosófico, social, político e jurídico na América Latina (Siches, 1946, pp. 428-441). Com a massificação crescente do ensino, que atingiu também as universidades a partir do início da década de 1970, passou-se a publicar doutrina nacional de segunda mão e, hoje, “resumos do resumo”.

Os juízes mais jovens são fruto dessa geração, podendo-se dizer que muitos magistrados que ocupam os tribunais superiores não tiveram contato com o estudo do latim. Sem a pretensão de rigor científico – que envolveria a seleção de espaço amostral representativo, vale dizer, suficiente e variado, com tratamento estatístico, sobretudo para a consideração de variáveis, além da adequada análise de dados e discussão dos resultados (Davis, 1976, pp. 13-50) –, pode-se afirmar que apenas 19% dos 360 desembargadores que integram o Tribunal de Justiça de São Paulo se valem de doutrina para fundamentar os votos elaborados.

O levantamento por mim feito em 2018 – que se poderia melhor denominar de apanhado – se não permite a confirmação, do ponto de vista do rigor científico, da hipótese de trabalho proposta neste estudo, aponta para

o fato de que parcela considerável (em termos quantitativos) da produção jurisdicional dos tribunais estaduais deixa de levar em conta a doutrina para o julgamento da causa⁴.

Enfim, vivemos tempos de vinculação normativa das decisões judiciais, política legislativa que encontra justificação no próprio formalismo jurídico de tradição europeia, podendo-se dizer que a opinião dos doutos, antes considerada fonte do Direito, em bem pouco tempo correrá o risco de ver-se reduzida a simples palpite, com o que o caráter cultural do Direito vai se perdendo. Em breve, advogados e juízes se transformarão em exímios conhecedores dos repositórios da superior jurisprudência (tanto quanto das centenas de temas objeto de suspensão dos processos por parte dos tribunais superiores e dos órgãos especiais dos tribunais estaduais e federais), cumprindo-se aqui, agora em termos de vaticínio, o dito de Kirchmann (1949, pp. 267-268), segundo o qual três palavras retificadoras (agora não mais do legislador) e bibliotecas inteiras se converterão em papéis inúteis.

Se esse processo que a tecnocracia costuma chamar de “mecanismo de gestão de processo” trazer agilidade para a prestação jurisdicional, talvez terá valido a pena. Mas nem quanto a isto temos certeza.

4. O número de ações demandadas no judiciário estadual paulista corresponde a 26% do total de processos em andamento em toda a justiça brasileira, incluindo cortes federais e tribunais superiores, segundo o *Relatório justiça em números* (CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA, 2018). A propósito da afirmação feita no parágrafo que remete a esta nota, diga-se que, embora não se veja justificada a extensão feita a todos os tribunais estaduais por um método rigorosamente indutivo, mais especificamente, por uma autêntica generalização estatística, inexistente razão para supor que em outros tribunais estaduais a realidade seja diferente daquela que se vê em São Paulo, à falta de uma variável (singularidade regional) relevante.

REFERÊNCIAS

- BEVILAQUA, Clovis (1972). *Teoria geral do direito civil*. 4 ed. Brasília, Ministério da Educação.
- BRASIL (2004). Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, p. 9, 31 dez.
- BRASIL (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, p. 1, 17 mar.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2018). *Relatório justiça em números*. Disponível em: cnj.jus.br. Acesso em: 22 jul. 2019.
- CORRÊA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano (1988). *Manual de direito romano*. 6 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- DAVID, René (1993). *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2 ed. São Paulo, Martins Fontes.
- DAVIS, James A. (1976). *Levantamento de dados em sociologia: uma análise estatística elementar*. Tradução de Patrick Burglin. Rio de Janeiro, Zahar Editores.
- EHRLICH, Eugen (1986). *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília, UnB.
- FOUCAULT, Michel (1966). *As palavras e as coisas – uma arqueologia das ciências humanas*. Tradução de António Ramos Rosa, Lisboa, Portugalíia Editora.
- GÉNY, François (1919a). *Méthode D'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*. Tome premier. Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence.
- GÉNY, François (1919b). *Méthode D'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*. Tome second. Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence.

- GILISSEN, John (1988). *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- GRÜN, Ernesto e FARRELL, Martín D. (1976). “Problemas de verificación en el derecho”. In: BACQUÉ, BULYGIN, FARRELL et al. *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioia*. Buenos Aires, Astrea.
- HORKHEIMER, Max (2000). *Eclipse da razão*. Tradutor não identificado. São Paulo. Centauro Editora.
- KANTOROWICZ, Germán (1949). “La lucha por la ciencia del derecho”. In: SAVIGNY, KIRCHMANN et al. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires, Losada.
- KELSEN, Hans (1979). *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5 ed. Coimbra, Arménio Amado Editor, Sucessor.
- KELSEN, Hans (1984). *Normas jurídicas e análise lógica (correspondência trocada entre os Srs. Hans Kelsen e Ulrich Klug)*. Tradução de Paulo Bonavides. Rio de Janeiro, Forense.
- KIRCHMANN, Julio Germán von (1949). “El carácter a-científico de la llamada ciência del derecho”. In: SAVIGNY, KIRCHMANN et al. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada.
- LATORRE, Angel (1978). *Introdução ao direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra, Livraria Almedina.
- LEFRANC, Georges (1975). *Histoire du travail et des travailleurs*. Paris, Flammarion.
- MÁYNEZ, Eduardo García (1982). *Introducción al estudio del derecho*. Buenos Aires, Porrúa.
- NEVES, António Castanheira (1993). *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra, Coimbra.
- PARESCI, Enrico (1968). *Enciclopedia del diritto* (org. Constantino Mortati e Salvatore Pugliatti). vol. XVIII. Varese, A. Giuffrè.
- PASQUIER, Claude du (1979). *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*. 5 éd. Paris, Delachaux & Niestlé S.A.
- PICARD, Edmond (1954). *O Direito Puro*. Tradutor não identificado. 2 ed. Salvador, Livraria Progresso.

- PLANIOL, Marcel (1949). *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Tome Deuxième. Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence.
- RABAULT, Hugues (1997). *L'interprétation des normes: l'objectivité de la méthode herméneutique*. Paris, L'Harmattan.
- SALMON, Wesley (1984). *Lógica*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 6 ed. Rio de Janeiro, Zahar Editores.
- SEGOLONI, Danilo (org.). (1962). *Bartolo da Sassoferrato – Studi e Documenti per il VI Centenario*. Milano, Giuffrè Editore.
- SICHES, Luis Recaséns (1946). “Pensamiento filosófico, social, político y jurídico de hispano-américa”. In: DEL VECCHIO, Giorgio e SICHES, Luis Recaséns. *Filosofía del derecho y estudios del filosofía del derecho*. Tomo II. México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.
- SICHES, Luis Recaséns (1946). *Estudios de Filosofía del derecho*. Tomo II, México, Union Tipografica Editorial Hispano-Americana.
- VIEHWEG, Theodor (1997). *Tópica y filosofía del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2 ed. Barcelona, Gedisa.

Distributividade ou adjudicação na judicialização da saúde: contribuições à democracia brasileira

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA
NATHALIA PENHA CARDOSO DE FRANÇA

1 INTRODUÇÃO

A democracia brasileira está plasmada na Constituição Federal de 1988, seja em seu sentido formal, com literal alusão, e enquanto sufrágio como meio de escolha dos representantes do povo, seja em seu sentido substancial, enquanto decisão dos rumos da vida pública por maioria, respeitando a existência e os direitos da temporária minoria, que, eventualmente, pode se tornar maioria. Tudo isso com limitações a um rol de direitos nela esculpidos como não passíveis de abolição ou redução.

Enquanto relevante roldana deste sistema de engrenagens do país, a jurisdição tem função de cognição. Inicialmente, conhece fatos que lhe são levados pelo processo judicial. Depois, regressa cognitivamente ao sistema do direito para verificação da tipificação a ser dada ao fato. Durante esse processo cognitivo, depara-se com duas situações. Em primeiro lugar, a existência de previsão para o dado fático no ordenamento, hipótese em que o

juiz aplica tal base legal ao caso concreto; em segundo lugar, quando não há esta remissão expressa, devendo o juiz procurar comandos implícitos e principiológicos para além de interpretações analógicas. Jamais pode-se afastar da lógica democrática-social que permeia o texto constitucional, que, por si só, é um comando implícito.

É em cima desta fatia da organização política brasileira que recaem as maiores questões de direito à saúde, afinal, como se verá, direitos sociais não são compreendidos como efetiváveis de plano, do contrário, necessitam de ação estatal positiva. A cidadania, cujo núcleo duro é a igualdade, é o maior instrumento de inclusão social na perspectiva jurídico-política. Pretende-se enfrentar este tema da judicialização da saúde, sobretudo via atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), a partir do método investigativo-dedutivo, que tem por objetivo encontrar qual é o melhor mecanismo, entre distributividade e adjudicação, para bem efetivar o direito à saúde no Brasil.

Dessa forma, inicia-se o presente estudo com um breve olhar sobre a previsão constitucional da democracia; à continuidade, extraem-se trechos relevantes do processo de positivação do direito à saúde no Brasil, sob uma perspectiva sistêmica; em terceiro lugar, adentra-se o papel do STF enquanto atuação simbólica no tema do direito sanitário; por fim, enfrenta-se o debate entre adjudicação e distributividade.

2 A DEMOCRACIA COMO ESCOLHA POLÍTICO-JURÍDICA E A QUESTÃO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS

É inegável que, após a década de 1980, o mundo testemunhou a proliferação global da democracia, sobretudo a democracia constitucional, em uma variedade de formas (Thornhill, 2021). Esse processo se inicia em 1945, no período Pós-Guerra, já que, antes deste marco temporal, viam-se poucas democracias perenes e a maioria dos experimentos democráticos terminava em catástrofe, principalmente pela compreensão do sentido de democracia

como tão-somente a decisão da maioria, o que resultaria inerentemente em decisões justas. Entretanto, vimos o fracasso de tal concepção nas duas Grandes Guerras.

Os Estados Unidos, por exemplo, eram considerados uma democracia antes de 1945, mas continham, em seu ordenamento jurídico, a política do *apartheid* até os anos 1960. Muitos constitucionalistas consideram a Constituição Brasileira de 1934 como democrática, porém seu artigo 138, b) trazia expressamente a educação eugênica como eixo do direito à educação (Brasil, 1934)¹. Apenas em 1985, a Emenda Constitucional 25, que alterou a Constituição de 1967, permitiu o direito do voto aos analfabetos (Brasil, 1967).²

Dessa forma, foi lento o processo histórico, social e político para a aceitação do princípio de que apenas governos totalmente democráticos, fundados na igualdade de direitos de todos os cidadãos e na organização regular de eleições competitivas, deveriam ser vistos como legítimos. Este processo pode ser chamado de surgimento das Constituições rígidas, cuja mutabilidade é restrita e limitada por conta da proteção ao seu núcleo mais relevante: os direitos fundamentais (Serrano, 2014).

Desde a década de 1990, portanto, tornou-se possível falar de democracia como um padrão de governo globalmente consolidado, ou seja, havia chegado o período histórico em que se aceitava a emergência da democracia como realidade institucional global, distinta de expectativa normativa provisória. Apesar de algumas exceções no Norte da África, no Oriente Médio, na Ásia Central e na China, o final dessa década já trazia consigo o modelo democrático como compromisso político global, uma vez que, na maior parte do mundo, a legitimidade do governo era medida por critérios ligados à democracia.

A democracia brasileira nasceu por completo, no âmbito constitucional, em 1988, com a Constituição Cidadã que ainda vige. Ela trouxe consigo

1. “Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] b) estimular a educação eugênica”. (Brasil, 1934, art. 138).

2. “A Lei disporá sobre a forma pela qual possam os analfabetos alistar-se eleitores e exercer o direito de voto”. (Brasil, 1985, art. 147, § 4º).

um rol de direitos fundamentais mínimos a todos que protege, e este núcleo duro de proteção não pode ser suprimido nem restrito por forma alguma de revisão constitucional, pode tão-somente ser aumentado ou ampliado semanticamente.

No contexto da sistemática de proteção dos direitos fundamentais, que são nada mais do que direitos humanos previstos constitucionalmente, em ordenamentos jurídicos internos dos Estados –, podendo inclusive abarcar proteção maior do que em tratados internacionais –, deve-se considerar a historicidade e a interdependência destes direitos, de forma que, apesar da clássica divisão de Vasak (Bonavides, 2006, p. 563), entrelaçam-se de modo indissociável para serem realizados na prática. Lembrando tal divisão:

[...] a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. (Marmelstein, 2008, p. 42)

O maior desafio é justamente a aplicabilidade dos direitos e das garantias previstos nestas Constituições rígidas, a exemplo da brasileira, cujo rol é longo e permeia todas as gerações. Este problema, que os direitos humanos tentam enfrentar com o fornecimento de garantias mínimas para que sejam efetivos, cruza com o paradoxo dos direitos humanos, ou seja, quais direitos são vistos como pertencentes ao ser humano apenas pelo fato de os serem?

Como afirma Luhmann, esse processo se dá por meio do contrato social, que reconhece e valida direitos convencionalmente estabelecidos; em seguida, com a positivação dos direitos declarados nos textos normativos, sejam constituições ou tratados internacionais; por fim, com a experiência histórica de violações explícitas e inaceitáveis, como genocídio, tortura e escravidão (Luhmann, 2000, pp. 153-161).

São estes escândalos (Luhmann, 1993) que fundam a possibilidade de pensar normas indispensáveis aos ordenamentos jurídicos. Como afirmam Lima e Finco, Luhmann impõe uma solução para a definição destes escândalos construtores de valores jurídicos:

Qual valor (direito) permite reconhecer algo como inaceitável: a dignidade (que – como vimos – é também uma condição para uma autorrepresentação bem-sucedida do indivíduo) parece ter as características de “supervalor”, de direito essencial, que paulatinamente se afirma além das fronteiras dos Estados e das culturas. (Lima e Finco, 2019, p. 20)

Direitos sociais como saúde e educação necessitam de prestação positiva do Estado, portanto, têm sua eficácia dependente de tal ação. Em caso de não atendimento a eles, as pessoas se viram intituladas da prerrogativa de questionar o Poder Judiciário sobre seus casos individuais, com fundamento na previsibilidade constitucional destes direitos, pois acreditavam e acreditam estarem contidos no rol de direitos fundamentais. Como afirma Thornhill (2021), em muitas políticas, esse fenômeno significou que a busca de interesses comuns era cada vez mais conduzida por meio de ações legais, isto é, ações coletivas ou litígios estratégicos. (ibid., pp. 167-169). Isso tornou-se um novo padrão, mundialmente: “*Public interest litigation formed a new pattern of political agency in the United States, where litigation was strongly linked to the construction of ethnic and health rights*”³ (Ruparella, 2013, p. 574).

3 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

No Brasil, a Assembleia Constituinte que resultou na Constituição Federal de 1988 confiou ao STF o escopo de dar sentido às normas constitucionais ao resolver os litígios envolvendo os seus preceitos. Até por essa razão,

3. “A litigância de interesse público formou um novo padrão de agência política nos Estados Unidos, onde a litigância estava fortemente ligada à construção de direitos étnicos e de saúde.” (ibid., tradução nossa).

a norma constitucional não pode ser observada apenas pelo texto legislativo, mas também na sua efetivação pela referida corte, como um processo de concretização normativa. Assim, a validade e o sentido do direito dependem da lei e da decisão judicial, na linha de uma “hierarquia-entrelaçada” na forma desenhada por Neves (2007). Nessa perspectiva, a norma jurídica se depara com seu processo de criação chegado ao fim somente após sua concretização. Com tal importância, o processo interpretativo de aplicação normativa não pode ser visto como mero procedimento de aplicação, porém como um atuante processo de concretização em que as abordagens semânticas e pragmáticas têm mais importância do que as de subsunção sintática (ibid., pp. 85-87).

Durante esse processo de concreção, não obstante o direito público subjetivo à saúde garantido pela Carta Magna, como é plausível que parcela significativa da população brasileira fique à margem de uma igualdade social mínima?⁴ Concerne, no aspecto, indagar se há cidadania em postar os direitos sociais em norma constitucional e simplesmente aceitar o seu descumprimento como se fossem meramente simbólicos.

Por obviedade, o direito não pode, infelizmente, refazer o milagre da multiplicação dos pães como narram os evangelistas ou, como alerta Luhmann quase dois mil anos depois, a respeito da inexistência de uma “varinha de condão”, cujo simples desejo se concretizaria imediatamente, num ato de magia. Não se trata disso. É preciso grifar com rigor, entretanto, que igualmente não se há de coadunar com a passividade, nem com a inércia – não obstante a sua provocação via demanda –, tampouco com a justificativa da errônea cultura jurídica de que não lhe cabe fazer valer um direito público subjetivo constitucional.

De modo inverso, quando se nega a emissão comunicativa, a égide da binariedade do código exclui o jurisdicionado da prestação social ofertada pelo sistema parcial mencionado, o que também faz com que a gama de excluídos não veja o Poder Judiciário como defensor dos direitos (Villas

4. Num atual e pontual estudo sobre a desigualdade social, sob o manto da teoria dos sistemas, como processo de seletividade da modernização da sociedade brasileira, ver Villas Bóas Filho (2009, pp. 333-335).

Bôas Filho, 2009, p. 351). No mesmo sentido, não há de se negar pontuais argumentos, no aspecto de que o sistema jurídico não tem condição de solucionar carências materiais, mormente porque aludem a problemas inerentes à periferia, gerados pela ausência de recursos para atender ao grande número de necessitados. Precisar-se-ia de vultoso numerário a fim de atender à enorme desigualdade que assola nossa sociedade. Em razão disto, operar-se-iam escolhas que obrigatoriamente não atenderiam a tudo e a todos.⁵ No Brasil, que particularmente interessa a este estudo, formam-se legiões de excluídos sem as mínimas condições de sobrevivência digna – e o que se dirá da desejada igualdade econômica apregoada pelos direitos sociais constitucionais.⁶

Em outro contexto teórico, Vilanova pontuou que o processo de desenvolvimento social se trata de alteração factual, num constante duelo entre estabilidade e revolução, em gradativa alternância. A forma jurídica seria a responsável pelos contornos desses novos valores, ainda em ebulição revolucionária (Vilanova, 2003, p. 475). Historicamente, a decisão de resolução das contendas sociais sempre foi tomada, seja em tribos, seja em civilizações modernas, por uma ou várias autoridades, fundamentada em poder outorgado consoante a forma da estrutura social do momento estudado. Exemplifica-se com a referência às sociedades arcaicas, nas quais a união e o poder se originavam de laços familiares (Luhmann, 1983, pp. 168, 170, 174 e 182).

Em que pesem as variantes sociais, com o surgimento da lide, reclama-se de autoridade social para dirimir os litígios em cujo resultado se refletem os valores daquele grupo social, sobretudo dos axiomas dominantes entres os

5. Sob outro vernáculo: o cobertor é pequeno.

6. No plano teórico, não faltam justificativas, e justificadores, ao plexo ideário de abstenção à intervenção do Direito para atenuar essa não concretização dos valores sociais ou mesmo de sua incapacidade para tal escopo, mesmo que resguardadas com tanta argúcia no texto constitucional, como fazem, na última hipótese, mediante preceptivos iluminados: Celso Fernandes Campilongo e Orlando Villas Bôas Filho, de gerações distintas, mas que teorizam sob forte influência luhmanniana, sobretudo por isto, relevantes ao arauto metodológico do trabalho. A propósito, ver Campilongo (2002, p. 170) e Villas Bôas Filho (ibid., pp. 354-356).

julgadores. Assim, decide-se, forma-se uma norma jurídica a fim de imediatamente dirimir o conflito e mediatamente orientar a sociedade (Luhmann, 1985, p. 12).

Em sintonia com esse plexo, todavia sob outras premissas, o formato de sistema/ambiente apontado por Luhmann como existente na sociedade leva, invariavelmente, a uma incerteza controlada. Nesses termos, várias tomadas de decisão em relação a um mesmo caso concreto são possíveis. Isto porque, à medida que a complexidade se eleva, o sistema precisa, no âmbito da sua binariedade, fazer escolhas para produzir nova estabilização. Ocorre, no entanto, que essas escolhas podem resultar em posturas alternativas, menos exequíveis e até de indiferença, como constatou Febbrajo (1975, p. 39) em monografia sobre o funcionalismo estrutural na obra de Luhmann. Portanto, não há uma linha retilínea de evolução (Neves, 2006, p. 24).

De outra banda, trata-se de um processo evolutivo gerado após constante duelo comunicativo-social entre o sistema e o ambiente, vale dizer, do limite do sistema, num sistema/ambiente seletivo feito pelas estruturas, o que gerará inclusive diferenciação comunicacional, na qual reside a base da formação dos sistemas. Nesse sentido, à medida que se altera o *status* anterior por meio da comunicação diferenciada, deparamo-nos com a evolução do direito, independente do sentido dado pela nova comunicação, num processo de autorreferência, reflexividade e reflexão, obviamente numa sinergia com a codificação e a programação; do contrário o processo seria uma forma sem conteúdo (Febbrajo, 1975, Neves, 2007).

4 ATUAÇÃO SIMBÓLICA DO STF NO TEMA SANITÁRIO

Tendo em vista a heterogeneidade do vocábulo “simbólico”, adota-se expressamente a conceituação desenvolvida por Neves (2007) em *A Constituição Simbólica*. Precisamente para o sentido da pesquisa, já visualizada no título do trabalho, a atuação simbólica do STF, *a priori*, caracterizar-se-á quando prevalecer na sua “racionalidade jurídica” o significado “político-ideológico”, aqui materializado pela atuação jurisdicional em desfavor da concretização normativo-jurídica. A decisão simbólica, portanto,

teria um escopo de *álibi* social – e não de luta pela efetividade dos valores normativos. *Álibi* entendido como mecanismo de efeito “político-ideológico” de justificação às pressões sociais (ibid., p. 19).

Por trás do ideário simbólico de Neves há toda uma construção teórica, alicerçada sobretudo em Kindermann e em Gusfield, com nítido objetivo de sistematização. Nessa senda, depara-se com uma classificação das leis simbólicas no seguinte formato: (i) legislação como confirmação de valores sociais; (ii) legislação como *álibi*; (iii) legislação como compromisso futuro. A primeira situação surge quando há intensa polarização ideológica conduzida por grupos sociais antagônicos e ideologicamente conflituosos. A rivalidade é levada ao parlamento a fim de que um lado saia vencedor na votação de determinado projeto de lei. Em algumas situações, trata-se até mesmo de um litígio religioso, como ocorreu entre protestantes e católicos no caso da Lei Seca nos Estados Unidos da América. A aprovação da lei com vedação à venda de bebidas alcoólicas foi para os nativos (protestantes) uma grande vitória contra os imigrantes (católicos), independentemente da efetividade social da norma (ibid., pp. 33-36).

A legislação como confirmação de valores sociais é o primeiro exemplo de legislação simbólica demonstrado por Neves – e o mais curioso, porquanto parece inusitado que os movimentos sociais se satisfaçam com a vitória legislativa e não se preocupem com a efetivação dos valores contemplados. Neves elenca exemplos como o caso da Lei Seca norte-americana, em que os protestantes a favor da lei travaram uma batalha política com os católicos contrários à sua aprovação. Fundamentando-se em Gusfield, Neves defende que almejavam os protestantes a aprovação da lei muito mais num sentido de duelo de forças do que da concretização no mundo fático desses valores (ibid., pp. 33-34). Talvez a situação, por outro olhar, não seja de desinteresse pela efetividade social, porém estaria num segundo plano, pois que, em primeiro estaria a vitória política, em total derrocada do outro grupo social.

A segunda hipótese pontuada por Neves diz respeito à legislação-*álibi*. Nesta, o legislador teve o escopo de conquistar a opinião pública. Muitas vezes, cobram-se do parlamento atitudes até mesmo imediatas para sanar problemas sociais, sejam de qualquer ordem, mesmo que a produção normativa

não possa, como num passe de mágica, solver o problema. A expressão “legislação-álibi”, como suprarreferida, foi cunhada por Kindermann, abrangendo situações como as ocorridas em processos eleitorais, quando os políticos propagandeiam seus atos como forma de angariar eleitorado ou mesmo manter o do pleito anterior (ibid., pp. 36-37).

Ainda sob o aspecto do simbolismo, Neves, escorado em Freud e Gusfield, cada qual no seu contexto teórico, desenvolve raciocínio sobre o significado latente e manifesto das normas jurídicas, imbricando em agudo conceito sobre a legislação simbólica, a qual seria, por outro vernáculo, um mandamento com a ilusão de uma função manifesta. Por sua edição, não se pretendeu, realmente, que os valores nela assentados fossem efetivados. Almejou-se, de forma latente – escondida –, outra finalidade, por exemplo, de origem político-ideológica (ibid., pp. 22-33).

A cobrança social em face do sistema político provoca uma reação comunicativa. No caso da produção legiferante, novas leis serão votadas e aprovadas ante os clamores sociais. O curioso é que, em algumas situações, os legisladores têm consciência da ineficácia social dessa nova lei. Ela será aprovada, porém, socialmente, terá pouca ou nenhuma força coercitiva. Sem embargo desta consciência, como se faz necessária, é criada como um “álibi”, com o mote de reforçar momentaneamente a confiança popular no governo. Contudo, a prática sucessiva de tal artifício pode gerar efeito inverso, fortalecendo o descrédito em relação aos políticos (ibid., pp. 36-41).

A ideia de dilação da resolução de um problema social é relacionada, regra geral, à gravidade do problema em questão. Como é um problema grave, de difícil resolução, procura-se postergá-lo mediante a criação de medidas paliativas. A exemplo disso, no Brasil existem, em algumas regiões, verdadeiros bolsões de miséria, situação oriunda de uma realidade econômico-social negativa muito forte, não resolúvel em curto prazo. Por isso mesmo, o governo brasileiro cunhou diversos planos assistenciais, rotulados de “bolsas” – os quais, no senso acima mencionado, amenizam, mas não resolvem a situação. Sem menoscabo a essa análise, a ideia aqui é outra: o parlamento vê a necessidade de dar uma resposta aos eleitores, todavia não há consenso em relação às medidas que devem ser tomadas para resolver a questão. Deste modo, perante a necessidade imediata de resposta, chega-se

a um acordo em produzir determinada norma que, sabem, não resolverá a situação. No entanto, como não há acordo sobre as medidas necessárias, edita-se a lei propriamente como uma dilação do problema. É uma forma de dar resposta (ainda que estéril) aos reclamos da sociedade (ibid., pp. 41-42).

5 ADJUDICAÇÃO, SIMBOLISMO E DISTRIBUTIVIDADE

Historicamente, não há que se falar em direitos de segunda dimensão, como os sociais, sem a atuação do Estado. Os direitos sociais ventitam-se em prestações positivas, com espreque de alcançar o bem comum e a justiça social (Tavares, 2008, pp. 769, 772). Uma coisa é implícita à outra. Com efeito, ou os citados direitos existem realmente, o que resultaria numa obrigação de atuação do Estado, ou simplesmente não existem; na segunda hipótese, como estão tipificados em norma constitucional, restará qualificá-la de norma simbólica, ao menos no que diz respeito à temática em questão.

Os direitos sociais positivados pela legislação resultam em programas-fins destinados ao Estado em face de outros direitos previamente existentes. Alterar uma ordem constituída não é tarefa fácil, notadamente quando esse processo deve ser feito sem rompimento drástico com a ordem anterior (como sucederia numa revolução), mediante implementação de políticas públicas ou, quando ineficazes, da atuação jurisdicional. Esse processo distributivo exige raciocínio diverso do tradicional processo de adjudicação. Pede-se uma racionalidade ao julgar de forma mais refinada do que o simples certo ou errado, de modo que se reclamará do juiz uma análise global da situação, a qual foge do binômio referido (certo ou errado) a fim de se aproximar de uma decisão equânime (Lopes, 2006).

Por decorrência desse conceito, há um todo, um bem comum que necessitará ser dividido para apontar a parte de cada um. Resta ao magistrado, no processo judicial, o mister de rever esse critério de divisão feito pela Administração Pública, de tal sorte que provocaria uma nova partilha de forma a atender melhor a vontade da lei (ibid.). Bom lembrar, nessa linha, que os direitos subjetivos – como o direito à saúde – são construções históricas. A sua positivação também é uma aquisição evolutiva da sociedade

moderna. Por outro lado, entendê-los como direitos completamente objetivos, por assim dizer, posto e imposto a tudo e a todos, não fornece indicação sobre a sua função na sociedade atual, num contexto de racionalidade sustentável a longo prazo. Por esse motivo, inclusive, essa perspectiva de análise dos direitos subjetivos, desprovida de equilíbrio social, motivou Luhmann a rotulá-los como direitos injustos (Luhmann, 1990, pp. 299, 305).

A racionalidade da Suprema Corte no que diz respeito ao direito público subjetivo à saúde como direito individual, indisponível, é muito bem definida no sentido de sua efetividade em casos individuais. Isso se torna quase que incontroverso com a análise dos precedentes elencados na pesquisa. Por outro lado, a questão do direito à saúde como direito público social ainda está muito incipiente, sendo ainda utilizada como retórica para justificar o individual – mas a questão global, complexa, que gira ao entorno desse problema encontra-se longe de qualquer encaminhamento. Neste escopo, o seu universalismo social é inócuo. Resta observar se as partes romperão ou não as barreiras impostas pela jurisprudência defensiva do STF para resultar no julgamento do seu recurso. No entanto, a igualdade de cada indivíduo de receber a sua parte do direito à saúde acaba que aviltada, como se não existisse (Lopes, 2006, pp. 256-259).

O problema em julgar casos de direito à saúde tangencia as justiças comutativas e distributivas. É comum, muito em razão de uma formação teórica tradicional, os juristas não aceitarem enfrentar questões de distribuição das riquezas. Ao inverso disso, é rotineira a resolução das questões comutativas, praticamente como um processo de adjudicação. Nestes termos, os tribunais não estão preparados para uma análise global dos direitos e dos recursos para efetivá-los, obviamente pela necessidade de repensar a questão de forma interdisciplinar em sintonia, por exemplo, com a economia e com a Administração Pública. Essa dificuldade de enfrentar o problema sob uma perspectiva distributiva também pode ser justificada em razão de um óbice cultural, fruto de uma educação liberal e, no caso do Brasil, ainda como resquício de uma herança social tradicional em que, por muitos anos, só os filhos da elite cursavam as faculdades de direito. Esse cenário influencia a Excelsa Corte a ser reticente em raciocinar de forma distributiva (Barroso, 2012, p. 375).

A mesma Corte já enfrentou situação similar de mudança de paradigma quando, na República Velha, julgou inúmeros pedidos de vedação à atividade estatal de saúde pública, comandados pelo então impopular Osvaldo Cruz. Naquele momento, valores liberais tão em voga à época, como a própria liberdade, surgiram com o intento de combater inúmeras doenças contagiosas, resultado do grave processo epidêmico que o país enfrentava. O julgamento ficou conhecido como Revolta da Vacina, julgado no STF sob a classificação de Recurso em Habeas Corpus 2244 (Brasil, 1905).

Assenta-se, outrossim, que o processo de positivação jurisdicional pressupõe, como consequência inafastável, a hermenêutica da norma legal ou das normas legais aplicadas ao caso, bem como dos fatos narrados pelas partes. Tudo isso, inicialmente, numa vertente individualizada, para depois portar os fatos ao processo de subsunção. Durante esse processo não linear, o intérprete realiza um processo intelectual cujo escopo é conduzir esse raciocínio, que é influenciado pela sua ideologia.

Certa seletividade, portanto, é inerente à referida operação intelectual de interpretação. Lógico, porém, que, no momento da análise técnica da norma, as peculiaridades da respectiva espécie normativa vêm à tona, quicá da constitucional, a qual, segundo Luhmann, é a abertura para o futuro ao permitir que o sistema jurídico preveja sua própria alteração por meio de nova comunicação diferenciada nos limites da autorreferencialidade do seu respectivo binarismo (Luhmann, 1996, p. 100).

Além do mais, na própria jurisprudência analisada, observou-se a garantia do direito à saúde como bem inalienável, indisponível, propriamente como direito público subjetivo. Por óbvio, como já grafado, a Suprema Corte, muito pelos votos do ministro Celso de Melo, forjou tal garantia na sua jurisprudência. Sem menoscabo dessa conquista histórica, ora se ventila que a prática reiterada por todos os tribunais brasileiros dessa visão comutativa, seguramente, portará a ruptura do sistema político, a levar o Estado a uma quebra generalizada por flagrante escassez de recursos. Isso sem mencionar que, ao assim julgar, reduz-se, e muito, a força reflexiva que deveria ser proporcionada pela Constituição Federal (Neves, 2007, pp. 69-74, 95).

Com essa perspectiva, não há como não levantar o ideário em torno da metodologia de se julgar um litígio dessa natureza, uma vez que se poderia

simplesmente decidir a favor do referido direito, despreocupado com as consequências disso ou, de outra forma, sem desconsiderar o direito, promover uma análise global da situação (Lopes, 2006, pp. 137, 155). Além do que, modernamente, a função do direito reside na sua eficiência seletiva, numa relação ininterrupta com a sociedade, em paráfrase a Luhmann. A evolução do direito dependerá muito de como o próprio direito reagirá às modificações da sociedade ao longo do tempo (Luhmann, 1983, p. 116).

Em rigor, ainda, as atuações da Suprema Corte no tema de direito à saúde, enfrentado como questão distributiva, está longe do ideal, com a justa menção à audiência pública realizada pelo seu então presidente ministro Gilmar Ferreira Mendes, oportunidade em que se buscou entender o problema de forma global. Mesmo que os julgamentos – a partir de então – continuem a ser de forma comutativa, já se deu o primeiro passo. Nesse cenário, só resta ao jurisdicionado continuar a pressionar o STF mediante reiterados reclames processuais à sua alçada, o que gradativamente originará nova comunicação do sistema, chegando, assim, a novos processos de seleção, a resultar em decisão diferente da anterior.

O processo de alteração das normas constitucionais deriva da alteração da Constituição mediante emenda constitucional ou da alteração do significado constitucional outorgado no momento da concretização da norma constitucional. Neste processo de concretização, Neves (2004) indica duas formas de alteração constitucional, sendo uma delas promovida pela política, que agiria em determinado sentido com base em dispositivo constitucional específico. A política alterou a sua forma de agir com base no idêntico dispositivo constitucional. Por esse proceder, fala-se que o sistema político reinterpretou a referida norma. Na outra forma, o Judiciário a interpreta ao aplicar a Constituição Federal para dirimir um conflito no caso concreto. Em ambos os casos, porém, o processo de alteração é influenciado por interesses, expectativas e valores envolvidos no momento da interpretação-aplicação da norma (ibid., pp. 13, 15-17).

Configurada a alteração da norma constitucional, adota-se, nesse quesito, a tese sistêmica de que a evolução se configura a partir de nova comunicação, cujo conteúdo obrigatoriamente não significaria uma coisa boa. Dessa maneira, novas racionalidades vieram e outras tantas virão com o

passar dos anos, em interface contínua entre a referida tricotomia ou, quem sabe, as demais que o futuro reservará. Talvez, e por isso mesmo, chegue-se no futuro à compreensão de que essa postura de julgamento, com ótica coletiva, trata-se de complemento à atuação da política e não de usurpação de poderes.⁷ Mesmo porque, na classificação constitucional, o direito à saúde está inserido numa subdivisão dos direitos sociais, precisamente, direitos da seguridade social, a qual aponta como seus princípios a universalidade e a uniformidade.

Em linhas gerais, não há como ratificar que a Suprema Corte julgue um direito de ordem distributiva de forma exclusivamente adjudicatória sob pena de as emblemáticas afirmações da Excelsa Corte – “Cumpre **não perder** de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. [...]” (Brasil, 2000, p. 1419) e “**A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente.**” (Brasil, 2007, p. 1524) –, tornarem-se simbólicas em contexto nacional. Exemplifica-se com uma ilustração: imagine que a sua casa está infectada por grande quantidade de formigas, muitas tomando conta do lugar e você não consegue resolver. Contrata uma empresa especializada que, no dia da dedetização, explana um discurso forte, persuasivo, de que a sua família ficará livre das formigas. Durante a prestação do serviço, com grande vigor, todas as formigas que se encontram visíveis são mortas. No entanto, no dia seguinte, o seu cachorro morre envenenado e, uma semana depois, as formigas estão todas de volta. O que aconteceu? A empresa é séria; dedicou-se ao trabalho! Porém, enfrentou a questão de forma adjudicatória, condenando aquelas formigas à morte sem pensar a questão de forma macro, com a análise do conjunto (origem, consequências etc.) para buscar atingir o resultado de forma global. Por isso mesmo, a empresa, por mais que se tenha esforçado, teve uma atuação simbólica.

7. A respeito da atuação judicial como complemento da política com destaque para julgamentos comutativos, ver Lopes (2006, p. 181). Sobre justiça distributiva e comutativa, ver Lopes (2006, pp. 282-283). Para uma análise, no Brasil, de alguns casos de justiça distributiva sob o enfoque do direito do consumidor, ver (Lopes, 2006, pp. 141-161).

Obviamente, com as devidas adaptações, o resultado da pesquisa é muito símile à esboçada ilustração acima. O STF, na medida em que não julga o direito à saúde por um prisma distributivo, outras vezes é muito mais generoso com casos (demandas) individuais do que nos processos coletivos, promovendo a continuidade de uma exclusão gigantesca dos indivíduos à saúde. Dessa forma, acaba tendo uma atuação simbólica, como um “álibi”. Fez-se o que se podia. Argumentou-se com teses lindas – que inegavelmente consolidam um direito no plano jurídico – mas que a sua não resolução, pelo enfoque distributivo, configura como simbólica, a despeito do bem entregue àqueles litigantes que obtiveram a decisão favorável – uma nova elite (Neves, 2007, pp. 95-96).

Além disso, a grande massa de recursos extraordinários interpostos no STF não é admitida. A respeito, é possível fazer várias observações, das quais três se destacam quanto ao escopo desta pesquisa: (i) o juízo de admissibilidade dos recursos à medida que limita significativamente o acesso aos jurisdicionados, reduz a complexidade social. Trata-se de um simplificador social. São muitos, inúmeros mesmo, os recursos que pleiteiam o acesso à Suprema Corte, todavia, é preciso reduzir essa elevada quantidade.

Para isso, criaram-se requisitos constitucionais para sua admissão, os quais se tornam mais ou menos rígidos conforme a interpretação outorgada pelo tribunal de origem da decisão recorrida e pelo próprio STF: (ii) o fato de a maioria dos recursos interpostos não serem admitidos – daí nem ao menos serem julgados pelo STF – não interfere na autopoiese do sistema jurídico; (iii) o não julgamento de uma grande quantidade de demandas de jurisdicionados que tiveram tolhido o seu direito à saúde, enquanto uma elite que teve representação judicial diferenciada sob o viés técnico – a ponto de romper o rígido crivo de admissibilidade imposto aos recursos extraordinários – conseguiu a proteção judicial. Isso provoca uma atuação simbólica da Suprema Corte, na medida em que não toma nenhuma atitude a fim de amenizar a exclusão, seja com a edição de uma súmula vinculante, seja com julgamentos conduzidos por critérios distributivos.

Na última observação apresentada, pelas regras do jogo do sistema recursal brasileiro, muitos jurisdicionados – que se enquadram na mesma situação fática de outros tantos que tiveram ao seu favor a tutela da Suprema

Corte – não terão o seu direito subjetivo efetivado. Configura-se um paradoxo: o direito à saúde é reconhecido como indisponível, superior a interesses secundários como os financeiros, mas aceita-se que uma legião continue à margem dele, pois foi barrada na admissibilidade recursal. Entretanto, como o próprio subsistema prevê tal procedimento e, depois, com a análise dos acórdãos, aferiu-se que as decisões são feitas à luz da binariedade do sistema, o processo comunicativo autopoietico não sofre rupturas. Por outro lado, é inegável que há um caráter de simbolismo, chamado aqui de “simbolismo-álibi”.

Involuntariamente, a Corte Constitucional elege a cada juízo de admissibilidade uma elite, escolhida sob um viés técnico, materializada nos recorrentes suficientemente capazes de ultrapassar o juízo de admissibilidade e, assim, conseguirem ter seus recursos julgados. Desse modo, a atuação do STF simbólica é justamente pelos recursos não julgados – referimo-nos, aqui, à enorme quantidade de recursos que têm o seu acesso obstaculizado pelo juízo de admissibilidade – e não pelos julgados, mesmo em razão de que a separação de poderes remonta, também, as suas raízes no anseio de igualdade, com o condão de neutralizar a atuação estatal de interesses particulares e promover a generalização das expectativas normativas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É claro que a construção teórica da separação dos poderes foi muito mais um projeto político do que propriamente jurídico, porquanto se temia pelo excesso de poder. Assim, como expressamente afirmou Montesquieu, lutava-se para coibir o despotismo real, inibindo um poder pelo outro e, aos poucos, gradativamente, desembocou-se no fortalecimento do Estado Liberal, mesmo sem poder aferir com segurança se foi essa a intenção do filósofo francês.

Essa divisão da máquina pública ainda é a forma mais utilizada de distribuição das funções estatais, e a vigilância de um poder a outro é a maneira mais eficaz de garantir o bom trabalho. Como vimos, contemporaneamente, conforme faz menção Neves, na perspectiva tradicional do Estado

Democrático de Direito, a decisão judicial é estritamente vinculada à lei. Nesse definido sentido, poder-se-ia afirmar: o decorrer dos anos mostrou que a neutralização do Poder Jurisdicional o afastou de suas bases sociais e dos valores éticos.

Entretanto, temas sensíveis como o direito à saúde, cujo comando constitucional dá ao Estado a responsabilidade de atuar positivamente em favor dos cidadãos, e, a estes, o direito subjetivo de muito exigir do Poder Público seu cumprimento, não basta, ao cumprimento constitucional desse tema, o silogismo simples, a imposição tudo-ou-nada, a escolha simplória entre certo e errado, como se dá nos processos adjudicatórios.

Restou claro, portanto, ao longo do texto, que o processo distributivo exige raciocínio diverso do tradicional processo de adjudicação, já que exige racionalidade ao julgar de forma mais refinada do que o simples certo ou errado, tudo ou nada, o comando vindo de cima. Do contrário, se reclamará do juiz uma análise global da situação a fim de se aproximar de uma decisão equânime e, no fim das contas, justa, sendo esta a forma constitucionalmente mais eficaz para o enfrentamento do tema.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto (2012). *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, Saraiva.
- BONAVIDES, Paulo (2006). *Curso de direito constitucional*. 19 ed. São Paulo, Malheiros.
- BRASIL (1905). Supremo Tribunal Federal. *RHC 2244*. Relator Ministro Hermínio Espírito Santo. Julgado em 31.01.1905, Publicado em 03.02.1905. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFPaginaPrincipal1>. Acesso em: 27 maio 2022.

- BRASIL (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 16 jul.
- BRASIL (1985). Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio. Altera dispositivos da Constituição Federal e estabelece outras normas constitucionais de caráter transitório. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF: p. 7313, 16 maio.
- BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado Federal, Centro Gráfico.
- BRASIL (2000). Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8-RS*. Relator Ministro Celso de Mello. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cândida Silveira Saibert. Agravada: Dina Rosa Vieira. Brasília, DF. Julgado em 24.11.2000. Trecho, p. 1.419. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 27 maio 2022.
- BRASIL (2007). *Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 393.175-O-RS*. Relator Ministro Celso de Mello. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luiz Marcelo Dias e outro (A/S). Brasília, DF. Publicado em DJe 02.02.2007. Trecho, p. 1.524. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em 27 mai. 2022.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes (2002). *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo, Max Limonad.
- LIMA, Fernando Rister de Sousa e FINCO, Matteo (2019). Teoria sistêmica e direitos humanos: o Supremo Tribunal Federal e o direito à saúde. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez.
- LOPES, José Reinaldo de Lima (2006). *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo, Método.
- LUHMANN, Niklas (1983). *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.

- LUHMANN, Niklas (1985). *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- LUHMANN, Niklas (1993). *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* Heidelberg, Müller, Jurist. Verl.
- LUHMANN, Niklas (2000). O paradoxo dos direitos humanos: três formas de seu desdobramento”. *Themis*. Fortaleza, v. 3, n. 1.
- MARMELSTEIN, George (2008). *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo, Atlas.
- NEVES, Marcelo (2007). *A constitucionalização simbólica*. 2 ed., São Paulo, Martins Fontes.
- RUPARELIA, Sanjay (2013). India’s New Rights Agenda: Genesis, Promises, Risks. *Pacific Affairs*. Vancouver, v. 86, n. 3.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto (2014). *Constituição*. São Paulo, Estúdio.
- TAVARES, André Ramos (2008). *20 Anos da Constituição Cidadã*. São Paulo, Imprensa Oficial.
- THORNHILL, Christopher (2021). *Democratic Crisis and Global Constitutional Law*. (Global Law Series, p. I). Cambridge, Cambridge University Press.
- VILANOVA, Lourival (2003). *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. I e II. São Paulo, Axis Mundi/Ibet.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando (2009). *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo, Saraiva.

5

La configuración del estado democrático a la luz de la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una perspectiva del tema desde Bolivia

ALAN E. VARGAS LIMA

1 INTRODUCCIÓN

El 21/10/2019 la República de Colombia, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana, presentó una solicitud de Opinión Consultiva sobre la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹.

1. La Audiencia de Solicitud de Opinión Consultiva sobre la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos presentada por el Estado de Colombia, fue realizada el 28, 29 y 30 de septiembre de 2020, en el 137 Período Ordinario de Sesiones. El 7 de junio de 2021 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una Opinión Consultiva en respuesta a la consulta realizada por la República de Colombia sobre “la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”; y en la misma señaló que la reelección presidencial indefinida no era un derecho humano garantizado en la Convención Americana.

Una de las cuestiones planteadas por el Estado solicitante, fue precisamente dilucidar si la reelección presidencial indefinida es un derecho humano protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); lo cual tiene una especial relevancia para Bolivia, dado que en fecha 28/11/2017 se ha pronunciado la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0084/2017, por la cual el Tribunal Constitucional Plurinacional decidió otorgar una aplicación preferente a la CADH, al amparo de lo dispuesto por el artículo 256 de la Constitución boliviana, habilitando la reelección presidencial del gobernante de turno.

Considerando que el próximo 10/10 se cumplirán 40 años de vida democrática en Bolivia (1982-2022), la actual coyuntura nos obliga a desarrollar los elementos esenciales del Estado Democrático de Derecho, verificando la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad, para luego analizar la vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Corte IDH como parte del bloque de constitucionalidad en Bolivia, y la incidencia de la Opinión Consultiva OC-28/21 en el régimen democrático boliviano².

2. Algunas ideas preliminares de este ensayo sobre Estado Democrático, fueron expuestas inicialmente en el trabajo de mi autoría: “El Estado Plurinacional de Bolivia como Estado Constitucional de Derecho”. En: (Vargas, 2020). Posteriormente, una versión actualizada con los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su más reciente Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, fue presentada como Conferencia magistral en el marco de la Sexta Semana de la Democracia: “Juventudes, factor de cambio social”, organizado por el Instituto Electoral y de Participación Ciudadana IEPC-Tabasco (México), que se realizó en formato virtual el día 31 de agosto de 2021. El tema también fue expuesto como ponencia en el 1° Congreso Internacional de Investigación FUNDESino, organizado por la Fundación de Estudios Superiores (FUNDES – Colombia), que se realizó en modalidad on line, los días 27 al 29 de octubre de 2021; y también en el marco del V Congreso Mundial de Justicia Constitucional, en modalidad virtual, organizado por la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” Campus Itapúa, los días 17, 18 y 19 de noviembre de 2021. Finalmente, fue presentado en el 11° Congreso Internacional Constitucionalismo e Democracia: *Diálogos do Sul: Pluralismo na África e América Latina para emancipação*, organizado pela Rede Para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e realizado pela UNILAB, UFBA e UCSAL, nos días 22 a 26 de novembro de 2021 (Brasil).

2 NOCIONES GENERALES SOBRE EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

A manera de citar algunos antecedentes en el sistema constitucional boliviano, cabe señalar que la primera caracterización de Bolivia como Estado democrático, fue introducida en la reforma constitucional de 20 de febrero de 2004, através de la Ley 2631 de Reformas a la *Constitución Política del Estado* (CPE)³.

Esta definición – según lo explicado por la Sentencia Constitucional N° 0066/2005, de 22 de septiembre – implica una cualificación de la relación Estado- sociedad, pues supone la intervención activa de los ciudadanos a través de diferentes mecanismos de participación incorporados a la Constitución boliviana en la referida reforma de 2004, como la iniciativa legislativa, el referéndum, etc., así como las nuevas formas de representación popular también incorporadas en la reforma. Entonces, de acuerdo al entendimiento expresado por el Tribunal Constitucional:

El principio de Estado Democrático, implica un énfasis en la democracia, entendida ésta como el gobierno del pueblo, donde la titularidad del poder político descansa en el gobernado, es decir en el pueblo, y no en el gobernante, quien ejerce el poder por delegación conferida por el pueblo a través del voto directo e igual, bajo el sistema de representación proporcional establecido en el art. 219 de la CPE (2004). Es así que conforme al principio democrático aludido, el Gobierno, en la democracia, se legitima por el consentimiento del pueblo, fundamentalmente a través del voto emitido en las elecciones, conforme a la representación proporcional.

En este sentido, la formulación de Bolivia como un Estado Democrático, hace referencia, entonces, a la titularidad del poder, que descansa en el

3. Un primer análisis crítico sobre las novedades y los alcances de la reforma constitucional de 2004 en Bolivia, puede verse en el trabajo de (Fernández, 2004). Asimismo, una investigación sobre el ejercicio de la democracia directa en América Latina, donde se menciona con algún detalle la trascendencia de la reforma constitucional de 2004 en Bolivia, puede verse en Lissidini (2011).

pueblo, que debe participar en la vida política a través de los diferentes mecanismos previstos por el sistema democrático. El principio democrático, implica además una mejor distribución del poder político, y una apuesta por lo diverso, como negación de todo totalitarismo, a nivel étnico, cultural, ideológico, político o regional.

En la actualidad, y según la doctrina del constitucionalismo contemporáneo, el *Estado democrático*⁴ entraña distintas características del régimen político, porque de un lado, significa que los titulares del poder público ejercen esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, expresada a través de las elecciones basadas en el *sufragio universal* (artículo

4. Como lo ha precisado la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0026/2021, de 19 de abril, en virtud del art. 1 de la CPE, el Estado boliviano se consagra como un Estado Democrático de Derecho, cualidades de insoslayable importancia, pues por un lado, el Estado de Derecho, entre otros aspectos, implica la subordinación a la Ley Fundamental en el ejercicio del poder público así como la vigencia plena del principio constitucional de legalidad en su visión más amplia, esto es, el deber de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes (art. 108.1 de la CPE), debiendo entenderse, que la legalidad informadora deviene de la Ley Suprema del ordenamiento jurídico; es decir, que: “[...] el principio de legalidad contiene en su matriz normativa al principio de constitucionalidad”. (SCP 0009/2016 de 14 de enero). Y, por otro lado, el carácter democrático reconocido en el referido precepto constitucional resulta inescindible del Estado de Derecho pues la base de todo régimen constitucional no es otro que la expresión de la voluntad soberana a través de los cauces legales previstos al efecto, de modo que la Constitución, en cuanto modelo normativo que expresa una voluntad colectiva de convivencia democrática, alcanza su máxima expresión por medio de la participación ciudadana, efectivizada a través de la democracia representativa (art.11.II.2 de la Norma Suprema). Asimismo, sobre su incidencia y aplicación en el ámbito judicial, a través de la SCP 0339/2012 de 18 de junio, reiterada a su vez por la SCP 0346/2020-S2 de 19 de agosto, entre muchas otras, el TCP ha establecido que: “[...] tomando en cuenta que uno de los principios fundamentales inherentes al Estado Democrático de Derecho es la motivación de las decisiones de las autoridades públicas, el juez está obligado a expresar los motivos de hecho y de derecho en que se basa su convicción determinativa de la concurrencia de los requisitos, así como el valor otorgado a los medios de prueba, esa fundamentación no puede ser reemplazada por la simple relación de los documentos o la mención de los requerimientos de las partes; de modo que está obligado a expresar los presupuestos jurídicos que motivan la medida, con cita de las normas legales aplicables y la descripción clara y objetiva de los elementos de convicción concurrentes”.

26.II de la CPE)⁵; y, de otro, implica que la relación de los ciudadanos con el poder político no se reduce a la emisión del *voto* para elegir a sus representantes y gobernantes, sino que también se expresa en una participación activa y efectiva en la toma de decisiones, a través de mecanismos adecuados como el *referéndum popular*⁶, la *planificación participativa*, la *revocatoria de mandato*

5. “La doctrina constitucional – expuesta con bastante amplitud en la Sentencia Constitucional N°0064/2004, de 8 de julio – entiende por cuerpo electoral al conjunto de ciudadanos con derecho de sufragio activo; es la expresión jurídica de la sociedad a través de la cual ésta procede a la creación del derecho y a la dirección política del Estado por medio de la elección de sus representantes, o a través de la adopción de decisiones de especial trascendencia de manera directa. El concepto de cuerpo electoral tiene su base en el principio fundamental de la soberanía popular, lo que significa la pertenencia del poder al pueblo, es decir, que el pueblo es el origen de todo poder, lo que implica el reconocimiento a aquél del derecho de crear o configurar su propio orden político fundamental, su Constitución, así como el derecho de modificarla. En consecuencia, el poder del Estado emana del pueblo el que, en un sistema democrático participativo, además de delegar su ejercicio a sus mandatarios y representantes, lo ejerce directamente a través de los mecanismos previstos por la Ley Fundamental del Estado”. Sin embargo, la voluntad del cuerpo electoral no puede constituirse ni expresarse, sino a través del ejercicio del derecho de sufragio; pues no existe otra vía más idónea y expedita que el sufragio, para que el cuerpo electoral pueda manifestarse de forma individualizada por los ciudadanos que lo integran. Este derecho se ejerce mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente (a partir de los dieciocho años cumplidos); así lo dispone la norma prevista por el artículo 26 parágrafo II de la CPE.

6. En lo que respecta al referéndum como mecanismo de participación del pueblo en la toma de decisiones políticas trascendentales, la antes citada Sentencia Constitucional N°0064/2004, en consonancia con la doctrina del Derecho Constitucional, ha precisado que el referéndum es un mecanismo de la democracia participativa, a través del cual el pueblo, como titular de la soberanía, expresa su voluntad o decisión política sobre los asuntos o temas sometidos a su consideración por las autoridades de gobierno. En Bolivia se han llevado a cabo tres referéndums constitucionales: a) el referéndum de 11 de enero de 1931 (que aprueba modificaciones a la Constitución de esa época); b) el referéndum de 25 de enero de 2009 (que aprueba el texto constitucional vigente); c) el referéndum de 21 de febrero de 2016 (que rechaza la reforma constitucional para habilitar la reelección presidencial). Sobre este último aspecto, un análisis de la consulta popular (referéndum) que tuvo lugar en Bolivia el 21 de febrero, y que resultó en el rechazo a la propuesta de reformar la Constitución para permitir una nueva reelección presidencial, puede encontrarse en el trabajo de Welp, y Lissidini (2016).

(artículo 240 CPE), así como el *control social* (artículos 241 y 242 CPE) y la *iniciativa legislativa*⁷ (artículos 11.II, núm. 1, y 162 CPE); y, finalmente, que la democracia sea expresada como la capacidad de respeto a los demás, *la capacidad del diálogo y el respeto por la discrepancia*, de manera tal que la voluntad de las mayorías no pueda llegar al extremo de desconocer los derechos de las minorías ni los derechos fundamentales de las personas (Rivera et al., 2005, p. 21).

En este sentido, la reciente Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, sobre «La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos», ha establecido entre sus fundamentos, que si bien el principio democrático implica que los gobernantes serán electos por la mayoría, uno de los objetivos principales de una democracia debe ser *el respeto de los derechos de las minorías*, y ese respeto se garantiza mediante la protección del Estado de Derecho y de los derechos humanos. Asimismo, agregó:

[...] 53. La relación entre derechos humanos, Estado de Derecho y democracia quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana. Este instrumento jurídico es una norma de interpretación auténtica de los tratados a que se refiere, pues recoge la interpretación que los propios Estados miembros de la OEA, incluyendo a los Estados parte en la Convención, hacen de las normas atinentes a la democracia tanto de la Carta de la OEA como de ésta.

54. La Carta Democrática señala expresamente que “[l]os pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”. En este sentido, se reconoce que “la democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”. Asimismo, la Carta Democrática establece que “el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del Estado de Derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos”. Es tal el rol fundamental que los Estados de la región le han dado a la democracia

7. La participación ciudadana como objeto de estudio puede ser analizada desde distintas perspectivas; así, una mirada jurídica concreta sobre el referéndum y la iniciativa legislativa popular, y su análisis comparado entre diversos sistemas constitucionales, puede verse en el interesante trabajo de Soto (2012).

representativa, que la Carta Democrática establece un sistema de garantía colectiva mediante el cual, cuando “se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente [el] orden democrático” de un Estado, otros Estados o el Secretario General podrán solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente, y de constatarse que “se ha producido la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro y que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas, conforme a la Carta de la OEA tomará la decisión de suspender a dicho Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros.

3 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO

Continuando con el análisis, y concretamente en cuanto se refiere al control de convencionalidad, se requiere precisar cuál es el fundamento de su obligatoriedad; lo cual resulta imprescindible para entender la importancia de realizar dicho control y para señalar que su ausencia implica que los Estados pueden comprometer su responsabilidad a nivel internacional.

Así, es fácilmente perceptible que el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH (Steiner y Uribe, 2014)⁸.

De la lectura integrada de dichos artículos – señala el profesor Claudio Nash – se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que éstos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, la protección y la promoción de dichos derechos. En este sentido, desde esta comprensión se ha concebido el concepto de control

8. Los arts. 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, sientan “deberes” específicos para los Estados a ella adheridos. El primero, esencialmente, establece dos: a) respetar los derechos de la Convención, y b) garantizarlos, sin discriminación alguna. A su turno, el art. 2º les obliga a adoptar “disposiciones legislativas o de otro carácter” necesarias para efectivizar aquella garantía. Aquí se alude al “efecto útil” que debe tener el Pacto. (Sagüés, 2010, pp. 117-136).

de convencionalidad, entendido como *la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones, las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia* (Nash, 2013).⁹

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (Arts. 1.1 y 2). Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Es decir, el Estado se encuentra obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Finalmente, se trata de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado; lo que constituye también otro de los fundamentos del control de convencionalidad en las normas del derecho internacional público, que ha sido recogido por la Corte IDH en el *caso Almonacid Arellano vs. Chile* (26 de septiembre de 2006, párrafo 125).

Asimismo – agrega Claudio Nash –, la necesidad de realizar un control de convencionalidad de las normas emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *ius cogens* “*pacta sunt servanda*”, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), como la obligación que tienen los Estados

9. Por su parte, el jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac Gregor, en referencia al control de convencionalidad en sede interna, señala que “[...] esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el *corpus juris interamericano*; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el *corpus iuris interamericano*, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno” (Ferrer Mac-Gregor, 2014, p. 237).

de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte, da cuenta del compromiso que deben tener los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados. Emana también de los principios del derecho internacional público, el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales.

En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar un goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la Convención, incluye la de adecuar la normativa no convencional existente.

En consecuencia – y siguiendo el criterio de Claudio Nash –, que el fundamento de la figura del control de convencionalidad se base tanto en normas convencionales como en principios del derecho internacional público, otorga un poderoso respaldo jurídico que permite salvar las objeciones que se pueden plantear en torno a la posible restricción a la soberanía de los Estados que supondría la obligación de realizar un control de convencionalidad.

Ahora bien, en el marco del tema planteado en el presente trabajo, y de acuerdo a lo expresado en la reciente Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, cabe considerar que:

44. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana . La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales. En este sentido, existen límites a lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias

democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial.

Entonces, a esta altura del análisis, es útil revisar brevemente cuál ha sido la evolución de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al ejercicio del control de convencionalidad y sus alcances, conforme se detalla a continuación.

4 EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La jurisprudencia de la Corte IDH ha pasado por varias etapas en el desarrollo del concepto de control de convencionalidad, y analizar esta evolución es fundamental para entender el actual sentido y alcance de esta labor¹⁰; a este efecto, resulta muy útil la diferenciación de etapas de evolución de la jurisprudencia interamericana, realizada con gran acierto por el profesor Claudio Nash, en su citado estudio sobre el Control de Convencionalidad.

Se debe recordar, que cuando el juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto razonado, en el *Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala* hace por primera vez alusión al control de convencionalidad, se pone de relieve la importancia que tiene para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados el análisis del funcionamiento del Estado en su conjunto y que en este análisis la Corte IDH hace un control de convencionalidad de las actuaciones del Estado (Cfr. Corte IDH, caso Myrna Mack Chang c. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, párr. 29).

10. Un interesante estudio que explica con mayor detalle la evolución de la doctrina jurisprudencial del Control de Convencionalidad Interamericano, definiendo sus tipologías y grados de intensidad, puede verse en Barrientos (2017).

4.1 Primera etapa: aproximación inicial

Existe una primera etapa en que se delinearon los aspectos generales de la figura del control de convencionalidad, ocasión en la cual se señaló que el Poder Judicial debe realizar *una especie de control de convencionalidad*, lo que parece una posición prudente y clarificadora de la naturaleza diversa que tiene esta figura de aquel ejercicio propio del derecho constitucional. Asimismo, se avanza en indicar que este control incluye la interpretación que ha hecho la Corte IDH de las obligaciones internacionales del Estado, lo que es un dato relevante, ya que en muchos sistemas internos ésta es una cuestión muy debatida (Cfr. Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párr. 124).

En síntesis – dice Claudio Nash –, aquí están expresados los elementos centrales del control de convencionalidad:

- i) Existe una obligación del poder judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno.
- ii) Este es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.
- iii) Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas incompatibles con las obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado.
- iv) Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH. (Nash, 2013, p. 496)

4.2 Segunda etapa: identificación de actores involucrados

Avanzando en la evolución de su jurisprudencia, la Corte IDH estableció que el control debe ejercerse incluso de oficio por la magistratura local y aclaró que este se debe hacer dentro del ámbito de competencias y funciones de aquella. Cabe destacar que esta aproximación de la Corte

IDH es relevante desde el punto de vista de la legitimidad del sistema, ya que toma en consideración la organización interna del Estado y permite un funcionamiento coherente del sistema. La Corte IDH no impone un sistema, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, cualquiera sea el sistema constitucional nacional (Cfr. Corte IDH, caso *Trabajadores cesados del Congreso («Aguado Alfaro y otros») c. Perú*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158, párr. 128).

4.3 Tercera etapa: expansión hacia la jurisdicción ordinaria y constitucional

En una tercera etapa, la Corte IDH va más allá y señala que el control de convencionalidad compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incorporando lo que se había señalado anteriormente acerca de la importancia de que este control se realice en el ámbito de competencias de cada magistratura. Esta apertura hacia los órganos competentes para realizar el control, permite la inclusión de los Tribunales Constitucionales y reafirma la idea de que todo juez debe realizar este control con independencia de sus características particulares (Cfr. Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220, párr. 225).

4.4 Cuarta etapa: ampliación hacia todas las autoridades públicas

En su jurisprudencia más reciente, la Corte IDH ha incorporado como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública; es decir, se amplía el espectro desde el Poder Judicial hacia todos los órganos públicos, ello a propósito del análisis de la compatibilidad

de una ley de amnistía aprobada democráticamente, con las obligaciones que impone la CADH (Cfr. Corte IDH, caso *Gelman c. Uruguay*, sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221, párr. 239).

4.5 Quinta etapa: utilización de pronunciamientos contenciosos y consultivos

Aquí cabe poner de relieve que la jurisprudencia interamericana en sentido estricto (esto es, los criterios establecidos por la Corte IDH como intérprete de la Convención Americana y de otros tratados de la región, que han sido acogidos por varios Estados), ha influido crecientemente en los ordenamientos internos. Esa jurisprudencia posee carácter vinculante *inter partes*, obviamente, en lo que toca a la solución específica de una controversia, pero también *erga omnes* en lo que atañe a la interpretación de la norma invocada o aplicada, con respecto a los Estados parte en un litigio y a todos los restantes que se hallan bajo el imperio del mismo orden convencional.

La admisión de este último efecto, verdaderamente relevante, ha sido afirmada por el propio Tribunal incluso en lo que concierne a sus opiniones consultivas, cuyo carácter vinculante no fue sostenido en anteriores pronunciamientos.

Esta afirmación deriva de las observaciones expresadas por la Corte a propósito del control de convencionalidad, en la Opinión Consultiva OC-21/14, sobre «Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional», en cuya oportunidad, la Corte consideró necesario:

[...] que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que indudablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es ‘la protección

de los derechos fundamentales de los seres humanos”¹¹, cumpliendo así “en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo¹².

Esta línea jurisprudencial, ha sido recientemente ratificada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-28/21, sobre «La figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», en la cual la Corte – además de establecer que la reelección presidencial indefinida no es un derecho humano autónomo, pues no cuenta con reconocimiento normativo en la Convención ni en la Declaración Americana –, ha insistido nuevamente en la necesidad de que los diversos órganos del Estado (Órgano Ejecutivo, Legislativo, Judicial, y Electoral, en el caso de Bolivia) realicen el respectivo *Control* (difuso) *de Convencionalidad*, no solamente de acuerdo a las decisiones que emergen de los casos contenciosos que se resuelven en esa instancia (cuando emite Sentencias determinando si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la CADH); sino también sobre la base de los pronunciamientos emitidos en ejercicio de su competencia consultiva (cuando responde consultas que formulan los Estados miembros de la OEA acerca de: a) la compatibilidad de las normas internas con la Convención; y b) la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos) (Corte IDH, 2020).

Todo ello constituye una señal incuestionable de que la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, sumado a la preservación de la democracia y sus instituciones en la región, constituyen los propósitos esenciales del SIDH (Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos).

11. Citado por García (2016, pp. 433-463). Así también, resulta de utilidad consultar el análisis de Sagüés (2015, pp. 275-283).

12. Citado por: Ferrer Mac-Gregor (2019).

5 LA VINCULATORIEDAD DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE IDH EN BOLIVIA

La *Constitución Política del Estado Plurinacional* de Bolivia – que habiendo sido aprobada el 7 de febrero de 2009, ya ha cumplido una década de vigencia –, prevé expresamente que: “[...] el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país” (Artículo 410, parágrafo II constitucional), posicionándose así como un texto constitucional a la vanguardia de la protección de los derechos humanos en Latinoamérica¹³.

En ese marco, la evolución jurisprudencial anteriormente expuesta, tiene una especial relevancia en el contexto nacional, dado que respecto a la incidencia de los elementos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional boliviano sostuvo hace varios años, que el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: 1) el preámbulo, 2) la parte dogmática, y 3) la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, el Tribunal estableció que este órgano y, por ende, las decisiones que de él emanan, forman parte también del bloque de constitucionalidad (Cfr. Sentencia Constitucional N° 110/2010-R, de 10 de mayo de 2010).

Por otro lado, en el marco de una interpretación progresiva, acorde al principio de unidad constitucional y enmarcada en las directrices principistas del Estado Plurinacional de Bolivia, el Tribunal Constitucional

13. A nivel latinoamericano, la Constitución Boliviana del año 2009, ciertamente fue la primera que incluyó la voz “bloque de constitucionalidad” en su texto normativo (art. 410). (Ferrer Mac-Gregor, 2014, p. 123). Éste precepto referido al bloque de constitucionalidad, ciertamente constituye una reivindicación de las líneas jurisprudenciales establecidas con bastante anterioridad por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano; y así se halla demostrado ampliamente en otro trabajo (Vargas Lima, 2019, pp. 363-396).

Plurinacional ha señalado además que los valores plurales supremos del Estado Plurinacional de Bolivia, como ser el vivir bien, la solidaridad, la justicia, la igualdad material, entre otros señalados en la Constitución, también forman parte del bloque de constitucionalidad en un componente adicional, el cual se encuentra amparado también por el Principio de Supremacía Constitucional (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°1227/2012, de 7 de septiembre de 2012).

En definitiva, y en una interpretación sistemática, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución desarrollado por la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, está compuesto –de manera enunciativa y no limitativa– por los siguientes compartimentos:

- i) La Constitución como norma jurídica; ii) Los Tratados y Convenciones internacionales destinados a la protección de los Derechos Humanos;
- iii) Las Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; iv) Las Normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país; y, v) Los Principios y Valores plurales supremos, inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional (Vargas Lima, 2018)

En consecuencia, considerando que las Sentencias emitidas en los casos contenciosos que conoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, y en mérito a que el ejercicio del control de convencionalidad supone utilizar los pronunciamientos que emite dicha instancia supranacional en ejercicio de su competencia consultiva –como un instrumento efectivo para la protección eficaz de los derechos fundamentales a nivel interno-, ello significa indudablemente que tanto las Sentencias como las Opiniones Consultivas de la Corte IDH, son vinculantes y de cumplimiento obligatorio para todas las autoridades públicas del Estado Plurinacional de Bolivia, así como para todos los habitantes del país, en virtud del principio de supremacía constitucional (art. 410), y la fuerza normativa de la Constitución boliviana

que impone el criterio de aplicación preferente de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (arts. 13.IV y 256), lo cual incluye al *corpus juris* interamericano¹⁴.

6 ELEMENTOS ESENCIALES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO ACORDE A LOS LINEAMIENTOS DE LA CORTE IDH

Por otro lado, también resulta importante precisar que según la doctrina constitucional, el Estado Democrático tiene algunos elementos cualificadores que de manera enunciativa – no limitativa – serían los siguientes:

- a) el principio de la *soberanía popular*, como el modo específico y peculiar de concebir el poder en el Estado, en el que el referente último es la voluntad del pueblo¹⁵;

14. Ciertamente, la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se sostiene en los principios rectores del Derecho Internacional Público y las normas de interpretación de los tratados internacionales; por ello, cuando se ratifica un tratado y el órgano encargado de su supervisión emite una interpretación autorizada, los Estados Parte deben cumplir de buena fe con esa interpretación. Sin embargo, en los últimos años, el cuestionamiento de la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas ha tenido un largo debate doctrinario en distintos países de Latinoamérica. En este sentido, un trabajo que aporta algunos argumentos para reforzar la obligación que tienen los jueces de aplicar los estándares contenidos en una Opinión Consultiva, realizando el respectivo control de convencionalidad de sus decisiones y tomando en cuenta que los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad (tal como ha sido reconocido también por el Tribunal Constitucional Plurinacional en sus diversas sentencias), puede verse en: (Salazar, Cobo, Cruz, 2019). Asimismo, un interesante estudio que toma como referencia la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, y a partir de ello nos introduce en el debate sobre el carácter vinculante de las opiniones consultivas, puede verse en: Zelada (2020).

15. La norma prevista por el art. 7 de la Constitución vigente, proclama expresamente el principio de la soberanía popular, cuando dispone que: “*La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible*”. Esta disposición constitucional, se trata de una norma a través de la cual el Constituyente ha consagrado

- b) la *concepción plural* de la sociedad, lo que supone una comprensión de la sociedad como un entramado en el que se interaccionan los diferentes grupos sociales, situados en un plano de igualdad, grupos que responden a la propia libertad del ser humano y que, a la par, proporcionan a éste la posibilidad de desarrollar libremente y en plenitud su personalidad;
- c) la *participación* como principio rector de la vida social y política, lo que significa que el proceso político debe estar asentado en la participación de todos los ciudadanos en la conformación de los órganos del poder constituido y en la expresión de su voluntad o decisión política sobre los asuntos o temas sometidos a su consideración por las autoridades de gobierno, a través de los mecanismos previstos por la Constitución¹⁶;

el principio fundamental de la soberanía popular, conocido también como el *principio democrático*, que tiene como significado la pertenencia del poder al pueblo, es decir, que el pueblo es el origen de todo poder, lo que implica el reconocimiento a aquél, del derecho de crear o configurar su propio orden político fundamental, su Constitución, así como el derecho de modificarla. En consecuencia, el poder del Estado emana del pueblo el que, en un sistema democrático representativo, delega su ejercicio a sus mandatarios y representantes mediante elecciones libres, pluralistas, igualitarias y ampliamente informadas (Cfr. Sentencia Constitucional N°0075/2006, de 5 de septiembre).

16. Sobre este aspecto, también es importante considerar que las normas previstas por el art. 26 de la Constitución Política del Estado Plurinacional del año 2009, consagran el derecho a la participación política, disponiendo lo siguiente: “Artículo 26. I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres. II. El derecho a la participación comprende: 1. La organización con fines de participación política, conforme a la Constitución y a la ley. 2. El sufragio, mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente. El sufragio se ejercerá a partir de los dieciocho años cumplidos. 3. Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio. 4. La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios. 5. La fiscalización de los actos de la función pública”. El texto literal del derecho a la participación política, contiene como sus elementos: la participación en la formación, ejercicio y control del poder político, de forma directa, o por medio de representantes; y de manera individual o colectiva; nomenclatura de la que se extrae que los dispositivos implantados por la Ley de Participación Popular de: “*participación y control*” son vitales a tiempo de dotar de contenido a los derechos

d) la *democracia* como principio de convivencia, que significa la formación de todos y cada uno de los ciudadanos en un espíritu de respeto y tolerancia (Cfr. Sentencia Constitucional N°0075/2005, de 13 de octubre); y, –agrego lo siguiente–:

e) la *alternabilidad en el ejercicio del poder político* (o simplemente “*alternancia*”, que en el ámbito político significa cambio de gobierno), vale decir, la posibilidad de renovar o cambiar a las autoridades gubernamentales (quienes detentan temporalmente el poder político), precisamente en resguardo de los derechos políticos de la ciudadanía (a través del derecho político a elegir y ser elegido libremente), brindando una oportunidad a las nuevas generaciones de líderes políticos y sociales que presenten propuestas claras y renovadas para llevar adelante los destinos del país, con una mejor visión de futuro, y con nuevas alternativas de desarrollo a nivel político, ecológico, social, económico, etc.

En este sentido, a través de la reciente Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, la Corte IDH ha señalado que una de las formas mediante la cual el sistema interamericano asegura el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político, es mediante la protección de los derechos políticos consagrados en el Artículo XX de la Declaración Americana y el artículo 23 de la CADH.

políticos, pues son considerados como parte de esos derechos. Además de la participación y el control, la Ley Fundamental, proclama a la organización con fines de participación política, como otro de los nuevos elementos de los derechos políticos; organización que como ya se analizó, ha merecido también regulación por el sistema de participación popular implantado a fines del siglo XX en Bolivia. Conforme a lo expuesto, para conferir un contenido compatible con la voluntad constituyente al derecho a la participación política, es necesario reconocer la reverberación que encuentran en las normas constitucionales, los postulados filosóficos del proceso de inclusión política denominado participación popular, implantado en Bolivia por medio de la Ley de Participación Popular y sus inherentes reglamentos. En ese orden de ideas, la organización ciudadana elemental o básica en Bolivia es la Organización Territorial de Base (OTB), por ello cuando las normas del art. 26.II.1 de la CPE, consagran a la organización como uno de los elementos del derecho a la participación política, cobijan también, entre otras formas de organización incorporadas por el texto constitucional, a las OTBs, proyectando su función como parte del nuevo sistema constitucional, siendo por ello que merecen protección por parte del Estado y por el Tribunal Constitucional Plurinacional. (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0828/2012, de 20 de agosto de 2012).

De ahí que, el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención. Cabe señalar que el citado Artículo XX de la Declaración Americana establece que toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto genuinas, periódicas y libres. Asimismo, la Corte IDH interpreta la CADH señalando lo siguiente:

59. Por su parte, el artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país, en condiciones generales de igualdad. A diferencia de otros artículos de la Convención, el artículo 23 establece que, sus titulares no solo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Por lo tanto, el Estado debe propiciar las condiciones y mecanismos para que dichos derechos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

60. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan de forma individual u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

61. Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación

política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos.

62. Por su parte, la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.

63. El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

64. Finalmente, el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

65. Las obligaciones que emanan del artículo 23 de la Convención deben ser interpretadas tomando en cuenta el compromiso de los Estados de la región de establecer democracias representativas y respetar el Estado de Derecho, el cual se desprende de la propia Convención Americana, la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana.

En ese contexto, la idea de implementar un sistema de reelección presidencial indefinida (o inclusive con carácter vitalicio, como en algún momento se estuvo proponiendo en Bolivia), resulta absolutamente incompatible con el régimen democrático representativo¹⁷ y participativo, además de comunitario, que se ha establecido en Bolivia por mandato constitucional (Vargas Lima, 2016).

17. Se debe considerar que de acuerdo al artículo 3 de la *Carta Democrática Interamericana* (aprobada en la primera Sesión Plenaria de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001, y ratificada por la mayoría de los países latinoamericanos): “*Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación*

Asimismo, es posible señalar, siguiendo las ideas de Carlos Alberto Montaner, que la reelección trae más inconvenientes que ventajas, aunque la ejerzan buenos gobernantes (como el brasilero Fernando Henrique Cardoso o el costarricense Oscar Arias, dos políticos democráticos que también modificaron las normas). Y es que, la reelección ni siquiera es aconsejable en periodos alternos, como sucede con Michelle Bachelet y ocurrió en el pasado con Alan García. Tampoco es útil, porque no tiene mucho sentido mandar o gobernar, pensando y actuando únicamente en función de las próximas elecciones.

Entonces, ciertamente hay varias razones para desaconsejar esa práctica en los sistemas presidencialistas, y Carlos Montaner señala al menos las siguientes:

1. Obstruye el reemplazo generacional, la competencia entre líderes y la circulación de las élites.
2. Refuerza el caudillismo en detrimento de las instituciones.
3. Cuando se prolonga el mandato, el caudillo se va rodeando de cortesanos que lo halagan y confunden en busca de privilegios.
4. Fomenta un tipo de nociva relación mercantilista entre el poder económico y el político. Se retroalimentan mutuamente. Facilita la corrupción.
5. Los errores tienden a reiterarse por el conocido Einstellung Effect. No solemos hacer las cosas porque estén bien o mal, sino porque primero la hicimos de determinada manera y el cerebro es una máquina que aprende y repite los comportamientos.
6. Los viejos gobiernos se quedan sin ideas, se van fosilizando, se resisten a las reformas y segregan burocracias calcificadas, cada vez más incompetentes.
7. La no reelección refuerza la noción de que lo conveniente es seguir planes de gobierno a largo plazo, pensando en el país y no en periodos cortos. Se llega al poder a medio camino y se

e independencia de los poderes públicos”. Sin embargo, es recomendable seguir el consejo del diplomático boliviano Carlos Antonio Carrasco, quien propone que el principio de alternancia en la función gubernamental, debería plasmarse en una “ley de hierro”, infranqueable del sistema democrático, y que quienes en verdad sostengan ese principio, deberían gestionar una enmienda al citado artículo 3 de la Carta, cuyo texto reformado debería decir: “... la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; la separación e independencia de los poderes públicos y la obligada alternancia en la jefatura del Estado”. (Carrasco, 2012, pp. 26-27).

entrega a medio camino porque es un viaje que no puede o debe llegar a ninguna parte. Es una obra continua en la que el presidente es sólo un factor transitorio limitado por la ley. (Montaner, 2014)

Por otro lado, en la reciente Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, y acerca de la compatibilidad de la prohibición de la reelección presidencial indefinida con la CADH, la Corte IDH ha manifestado que en el marco del sistema interamericano, y de acuerdo a la literalidad de las disposiciones relevantes de la Convención y la Declaración Americana, la “reelección presidencial indefinida” no se encuentra expresamente protegida como un derecho autónomo; y adicionalmente, ha hecho notar que no hubo una discusión relativa a la reelección presidencial en los trabajos preparatorios de la Convención y Declaración Americana. Asimismo, ha visto pertinente realizar las siguientes precisiones:

93. La Corte ha señalado que, al ejercer su función interpretativa, recurre al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta el esquema de fuentes de derecho internacional relevantes. En esta medida, ha precisado que el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos se compone tanto de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales, como de aquellas recogidas en el derecho internacional consuetudinario, y los principios generales del derecho.

94. Respecto a los tratados internacionales, se advierte que no existe mención a la figura de la reelección presidencial indefinida en la Carta de la OEA ni la Carta Democrática Interamericana, ni en ningún tratado de derechos humanos de la región. Tampoco existe referencia expresa a la reelección presidencial indefinida como un derecho humano en los tratados internacionales de derechos humanos en los sistemas universal, europeo y africano.

95. El derecho que se desprende de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de forma expresa es el derecho a votar y ser elegido. De forma similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos han entendido además que el derecho a postularse a un cargo electivo también se desprende del Convenio Europeo y la Carta Africana, respectivamente.

96. En este sentido, no se desprende de los tratados internacionales de derechos humanos que se haya reconocido la existencia de un derecho autónomo a ser reelecto al cargo de la Presidencia.

La Corte IDH también ha visto necesario recurrir al análisis de la legislación y jurisprudencia interna de los Estados Miembros de la OEA, habiendo constatado que la mayoría de los Estados impone restricciones a la reelección presidencial, y que solo cuatro Estados carecen de limitaciones en la cantidad y frecuencia de las reelecciones presidenciales, permitiendo así la reelección presidencial indefinida (Bolivia, Honduras, Nicaragua, y Venezuela). De estos Estados, efectivamente en tres casos ha habido interpretaciones judiciales que consideraron que las limitaciones a la reelección presidencial, inicialmente establecidas en los respectivos ordenamientos constitucionales, constituían un trato discriminatorio y desproporcionado, que violentaba los derechos a elegir y ser elegido, por lo que debían ser eliminadas. Por tanto, ha concluido que si bien la regulación constitucional de la reelección presidencial en los Estados Miembros de la OEA es heterogénea, en la actualidad únicamente cuatro de ellos (Bolivia, Honduras, Nicaragua, y Venezuela) permiten la “reelección presidencial indefinida” en distintas formas. En consecuencia, se ha evidenciado que no existe a nivel regional una práctica estatal suficiente relativa al alegado derecho humano a la reelección presidencial indefinida, y que tampoco existe evidencia de que se considere dicha práctica como un derecho.

Por el contrario, los Estados de la región han asumido la obligación de garantizar que su sistema de gobierno sea una democracia representativa, y precisamente uno de los principios de dicho sistema de gobierno consiste en garantizar la alternancia del poder y evitar que una persona se perpetúe en el mismo. Por tanto, la Corte ha descartado el reconocimiento consuetudinario de dicha figura como un derecho autónomo, y ante la ausencia de respaldo en el derecho internacional y/o nacional, tampoco es posible reconocerlo como un principio general del derecho. Finalmente, la Opinión Consultiva que analizamos, concluye categóricamente que la “reelección presidencial

indefinida” no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana ni por el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos; a cuyo efecto se explica lo siguiente:

124. Respecto al derecho de la persona que ocupa el cargo de la presidencia a ser reelecta, esta Corte ya estableció que no existe un derecho autónomo a la reelección (supra párr. 102). El derecho que se encuentra establecido en la Convención Americana es el derecho “a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”. La prohibición de la reelección presidencial indefinida solo restringe la posibilidad de la persona que se encuentra ejerciendo la presidencia de participar en las elecciones. En este sentido, este Tribunal considera que el sacrificio que implica esta restricción es menor y justificado para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y, con esto, prevenir que se degrade la democracia representativa.

125. Por otra parte, respecto a los derechos de los demás ciudadanos, esta Corte recuerda que el artículo 23 de la Convención establece el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, por medio de representantes libremente elegidos, así como el derecho de votar en elecciones donde se “garantice la libre expresión de [su] voluntad”. Al respecto, este Tribunal advierte que el derecho a votar no implica el derecho a tener opciones ilimitadas de candidatos a la Presidencia. En cambio, el derecho protege que los votantes puedan elegir libremente entre los candidatos inscritos, y que las restricciones para postularse como candidato no sean contrarias a la Convención. La prohibición de la reelección presidencial indefinida limita la posibilidad de los ciudadanos de reelegir al Presidente por más de dos períodos consecutivos cuando consideren que es la persona más adecuada para el cargo. Sin embargo, este Tribunal reitera que, de acuerdo al artículo 32 de la Convención, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común. En este sentido, las exigencias del bien común requieren que se establezcan salvaguardas a la democracia, como lo es la prohibición de la reelección presidencial indefinida (infra párrs. 145 y 146). Además, la Corte resalta que esta prohibición no afecta el derecho de los votantes a seleccionar, entre los candidatos, a la persona más afín a sus preferencias, incluso pudiendo ser un representante del mismo partido político que el

Presidente en ejercicio. Por tanto, el Tribunal observa que esta limitación es menor cuando se compara con los beneficios que trae para la sociedad la prohibición de la reelección presidencial indefinida.

De acuerdo a lo expuesto, se puede apreciar que la Corte IDH enfatiza que de acuerdo al artículo 32 de la CADH, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, las cuales se traducen en establecer salvaguardas a la democracia, como lo es la prohibición de la reelección presidencial indefinida; en consecuencia, dicha instancia supranacional ha concluido estableciendo con claridad que dicha prohibición existente en los sistemas constitucionales, es plenamente compatible con la Convención Americana, la Declaración Americana y la Carta Democrática Interamericana.

6 CONCLUSIONES: LOS MANDATOS ESTABLECIDOS EXPRESAMENTE POR LA CORTE INTERAMERICANA

Finalmente, la Corte IDH, en ejercicio legítimo de su competencia para emitir la Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, sobre *«La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos»*, ha concluido estableciendo expresamente que:

- La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni por el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos.
- La prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Democrática Interamericana.
- La habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Las premisas anteriormente citadas, por su vinculatoriedad para los Estados que han aceptado la competencia de la Corte IDH (en su dimensión consultiva y contenciosa), y por su innegable importancia para la preservación del Estado Democrático de Derecho en los países miembros, constituyen mandatos imperativos dirigidos a todas las autoridades públicas que tienen el deber de ejercer el control (difuso) de convencionalidad, para que sean considerados en la elaboración, aplicación e interpretación de las normas internas, así como en la emisión de decisiones judiciales y/o administrativas, optando siempre por aquella interpretación que más favorable resulte a la efectiva concretización y vigencia de la CADH en cada uno de los países de Latinoamérica.

REFERENCIAS

- BARRIENTOS Jiménez, Oscar Gonzalo (2017). Hacia la Convencionalización de los ordenamientos jurídicos internos: Control de Convencionalidad Interamericano, alcances y desafíos para su aplicación efectiva en América Latina y el Caribe. *Revista Aporía Jurídica* v. 1, n. 7.
- CARRASCO, Carlos Antonio (2012). *Conjeturas. Cien crónicas de nuestra época*. La Paz, L' Harmattan, Apoyo Gráfico.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014). *Opinión Consultiva OC-21/14*, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto, párrs. 110-114, 123-149, 150, 280. Disponible en: <https://bit.ly/348eRBe>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2016). *Opinión Consultiva OC-22/16*, Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de 26 de febrero. Serie A, núm. 22, párr. 26. Disponible en: <https://bit.ly/3Bm7p3j>.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2020). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana*. San José, C.R., Corte IDH. Disponible en: <https://bit.ly/2XCe3Dy>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021). *Opinión Consultiva OC-28/21*, La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos, de 7 de junio. Disponible en: <https://bit.ly/3sABY1E>.
- FERNÁNDEZ Segado, Francisco (2004). La reforma constitucional de Bolivia de febrero de 2004. Una mirada crítica. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otros (coords.) (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2 ed. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2019). “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”. En: BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y otros (coords.). *Cumplimiento e impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://bit.ly/2YabBSr>.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta (2016). Hacia el ius commune interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 20. Disponible en: <https://bit.ly/3h8ZFHm>.
- LISSIDINI, Alicia (2011). *Democracia directa en Latinoamérica: Entre la delegación y la participación*. Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO. Disponible en: <https://bit.ly/3l4EV0B>.

- MONTANER, Carlos Alberto (2014). *Siete razones para oponerse a la reelección presidencial*. Disponible en: <http://bit.ly/1oYJujZ>.
- NASH ROJAS, Claudio (2013). “Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer.
- RIVERA, José Antonio et al. (2005). *La Constitución Política del Estado: Comentario Crítico*. 3 ed. Cochabamba, Talleres Gráficos Kipus.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2015). Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. *Revista Pensamiento Constitucional*, n. 20.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, n. 1.
- SALAZAR MARÍN, Daniela et al. (2019). La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador. *Foro, Revista De Derecho*, 32.
- SOTO BARRIENTOS, Francisco (2012). *El desafío de la participación. Estudio comparado sobre el referéndum y la iniciativa legislativa popular en América Latina y Europa*. Chile, LOM Ediciones.
- STEINER, Christian y URIBE, Patricia (ed.). (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Comentario)*. La Paz, Fundación Konrad Adenauer, Plural Editores.
- VARGAS LIMA, Alan E. (2016). El Estado Democrático y la importancia del Principio de Alternabilidad en la configuración constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia. En: Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (ed.). *Reforma y Reelección Presidencial*. Memoria del Seminario sobre la Reelección Presidencial. Cochabamba, Editorial Kipus.
- VARGAS, Alan E. (2018). “Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad en Bolivia”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* – 2018. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, pp. 535-556.

- VARGAS, Alan E. (2019). Bloque de Constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del Control de Convencionalidad en Bolivia. En: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 17, n. 1.
- VARGAS, Alan E. (coord.). (2020). *Diez años de la Constitución Boliviana*. Cochabamba, Editorial Kipus.
- WELP, Yanina y LISSIDINI, Alicia (2016). Democracia directa, poder y contrapoder. Análisis del referendo del 21 de febrero de 2016 en Bolivia. *Bolivian Studies Journal*, n. 22.
- ZELADA, Carlos (2020). ¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex). Lima, Perú.

Parte III

FILOSOFIA DO DIREITO

A importância da lógica na ciência do Direito

MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM
RENATA DA ROCHA

Este artigo tem por objetivo tratar a importância da lógica na ciência do Direito. Vários são os tipos de lógica que apresentamos ao jurista para utilização na arte de aplicar o Direito aos casos concretos.

A lógica é fundamental para qualquer filósofo ou cientista, pois investiga os métodos e princípios empregados para distinguir o raciocínio correto do incorreto, sendo imprescindível a sua utilização nos trabalhos científicos. Etimologicamente, lógica vem do grego, *logos*, que significa razão. Lógica é o estudo da razão, do raciocínio e seus elementos.

Em sentido estrito, a lógica é a ciência das estruturas formais de pensamento e, em sentido amplo, estuda, além dessas relações formais, o modo de lidar com a matéria do conhecimento; é aí que se inscreve o estudo da metodologia. A lógica material ou metodologia se preocupará com o método em geral e os processos de demonstração científica, com as condições e os critérios da verdade. Essa disciplina compreende, ainda, o estudo das formas e dos aspectos materiais do objeto da pesquisa.

No campo da ciência do Direito, utilizamo-nos da lógica jurídica que, de acordo com Montoro, tem por objeto o estudo dos princípios e regras relativos às operações intelectuais efetuadas pelo jurista na elaboração, interpretação, aplicação e estudo do Direito (Montoro, 1999, p. 11). No campo da lógica jurídica, não há somente o estudo das relações formais e materiais

do pensamento. Ela também se ocupa do estudo da argumentação jurídica de caráter retórico, denominada “lógica do concreto”, pois há uma preocupação do Direito com a vida real, com os problemas concretos – e não com os sistemas abstratos. Não podemos deixar de mencionar a importância da lógica da linguagem, instrumento de grande valia ao intérprete e aplicador do Direito.

Além dos elementos lógicos, existem os elementos “extra lógicos”, como a intuição e o conhecimento direto e imediato de um objeto, cuja importância na atividade do conhecimento científico ressaltamos.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA LÓGICA

Parmênides, filósofo pré-socrático, descobriu o princípio de identidade: “o ser é”, “o não-ser não é”, ou “A é A”. Para ele, os homens percebem os diferentes fenômenos da natureza por meio dos sentidos, mas estes não permitem que o homem conheça a verdade das coisas. Somente a razão nos leva à verdade e à descoberta da essência de todas as coisas. Afirma, ainda, que o ser é imutável e eterno, pois, se sofresse qualquer transformação, deixaria de ser – e nada pode surgir do não-ser.

Podemos afirmar que Sócrates, com seu método maiêutico, já empregava a lógica formal, mas somente com Platão evidenciam-se as primeiras análises do raciocínio. A lógica como ciência é uma criação dos gregos, sendo Aristóteles considerado o “pai da Lógica Formal”, que elaborou o *Organon* como instrumento para raciocinar corretamente.

A lógica aristotélica desenvolveu conceitos, proposições e modalidades de raciocínio como a dedução, a indução e a analogia. Diversos autores reduziram a lógica de Aristóteles à lógica do silogismo, mas não podemos esquecer que o filósofo trabalhou com a Tópica e a Retórica e que a descoberta dos silogismos teve grande valia para a humanidade.

Na Idade Média, o desenvolvimento da lógica não obteve grandes progressos, persistindo a aristotélica como modelo. São Tomás de Aquino, por exemplo, adaptou o pensamento de Aristóteles ao cristianismo.

Na Idade Moderna, Francis Bacon, filósofo inglês, critica o *Organon* aristotélico pelo uso abusivo do silogismo e cria o *Novo Organon*, baseado não no silogismo, inferência dedutiva, mas na inferência indutiva. Na verdade, Bacon ampliou as regras indutivas já conhecidas e tratadas por Aristóteles. René Descartes propõe a reforma do método, mas não abandona totalmente a lógica aristotélica.

Kant reabilita a lógica, considerando-a ciência formal e normativa e Stuart Mill condena o silogismo e enaltece o método indutivo.

Atualmente, as lógicas do concreto, em suas diversas modalidades (lógica do razoável, da persuasão, da controvérsia, nova retórica, tópica) constituem um dos instrumentos mais adequados ao estudo do Direito vivo. Podem ser citados autores como Chäim Perelman, Recansens Siches, Viehweg.

2 LÓGICA FORMAL E MATERIAL

2.1 Os conceitos

O conceito pode ser caracterizado como a primeira operação do pensamento. É a representação intelectual de um objeto ou de um ser, a unidade lógica fundamental para a formação dos juízos e raciocínios, estando no plano do pensamento. O termo, ou palavra, com sua carga de significado, é o sinal externo do conceito, estando no plano da linguagem. Muitas vezes, um só conceito necessita de duas ou mais palavras para ser exteriorizado.

A compreensão e a extensão são as características fundamentais do conceito. A compreensão engloba aspectos qualitativos; a extensão, os aspectos quantitativos. Quanto maior a extensão do conceito, menor a sua compreensão; quanto maior a sua compreensão menor a sua extensão. Tomemos como exemplo a afirmativa: tigre é animal. Nela verificamos que o conceito tigre é menos extenso do que o animal, pois abrange menos indivíduos do que o conceito animal, portanto a sua compreensão é maior em relação ao conceito animal.

De acordo com a extensão, o conceito pode ser: universal, particular e singular. Vejamos o que diz Roque Lauschner (1997, p. 86):

[...] o conceito universal é o que é tomado em toda a sua extensão. O conceito particular é tomado em parte indeterminada da extensão e o singular é o tomado em parte determinada da extensão. Ex: *Mãe* é um conceito universal; *algumas mães* é um conceito particular e *determinada mãe* (essa mãe) é um conceito singular.

Em relação à compreensão, o conceito pode ser simples ou composto. Simples, quando apresenta uma única característica; todos os outros conceitos são compostos. Conforme o significado, o termo pode ser classificado em unívoco, equívoco e análogo. Por ser um sinal externo, não possui compreensão, mas significado.

O termo unívoco refere-se a um único significado. Já o termo equívoco apresenta significados totalmente diferentes. O termo análogo, mesmo apresentando significados distintos, também apresenta alguma semelhança.

Convém lembrar que, embora estejamos discorrendo sobre os conceitos em seu significado geral, o que nos interessa é pensá-los como conceitos jurídicos, transpô-los para o âmbito da ciência do Direito. O conceito é fundamental, é o ponto de partida para a análise de qualquer questão jurídica. A partir dele são construídas as linhas de pensamento para o desenvolvimento de um trabalho científico.

2.2 Os juízos

O juízo é a segunda operação do pensamento, uma relação entre conceitos. De acordo com Montoro, em sentido estrito:

[...] juízo é a operação mental pela qual atribuímos um predicado a um sujeito. E proposição é a expressão oral ou escrita dessa operação. O juízo é um ato psicológico e a proposição o resultado ou produto lógico dessa operação. (Ibid., p. 53)

Os elementos do juízo são o sujeito, o predicado e a cópula – ou ligação, representada pelo verbo ser:

Na posição aristotélica, o juízo tem por fim o verdadeiro, isto é, tem por objetivo asserir a correspondência entre um sujeito e um predicado que reflita adequadamente a realidade julgada. Nele, procura-se a relação de adequação entre o espírito e a realidade. (Caffé Alves, 2000, p. 235)

Por meio do juízo, afirmamos ou negamos algo em relação à proposição, a expressão verbal ou escrita do juízo. A lógica formal preocupa-se com a coerência do pensamento, não com a concordância entre o pensamento e a realidade. A lógica não se ocupa do estudo das relações entre as proposições e o mundo, mas com a verificação das possibilidades de as proposições serem verdadeiras ou falsas – e não com uma proposição realmente verdadeira ou falsa. Esse é um problema da teoria do conhecimento, não da lógica.

As proposições podem ser classificadas quanto à quantidade, à qualidade e à complexidade. Quanto à quantidade, a proposição pode ser universal, quando o sujeito é tomado em toda a sua extensão (exemplo: todo homem é mortal); particular, quando o sujeito é tomado só em parte da sua extensão (exemplo: algum homem é mortal); singular, quando o sujeito é um termo singular, parte determinada da extensão (exemplo: este homem é mortal).

Quanto à qualidade, a proposição pode ser afirmativa ou negativa, dependendo da relação entre sujeito e predicado. Quando há relação de conveniência entre sujeito e predicado, a cópula é afirmativa (exemplo: alguns homens são desonestos); quando há relação de não conveniência entre sujeito e predicado, a cópula é negativa (exemplo: João não é desonesto).

Em relação à complexidade, as proposições podem ser categóricas, quando formadas por uma só proposição, ou *hipotéticas*, quando formadas por mais de uma proposição. As proposições podem ser divididas em: proposições enunciativas e proposições normativas. As primeiras dizem o que um objeto é e caracterizam-se por serem verdadeiras ou falsas; as segundas estabelecem um preceito e determinam um procedimento, caracterizando-se por serem válidas ou inválidas.

Para a lógica jurídica, as proposições normativas são fundamentais. No entanto, na ciência do Direito, são utilizadas tanto as proposições

enunciativas como as normativas. No Direito, os artigos de leis, as decisões das sentenças, as cláusulas contratuais, as normas jurídicas, geralmente, são proposições que têm por sujeito ou predicado um conceito jurídico.

2.3 O raciocínio

O raciocínio é o objetivo da lógica, um processo mental por meio do qual passamos de algumas proposições para uma nova proposição. Para expressarmos um raciocínio precisamos de um encadeamento lógico das proposições.

A argumentação, ou argumento, é o produto lógico do raciocínio. As argumentações podem ser de duas espécies: dedutiva (dedução) ou indutiva (indução). A argumentação dedutiva parte de uma premissa geral para chegar a uma premissa particular, ao passo que a argumentação indutiva parte de premissas particulares para chegar a uma premissa geral. Na argumentação dedutiva, podemos afirmar que, se a premissa geral é verdadeira, a conclusão será, necessariamente, verdadeira. Na argumentação indutiva, se as premissas particulares são verdadeiras, a premissa geral será, provavelmente, verdadeira.

A forma usual da argumentação dedutiva é o silogismo, que se compõe de três termos: termo médio, termo menor e termo maior. De acordo com Nascimento (1981, p. 113):

[...] silogismo significa ligação, consiste num argumento dedutivo, pelo qual, de um antecedente (duas proposições) que liga dois termos a um terceiro, tira-se um consequente (uma proposição) que liga aqueles dois termos entre si.

Vejam também o que diz Lauschner (1997, p. 107):

O silogismo é composto de três termos: sujeito, predicado e termo médio, e de três proposições. Nos silogismos afirmativos, o sujeito é o termo de menor extensão, o predicado é o termo de maior extensão e o motivo é o termo de extensão média. Por isso o sujeito é chamado termo menor e o predicado é chamado termo maior. O termo médio ocorrerá

nas duas premissas do silogismo, unido ao termo maior ou ao termo menor. O termo médio unido ao termo maior constituirá a premissa maior e, unido ao termo menor, constituirá a premissa menor.

Os silogismos podem ser categóricos ou hipotéticos. Categóricos são aqueles compostos por proposições que afirmam ou negam alguma coisa; os hipotéticos trabalham com uma proposição condicional ou uma proposição disjuntiva. Consoante o pensamento de Montoro (*ibid.*, p. 70):

No silogismo categórico deve haver três termos:
o termo médio, que deve estar nas duas premissas;
o termo menor, que é o sujeito da conclusão;
o termo maior, que é o predicado da conclusão.

A argumentação dedutiva é de fundamental importância para os operadores do Direito. No silogismo jurídico, a premissa maior é a lei, a menor é o fato e a conclusão é a aplicação da sanção prevista na norma. A argumentação dedutiva ocupa posição de destaque entre os métodos de raciocínio jurídico, mas não podemos limitar a atividade dos operadores do Direito à simples aplicação do método dedutivo. Devemos nos socorrer de outras formas de raciocínio, por exemplo, a “lógica da persuasão”, desenvolvida por Perelman (1998) e a “lógica do razoável”, desenvolvida por Siches. Não podemos menosprezar a “tópica”, preconizada por Viehweg (apud Montoro, 1999). A argumentação dedutiva é de suma importância para o Direito, mas não podemos vê-la como única forma possível de desenvolver o raciocínio. Devemos nos servir de outros recursos metodológicos, como os já citados.

Cabe lembrar que a argumentação indutiva é utilizada na elaboração das leis; estas surgem dos fatos observados na realidade social. A partir da repetição de vários casos particulares, podemos chegar a tratar determinado caso de forma geral, transformando-o em lei.

Utilizamos a argumentação indutiva não só para elaboração das leis, mas também nas sentenças, jurisprudências e na fixação dos costumes jurídicos.

2.4 A retórica

Definimos retórica como a arte de persuadir pelo discurso, destacando sua importância no estudo da ciência do Direito. Persuadir é levar alguém a crer em alguma ideia, em alguma coisa (Reboul, 2000, pp. XIV-XV). De acordo com Reboul, as funções da retórica são: persuasiva, hermenêutica, heurística e pedagógica (ibid., pp. XVII-XXI).

A primeira função decorre da própria definição: a arte de persuadir. Ela se utiliza de meios racionais e emocionais para atingir os objetivos pretendidos. A função hermenêutica compreende a interpretação do discurso de outrem; a função heurística está diretamente atrelada à descoberta. Por fim, a função pedagógica se relaciona à forma da transmissão do conhecimento, do discurso.

Destacamos três elementos que devem ser observados na retórica: o *ethos*, o *pathos* e o *logos*. O primeiro se relaciona diretamente com o orador, a credibilidade de quem fala; o *pathos* se relaciona com o auditório, levando em conta seu perfil e suas características, já que ele é sempre heterogêneo. O *logos* é o conteúdo a ser transmitido, estando relacionado à razão.

A retórica é um instrumental de destaque na ciência do Direito, considerando-a como ciência argumentativa. No entanto, no âmbito da ciência do Direito, a argumentação não se perfaz apenas por intermédio do raciocínio puro, demonstrativo; ela ocorre, sobretudo, pela via da sedução.

Chalita (2002) ensina que a palavra *sedução* contém uma carga de significado que envolve atração e fascínio. Cabe ao orador excelente, seja advogado, promotor ou magistrado, a capacidade de realizar um discurso sedutor, que não se reduza a argumentos puramente lógicos e racionalmente sistematizados. O discurso jurídico deve revelar-se comovente (ibid.).

Ferraz Junior assinala que aquele que discursa, age. O discurso é um ato entre os homens e deve ser concebido como ação linguística que visa a um fim em oposição ao mero agir (ibid.).

O discurso deve, tradicionalmente, anteder a três requisitos: *docere* (ensinar, ilustrar, esclarecer o auditório); *delectare* (ser agradável, prazeroso); *movere* (ser envolvente, transformador, arrebatador).

A argumentação e persuasão estão diretamente relacionadas à emoção que o orador suscita no auditório. O desafio de comover o auditório encontra-se, todavia, relacionado com o domínio dos principais elementos que tornam o discurso sedutor.

A primeira característica de um discurso sedutor é o estímulo dos sentidos. A argumentação que visa à persuasão deve ser dirigida aos sentimentos do auditório, e não à razão. Concisão e objetividade não são desejáveis ao discurso persuasivo, ao contrário, o discurso sedutor deve ser subjetivo, sensível, ambíguo. O orador deve ocupar-se muito mais com a entonação, a escolha das figuras de linguagem e a sonoridade das palavras empregadas, do que com o encadeamento lógico das ideias.

O segundo elemento do discurso sedutor é o poder de imaginação. O Direito se instrumentaliza mediante o discurso jurídico que, sob a ótica da retórica, revela-se uma história contada por aqueles que operam a ciência do Direito. Saber contar uma história é um recurso essencial ao discurso persuasivo e aos operadores da ciência do Direito. Chalita (ibid.) ensina que, ao utilizar palavras com o fim de seduzir, o emissor deve procurar ordená-las e dar-lhes forma para levar o receptor a recriar, em sua mente, aquilo que ouve.

O terceiro elemento de um discurso que busca a persuasão é a identificação e aproximação do receptor com a mensagem que lhe é transmitida. O receptor deve conseguir, por meio do discurso, sentir que aquela história poderia ter acontecido com ele. A adesão do auditório à tese sustentada pelo orador só tem chance de ser alcançada quando a identificação e a aproximação se instalam.

Por fim, o quarto aspecto de um discurso sedutor está relacionado ao conhecimento do universo pessoal do receptor. Na persuasão, é fundamental que o orador atraia, encante, surpreenda. Para tanto, é necessário estudar previamente o auditório, seus desejos, sonhos, medos, suas angústias. O auditório é constituído pelas pessoas que o orador deseja conquistar. Por esta razão afirmamos: há que se conhecer o outro a quem buscamos cativar.

Como visto, o discurso jurídico é, essencialmente, argumentativo. A argumentação – seja dedutiva, indutiva ou persuasiva – é verificada a partir da linguagem.

3 A IMPORTÂNCIA DA LINGUAGEM PARA O DIREITO

O lógico e filósofo austríaco Wittgenstein (apud Montoro, 1999) traduz muito bem a importância da linguagem ao afirmar: “Os limites da linguagem significam os limites do mundo”. Os filósofos, quando estudam determinado objeto, determinada situação, podem distinguir três planos: o da realidade, o da ideia e o da linguagem.

Os primeiros filósofos, denominados pré-socráticos, ocupavam-se com o mundo físico, com a realidade das coisas. Seus interesses se concentravam em desvendar a origem e achar uma explicação para o mundo real. Na filosofia da época chamada Moderna, havia uma preocupação não com o plano da realidade, mas com o mundo das ideias, o mundo do pensamento. Hoje, na Idade Contemporânea, há uma preocupação com a linguagem, estudada pela semiótica ou semiologia. Seu objeto de estudo são os sinais, que podem ser visuais, auditivos, táteis, olfativos, dando origem às diversas formas de comunicação (Montoro, 1999, p. 30).

Nestas breves linhas, vamos nos preocupar apenas com a língua enquanto sistema convencional de signos. Carvalho (2008, p. 32), em um dos seus textos, afirma: “Linguagem, aliás, é a palavra mais abrangente, significando a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos cujo conjunto sistematizado é a língua”.

Peirce (apud Montoro, 1999) distingue três planos de investigação dos sistemas sógnicos. O primeiro é o sintático, que estuda a relação dos signos entre si e a concatenação dos sinais entre si. O segundo é o semântico, que estuda o vínculo do signo com a realidade que exprime. Aqui devemos nos socorrer dos dicionários. É o estudo das significações das palavras. Por fim, o plano pragmático, isto é, a relação dos signos com os usuários da linguagem. Há uma preocupação com a comunicação entre o emissor e o receptor da mensagem.

Devemos ressaltar a importância do estudo da semiótica para o Direito, pois a linguagem é fundamental em qualquer processo de comunicação. No caso do Direito, o processo de comunicação está em primeiro plano nas relações, seja entre o juiz e as partes, entre o legislador e a comunidade, entre os governantes e governados, enfim, sempre será uma grande preocupação,

para o Direito, convencer, persuadir. Daí a importância de conhecermos as funções da linguagem para que possamos ter à nossa disposição uma ferramenta fundamental de trabalho. A palavra, lembramos mais uma vez, é de suma importância para o operador do Direito.

Ressaltamos que, em um texto, várias manifestações linguísticas se combinam; dificilmente encontraremos apenas uma função. Sabemos que nenhuma classificação se esgota em si mesma, mas fornece parâmetros para nosso raciocínio. De acordo com Carvalho (ibid.), podemos, observando a função predominante, classificar um texto ou um discurso numa das oito funções da linguagem.

A primeira função é descritiva ou referencial. É informativa, declarativa e traz informações objetivas ou subjetivas que ocorrem no mundo existencial. Seus enunciados submetem-se aos valores de verdade ou falsidade, que são objeto de estudo da “lógica apofântica”, única forma de lógica reconhecida por Aristóteles.

A segunda função é expressiva. Por meio dela, o emissor declara seus sentimentos, por exemplo, com uso de interjeições. Seu traço característico é a presença de emoções manifestadas pelo remetente da mensagem. Essa função não se baseia em critérios de verdade ou falsidade.

A terceira função prescreve condutas. É aquela que traduz comandos, ordens dirigidas ao comportamento das pessoas. É a linguagem típica das normas jurídicas. As ordens não são consideradas verdadeiras ou falsas, mas sim válidas ou não válidas. É objeto de estudo da lógica deôntica, a lógica das normas.

A quarta função é operativa. É o discurso que tem por objetivo concretizar alguma ação. Não busca transmitir informação, mas produzir efeitos concretos.

A quinta função é fática. É a linguagem utilizada na introdução de qualquer comunicação. São recursos linguísticos usados para manter a comunicação, também chamados de marcadores conversacionais. São exemplos dessa função expressões muito usadas: “Como vai? Tudo bem?” ou “um minuto, por favor”.

A sexta função é persuasiva, tendo objetivo de persuadir, convencer. É a função de linguagem utilizada no discurso judicial, que busca, em face de uma situação conflituosa, convencer a outra parte e estabelecer um acordo de opiniões.

A sétima função é fabuladora ou poética. É utilizada em vários discursos e faz uso de elementos considerados fantasiosos ou fictícios. Essa função está presente nos contos infantis ou adultos, nos romances, nas novelas, nos filmes, nos mitos, nas anedotas e, algumas vezes, até nos textos científicos.

A oitava função é afásica. Consiste num conjunto de enunciados que alguém dirige contra a mensagem de outrem, visando obscurecê-la, confundi-la perante o entendimento de terceiros.

Os operadores do Direito têm à sua disposição um instrumental riquíssimo, que é a linguagem. Daí a imprescindível necessidade de conhecer e dominar esse instrumental, que será utilizado nos discursos jurídicos com a intenção do convencimento da outra parte.

As lógicas do concreto (lógica do razoável, da persuasão, nova retórica, tópica) são instrumentos fundamentais e muito adequados ao estudo do Direito vivo, categoria muito utilizada na moderna lógica do Direito.

A todos esses elementos lógicos que mencionamos até aqui, não podemos deixar de acrescentar a “intuição”, um elemento extralógico, mas importante na atividade do jurista, pois é o que produz conhecimento direto e imediato de um objeto, tendo fundamental importância no plano da descoberta e do estabelecimento de valores.

4 INTUIÇÃO

Inicialmente, definimos a intuição como o conhecimento imediato e direto das coisas, mas várias são as definições de intuição.

Encontramos três espécies de intuição: a sensível, a intelectual e a contemplativa. Na ciência do Direito, a que nos interessa é a intuição intelectual, que trabalha com a essência das coisas, com a heurística e com a intuição emocional de valores, como, por exemplo, a justiça (Montoro, 1999).

A intuição está no campo da descoberta; o raciocínio, no plano da demonstração.

5 CONCLUSÃO

O objetivo deste estudo foi examinar, rapidamente, a evolução histórica do conceito de lógica e apresentar os instrumentais que estão à disposição dos juristas para o seu uso na interpretação do Direito. Os estudiosos e profissionais da área não devem se utilizar apenas da lógica formal, numa visão reducionista da ciência. Devem procurar conhecer e utilizar, também, os recursos da lógica da linguagem, da lógica do concreto e a intuição – elemento extralógico, mas de fundamental importância na descoberta dos valores estão ligados à ciência do Direito.

REFERÊNCIAS

- CAFFÉ ALVES, A. (2000). “Lógica”. *Pensamento formal e argumentação*. São Paulo, Edipro.
- CARVALHO, P. de B. (2008). *Direito tributário, linguagem e método*. 2 ed. São Paulo, Noeses.
- CHALITA, G. (2002). *A sedução no discurso: o poder da linguagem nos tribunais do júri*. São Palo, Max Limonad.
- DANTÈS NASCIMENTO, E. (1981). *Lógica aplicada à advocacia*. São Paulo, Saraiva.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. (2015). *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. São Paulo, Atlas.
- LAUSCHNER, R. (1997). *Lógica formal: técnica de desenvolvimento do raciocínio*. Porto Alegre, Sulina/Unisinos.
- MONTORO, A. F. (1999). *Dados preliminares de lógica jurídica*. Apostila. São Paulo, PUC-SP.
- PERELMAN, C. (1998). *Lógica jurídica*. São Paulo, Martins Fontes.
- REBOUL, O. (2000). *Introdução à retórica*. São Paulo, Martins Fontes.

O Direito como sistema autopoietico segundo Günther Teubner¹

ÁLVARO DE AZEVEDO GONZAGA

“E Deus Riu...”

Indeterminação, autorreferência e paradoxo no Direito: ‘Narra uma velha história que, durante aceso debate a propósito de um certo problema levantado pela interpretação do Talmude e sobre o qual nenhum consenso havia sido conseguido, o rabino Eliezer, cujo pensamento jurídico rigoroso e elegante não era seguido pela maioria dos presentes, afirmou que, se o seu raciocínio fosse correcto, um ulmeiro situado fora da sinagoga se deslocaria. Quando a árvore se moveu de facto, os restantes rabinos não pareceram impressionados. Eliezer vaticinou então que, caso estivesse com a razão, o curso de um rio vizinho inverteria a sua direcção, o que efetivamente aconteceu; acrescentou ainda que os muros da escola rabínica se desmoronariam, o que de novo sucedeu. Estas maravilhas não convenceram, no entanto, os rabinos. Por fim, proclamou solenemente que o próprio Céu faria a prova da sua razão. Foi então que uma voz celeste confirmou a opinião de Eliezer. Todavia, até mesmo desta voz os rabinos discordaram, dizendo: ‘Não podemos dar atenção à voz divina porque Tu mesmo escreveste na Torah, no Monte

1. A diversidade de ortografia em algumas palavras deste artigo (como autorreferencial e auto-referencial, uso de trema etc.) ocorre porque optou-se pelo seguinte critério de redação: aplicação das regras de reforma ortográfica nos textos deste autor e preservação da redação original nos trechos transcritos.

Sinai, que nos devemos inclinar perante a opinião da maioria': E Deus riu então, repetindo: 'Os meus filhos venceram-me, os meus filhos venceram-me'." (Talmude da Babilónia, Baba Mezia, 59b).²

1 INTRODUÇÃO

Segundo o professor José Engrácia Antunes, não há pesquisa teórica que tenha maior repercussão interdisciplinar e tenha despertado maior polémica do que a teoria da *autopoiesis*. Tal teoria nasceu no domínio das ciências biológicas em meados dos anos 1970. Seus precursores foram os chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela.

Antes de surgir a discussão da *autopoiesis* nas ciências sociais, esta foi travada e muito bem recebida na biologia molecular (reprodução química da célula) e nas ciências físicas e matemáticas, na discussão da circularidade lógica das estruturas matemáticas axiomatizadas; na cibernética de 1º e 2º graus e até na teoria da ordem por flutuação.³

A teoria da *autopoiesis* nasceu na biologia⁴, pois era preciso responder a uma velha pergunta das ciências biológicas e a um grande problema da história da ciência e da filosofia, qual seja: a vida.

2. Retirado de Teubner (1989, p. 1).

3. Importante citar que teoria da autopoiese não é sinónimo da teoria dos sistemas. A *autopoiesis* é "subespécie" que surge depois.

4. "O conceito de autopoiese ou autopoiesis tem sua origem na teoria biológica de Maturana e Varela. Etimologicamente, a palavra deriva do grego *autos* ("por si próprio") e *poiesis* ("criação", "produção"). Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói. Definem-se então os sistemas vivos como máquinas autopoieticas: uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos, constituindo-a como unidade concreta no espaço em que se encontram, ao especificarem o domínio topológico de realização. Trata-se, portanto, de sistemas homeostáticos, caracterizados pelo fechamento na produção e reprodução dos elementos

Maturana e Varela adiantaram uma autêntica ideia, qual seja:

O que define a vida em cada sistema individual é a autonomia e consistência de uma determinada organização das relações entre os elementos constitutivos desse mesmo sistema, organização essa que é auto-referencial no sentido de que sua ordem interna é gerada a partir da interação dos seus próprios elementos e auto-reprodutiva no sentido de que tais elementos são produzidos a partir dessa mesma rede de interação circular e recursiva. (Teubner, 1989, p. III)

Note que essa ideia é de fato inovadora, uma vez que são discutidos os princípios da vida e não sua definição enciclopédica, ou seja, os pesquisadores supracitados buscam uma estrutura complexa e altamente organizada. Aqui reside a diferença entre organização e estrutura, proposta pelos idealizadores do sistema em comento. A organização designa o modelo holístico imutável da rede circular e autorreferencial de interação entre os elementos constitutivos de todo e qualquer sistema, por seu turno a estrutura denomina apenas formas concretas assumidas por esta mesma rede em um determinado sistema vivo concreto.

Para Maturana, “[...] a *autopoiesis* no espaço físico constitui a condição última necessária e suficiente, da própria vida” (Maturana e Varela apud Antunes, 1989, p. IV). Em outras palavras: “Gostemos ou não da ideia, os seres vivos são basicamente seres vivos: existimos e morremos como tal” (ibid., p. VI). Assim, qualquer organismo que tenha vida constitui um sistema organizacionalmente fechado, operando segundo uma lógica circular e autorreferencial, e não apenas como uma lógica linear e causal.

Desse modo, a teoria da *autopoiesis* começa a ver uma nova teoria gnoseológica, superando a tão antiga oposição entre realismo e idealismo. Começa a descartar o antigo processo no qual existia apenas uma relação entre observador/observado, propondo um avanço: o processo de auto-observação.

É na década de 1980 que a teoria da *autopoiesis* abre um grande debate científico e traz à luz uma grande discussão interdisciplinar entre diversos

ramos da ciência. É nesse contexto que devemos fazer algumas considerações quanto à teoria da *autopoiesis* nas ciências sociais, que significou uma evolução científica interdisciplinar nos últimos anos.

O grande nome da teoria da *autopoiesis* no campo das ciências sociais é o de Niklas Luhmann. A obra de referência a ser destacada deste sociólogo, aquela que congrega a síntese de sua construção teórica, é *A sociedade da sociedade*. Antes desta obra, a partir de outro livro, *Soziale Systeme*, a teoria da *autopoiesis* é introduzida nas ciências sociais, deixando de

[...] ser concebida unicamente como uma teoria explicativa da vida e do conhecimento para se tornar num modelo teórico geral aplicável aos fenômenos sociais: para Luhmann, auto-referência e circularidade constituem o ‘princípio vital’ (*Gestaltprinzip*), não apenas de células, sistemas nervosos, ou organismos biológicos vegetais ou animais em geral, mas igualmente dos próprios sistemas sociais. (Antunes, 1989, p. X)

Do pensamento supracitado, podemos inferir que a teoria da *autopoiesis*, no domínio das ciências sociais, ganha outra tônica, deixando de ser concebida simplesmente como a condição necessária e suficiente da vida, assumindo, deste modo, o encargo de modelo explicativo de base de qualquer sistema. Nas palavras de Antunes:

Um sistema autopoietico constitui um sistema auto-referencial no sentido de que os respectivos elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema graças a uma seqüência de interação circular e fechada. (Ibid., pp. X-XI)

Mas no que consiste a autorreferência? Para Luhmann,

[...] a idéia de auto-referência implica assim que a unidade de um sistema e a diferença entre o sistema/meio envolvente nunca pode ser apreendida por um observador externo, mas é sempre um produto interno do próprio sistema, a partir do processo de (auto-)observação do seu específico processo de auto-referência. (Ibid., p. XII-XVIII)

Na ciência do Direito, aplica-se a teoria da *autopoiesis* de segundo grau:

[...] o direito, tal como a economia ou a política, constituem sistemas autopoieticos de segundo grau, que adquiriram esse estatuto graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos. (Ibid., p. XIV)

O idealizador do sistema autopoietico de segundo grau, para o Direito, foi o alemão Günther Teubner. Para ele:

O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da Sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo. (Teubner, 1989, p. 53)

Assim, o Direito é um subsistema social autopoietico de comunicação, autônomo do sistema social geral, com um código próprio e suficientemente estável, funcionando como centro e princípio de um processo de autoprodução recursiva, fechada e circular de comunicações especificamente jurídicas. Assim, “[...] apenas o sistema jurídico pode definir e mudar o direito” (Braten apud Antunes, 1989, p. XIV).

Teubner se diferencia de Hans Kelsen, porque este pensou encontrar na norma fundamental o fundamento último da racionalidade jurídica, enquanto Teubner não vê nesta norma a solução, pois o fundamento da teoria jurídica seria a circularidade e a autorreferência.

Cabe neste momento uma indagação: se o Direito é um sistema autorreferencial que vive ao lado de outros subsistemas autopoieticos, como pode exercer qualquer influência junto das diferentes áreas sociais, ou no revés, como pode negar a influência exercida por estas diferentes áreas? A essa questão responde Teubner:

[...] a hipótese autopoietico corresponde apenas a uma mais elaborada concepção da autonomia do sistema jurídico, que de modo algum exclui a existência de interdependência entre o sistema jurídico e os restantes subsistemas sociais, mas tão-só implica a respectiva reinterpretação:

o que se pretende salientar ‘extrajurídicas’ (sociais, éticas, etc.) só adquirem validade jurídica após a sua seleção pelo *código interno próprio do sistema jurídico*. (Antunes, 1989, p. XXIV, grifo nosso)

Outra questão que se coloca é a da conciliação da contradição aparente de que o sistema jurídico constrói internamente a sua própria “realidade jurídica” (por meio do circuito recursivo de comunicações jurídicas) e está, ao mesmo tempo, exposto à influência da realidade extrajurídica.

A resposta a esta questão está na distinção fundamental entre clausura normativa e abertura cognitiva, proposta por Teubner. A teoria autopoietica compreende vários mecanismos elementares de contato intersistêmico. Um deles resulta na existência de uma comum geneologia comunicativa: apesar de cada subsistema social possuir seu código e *autopoiesis* próprios, qualquer um deles participa na comunicação social geral. Isso significa, em primeiro lugar, que tais subsistemas não podem ultrapassar as fronteiras do discurso comunicativo em geral e respectivas construções de realidade; em segundo lugar, são possíveis articulações recíprocas pontuais e subliminares entre subsistemas que utilizam uma matéria-prima semelhante (sentido) nos atos individuais de comunicação (interferência). Sendo assim, a clausura autopoietica do sistema jurídico não implica no seu isolamento do contexto social, mas funciona como condição para abertura aos eventos produzidos no respectivo ambiente (ibid., pp. XXVI- XXVII).

2 CONCEITOS PRELIMINARES DO DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

O conto transcrito na abertura do artigo é um ótimo meio para adentrarmos a teoria do Direito como sistema autopoietico e para compreender a sua fundamental característica, qual seja, a autorreferência. Daquela história podemos inferir interpretações distintas, destacamos algumas delas.

A primeira interpretação que pode ser feita diz respeito à indeterminação do Direito. Afirma-se isso, pois no texto em comento, o Direito não foi determinado pelas autoridades terrestres, ou autoridades do texto, sequer pelo Direito natural ou metafísico com a revelação divina. A bem da verdade,

“[...] o Direito determina-se a ele mesmo por auto-referência, baseando-se na sua própria positividade” (Teubner, 1989, p. 2). O Direito positivo é um Direito autoproduzido no sentido de ser um produto do próprio Direito, não podendo ser importada sua validade do exterior do sistema jurídico, mas do interior dele.

Uma segunda interpretação seria a questão da imprevisibilidade do Direito. O rabino Eliezer prevê diversos fenômenos no mundo natural e até no mundo divino, entretanto tais previsões não vinculam o Direito a ser como sua vontade quer. Não é porque a natureza ou até mesmo uma força maior responde a seus dizeres que deve o Direito obedecer previsivelmente ao seu pensamento. Tanto isso é verdade, que ninguém que lá estava concordou com sua proposição, uma vez que existia uma ordem expressa legal. Deste modo, a indeterminação do Direito está diretamente relacionada com a sua autonomia.

Uma terceira interpretação a apresentar seria a da circularidade do Direito. No texto, Eliezer caminha em uma argumentação evolutiva: parte do texto talmúdico para as forças naturais, sequencialmente invoca o Direito natural e finalmente chega na revelação divina. Entretanto, ao fim de sua explanação, todos que compunham o debate trouxeram-no de volta para o que estava grafado na Torah: “Nós devemos inclinar perante a opinião da maioria”.

Tal circularidade, denominada de *Tangled hierarchies*⁵, foi a expressão inequívoca encontrada por Hofstadter para designar o fenômeno no qual o nível mais alto de uma hierarquia reenvia ao nível mais baixo da mesma qualquer ordem. Assim, se o ponto mais alto na hierarquia labiríntica é a lei divina, então o que decidirá sua validade será simplesmente a regra processual.

Uma quarta interpretação diz respeito aos paradoxos da autorreferência. Tal paradoxo surge sempre que se trate de render e aferir situações do mundo real a partir da simples distinção “legal/ilegal”. “A distinção não é aplicada casuisticamente, mas com pretensões de validade para todo um

5. Hierarquia labiríntica.

universo de situações, então, mais tarde ou mais cedo, essa mesma pretensão de validade universal acabará por conduzir a própria distinção a tentação de valer igualmente para si mesma” (Teubner, 1989, p. 6).

Como exemplo, pensemos na distinção de legal e ilegal; em seguida, reapliquemos o mesmo critério para análise. Assim, podemos chegar à seguinte conclusão: *é legal aplicar a distinção legal/ilegal*, ou *é ilegal aplicar a distinção legal/ilegal*. A primeira oração sendo filtrada pela lógica é perfeitamente aceita, entretanto, a segunda oração assim não o é. Aqui temos um paradoxo insolúvel. Na primorosa tragédia de Sófocles, *Antígona*, retrata-se bem essa situação, uma vez que a protagonista aplica o código jurídico ao próprio código jurídico quando sustenta que Créon visa definir aquilo que é legal ou ilegal. Essa atitude é, em si mesma, ilegal.

Disso surge a seguinte pergunta: “Como apreender e evitar o paradoxo provocado pela característica auto-referência do direito?” (ibid., p. 10). Para responder essa pergunta, Teubner afirma que existem três estratégias para tentar gerir o “paradoxo da autorreferência”.

A primeira estratégia é desenvolvida pela corrente crítica radical do Direito (*Critical Legal Studies Radical*), que busca “des-construir” a doutrina jurídica em seus aspectos basilares. Para Teubner: “[...] procuram trazer à luz do dia as contradições e antinomias internas de um pensamento jurídico-dogmático que reclama afinal uma pretensão fundamental de coerência sistemática” (ibid., p. 11). Em outras palavras, tal corrente afirma que o sistema jurídico possui contradições internas, fazendo com que não possa haver uma coerência sistêmica interna.

Entretanto, a afirmação dessa corrente não atinge o paradoxo insolúvel, inclusive não o elimina do sistema. Assim, a “des-constução” passa a ser reconstrução, pois só oferece supedâneo à autorreferência, à indeterminação ao paradoxo e até a evolução do Direito.

Uma segunda estratégia seria trabalhar com a essência autorreferencial do Direito⁶, constituindo, destarte, problemas de paradoxos do pensamento jurídico. Podemos resumir assim o problema: “[...] desenvolver uma técnica

6. Ideia defendida por Hart, Ophuels e Fletcher.

intelectual susceptível de erradicar definitivamente os paradoxos do pensamento jurídico: o principal método de resolução do problema consiste em elaborar distinções” (ibid., p. 17). Todavia, o problema que temos a apontar nessa estratégia consiste na impossibilidade de garantir que tais distinções não possam cair em uma nova “hierarquia labiríntica” na qual consigo sair de um nível, mas ingresso em um metanível e, sucessivamente, para diversos metaníveis.

Por fim, a terceira e última estratégia seria a teoria autopoiética⁷, que consiste no rompimento com o tradicional tabu da circularidade, criando uma nova perspectiva da própria circularidade.

Para Teubner, não devemos aceitar puramente os argumentos circulares, devemos interpretar tais questões como um problema relativo à própria prática jurídica, e não como um problema intelectual. Com efeito, pensa:

[...] a realidade social do direito é feita com um grande número de relações circulares. Os elementos componentes do sistema jurídico – acções, normas, processos, identidade, realidade jurídica – constituem-se a si mesmos de forma circular, além de estarem ligados entre si também circularmente por uma variedade de meios. Auto-referência, paradoxos e indeterminação constituem problemas específicos da realidade dos sistemas sociais e não meros problemas de reconstrução intelectual dessa mesma realidade. (Ibid., p. 19)

Assim, podemos concluir que a realidade social do Direito é feita com um grande número de relações circulares.

A quinta e última interpretação apresentada por Teubner acerca da história “E Deus Ri”, seria uma análise gnosiológica e não epistemológica da *práxis*:

[...] o sistema jurídico, como todos os outros sistemas autopoiéticos, não reflete senão a imagem de “uma incessante sucessão de correlações internas operadas numa rede fechada de elementos em permanente

7. Sugerimos a leitura de Guerra Filho (1997, pp. 57-62).

interação, cuja estrutura sofre constantes mutações graças a infinitas áreas e meta-áreas entrelaçadas em articulação estrutural”. (Maturana apud Teubner, 1989, pp. 22-23)

Assim, o pensamento dos rabinos sobre o Direito, e o próprio Direito encontram-se autorreferencialmente constituídos. Nessa interpretação, a chave para solucionar os paradoxos seria: eles passarem por um processo de desparadoxização. Nas palavras de Luhmann seria: “[...] ‘desparadoxização dos paradoxos’, ou seja, ‘na aplicação criativa dos paradoxos, na transformação de uma informação infinita em finita, e de uma complexidade indeterminada numa complexidade determinada’ (Teubner, 1989, p. 24).

Do exposto podemos concluir este capítulo com a ideia de que a teoria da *autopoiesis* oferece uma análise das soluções da prática jurídica para o problema da indeterminação do Direito graças à conjugação dos seguintes elementos: autorreferência, paradoxo, indeterminação, estabilidade através de valores próprios (ibid.).

3 A NOVA AUTORREFERENCIALIDADE

3.1 Os tipos de sistemas

Existem, na visão de Teubner, três tipos de sistemas: os sistemas fechados, os abertos e os autopoieticos. O sucesso da teoria dos sistemas deve muito à perspectiva dos sistemas como abertos, uma vez que, a partir desse momento, perdeu-se a visão restrita do sistema fechado, tornando possível estudar e analisar a interação dos sistemas com o seu meio envolvente.

Entretanto, o sistema aberto também foi alvo de críticas por parte dos pensadores que advogam a teoria dos sistemas autopoieticos. No que tange à regulação dos sistemas sociais, incluindo a regulação do Direito, Teubner apresenta duas críticas ao sistema aberto:

[...] mostra-se crucial tornar os sistemas a regular tão flexível quanto possível; [...] importa dotar actores da regulação (administração pública,

gestão empresarial, Estado) de uma capacidade de intervenção directa de molde a definir as próprias condicionantes do meio envolvente. (Ibid., p. 28)

A partir dessas críticas, começam a surgir recriminações e a necessidade de um novo sistema que ataque esses problemas. Nesse contexto, a ideia de auto-organização ganha respaldo e força no cenário dos sistemas sociais:

A primeira vista, o seu desenvolvimento em direcção a uma teoria dos sistemas autopoieticos pode aparecer como absurdo, na medida em que pode sugerir o regresso à concepção dos sistemas fechados considerada ultrapassada. (Ibid., p. 31)

De fato, o que sustenta o funcionamento dos sistemas é seu próprio seio sistêmico, e não suas condições externas. Entretanto, não podemos definir o sistema autopoietico por essa característica, pois ele é muito mais amplo do que isso. Podemos dizer que os sistemas procuram essa sustentação “[...] num movimento de auto-descrição que, funcionando como um programa de orientação interno, organiza o sistema de forma que as respectivas operações correspondam a essa mesma auto-descrição” (ibid., p. 32).

Alguns críticos da sistemática autopoietica questionam qual é a grande novidade trazida por esta teoria em comparação com os sistemas abertos. Nesse sentido, Maturana responde que sem autorreferência, “circularidade básica” e clausura organizacional, seria impossível termos um sistema autosubsistente estável (Maturana apud Teubner, 1989, p. 33). Com estas regras, o sistema autorreferencial aparece de modo independente em face do seu meio envolvente e imune a influências directas. Se assim não fosse, seria o último a determinar-se, dependendo das circunstâncias externas.

3.2 O fenómeno da autorreferência: a “galáxia auto”

Autorreferência, autoprodução, reflexividade, *autopoiesis* e auto-organização criam uma verdadeira “galáxia auto”, um universo paralelo com nomenclaturas aparentemente próximas, mas muito distintas. Mesmo com diferenças em seus sentidos, muitos autores usam indiscriminadamente

esses termos como sinônimos, e até os mais cuidadosos cometem equívocos. Compete, neste tópico, a tarefa de buscar definir alguns termos na “galáxia auto”.

A auto-organização se dá quando os seus elementos possuem uma natureza tal que lhes permite, “espontaneamente”, criar e assumir determinado estado de ordem. Por sua vez, a autoprodução sistêmica resulta da articulação cíclica dos processos de auto-organização entre si. A autossubsistência deve ser adicionada à autoprodução, de molde a que a *autopoiesis* de um sistema se torne possível.

Os dois “autos” mais complexos da nossa “galáxia auto” são a autorreferência e a *autopoiesis*. Esta será explicada no próximo tópico; a autorreferência será vista a seguir, em linhas gerais, e com mais atenção no próximo tópico também.

A autorreferência deve ser estudada como um conceito mais geral e abrangente. Ela engloba diversos fenômenos, como a causalidade circular, o *feedback*, o reenvio, a autorregulação, a autocatálise, a referência intradiscursiva, a auto-observação, a criação espontânea de ordem e até a autorreprodução. Assim, um sistema pode ser autorreferencial sendo auto-organizado, mas não autorregulado – ou sendo aquele, mas não sendo autopoietico, por exemplo.

3.3 Dimensões da autorreferência

Teubner afirma que existem vários graus de autorreferência. Partimos da auto-observação e da autodescrição, da auto-organização e autorregulação, para a autoprodução e *autopoiesis*.

3.3.1 Auto-observação e autodescrição

“O termo *auto-observação* designa a capacidade de um sistema influenciar as suas próprias operações para além da mera articulação seqüencial destas.” (Teubner, 1989, p. 40).

Na auto-observação não há uma mera repetição; o sistema constrói, respectivamente, operações de forma a informar o futuro desenvolvimento das suas próprias operações. Com essa ideia de continuidade temporal e de funcionamento, como base de criação, temos a autodescrição.

Com efeito, tendo a auto-observação e a autodescrição temos um novo nível no sistema, a chamada “ordem cibernética de segundo grau”. A doutrina jurídica representa a “ordem cibernética de segundo grau” do Direito: “Ela produz auto-descrições das operações jurídicas primárias e das respectivas estruturas; não produz direito válido e aplicável, estrutura tão só as operações da sua produção” (Luhmann apud Teubner, 1989, p. 41).

3.3.2 Auto-organização

Consiste na capacidade de um “[...] sistema de se estruturar espontaneamente a si mesmo: sua ordem não é imposta do exterior, mas produzida internamente através de interação dos elementos do sistema” (Teubner, 1989, p. 40).

3.3.3 Autorregulação

A autorregulação “[...] constitui uma variante da auto-organização, traduzindo a capacidade de um sistema não apenas de construir e estabilizar as suas próprias estruturas, mas também de as alterar de acordo com critérios próprios” (ibid.).

3.3.4 Autoprodução

“Um sistema é auto-produzido quando produz os seus próprios elementos” [...] auto-produção significa a constituição da unidade básica ‘movimento’, a produção de movimentos subseqüentes a partir deste movimento inicial, e a articulação desse conjunto de movimentos no sistema particular” (ibid., p. 43, 46).

No que se refere ao sistema jurídico em particular, a ideia de autoprodução recebe uma crítica muito forte, pois parece difícil o Direito ser condicionado por influências provenientes do sistema político, das estruturas

econômicas e dos fatores sociais. A resposta para essa questão é a seguinte: “A teoria autopoietica considera que a influência das condicionantes sociais, econômica e políticas do Direito não excluirá, mas é mesmo pressuposta, por um sistema jurídico auto-produtivo” (ibid., p. 45).

4 A *AUTOPOIESIS* PARA TEUBNER

Segundo Teubner, a ideia de *autopoiesis* é, de todas as formas de autorreferencialidade, a de mais difícil definição. Não deve ser confundida com qualquer dos fenômenos analisados antes, nem mesmo com autoprodução. Para ele, a *autopoiesis* “[...] constitui uma combinação particular de vários mecanismos de auto-referência”; auto-produção representa uma “[...] condição mínima da existência de um sistema autopoietico” (ibid., p. 47).

Maturana define *autopoiesis* como:

[...] uma organização autopoietica pode ser definida como uma unidade constituída por uma rede de elementos componentes que: a) despoletam um efeito recursivo naquela cadeia de produção de elementos que produziu esses mesmos elementos e b) realizam a unidade da rede de produção no mesmo contexto em que tais elementos se situam. (Maturana apud Teubner, 1989, p. 48)

Teubner acredita que existem mais conceitos na definição da *autopoiesis*; seria a ideia de cibernética de segundo grau. Ela consiste na capacidade de um sistema alimentar-se a si próprio através da conexão entre o ciclo de autoprodução como um segundo ciclo que possibilite a produção cíclica que garanta as condições de sua própria produção, essa ideia é chamada de *hiperciclo*.

Em apertada síntese, transcrevemos o resumo elaborado pelo autor dos principais aspectos da *autopoiesis*:

1. Auto-produção de todos os componentes do sistema;
2. Auto-manutenção dos ciclos de auto-produção através de uma articulação hipercíclica; e
3. Auto-descrição como regulação da auto-reprodução. (Teubner, 1989, p. 40)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, é possível inferir o seguinte:

- a teoria da *autopoiesis* nasceu na biologia para responder uma velha pergunta das ciências biológicas e um grande problema da história da ciência e da filosofia, qual seja: a vida. Seus grandes precursores foram Maturana e Varela;
- na década 1980, a teoria da *autopoiesis* abre um grande debate na ciência e traz à luz uma grande discussão interdisciplinar entre diversas ciências. Nesse contexto, a teoria da *autopoiesis* cresce nas ciências sociais, desdobrando uma evolução científica interdisciplinar nos últimos anos;
- o grande expoente da teoria *autopoiesis*, no campo das ciências sociais, é Niklas Luhmann, a partir da obra *Soziale Systeme*. Nela a teoria da *autopoiesis* nas ciências sociais ganha uma nova dimensão, deixando de

[...] ser concebida unicamente como uma teoria explicativa da vida e do conhecimento para se tornar num modelo teórico geral aplicável aos fenômenos sociais: para Luhmann, auto-referência e circularidade constituem o ‘princípio vital’ (*Gestalt Prinzip*), não apenas de células, sistemas nervosos, ou organismos biológicos vegetais ou animais em geral, mas igualmente dos próprios sistemas sociais. (Antunes, 1989, p. X)

- na ciência do Direito, aplica-se a teoria da *autopoiesis* de segundo grau:

[...] o Direito, tal como a economia ou a política, constituem sistemas autopoieticos de segundo grau, que adquiriram esse estatuto graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos. (Ibid., p. XVI)

- o idealizador deste sistema, para o Direito, foi o alemão Günther Teubner. Segundo ele:

O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da Sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo. (Teubner, 1989, p. 53)

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, José Engrácia (1989). “Prefácio”. In: TEUBNER, Günther. *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. IV.
- ARAUJO, Cícero e WAIZBORT, Leopoldo (1999). Sistema e evolução na teoria de Luhmann. *Revista de Cultura e Política Lua Nova*, n. 47.
- COHN, Gabriel (1998). As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 13, n. 38, out.
- GIRALDI, Dácio (1993). *Direito, legitimação e disciplina: intersecção Foucault e Luhmann*. Dissertação de mestrado em Direito. São Paulo, Universidade de São Paulo.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago (1997). *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- IZUZQUIZA, Ignacio (1990). Sociedade sin hombres: Niklas Luhmann, o la Teoria cono Escandalo. *Anthropos*, n. 55.
- LUHMANN, Niklas (1980). *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, UnB.
- ____ (1983). *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- ____ (1985). *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- MATURANA, Erkennen (1989). “Die Organisation und Verkörperung Von Wirklichkeit”. In: TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 22-23.
- MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco (1989). “Autopoiesis and cognition: the realization of life”. In: TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- NEVES, Marcelo (2008). *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo, Martins Fontes.
- TEUBNER, Günther (1989). *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

O idoso e a cidade

DIRCE TREVISI PRADO NOVAES
IDA RAICHTALER DO VALLE

1 INTRODUÇÃO

Este artigo analisa a população idosa que aumenta visivelmente e nem sempre encontra as condições adequadas para sobrevivência e mobilidade. A situação e os desníveis econômicos acirram os problemas vividos por esta faixa etária que necessita do emprego de políticas urbanas específicas que garantam a aplicação das leis e assegurem seus direitos e bem-estar.

2 A POPULAÇÃO IDOSA NO BRASIL

A situação demográfica brasileira vem transformando-se a passos largos, em particular nas grandes metrópoles, como São Paulo.

O ritmo de crescimento da população vem desacelerando ano a ano, ao mesmo tempo que a população envelhecida vive por um período mais longo. No ano de 1991, 7,3% da população brasileira era composta por pessoas de 60 anos e mais; esse número aumentou para 8,6%, em 2000, e para 10,8%, em 2010, segundo os censos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (Guerra, 2016). Esses indicadores demonstram as transformações estruturais do perfil etário da população brasileira nas últimas décadas.

Vemos uma demonstração da evolução do nosso processo – com diferenças e similitudes – na transição demográfica existente no Primeiro Mundo e sua inserção na globalização e na reestruturação produtiva (Bogus, 2003).

A questão da variação dos índices de mortalidade e fecundidade a partir dos anos 1940, analisados até os anos 2010, apontam para um declínio da fecundidade aliado à baixa nos índices de mortalidade, promovendo mudança significativa no perfil demográfico da população brasileira, em particular, da nossa metrópole de São Paulo. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que a queda da fecundidade saltou da média de 6,2 filhos em 1950 para 2,4 filhos em 1997 por mulher no Brasil, tendência que tem se acentuando. Contribuiu para isso, além dos índices apontados, as “[...] aspirações de mobilidade sociais associadas” a um processo de proletarização e empobrecimento da população e à maior participação da mão-de-obra feminina. (ibid., p. 299).

Em um primeiro momento a redução da mortalidade pode ocasionar um rejuvenescimento da população (ibid., p. 294), mas com o declínio da fecundidade e seus efeitos no índice populacional gradativamente crescem as faixas de adultos. Numa etapa de transição mais avançada, nota-se aumento da proporção de idosos, enquanto o número de crianças e jovens se reduz de forma substancial. Falando da nossa maior metrópole urbana, ela possui características de “cidade mundial”, o que vai interferir na disparidade e no padrão de distribuição desta população nas atividades econômicas existentes neste contexto.

A alta expectativa de vida apresentada pela população tem, entre outras causas: as políticas de saúde pública adotadas; a medicina preventiva; os avanços na área científica, que influenciam diretamente na saúde e na longevidade da população.

3 A EVOLUÇÃO URBANA E IMPACTO PARA A POPULAÇÃO IDOSA

A evolução urbana produz mudanças significativas na configuração espacial da cidade que coincide com alterações do comportamento dos idosos, decorrentes da interrupção de sua atividade profissional. Muitas vezes, eles passam por dependência de vida no ambiente doméstico, o que gera possibilidades de desequilíbrio emocional, quadros de depressão e repercussão na própria fisiologia. Tal situação repercute nas alterações socioculturais de um intenso desenvolvimento tecnológico que vai impor a institucionalização das políticas de inclusão social da população, tendo a ver com decisões em assuntos referentes à mobilidade urbana.

O planejamento de um novo conceito de ambiente urbano, que vise à acessibilidade e à mobilidade urbana, está relacionado diretamente com as características fisiológicas da população de indivíduos idosos. Entre as propostas de solução estariam a informação e sinalização sonora, considerando os níveis de acuidade auditiva desta população. Também deve haver o cuidado com relação à redução dos níveis de acuidade visual, que exigirá níveis de iluminação pública e um sistema adequado de informação e sinalização urbana. Isto pressupõe a retirada do automóvel como condição principal da organização da cidade, o reconhecimento da importância dos deslocamentos de pedestre e a priorização do transporte coletivo. Finalmente, pode-se dizer que os problemas de acessibilidade e mobilidade começam pela definição no sentido do fluxo de vias públicas e na determinação do uso do solo urbano (Ergodesing, 2016, p. 38).

A previsão da Organização das Nações Unidas (ONU) é de que, no ano de 2050, a população de idosos chegará a 2 dois bilhões, sendo necessária a busca de soluções específicas relacionadas, principalmente, aos espaços urbanos devido à limitação funcional comumente associada a esta fase.

O aumento da esperança de vida no Brasil passou de 60 anos, em 1980, para 68,4 em 2010; a queda na taxa de fecundidade variou de 2,48% em 1970 a 1,64% em 2010. Essa é uma tendência no Brasil e no Estado de São Paulo. Encontramos aqui uma proporção de 11,5%, em 2010, de pessoas com mais de 60 anos em relação à população total.

Esse valor, praticamente, duplicou desde 1970, ou seja, em 40 anos, sendo esta uma predisposição que persiste. Conforme Yasaki, já em 1992 esse fenômeno se apresentava de forma irrefutável:

[...] o Brasil começa a assistir o gradativo envelhecimento de sua população como consequência das suas alterações da sua dinâmica demográfica que se verificam através do rápido declínio dos seus índices de mortalidade e mais recentemente dos seus índices de fecundidade. (Yasaki, 1992, p. 11)

Esse aumento da proporção dos idosos se dá, mais acentuadamente, nas regiões urbanas. Em Estados da Região Sudeste, existe maior percentual de idosos vivendo na Zona Urbana. No Estado de São Paulo, temos um fluxo migratório que é antigo e, aliado às taxas de fecundidade baixas, tem como resultado o aumento da proporção de idosos na população.

Conforme a Tabela 1, há uma intensificação do envelhecimento populacional, o que vem agudizar a problemática a ser enfrentada na mobilidade da população idosa, já que se trata de uma tendência irreversível. Na Região Sudeste, a proporção atinge 13,5% em 2010; há 30 anos atrás era 6,4%. Portanto, o crescimento ocorre em ritmo acelerado (Bogus, 2003).

TABELA 1 Proporção de pessoas de 60 anos e mais na população total (Brasil e Estados, 1970-2010)

Unidade da Federação	1970	1980	1991	2000	2010
Brasil	5,1	6,1	7,3	5,8	10,7
Rondônia	2,5	2,8	3,8	3,3	7,2
Acre	2,9	3,9	4,8	3,7	6,3
Amazonas	3,3	3,8	4,2	3,2	6
Roraima	3	3,5	3,3	2,6	5,7
Pará	4,2	4,6	4,9	3,8	7
Amapá	3,1	4,1	3,9	2,7	5,1
Tocantins			5,6	6,1	8,4
Maranhão	3,9	5,2	6,1	4,8	8,6
Piauí	4,4	5,4	6,6	5,7	10,6
Ceará	5,2	6,3	7,7	6,2	10,7
Rio Grande do Norte	5,9	7,3	8,2	6,4	10,8
Paraíba	5,9	7,7	9,1	7,2	11,9
Pernambuco	5,2	6,7	7,8	6,2	10,6
Alagoas	4,9	6,1	6,4	4,9	8,8
Sergipe	5,8	6,8	6,8	5,2	8,9
Bahia	5	6	6,9	5,7	10,3
Minas Gerais	4,8	6,1	7,6	6,2	11,7
Espírito Santo	4,5	5,6	6,7	5,5	10,3
Rio de Janeiro	6,3	7,2	9,2	7,4	13
São Paulo	5,8	6,3	7,7	6,1	11,5
Paraná	3,7	5	6,8	5,6	11,2
Santa Catarina	4,5	5,4	6,8	5,4	10,5
Rio Grande do Sul	5,8	7,2	8,9	7,2	13,6
Mato Grosso do Sul		4,5	5,9	5	9,7
Mato Grosso	3,5	3,8	4,3	3,6	7,8
Goiás	3,5	4,5	5,7	4,6	9,3
Distrito Federal	2,2	2,8	4	3,3	7,6

Fonte: Bogus (2003, p. 292). Atualizada para 2010.

TABELA 2 Proporção de pessoas de 60 anos e mais, segundo situação do domicílio e as grandes regiões 1960-2010

Situação do Domicílio Proporção de Pessoas de 60 anos e mais (%) e total						
Grandes Regiões	1960	1970	1980	1985*	1990*	2010
Total Brasil	4,7	5,1	6,1	6,8	7,7	12,3
Norte	3,8	3,8	4,2	4,7	5,5	7,7
Nordeste	5,0	5,1	6,3	7,0	7,8	11,9
Sudeste	4,9	5,6	6,4	7,1	8,2	13,5
Sul	4,3	4,7	6,0	6,6	7,5	13,6
Centro Oeste	3,1	3,3	4,2	4,9	5,8	9,9
Urbano Brasil	5,4	5,6	6,2	6,8	7,7	10,4
Norte	4,4	4,1	4,5	4,7	5,5	5,7
Nordeste	5,3	5,2	6,4	7,1	7,6	8,6
Sudeste	5,7	6,0	6,6	7,2	8,4	12,6
Sul	5,1	5,4	6,1	6,4	7,3	11,2
Centro Oeste	3,7	3,5	4,2	5,1	5,9	8,6
Rural Brasil	4,2	4,4	5,7	6,6	7,5	1,9
Norte	3,4	3,5	3,8	-	-	2,0
Nordeste	4,9	5,0	6,2	7,0	8,0	3,4
Sudeste	3,8	4,4	5,7	6,4	6,9	1,0
Sul	3,8	4,1	5,7	6,8	7,8	2,4
Centro Oeste	2,9	3,2	4,0	4,4	5,4	1,2

* População rural da Região Norte.

Fonte: IBGE/Depop, Censo Demográficos de 1960, 1970, 1980, 2010 e PNADs de 1986 e 1993.

A temática da população idosa no país, em particular nos grandes centros urbanos, aparece com o fenômeno do envelhecimento populacional no contexto de outras problemáticas a serem resolvidas. Esse tema se apresenta de forma mais grave quando referente a pessoas de classes menos favorecidas. É importante ver a distribuição espacial nos novos centros urbanos e sua posição em relação à renda e à classe social em que estão inseridas.

Bercovich (1992) faz uma análise sobre como vive a população idosa no Brasil, apontando para maior concentração da população idosa nos grandes centros urbanos e para a sua situação domiciliar. O autor compara as Tabelas 1 e 3 para chegar a esta conclusão. Também aponta que em relação à situação do domicílio, há maior proporção de mulheres idosas nas zonas urbanas da Região Sudeste, onde o peso de São Paulo e Rio de Janeiro é grande.

TABELA 3 Proporção de pessoas de 60 anos e mais por situação do domicílio, segundo o sexo e as grandes regiões 1980-2010

Proporção de Pessoas de 60 anos e mais (%) e Grandes Regiões	Situação do Domicílio											
	Total				Urbano				Rural			
	1980	1985*	1990*	2010	1980	1985*	1990*	2010	1980	1985*	1990*	2010
Total												
Brasil	6,1	6,8	7,7	12,3	6,2	6,8	7,7	10,4	5,8	6,6	7,5	1,9
Norte	4,5	4,7	5,5	7,7	4,5	4,7	5,5	5,7	-	-	-	2,0
Nordeste	6,3	7,0	7,8	11,9	6,4	7,1	7,6	8,6	6,2	7,0	8,0	3,4
Sudeste	6,4	7,1	8,2	13,5	6,6	7,2	8,4	12,6	5,7	6,4	6,9	1,0
Sul	6,0	6,6	7,5	13,6	6,1	6,4	7,3	11,2	5,7	6,8	7,8	2,4
Centro Oeste	4,2	4,9	5,8	9,9	4,2	5,1	5,9	8,6	4,0	4,4	5,4	1,2
Homens												
Brasil	5,8	6,4	7,2	5,4	5,7	6,3	7,0	4,4	6,1	6,8	7,6	1,0
Norte	4,1	4,3	5,1	3,8	4,1	4,3	5,1	2,6	-	-	-	1,2
Nordeste	6,2	6,8	7,6	5,3	6,0	6,6	7,1	3,6	6,5	7,1	8,3	1,7
Sudeste	5,9	6,5	7,3	5,7	5,9	6,5	7,4	5,2	6,0	6,7	6,9	0,5
Sul	5,7	6,2	6,9	5,9	5,6	5,9	6,6	4,7	5,8	6,8	7,6	1,2
Centro Oeste	4,3	5,1	5,9	4,7	4,2	5,2	5,8	3,9	4,5	5,0	6,1	0,7
Mulheres												
Brasil	6,4	7,1	8,2	6,9	6,8	7,4	8,5	6,0	5,6	6,5	7,4	0,9
Norte	4,9	5,1	5,9	3,9	4,9	5,1	5,9	3,1	-	-	-	0,8
Nordeste	6,4	7,2	8,0	6,6	6,8	7,5	8,1	5,0	6,0	6,9	7,7	1,6
Sudeste	6,9	7,6	8,0	7,8	7,2	7,9	9,3	7,4	5,4	6,1	7,0	0,5
Sul	6,3	6,9	8,1	7,7	6,6	7,0	8,1	6,5	5,6	6,8	8,1	1,2
Centro Oeste	4,1	4,7	5,7	5,2	4,3	5,0	6,0	4,7	3,5	3,7	4,6	0,5

* População rural da Região Norte.

Fonte: IBGE/Depop, Censo Demográficos de 1980 e 2010 e PNADs de 1985 e 1990

A proporção do crescimento da população idosa na área urbana é mais acelerada do que no meio rural. Em 2010, essa distância se intensificou: no meio rural, o índice foi de 1% – enquanto no meio urbano atingiu 12,6% (Região Sudeste), de acordo com o IBGE (2012).

A forma de vida dos idosos depende das características econômicas e sociais. Bercovich explica que, na década de 1980, o número de famílias nucleares que viviam com idosos aumentou de 67,7% para 71,7%, ao mesmo tempo que houve uma elevação de domicílios unipessoais, de 1,3% para 1,8% no mesmo período. A região Sudeste do país contava com o maior número de idosos vivendo sozinhos. A autora também chama a atenção para a problemática da maioria de idosos cruzando esse dado com a baixa renda familiar, o que conduz à existência de uma população idosa

sem o suporte necessário para necessidades elementares (ibid., p. 128). Os idosos com baixa renda residentes nos grandes centros urbanos necessitam ter a possibilidade de maior mobilidade para o atendimento de seus direitos e garantias, que possibilite acesso aos serviços disponibilizados para eles. A situação é ainda mais grave em relação às mulheres, pois apresentam rendimento mais baixo que o dos homens. Essa mobilidade é fundamental não só em relação a saúde e alimentação, mas também ao acesso à cultura, lazer e à própria integração na sociedade.

4 O DIREITO DA PESSOA IDOSA E A LEGISLAÇÃO VIGENTE

Para a garantia de direitos dos idosos em relação à mobilidade urbana, é fundamental saber quais são as leis de proteção ao direito à mobilidade e os caminhos pelos quais ela deve ser protegida.

As políticas públicas necessárias relacionam-se às possibilidades de proporcionar para a população idosa maior acesso para a realização de atividades, desenvolvimento de atividades laborais, lazer e de uma vida com bem-estar, propiciando maior interação com o meio social.

Para elucidar a importância das políticas públicas para este segmento, trazemos o estudo sobre a cidade de Lisboa (Moyses, 2017). Para além das políticas públicas veiculadas pela ONU, pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e outras organizações mundiais, alguns países vêm desenvolvendo políticas públicas voltadas diretamente aos idosos e outras que auxiliam e influenciam nas práticas para uma cidade que proporciona aos cidadãos um melhor envelhecimento. Na Europa, um dos países com maior número de população envelhecida é Portugal. De acordo com dados da ONU (2015), Portugal atingiu, em 2015, a 5ª posição entre os países com maior número de população idosa. Atualmente, o país vem desenvolvendo uma série de políticas públicas que resultam no benefício da qualidade de vida de seus cidadãos e que promovem o envelhecimento ativo e saudável.

No Brasil, existe uma robusta legislação, embora nem sempre cumprida. No topo da pirâmide legal, encontra-se o artigo 230 da Constituição da

República Federativa do Brasil (1988). Em seguida, em 1/10/2003, foi promulgada a Lei 10.741, denominada “O Estatuto do Idoso” (Brasil, 2003) que estabelece os direitos dos idosos e determina medidas protetivas para famílias e diversos órgãos públicos em relação à pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Os artigos 1º e 2º dispõem:

Art.1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art.2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Importante ressaltar que, no final do artigo 2º, ficam destacadas as condições de liberdade e dignidade, que se referem diretamente à possibilidade de mobilidade.

Por sua vez, a Portaria do Ministério da Saúde 2.528, de 19/10/2006, aprovou a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa, estabelecendo em seu anexo, item 1 – Finalidade:

A finalidade primordial da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa é recuperar, manter e promover a autonomia e a independência dos indivíduos idosos, direcionando medidas coletivas e individuais de saúde para esse fim, em consonância com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. É alvo dessa política todo cidadão e cidadã brasileiros com 60 anos ou mais de idade. (Ministério da Saúde, 2006)

Fazendo uma leitura atenta desta Portaria, verifica-se que ela dá um enfoque especial ao conceito de saúde do idoso, ligado à autonomia e independência, conforme o item d, da finalidade: “[...] o conceito de saúde para o indivíduo idoso se traduz mais pela sua condição de autonomia e independência que pela presença ou ausência de doença orgânica”. (ibid.).

O Brasil estabelece, para todos os efeitos legais, a idade inicial da velhice como 60 anos. Entretanto, há um aumento da população “mais idosa”, acima de 80 anos, ou seja, o idoso está envelhecendo e aumentando

ainda mais sua vulnerabilidade. A Portaria 2.528 tece considerações sobre a diferença de gênero, observando que “[...] cinquenta e cinco por cento da população idosa é formada por mulheres” (ibid.). A proporção do contingente feminino é tanto mais expressiva quanto mais idoso for o segmento, dado que vai ao encontro das estatísticas brasileiras que constataam que as mulheres têm esperança de vida maior que a dos homens.

A aplicação dos direitos dos idosos estabelecidos no Estatuto do Idoso e a formulação de políticas públicas incluem um conjunto de ações coordenadas de muitos órgãos e setores, visando à obtenção e garantia dos seus direitos, sobretudo pelos gestores do Sistema Único de Saúde (SUS). Essas políticas devem considerar as diferenças de gênero, idade, condição socioeconômica, local de moradia e as necessidades de cada idoso.

Os serviços determinados por lei para prestar atendimento aos idosos devem atender a população como um todo e as necessidades específicas de cada um.

5 A MOBILIDADE URBANA E ACESSIBILIDADE AO IDOSO

A mobilidade urbana está diretamente relacionada à vida social, à saúde, ao trabalho, à independência funcional, devendo ser objeto das políticas públicas que têm obrigação de observar todo o sistema viário da cidade, todas as ruas, calçadas, logradouro públicos, com segurança e acessibilidade. Especificamente quanto aos transportes, a referida Portaria, item 5.6, determina:

Implantação de ações que permitam e/ou facilitem o deslocamento do cidadão idoso, sobretudo aquele que já apresenta dificuldades de locomoção, tais como elevatórias para acesso aos ônibus na porta de hospitais, rampas nas calçadas, bancos mais altos nas paradas de ônibus. Em conformidade com a Lei da Acessibilidade, Decreto Lei nº 5296, de 2 de dezembro de 2004. (Ibid.)

O Decreto 5296/2004 “[...] estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência¹ ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências (Brasil, 2004). Lembrando que os idosos se enquadram entre pessoas com mobilidade reduzida. Na legislação brasileira, temos, ainda, a Lei Ordinária Federal 10.098, de 19/12/2000: “Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências” (Brasil, 2000).

Muitas determinações legais são provenientes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), que institui normas e critérios para a regulamentação da acessibilidade da mobilidade de forma geral: a “NBR 9050: acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos” (ABNT, 2015) e a “NBR 14021: transporte – Acessibilidade no sistema de trem urbano ou metropolitano” (ABNT, 2005).

A NBR 9050 tem como um dos seus objetivos o previsto no item 1.1: colocar em vigor “[...] critérios e parâmetros técnicos a serem observados quando do projeto, construção, instalação e adaptação de edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos às condições de acessibilidade” (Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2004); a Norma NBR 14021 define a acessibilidade, em seu item 3.1: “Possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de edificações, espaços, mobiliário, equipamentos urbanos, estações, trens, sistemas e meios de comunicação”. (Associação Brasileira de Normas Técnicas, 1997). Por sua vez, determina os seguintes objetivos (ibid.):

1.2 No estabelecimento desses critérios e parâmetros técnicos, foram consideradas as diversas condições de mobilidade e de percepção do ambiente pela população, incluindo crianças, adultos, idosos e pessoas com deficiência, com ou sem a ajuda de aparelhos específicos, como

1. Termo “portador” de deficiência tem sido questionado por sua expressão capacitista. Atualmente o uso mais correto é “pessoas deficientes”, mas que não será utilizado, neste artigo, porque as leis foram estabelecidas antes de tais conclusões.

próteses, aparelhos de apoio, cadeiras de rodas, bengalas de rastreamento, sistemas assistivos de audição ou qualquer outro que venha a complementar necessidades individuais.

1.6 A segurança do usuário deve prevalecer sobre sua autonomia em situação de anormalidade no sistema de trem urbano ou metropolitano.

A Política Nacional do Idoso (Lei 8.842 de 4/1/1994), regulamentada pelo Decreto 1.948, de 3/7/1996, é o instrumento legal anterior ao Estatuto do Idoso e o Decreto 5.296/2004. Já previa, no artigo 1º: “A política nacional do idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade” (Brasil, 1994). Esta lei foi regulamentada pelo Decreto 1.948 (Brasil, 1996).

Como se constata, a independência funcional, a liberdade e a dignidade são princípios norteadores de todos os instrumentos legais citados. Todo planejamento, implementação, construção e adequação do sistema de locomoção, assim como todas as políticas públicas e todos os procedimentos no atendimento da população idosa, devem ser regidos por esses princípios.

A adequação dos novos instrumentos legais aos princípios, o aumento da população idosa no Brasil e a garantia de direitos determinam a necessidade de melhores condições de atendimento. Possibilitam, também, a melhora dos meios que permitem a mobilidade do idoso, viabilizando a manutenção das suas atividades normais e sua autonomia com segurança. Esta reflete na mobilidade e na manutenção da saúde, com prevenção de quedas e redução da violência, melhorando a autonomia.

O processo do envelhecimento, por sua natureza, aumenta a vulnerabilidade do idoso, que necessita, cada vez mais, de serviços de ótima qualidade para manter sua saúde e independência. A melhora da autonomia e da saúde do idoso está muito relacionada com o cumprimento e adequação das normas existentes. Blanco et al. (2014, p. 143) reforçam esse entendimento ao afirmarem:

Com o envelhecimento populacional, algumas necessidades públicas como transporte e saúde são necessárias para o melhor atendimento da população idosa. A mobilidade é um dos fatores responsáveis pela

qualidade do envelhecimento do indivíduo, pois garante manutenção da atividade cotidiana e a autonomia dos idosos. Esta mobilidade urbana é experimentada pela utilização do transporte coletivo urbano, sendo que este sistema é um dos serviços públicos que precisa ser melhorado para atender a demanda de seus usuários idosos.

[...]

Segundo a Organização Mundial da Saúde, existe uma exigência urgente referente ao desenvolvimento de ações que tenham como objetivo contribuir para o envelhecimento ativo desta população, resultando para estes indivíduos um maior tempo de sua autonomia e inclusão na vida social. (Ibid., pp. 144-145)

Toda a política desenvolvimentista do sistema viário e dos meios de transportes foi feita, a partir de meados do século XX, com base no atendimento prioritário ao transporte particular. O automóvel tornou-se um bem de consumo e visibilidade da riqueza e do poder de consumo para a classe média e a elite econômica. Em função do automóvel, foram desenvolvidas novas infraestruturas rodoviárias, houve maior utilização de combustível, aumento da fabricação de veículos de uso restrito a poucas pessoas, desenvolvimento de políticas de controle do anel viário. Apesar dos discursos e promessas políticas, esse desenvolvimento só teve como objetivo o transporte particular, com pouca ênfase no transporte público, deixando fora das metas grande parte da população que, na grande maioria, reside longe do local de estudo, de lazer e de trabalho.

Esse enfoque discriminatório trouxe grande defasagem no atendimento a pessoas com melhores condições econômicas em relação às que possuem menor poder aquisitivo, em especial aos idosos, que têm uma vida mais longa e em virtude das precárias aposentadorias precisam continuar trabalhando depois de aposentados. Na atualidade, muitos idosos tornam-se arrimo de família e são cuidadores de netos, seja por falta de creche nos bairros, seja por terem filhos e/ou genros desempregados.

Atualmente, o transporte público, no Brasil e em outros países, não consegue responder às demandas de grande parcela da população que precisa se locomover várias vezes ao dia para trabalhar, estudar, responder às obrigações familiares, divertir-se, enfim, sobreviver com dignidade, segurança e saúde.

Silva, falando sobre o grande enfoque econômico no transporte particular, afirma:

Todavia, por mais exemplos que se deem de como esse caminho só pode conduzir ao desastre – tanto urbanístico como social e econômico – a recusa em olhar a realidade tal como ela se apresenta nesses países e em responder com imaginação e realismo aos problemas específicos que se colocam têm falado mais forte e impedido que se avance com políticas de mobilidade mais adequadas às necessidades de deslocação da esmagadora maioria da população (grande parte sem ter sequer os meios para pagar qualquer transporte motorizado, quanto mais um automóvel!), mais interligadas e articuladas com os modelos de crescimento urbano e mais amigas do ambiente e não tão consumidoras de energia primária. (Silva, 2013, p. 379)

Sobre o aumento das tarifas e fatos ocorridos no Brasil, em sintonia com os princípios que regem o direito a ter transporte público, afirma:

Os recentes acontecimentos no Brasil, provocados pelo anúncio (e várias tentativas) de aumento das tarifas dos transportes urbanos e metropolitanos, vieram mostrar, em toda a sua extensão, como a questão da mobilidade urbana é cada vez mais percebida como um direito de cidadania e uma exigência de equidade social, com um potencial mobilizador que vai muito para além das reivindicações tradicionais, promovidas e enquadradas pelas estruturas sindicais e partidárias habituais. (Ibid.)

Falando sobre o futuro, consigna:

Não se nega que os desafios que o futuro da mobilidade urbana coloca são complexos, nem que os problemas, que urge resolver nesse domínio, exigem modos de atuar e meios que nem sempre são fáceis de instituir e mobilizar. (Ibid., p. 385)

Vasconcelos, em estudos sobre a problemática do transporte urbano brasileiro, afirmou:

Os dados apresentados mostram a iniquidade e a insustentabilidade da política de mobilidade em vigor no Brasil. Suas consequências podem

ser ainda piores caso haja um crescimento descontrolado do uso do transporte individual, o que é provável considerando as tendências hoje verificadas.

[...]

Adicionalmente, no contexto político brasileiro atual não há nenhuma força política relevante que defenda a mudança do modelo instalado. Os discursos oficiais jamais negam o apoio ao transporte público, mas são essencialmente retóricos: na prática, o que ocorre é a manutenção das políticas aplicadas há décadas, acompanhada da celebração do fato de que uma crescente parcela da população agora tem acesso ao automóvel e à motocicleta.

[...]

Para romper esse padrão insustentável, o desafio é convencer a sociedade de que é preciso mudar, e isso só será possível se forças políticas autônomas, originadas nos movimentos sociais ligados à saúde pública, ao meio ambiente e à equidade, se fortalecerem a ponto de forçar a mudança de posicionamento pelo sistema político. (Vasconcelos, 2012)

Com o aumento do número de idosos, o deslocamento das pessoas e famílias mais pobres para a periferia das cidades, o empobrecimento de parte da população, a falta de interesse das forças políticas na solução dos problemas advindos do transporte, o incentivo da produção industrial dos automóveis e a falta de movimentos sociais, torna-se cada vez mais difícil a mobilidade nas cidades, principalmente nas grandes cidades. Esse é um grande desafio para os governos, que precisam cumprir, atender aos direitos dos cidadãos de qualquer classe social.

Outras dificuldades também são encontradas pelas pessoas em seus deslocamentos no dia a dia: falta de conforto dos ônibus, falta de segurança no trânsito, atendimento inadequado nos transportes. Tudo isso pode levar o idoso a distanciar-se das suas atividades, causando exclusão e segregação.

Fernandes minuciosamente vários problemas enfrentados pelo idoso na mobilidade urbana que o levam ao isolamento e consequente segregação:

O Idoso tem sido segregado em sua moradia pelas dificuldades enfrentadas na circulação urbana, tais como: calçadas esburacadas, com degraus e bloqueios físicos, a falta de calçamentos, os degraus nos acessos aos prédios públicos e transporte coletivo urbano, a falta de semáforos e travessias adequadas para pedestres. (Fernandes, 2000, p. 32)

A autora também, diz:

As calçadas esburacadas, com degraus e bloqueios físicos, a falta de calçamentos, os degraus nos acessos aos prédios públicos e transporte coletivo urbano, a falta de semáforos e travessias adequadas para pedestres, são algumas das dificuldades enfrentadas pelo idoso na circulação urbana e que o tem segregado em sua moradia. A este cenário deve ser acrescentado o conflito do ritmo. Quanto maior e mais global a cidade, mais acelerado é o ritmo e hostil o ambiente. O idoso, com a lentidão imposta por suas condições físicas, se expõe aos riscos de acidentes e quedas, e sente falta da gentileza urbana. (Ibid., p. 36)

Os transtornos citados dificultam a vida de todos os usuários de transporte público, com contorno mais dramático em relação ao idoso, tendo em vista sua condição fisiológica,

[...] causada pela modificação com redução das atividades da vida diária interfere nas situações urbanas que exigem *concentração, reação e coordenação*, variáveis de grande importância na compreensão, apropriação e uso dos espaços urbanos. (Ferreira, 2016, p. 38)

Em correlação a tais exigências, afirma:

As travessias de grandes avenidas, a combinação dos tempos de sinais com a velocidade da marcha do indivíduo, a percepção dos níveis e desníveis dos passeios para mudanças de postura, as texturas dos pavimentos, a relação entre a velocidade de compreensão da informação e a ação necessária para um embarque eventual num transporte público são algumas das situações que envolvem as três variáveis mencionadas. (Ibid.)

Ferreira assevera que para atender as exigências e necessidades do idoso, em face de suas características próprias, o sistema viário precisa incorporar novas características e tecnologias:

O planejamento, com incorporação de novos conceitos de ambiente urbano, em acordo com as novas visões de acessibilidade e mobilidade urbanas, passa obrigatoriamente pela consideração de algumas características fisiológicas da população de indivíduos idosos. Entre as soluções a serem consideradas no planejamento e gestão urbana, podem ser

destacadas as tipologias de informação e sinalização sonora considerando os níveis de acuidade auditiva dessa população. A redução dos níveis de acuidade visual exige uma necessidade de controle dos níveis de iluminação para leitura, com implicações nos sistemas de informação e sinalização urbana.

[...]

A definição de localização e distâncias entre terminais de embarque e relações entre nível da via e do passeio, em função da redução da capacidade biomecânica e intelectual na percepção de movimento, ruídos, vibrações por parte desse grupo humano, constituem variáveis não excludentes. Pode-se, ainda, destacar a concepção de postos, terminais de emissão de passagens, telas, programas e aplicativos utilizados com a consideração da limitação da mobilidade física, diminuição do sentido do tato, com perda relativa da habilidade de manipulação de dispositivos em geral. (Ibid.)

6 CONCLUSÃO

É evidente que vários direitos já são garantidos como a existência de passe gratuito em ônibus, Delegacia de Atendimento ao Idoso, bancos reservados aos idosos, por exemplo. Entretanto, conforme as exigências técnicas relatadas, a realidade brasileira está muito distante do cumprimento dos direitos estabelecidos por lei. A população em geral, em especial a idosa, vive uma luta diária com calçadas repletas de buracos; ruas com árvores obstruindo as calçadas; degraus e desníveis nas calçadas; ônibus sem rampas de acesso; degraus altos em ônibus, dificultando a subida e descida; desrespeito aos idosos na inobservância dos lugares para eles reservados em estacionamentos, transportes urbanos e bancos de descanso inadequados em pontos de ônibus. Destacamos, também, a falta de segurança e iluminação precária das ruas, dificultando a mobilidade e gerando acidentes.

Assim, o Estado deve ser cobrado pela sociedade civil, por órgãos como o Ministério Público, para que as medidas legais de proteção ao idoso sejam implementadas e implantadas, possibilitando que a população idosa tenha

garantidos os direitos assegurados pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais para o uso correto, amplo e pleno do espaço urbano, gerando uma população mais ativa, mais produtiva e mais feliz.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (2005). *ABNT NBR 14021: Norma Brasileira de Acessibilidade de Pessoas Portadoras de Deficiência às Edificações, Espaço Mobiliário e Equipamentos Urbanos*.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (2015). *ABNT NBR 9050: Norma Brasileira de Acessibilidade de Pessoas Portadoras de Deficiência às Edificações, Espaço Mobiliário e Equipamentos Urbanos*.
- BERCOVICH, A. M. (1992). Características regionais da população idosa no Brasil. In: SEMINÁRIO DE PESSOA IDOSA. Fundação João Pinheiro.
- BLANCO P. H. M. et al. (2014). Mobilidade urbana no contexto do idoso. *Revista Cesumar Ciências Humanas e Sociais Aplicadas*, v. 19, n. 1, jan./jun. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revcesumar/article/view/3051/2321>. Acesso em: 1 jun. 2022.
- BOGUS, L. M. M. (2003). “Perfil demográfico brasileiro”. In: SILVA, Ana Amélia da e CHAIA, Miguel (org.). *Ensaio crítico: sociedade cultura e política*. São Paulo, Educ.
- BRASIL (1994). *Lei 8.842 de 2 jan.* Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm. Acesso em: 1 jun. 2022.
- BRASIL (1996). *Decreto nº 1.948 de 03 de julho*. Regulamenta a Lei 8.842, de 04/01/1994, que dispõe sobre a política nacional do idoso, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1948.htm. Acesso em: 1 jun. 2022.

- BRASIL (2000). *Lei nº 10.098 de 19 dez.* Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm. Acesso em: 1 jun. 2022.
- BRASIL (2003). *Lei 0.741, de 1º de outubro.* Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 1 jun. 2022.
- BRASIL (2004). Decreto nº 5.296 de 2 de dezembro. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 5, 3 dez.
- FERNANDES, J. C. (2000). Urbanismo e envelhecimento: algumas reflexões a partir da cidade de Uberlândia. *Revista Caminhos de Geografia*, v. 1, n. 2. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/article/viewFile/15252/8553>. Acesso em: 1 jun. 2022.
- FERREIRA, M. S. dos (2016). Ergonomia do envelhecimento: acessibilidade e mobilidade urbana no Brasil. *Ergodesign e HCL*, n. 1, v. 4, ano 4. Disponível em: <http://periodicos.puc-rio.br/index.php/revistaergoe-design-hci/article/view/58/44>. Acesso em: 1 jun. 2022.
- FUNDAÇÃO SEADE – <http://www.biblioteca.virtual.sp.gov.br> – Temas São Paulo
- GUERRA, Márcia Halben (2016). *Quem são e o que fazem os idosos que estão no mercado de trabalho da região metropolitana de São Paulo*. 1a Análise Seade, n. 38, maio.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (1960). *Censo Brasileiro de 1960*. Rio de Janeiro, IBGE.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (1970). *Censo Brasileiro de 1970*. Rio de Janeiro, IBGE.

- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (1980). *Censo Brasileiro de 1980*. Rio de Janeiro, IBGE.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (2012). *Censo Brasileiro de 2010*. Rio de Janeiro, IBGE.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE (2006). *Portaria nº 2.528 de 19 de outubro*. Aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa, Brasília, DF. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2528_19_10_2006.html. Acesso em: 1 jun. 2022.
- MOYSES, T. G. de. (2017). *Envelhecimento ativo e saudável e os espaços públicos na cidade contemporânea*. Dissertação de mestrado. São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie.
- PNAD – Pesquisa nacional por amostra de domicílios (1986). *PNAD: Brasil e grandes regiões 1985*, v. 9. Rio de Janeiro, IBGE.
- PNAD – Pesquisa nacional por amostra de domicílios (1993). *PNAD: Brasil e grandes regiões 1990*, v. 14. Rio de Janeiro, IBGE.
- SILVA, N. F. da (2013). Mobilidade urbana: os desafios do futuro. *Caderno Metrópole*, v. 15, n. 30. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cm/v15n30/2236-9996-cm-15-30-0377.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2022.
- VASCONCELOS, E. (2012). O transporte urbano no Brasil. *Le Monde Diplomatique*. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.phd.id=1181>. Acesso em: 1 jun. 2022.
- YASAKI, L. M. (1992). “A evolução da população idosa e sua distribuição espacial em São Paulo”. In: *O idoso na Grande São Paulo*. São Paulo, Seade.

Definições jurídicas: em que termos se pode afirmar que normas jurídicas definem algo?

LUCAS GALVÃO DE BRITTO

1 INTRODUÇÃO

Numa primeira acepção, podemos dizer que definição é um “[...] enunciado que parafraseia a acepção de uma palavra ou locução” (Houaiss, 2022). Efetivamente, existem enunciados jurídicos com essa forma frásica. É o que ocorre, por exemplo, no art. 13 da Constituição – “A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil” – ou no art. 481 do Código Civil: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”. Num e noutro caso, estamos diante de disposições que se dedicam a estabelecer a acepção de um termo: língua portuguesa, no primeiro; compra e venda, no segundo. Também é comum encontrar uma seção de “definições” em contratos e outros textos jurídicos mais próximos rentes à conduta¹. Esse conjunto de enunciados integra o conceito que denominaremos “definições jurídicas.”

1. Para exemplificar com o uso de documentos públicos, confira-se o art. 2º da Resolução ANP 17/2006, que se dedica a estabelecer as definições para os conceitos jurídicos utilizados na regulação do comércio de combustíveis de aviação: “Para os fins desta Resolução,

As peculiaridades da linguagem jurídica, em especial o modo prescritivo de seus preceitos, faz, porém, lançar algumas dúvidas sobre o acerto de denominar esses enunciados como definições. Alguns autores² apontam a incompatibilidade da ideia de definição com a finalidade do direito. Em face de seu caráter operativo – e não descritivo – o direito não cuidaria de definir conceitos, mas de criá-los. O caráter criador dá a esses enunciados uma feição distinta da paráfrase própria das definições.

Por outro lado, reconhecer que o direito lida com definições permite que o estudioso do direito possa se apropriar de conhecimentos construídos por outras disciplinas (como a linguística, a lógica e a semiótica) para potencializar suas observações sobre o fenômeno jurídico. Há, portanto, potenciais ganhos epistemológicos de cunho analítico se admitirmos que se trata de definições.

Este artigo analisa as objeções à ideia de que as definições jurídicas são efetivamente definições, refutando-as. Em seguida se dedicará a expor algumas das potencialidades analíticas que decorrem da premissa de que tais enunciados são modalidades de definição.

2 A OBJEÇÃO À IDEIA DE QUE HÁ DEFINIÇÕES NO DIREITO

Toma-se aqui como paradigma, as ideias de Robles ao contrapor as regras jurídicas às definições:

Na definição, o conceito, apesar de ser um constructo, não é algo arbitrário, mas algo assim como uma realidade de segunda ordem. Na definição não há propriamente uma criação. O que ocorre com a regra ôntica é muito diferente. [...] o “é” da regra ôntica não se refere ao preexistente, sendo um “é” criador da realidade. Por meio da regra cria-se o tabuleiro

ficam estabelecidas as seguintes definições: I – administração aeroportuária local: órgão ou empresa responsável pela operação de aeródromo, com estrutura operacional definida e dedicada à sua gestão; [...]”.

2. Neste texto, concentro-me nas críticas feitas por Robles (2011).

e só depois de criado mediante aquela pode o tabuleiro ser definido. A definição supõe, pois, a preexistência da regra. O que demonstra que nem a definição é uma regra, nem a regra é uma definição. As regras são anteriores às definições, posto que não se pode definir senão o que já existe objetivamente, e este último só é na medida em que tenha sido criado mediante regras. (Robles, 2011, p. 137)

A diferença crucial, portanto, reside no caráter criador das regras jurídicas (aqui, as regras ônticas): elas não se limitam a descrever algo que lhes preexista, mas instituem algo novo, criam uma nova realidade. Por isso, quando uma legislação define um conceito como compra e venda, tal como feito no art. 481 do *Código Civil Brasileiro* ou no art. 1.445 do *Código Civil Espanhol*³, não estamos, propriamente, perante uma definição:

Quando se diz que o artigo 1.445 do Código Civil Espanhol define a compra e venda, fala-se de maneira imprópria, por muito que seja usual esta forma de se expressar. A rigor, o mencionado preceito está “criando” a compra e venda. (Ibid., p. 123)

De fato, apesar do cunho aparentemente descritivo, a função de tal dispositivo não consiste em descrever uma realidade preexistente, mas em instituí-la com a finalidade de prescrever condutas:

Não expressa descritivamente o que algo é. Possui um caráter vetorial, do qual carece a definição. Mediante a regra ôntica é criado algo *ex nihilo*. Antes da regra, o algo não existe, e só mediante a regra esse algo passa a existir. Esta característica não pode ser compartilhada pela definição, na qual a referência a algo preexistente – do caráter que for – é um de seus traços específicos. (Ibid., p. 137)

3. Transcrevendo o dispositivo: “*Artículo 1445. Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.*” Traduzindo-o, chegamos à redação muito próxima àquela do art. 481 do Código brasileiro: “Pelo contrato de compra e venda um dos contratantes se obriga a entregar uma coisa determinada e o outro a pagar por ela um preço certo, em dinheiro ou signo que o represente.” (Tradução nossa).

É sabido, ainda, que os termos utilizados pela legislação coincidem em sua forma gráfica com aqueles manejados pela linguagem natural. Na ordem jurídica brasileira, aliás, o uso da língua portuguesa – e por conseguinte – é objeto de comandos jurídicos expressos, como o mencionado art. 13 da Constituição e do art. 11, I, *a*, da Lei Complementar 95/98.⁴ Mas, ao fazê-lo, nem sempre coincidirá com o sentido comum das expressões. Por vezes, o texto jurídico delimita os conceitos de modo especial, dando-lhes contornos próprios, mais adequados à finalidade das prescrições que pretende implementar. Assim ocorre pois o direito não precisa coincidir com a realidade social, muito ao contrário, deve incidir sobre ela, alterando-a.⁵

Seguindo o trabalho tomado por paradigma da crítica à existência de definições no direito, os enunciados que correspondem ao que chamamos de definições jurídicas prestam-se a veicular interpretações autênticas: “[...] as chamadas ‘definições legais’ quanto os preceitos que estabelecem o sentido de uma palavra ou expressão correspondem ao que os juristas denominam interpretação autêntica” (ibid., p. 243). São, portanto, regras interpretativas que, operando no nível de metalinguagem do direito, regulam o trabalho interpretativo dos órgãos decisórios:

O dever de acatar a interpretação autêntica deve estar vinculado ao contexto mais amplo do dever de aplicar as regras dentro do âmbito da lei e, em algumas ordens jurídicas, da chamada “doutrina legal”. O órgão de decisão está sujeito ao dever de interpretar corretamente a ordem jurídica e suas regras. (Ibid., p. 232)

4. Eis o dispositivo: “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: I – para a obtenção de clareza: a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando”.

5. Nesse sentido, são contumazes as ideias de Ivo (2006, p. 25): “Ao regular a conduta, não teria sentido o direito coincidir com a realidade. Ao duplicá-la, estaria construindo um sem-sentido deôntico. O direito visa a alterar a realidade, não repeti-la”.

Disso é possível afirmar, em síntese fiel, que o direito não comporta definições, pois não cuida de parafrasear acepções preexistentes de uma linguagem. Ao definir – e mesmo quando se serve das definições de uma linguagem natural – efetivamente cria realidades jurídicas até então inexistentes.

2.1 Justificativa da diferença na abordagem: há vários propósitos na atividade de definir

Há, nessas críticas, indubitável mérito ao reconhecer que o caráter deôntico do direito permite que ultrapasse os limites da realidade circundante, criando conceitos jurídicos para, com eles, dar ordens capazes de alterar a circunstância.

No entanto, a premissa de que definições são instrumentos para referir-se apenas a realidades preexistentes merece crítica. Com efeito, encontra-se, em especial nos estudos de lógica, uma ideia muito mais ampla do que seja a definição. Citando Copi e Cohen (1981, p. 105), cada vez que explicamos o significado de um termo, estamos fazendo uma definição.

Ocorre que essas explicações nem sempre têm o propósito de registrar os contornos de uma realidade preexistente. Em outras ocasiões, a definição institui a resolução de atribuir um significado a um termo.

Para lidar com essa diferença de desígnios e utilidades, faz-se referência a diferentes tipos de definição, variando quanto à finalidade da definição. Nesse sentido, pode-se verificar ao menos cinco tipos de definição: (i) as d. lexicográficas, que registram usos correntes de uma palavra; (ii) as d. estipulativas, que atribuem novos usos para uma palavra; (iii) as d. aclaradoras, que transcendem o uso corrente da linguagem para dirimir vaguezas e ambiguidades por meio de um acréscimo de estipulação; (iv) as d. teóricas, que fixam um sentido próprio de um campo teórico; (v) as d. persuasivas, cujo propósito reside em influenciar atitudes (ibid., pp. 113-118).

A despeito dessas diferenciações de ordem pragmática, existem semelhanças sintáticas e semânticas suficientes para afirmar que estamos em face de um mesmo fenômeno de linguagem, designado como definição.

Precisamente, a partir dessas semelhanças é possível identificar aportes da lógica, da semiótica e da linguística para melhor investigar o uso das definições jurídicas, tal como delimitado o conceito inicialmente. Deve-se, porém, atentar para a razão que assiste à crítica acima elaborada: no direito não se cuida de definições que se limitem a descrever uma realidade preexistente. Muito ao contrário, cada vez que o direito constrói uma definição – ou mesmo quando se serve de uma definição preexistente na linguagem natural ou técnica – está criando uma classe de condutas que levará a uma determinada consequência jurídica. É essa – a consequência jurídica, a prescrição – sua finalidade. O direito não pretende conhecer o mundo, mas segregá-lo em frações para, em algumas ocasiões, prescrever comportamentos.

3 GANHOS EPISTEMOLÓGICOS DO USO DAS TEORIAS LÓGICAS SOBRE DEFINIÇÕES EM GERAL NO EXAME DAS DEFINIÇÕES JURÍDICAS EM PARTICULAR

Mantendo a conclusão parcial do tópico precedente, importa observar alguns ganhos epistemológicos decorrentes da assertiva de que no direito há definições.

3.1 A separação entre o nome, o sentido e a coisa

Uma das mais importantes divisões epistemológicas é aquela que se observa entre o *nome*, o *sentido* e a *coisa*. Trata-se de distinção construída ao longo de séculos de pensamento, tendo como ponto crucial os trabalhos de Gotlob Frege no final do século XIX. Em síntese, pode-se dizer que:

Todo nome designa algo e, além disso, possui um sentido. A linguagem humana possui três dimensões: a dimensão expressiva (expressão linguística, sinais linguísticos), a dimensão objetiva (o objeto designado) e a dimensão significativa (a dimensão do sentido). Que é, então, sentido em sua distinção para denotação? O sentido é a maneira como se manifesta o objeto. Por exemplo, na expressão “estrela da manhã”, o planeta

Vênus nos é manifestado de um modo diferente do que quando dizemos “estrela vespertina”. Há aqui uma identidade de objeto (daí a mesma denotação) e uma diversidade de manifestação (daí a diversidade de sentido). A denotação de um mesmo objeto pode ser feita por meio de várias palavras ou outros sinais. (Oliveira, 1996, p. 63)

Justamente porque a denotação e o sentido (também chamado de conotação ou conceito) não são a mesma coisa, pode-se falar vários nomes (sinais), com distintos sentidos, para aludir a um “mesmo ente”, tal qual o exemplo de Vênus. É também graças a essa separação entre nome/sentido/coisa que passam a ter sentido certas expressões linguísticas que carecem de denotação (mula sem cabeça, saci-pererê, fantasmas).

3.1.1 Nomes e definições

Para cada ideia (algo imaterial) atribuímos um nome, um termo que a represente numa instância material. Só assim, com o intermédio desses suportes físicos, podemos dar corpo a nossas ideias em um discurso.

Carvalho (2021, p. 120) explica que a definição é:

[...] operação lógica demarcatória dos limites, das fronteiras, dos lindes que isolam o campo de irradiação semântica de uma ideia, noção ou conceito. Com a definição, outorgamos à ideia sua identidade, que há de ser respeitada do início ao fim do discurso.

A palavra definição, como tantas outras, padece da ambiguidade processo-produto, ora referindo-se ao processo de que fala Carvalho, ora aludindo ao enunciado encarregado de documentar a realização de tal operação lógica e registrar essa identidade do conceito.

Tomada a expressão em sua segunda voz, percebe-se que a definição costuma se exprimir sob a forma alética clássica, sujeito é predicado, que se costuma expor em linguagem formalizada desse modo: $P(s)$.⁶ O termo

6. Seguindo as regras de notação das fórmulas bem formadas ou expressões bem formadas.

a ser definido, ocupa a posição de sujeito, o(s) elemento(s) definitório(s), que registram os cortes realizados para isolar o objeto, perfazem o papel de predicado.

É comum, nos livros de lógica, a notação que reserva à primeira parte do enunciado definidor, que comporta o termo a ser definido, o nome *definiendum*, e à segunda, que apresenta o(s) predicado(s) utilizado para delimitar o campo de aplicabilidade do *definiendum*, *definiens*.

Vale tecer uma nota: assim como a classe não se confunde com os indivíduos que a integram, também as definições não se devem confundir com os elementos que se pretende definir. Aquilo que se define são os conceitos – nunca as coisas-em-si. Para demonstrá-lo, um exemplo de Copi e Choen (1981, p. 112):

[...] as definições são sempre símbolos, pois somente os símbolos têm significados que as definições explicam. Podemos definir a palavra “cadeira”, porque tem um significado; mas, conquanto possamos sentar-nos nela, pintá-la, queimá-la ou descrevê-la, não podemos definir uma cadeira em si mesma, pois é um artigo de mobiliário, não um símbolo com um significado que devamos explicar.

As definições, mesmo quando adotam a via da extensão, buscando a denotação “exaustiva” dos elementos de uma classe – tal como um relatório extenso que descreva à miúdo a prática de um delito por um indivíduo – não perdem nunca seu *status* de representação. De símbolo se trata, sempre. Carvalho (2021, p. 122) bem observa que:

[...] ao inventar nomes (ou ao aceitar os já inventados), traçamos limites na realidade, como se cortássemos idealmente em pedaços e, ao assinalar cada nome, identificássemos o pedaço que, segundo nossa decisão, corresponderia a esse nome.

A palavra “decisão” opera aqui um importante papel. Com efeito, o *definiendum* liga-se ao *definiens* por meio de (a) uma cópula alética que nos é dada pela cultura (e que aceitamos para participar dela) ou, como ocorre no

caso do direito, de (b) uma cópula deôntica decorrente de um ato de vontade por parte de um sujeito apto para tanto. Para designar esse segundo modo de definir um termo, os lógicos cunharam a expressão “definição estipulativa”:

Uma definição estipulativa não é verdadeira nem falsa, mas *deve ser considerada uma proposta ou uma resolução de usar o definiendum de maneira que signifique o que o definiens significa, ou como um pedido ou uma ordem*. Nesta acepção, uma definição estipulativa tem o caráter mais diretivo do que informativo. (Copi e Cohen, 1981, p. 114; grifos nossos)

São duas maneiras bem distintas de definir um termo: na primeira, denominada definição lexicográfica, busca-se reconhecer um uso já estabelecido numa cultura – por isso mesmo cabe inquirir a verdade da definição; na segunda, prescreve-se um uso, ainda que não coincida com aquele já registrado num certo contexto, cabendo apenas indagar a respeito de sua validade⁷.

3.1.2 Os nomes e as classes, *intensão* e *extensão*

Todo conceito (sentido) faz-se exprimir por um termo, um nome. Quando conhecemos o conceito, seus fins, confins e limites, sabemos a quais objetos podemos atribuir o termo e a quais não podemos. Há, desse modo, uma relação muito próxima entre ter as propriedades de um conceito e pertencer a um conjunto, como anota Mortari:

Há uma relação muito estreita entre ter uma certa propriedade e pertencer a um certo conjunto (e, como você vai ver depois, entre relações em geral e certos tipos de conjuntos). *De fato, poderíamos dizer que, grosso modo, uma propriedade determina um conjunto*. (Mortari, 2001, p. 44; grifos nossos)

7. Por suposto, a divisão entre definições conotativas lexicográficas e estipulativas não é “completa”. Copi e Cohen (ibid.) chamam atenção, ainda, às definições aclaradoras, que ocupariam um lugar intermediário entre a liberdade absoluta de estipulação e os usos já estabelecidos de um termo numa certa cultura, as *teóricas* e as *persuasivas*. O número de classes numa proposta classificatória, tem limite apenas na capacidade humana de encontrar uma diferença que justifique a divisão do gênero em novas espécies. (Britto, 2016).

Se a definição⁸, como vimos, consiste no enunciado que exprime os critérios necessários e suficientes para quadrar determinado objeto em meio a um conceito, parece claro que os conceitos se comportam como classes: segundo os critérios da definição (sua intensão) os elementos pertencem ou não pertencem à extensão daquela ideia.

Com efeito, Copi e Cohen (1981, pp. 119-120) registram ideia semelhante:

Num certo sentido, o significado de um termo consiste na classe de objetos a que o termo pode ser aplicado. Este sentido da palavra “significado”, o seu sentido referencial, tem recebido tradicionalmente o nome significado *extensivo* ou *denotativo*. Um termo genérico ou de classe *denota* os objetos a que pode corretamente ser aplicado, a coleção ou classe desses objetos constitui a *extensão* ou *denotação* do termo.

Contudo, o precedente não constitui o único sentido da palavra “significado”. Compreender um termo é saber como aplicá-lo corretamente, mas, para isso, não se torna necessário conhecer todos os objetos a que se pode corretamente aplicar. Somente requer que se tenha um critério para decidir se qualquer objeto cabe ou não dentro da extensão do termo. Todos os objetos que pertencem à extensão de um certo termo possuem algumas propriedades ou características comuns que são, justamente, o que nos induz a usar o mesmo termo para denotá-los. As propriedades possuídas por todos os objetos que cabem na extensão de um termo recebem o nome de *intensão* ou *conotação* desse termo. Os termos genéricos ou de classe têm um significado *intensivo* ou *conotativo* e um *extensivo* ou *denotativo*. Assim, a intensão ou conotação do termo “arranha-céu” consiste nas propriedades comuns a todos os edifícios que ultrapassam uma certa altura, ao passo que a extensão ou denotação desse termo é uma classe que contém o *Empire State Building*, o *Chrysler Building*, a *Wrigley Tower* etc.

8. Advirto que se reconhece também, nos estudos de lógica, as chamadas definições extensivas, isto é, que delimitam o conjunto dos objetos pela enunciação exaustiva, exemplificativa ou ostensiva de seus elementos. Os propósitos e limites do presente texto, porém, impedem que seu trato mais detalhado. Para estudá-las, recomendo a leitura do trabalho Copi e Cohen (1981).

A atividade definitória, sendo o meio pelo qual se demarca o campo de aplicabilidade de um conceito, atua ora pela *extensão* – por meio das definições denotativas – ora pela *intensão* – as chamadas definições intensivas ou conotativas. Numa e noutra, demarca-se uma classe: nas primeiras, ao elencar os elementos que integram o conjunto; nas segundas, ao dar os critérios para que se possa submeter os objetos da experiência à prova, ainda que não os conheçamos de antemão.

Não é mera coincidência que, no domínio das teorias matemáticas sobre classes, uma das operações básicas consiste, justamente, na definição de conjuntos. Isto é, no trabalho de identificar as funções (a intensão) que permitem isolar os elementos integrantes dessa classe, ou seja, explicitar os critérios para a pertinência dos elementos ao conjunto (para assim demarcar sua extensão). Em tais procedimentos, utiliza-se os sinais gráficos $=_{df}$ ou $\stackrel{def}{=}$, que significam “igual por definição” – tal como para falar da operação que traça o conjunto complemento usamos a expressão matemática:

$$\bar{A} \stackrel{def}{=} \{x \mid x \in U \text{ e } x \notin A\}$$

Saltará logo à vista do leitor que as definições conotativas se prestam bem ao labor jurídico de cunhar os tipos e as previsões genéricas e abstratas normalmente postas nas leis. É possível estipular um tipo penal x ainda que nenhuma ocorrência dessa conduta tenha se dado na sociedade que se pretende reger. Com a propositura da lei, já haverá intensão, ainda que inexistia extensão. Quando, porém, acontecer de alguém praticar conduta que se quadre a cada uma das notas da intensão desse tipo x , estaremos perante um fato jurídico, inaugurando a extensão.

Vale observar que os próprios documentos lavrados para atestar que a conduta praticada por um indivíduo se adequa à descrição do tipo x são, eles também, definições. Tomam, porém, o caminho da extensão ao trazer não mais a linguagem em sua vertente conotativa, mas termos pormenorizados, concretos, individualizados, para denotar os mesmos critérios expostos conotativamente no tipo.

3.1.3 Duas advertências: ambiguidade e vagueza

Vimos que a pertinência de um elemento à classe depende da verificação de que esse elemento tenha certas propriedades. O nome dado as propriedades que delimitam a relação de pertinência é critério. Um critério, explica Max Black (1954, p. 26), é:

*[...] a test wich can be used in determining whether the word in question should be rightly applied to a given specimen. Such a test will normally mention some character (or “constuctive factor” as we shall later call it) that the specimen is required to have.*⁹

Ocorre que, no mais das vezes, numa definição não nos limitamos a apenas um critério, mas combinamos diferentes critérios, resultando em classificações com várias classes – cada uma correspondendo a um conceito diferente. Tomemos o exemplo de uma sala de aula: estando presentes os alunos, posso dividi-los quanto à idade, entre alunos com mais de 20 anos e com menos de 20. Seguindo as regras classificatórias, formarei dois grupos. Posso, ainda, segregá-los entre alunos que usam óculos e alunos que não usam, formando duas novas classes. Coordenando esses critérios, formarei quatro grupos: (a) menos de 20 anos com óculos; (b) menos de 20 anos sem óculos; (c) mais de 20 anos com óculos; (d) mais de 20 anos sem óculos. Idealmente, cada um de meus alunos figuraria em um – e apenas – um desses grupos.

O problema, porém, é que todos os termos de uma linguagem natural, como lembra Ross (1963), são vagos e potencialmente ambíguos¹⁰, mesmo os mais objetivos, como os que tentei empregar no exemplo dos alunos:

9. Em vernáculo: “[...] um teste que pode ser usado ao determinar se uma palavra em questão pode ser precisamente aplicada a um espécime. Tal teste normalmente mencionará alguma característica (ou ‘fator constitutivo’ como chamaremos mais tarde) que o espécime deve ter.” (tradução nossa).

10. Vagueza e ambiguidade são expressões que não se pode confundir: “Embora a mesma palavra possa ser, ao mesmo tempo, vaga e ambígua, vagueza e ambigüidade são duas propriedades muito distintas. Um termo é ambíguo num determinado contexto, quando tem dois significados distintos e o contexto não esclarece em qual dos dois se usa. Por outro lado,

como classificar aqueles que, valendo-se de lentes de contato, não usam óculos? A qual classe pertencem os alunos que, completando seu 20º aniversário no dia em que os divido, ainda não chegaram à hora exata de seu nascimento?

É bem provável que, ainda assim, a maior parte dos alunos quadrar-se-á, sem muitas dúvidas, a um dos conjuntos montados a partir dos critérios eleitos no exemplo. O problema está, justamente, nas zonas limítrofes entre o ter a propriedade *x* e o não a ter. Carrió explica esse problema com a elucidativa metáfora de uma lanterna a lançar sua luz sobre a classe definida:

*Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Las palabras que diariamente usamos para aludir al mundo en que vivimos y a nosotros mismos llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión.*¹¹(Carrió, 1986, pp. 33-34)

Se todos os termos com que construímos nossa linguagem parecem carregar essa imprecisão, como podemos lidar com ela ao construir definições?

um termo é vago quando existem ‘casos limítrofes’ de tal natureza que é impossível determinar o termo se aplica ou não a eles. Neste sentido, a maioria das palavras é vaga.” (Copi e Cohen, 1981, pp. 107-108).

11. “Há um foco de intensidade luminosa onde se agrupam os exemplos típicos, aqueles frente aos quais não se duvida que a palavra seja aplicável. Há uma zona mediana de escuridão circundante onde caem todos os casos em que não se duvida que não o seja. O trânsito entre uma zona e outra é gradual; entre a luminosidade total e a escuridão total há uma zona de penumbra sem limites precisos. Paradoxalmente ela não começa nem termina em nenhuma parte e, no entanto, existe. As palavras que diariamente usamos para aludir ao mundo em que vivemos e a nós mesmos levam consigo essa imprecisa aura de imprecisão.” (tradução nossa).

3.1.4 Sobre a elucidação e os problemas para construir uma definição útil

Uma primeira saída para lidar com o problema da imprecisão causada pela vagueza e pela ambiguidade consiste naquilo que Carnap (1996) chamou de elucidação. Para este pensador, elucidar um termo consiste em elaborar de forma mais detalhada as suas definições e, assim, melhor circunscrever o objeto que se pretende descrever por meio da combinação de mais predicados, logo, mais juízos sobre novas propriedades. Essa proposta fundamenta-se num princípio lógico chamado lei de variação inversa, segundo o qual “[...] se os termos forem dispostos em ordem de intensão crescente, suas extensões estarão em ordem não-crescente, isto é, se as extensões variam de algum modo, variarão de maneira inversa com suas intensões” (Copi e Cohen, 1981, p. 122). Em outras palavras, quanto mais propriedades atribuímos a um conceito, isto é, mais critérios, menos serão os elementos que satisfazem as condições de pertinência à classe por ele inaugurada.

As chamadas definições por gênero e diferença, tidas pelo discurso científico como as mais adequadas, procuram fazer este itinerário: ao alocar o conceito de uma espécie em meio a um gênero, faz-se referência a todos os atributos próprios daquele gênero, acrescentando-se a diferença específica para restringir o campo de aplicabilidade e falar apenas da espécie. A cada vez que o cientista quer falar de uma coisa, alude a um gênero e, a partir dele, mostra as particularidades do conceito que pretende examinar (suas diferenças específicas).

Trata-se de expediente que imprime maior racionalidade e objetividade ao discurso científico na medida em que exime o autor da mensagem do dever de descrever a miúdo os atributos do gênero, voltando sua atenção tão somente às diferenças das espécies.

Ocorre que tal sistema pressupõe que, tanto o autor como o destinatário da mensagem, compartilham o mesmo entendimento a respeito das características do gênero. Essa condição, com efeito, é difícil de ser apurada no costumeiro silêncio dos interlocutores e, daí mesmo, advém muitas discussões a respeito da validade de sistemas classificatórios.

Exemplo disso é a disputa, no estudo do direito tributário, que há entre aqueles que afirmam a existência de três espécies de tributos (impostos, taxas e contribuições de melhoria) e aqueles que tratam de cinco modalidades (impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições)¹².

Ao examinar o critério eleito pelos primeiros, percebe-se a preferência por traços intrínsecos à norma de tributação, isto é, se a relação entre o fato descrito na hipótese e os sujeitos prescritos no consequente se dá em função de um certo tipo de atuação própria da administração (taxas), se independe dela (impostos) ou se deriva da combinação de ambos (contribuições de melhoria). Os segundos dizem que a Constituição se valeu de disposições alheias à só norma-padrão de incidência para dividir os tributos também em função da destinação específica de seus recursos e da previsão de sua restituição, havendo, assim, critérios construídos com várias normas.

A raiz da divergência está no conceito de que ninguém fala: que é o tributo que se divide em espécies? Qual é o gênero a ser fracionado? Ora, para o primeiro, esse conjunto esgota-se na norma que institui a incidência. Para o segundo, trata-se de conceito mais abrangente, um instituto ao redor do qual gravitam não apenas as normas encarregadas da instituição do gravame, mas também aquelas que versam sobre a destinação do produto arrecadado e da possibilidade de restituição, além de outras tantas que o Código Tributário Nacional chamou de obrigações acessórias. São conceitos diferentes para um mesmo termo (ambiguidade) que montam universos de discurso distintos e, por isso mesmo, não se podem comparar no que diz respeito à sua correção ou procedência. O juízo que pode orientar o intérprete na adoção de um ou outro modelo é o da pertinência, serventia, ou utilidade de um ou outro modelo classificatório de acordo com o propósito da experiência, ou seja, se tais classificações servem ao propósito de descrever precisamente os efeitos que se quer compreender ou demarcar. Em nosso

12. Há outras tantas propostas que sugerem mais classes; essas duas, sendo as mais difundidas, bastam para ilustrar o argumento.

exemplo, o primeiro modelo atende àqueles que pretendem examinar as normas de incidência dos tributos em isolamento, já o segundo modelo é o mais adequado para o estudo das normas de competência tributária.

Se o problema da ambiguidade dos termos, que se faz apresentar de maneira reiterada no discurso científico e no direito positivo, parece encontrar remédio com a elucidação, algo mais difícil é o tema da vagueza. Em princípio, ele parece ser também solucionado pela elucidação. Dada a lei de variação inversa: um termo deixaria de ser vago a medida que aumentemos sua intensão, reduzindo, assim, sua extensão apenas às coisas que efetivamente pretendemos designar. A questão da vagueza, portanto, seria resultado da insuficiência de traços conotativos eleitos na definição e poderia, portanto, ser facilmente suplantada pelo esforço do sujeito encarregado de realizar tal definição.

Entretanto, tal ideia teria de partir da premissa de que a língua que usamos é, toda ela, conhecível e invariável – finita, então. De ver está que tais condições são inalcançáveis: a língua, nunca a conhecemos em sua totalidade, pois é sempre mutante e está em contínua expansão, como bem diz Flusser (2007, p. 199):

Cada palavra, cada forma gramatical é não somente um acumulador de todo o passado, mas também um gerador de todo o futuro. Cada palavra é uma obra de arte projetada para dentro da realidade da conversação a partir do indizível, em cujo aperfeiçoamento colaboram as gerações incontáveis dos intelectos em conversação e a qual nos é confiada pela conversação a fim de que a aperfeiçoemos ainda mais e a transmitamos aos que virão, para servir-lhes de instrumento em sua busca do indizível.

Para ilustrá-lo, pensemos num exemplo intrigante trazido por Black (1954). Hoje dispomos de um bom número de nomes para designar as raças caninas; conhecemos os pastores-alemães, poodles, collies, tantas são as variedades sabidas que parece mesmo ser difícil encontrar um exemplar que não se subsuma às características de uma ou outra. No entanto, a variação do universo que se quer rotular é constante, a todo momento surgem mutações que forçam a modificação dos critérios de pertinência à raça. Em alguns casos, tamanha é a ruptura que se justifica a criação de uma nova

classe inteira, com seu corresponsivo novo nome. Parece, contudo, haver a necessidade de um *quantum* de vagueza para que um conceito como “raça x” possa ser empregado para descrever esse fenômeno sempre cambiante:

*The flexibility of even the technical use of the breed name is demanded by the complexity and variability of the phenomena to be described. Absence of a necessary and sufficient criterion is not a symptom of inadequacy of the language, but accurately reflects the complexity and continuous variability of the subject matter to which the language refers.*¹³(Ibid., p. 28; grifos nossos)

É precisamente esse *quantum* de vagueza que permite abstrair apenas alguns elementos da irrepetibilidade e infinitude de aspectos do real e tratar de semelhanças, ignorando as diferenças específicas que os propósitos da classificação levaram a desprezar. A conotação será sempre marcada por algum grau (sempre positivo) de vagueza, pois precisa abranger os elementos de um conjunto que não se entrega pronto e acabado, muito menos conhecido em todos os seus infundáveis aspectos.

É por isso que certos termos, como tipo penal, hipótese tributária, contrato de compra e venda, são expressões que encerram sempre alguma vagueza, pois precisam permanecer abertos à variabilidade e infinitude do fenômeno que pretendem descrever.

4 A NORMA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO PARA DEFINIR E, COM ISSO, CLASSIFICAR CONDUTAS

Vilanova traz uma das definições mais concisas e felizes do funcionamento do fenômeno jurídico. Segundo ele o direito opera como:

13. Em vernáculo: “A flexibilidade até mesmo do uso técnico do nome da raça é exigida pela complexidade e variabilidade do fenômeno a ser descrito. A ausência de um critério necessário e suficiente não é sintoma da inadequação da linguagem, mas precisamente reflete a complexidade e contínua variabilidade do objeto ao qual a linguagem se refere” (tradução nossa).

[...] uma técnica de *esquematizar classes de condutas para poder dominar racionalmente a realidade social*. Generaliza em esquemas abstratos a vida em sua concreção existencial, para ofertar a possibilidade de previsão de condutas típicas, indispensável à coexistência social. (Vilanova, 2005, p. 252)

Durante um bom tempo, foi dito que a definição e a classificação não eram atribuições do legislador, mas da ciência do direito.¹⁴ Como, porém, seria possível explicar a atividade do legislador ao segregar certas condutas do conjunto universo das relações intersubjetivas para lhes rotular como ilícitas, deixando as demais (o seu conjunto complemento) marcadas pela licitude? Como identificar os sujeitos de uma relação, ou mesmo isolar do universo de coisas existentes na realidade social o próprio núcleo de um comando jurídico, a prestação pretendida, senão pelo caminho das definições? Não há como construir tais esquemas jurídicos sem uso de classificações e não há como expressá-las sem o uso de termos e definições.

É bem verdade que a definição meramente descritiva não é o caminho do discurso do direito positivo, tampouco tem a classificação ali realizada, mas apenas propósitos gnosiológicos. Trata-se de discurso prescritivo, que se serve desses expedientes lógicos para dar ordens. É com esse cuidado que devemos tratar das expressões definição e classificações no direito positivo, ainda que a forma dos enunciados com que se apresentem pareça alética, a proposição jurídica terá sempre a forma deôntica – uma vez que os enunciados sejam articulados na estrutura de uma norma jurídica.

4.1 A definição do fato jurídico

Vejamos aqui o termo antecedente de uma norma jurídica. Muitas vezes chamada de descritor ou suposto, a hipótese normativa encarrega-se de “[...] delimitar um fato que, se verificado, ensejará efeitos jurídicos [...]” e no desempenho desta função, ela estabelece as notas que certos acontecimentos

14. Nesse sentido, retomamos a crítica de Robles, para quem a interpretação no direito gera definições em nível metalinguístico: “[...] a definição se situa no nível da metalinguagem, da interpretação como resultado do processo hermenêutico”. (Robles, 2011, p. 242).

têm que ter para serem considerados fatos jurídicos”. (Carvalho, 2019, p. 280). Se cotejarmos tal descrição com todas as noções que vimos até o momento sobre a operação lógica de definir, parece claro que, invariavelmente, o legislador, ao construir um fato jurídico, desempenha a operação lógica de marcar os fins, os confins e os limites do campo de aplicabilidade daquele conceito.

O fato jurídico, portanto, é um conceito que se define nas prescrições do direito positivo. Define-se não em nome do conhecimento de uma verdade, define-se em função do poder que tem o autor do *definiendum* para estipular seus termos, define-se pela validade. É caso de definição estipulativa e, por isso mesmo, não está subordinado à coincidência com os conceitos empregados na realidade social, como diz Vilanova:

[...] nem tudo da realidade física ou social entra no quadro esquemático da *hipótese* da proposição normativa, que a multiplicidade intensiva e extensiva do real requer a operação conceptual normativa, forçosamente simplificadora, inevitavelmente abstrata, pelo processo de esquematização ou tipificação do fáctico. A hipótese ou o pressuposto é a via aberta à entrada do fáctico no interior do universo-do-Direito. Fato da natureza ou fato de conduta entram se há pressupostos ou hipóteses que os recolham, e entram na medida em que o sistema o estabelece. O tipo, que está na hipótese, é o conjunto de fatos que satisfazem a predicação, isto é, a conotação seletivamente construída. Por isso, o *fato jurídico* pode ou não coincidir com o *suporte fáctico total*. (Vilanova, 2005, p. 202)

É preciso, como vimos, que o legislador, ao criar as hipóteses abertas das normas gerais e abstratas, faça uso de linguagem conotativa, conservando certa dose de vagueza apta a acomodar as variações do real. Em certos domínios, como no direito do trabalho, deixa-se mais espaço à vagueza; noutros, como no direito penal e no direito tributário, os termos precisam ser circunscritos com mais rigor. Num e noutro, porém, persiste a vagueza em algum grau, já que a precisão absoluta inexistente seja no mundo do ser, seja no domínio do dever-ser.

Quando da produção da linguagem das provas que devem instruir o processo de formação das normas individuais e concretas, já não se procura a intensão do conceito definido, mas sua extensão, isto é, as notas que foram

grafadas na lei com linguagem conotativa devem aparecer agora em linguagem denotativa para evidenciar que o fato alegado integra a classe inaugurada com a definição intensiva da hipótese normativa.

Nada, porém, mais acertado do que dizer que tanto a hipótese da norma geral e abstrata como o fato jurídico da norma individual e concreta consistem em definições e, como tal, não se podem confundir com o acontecimento que pretendem designar, tal como o conceito de uma coisa não é a própria coisa-em-si.

A subsunção, que é operação lógica entre classes (um conjunto está contido ou não está contido em outro), nunca se dá, portanto, entre o acontecimento do mundo social e a norma, como propunha certa parte da doutrina brasileira. Porque é operação entre classes, está sempre mediada pelo intelecto humano, pois essas entidades (as classes) não existem fora dele e também não podem ser conhecidas senão pelo esforço do sujeito que deve vertê-la em linguagem intersubjetiva. Trata-se, portanto, de subsunção do conceito formulado sobre esse acontecimento – versado no relato habilitado a tanto, o fato jurídico – ao conceito da norma – que encontra sua formal-limite nos enunciados prescritivos produzidos pelos sujeitos competentes, encarregados de interpretar as demais disposições do ordenamento jurídico. Como acertadamente adverte Carvalho, somente podemos afirmar que a subsunção ocorre entre fato e norma se considerarmos tanto o fato como a norma como relatos que definem conceitos – esta conotativamente, aquele denotativamente – e, portanto, como classes¹⁵.

15. “Discorremos, em edições anteriores, acerca da subsunção do conceito do fato ao conceito da norma, baseados no entendimento de que a subsunção só se operaria entre iguais. A subsunção, porém, como operação lógica que é, não se verifica simplesmente entre iguais, mas entre linguagens de níveis diferentes. Em homenagem à precisão que devemos incessantemente perseguir, o certo é falarmos em subsunção do fato à norma, pois ambos configuram linguagens. E, toda vez que isso acontece, com a consequente efusão de efeitos jurídicos típicos, estamos diante da própria essência da fenomenologia do direito. Em substância, recorta o legislador eventos da vida real e lhes imputa a força de, relatados em linguagem competente, suscitar os comportamentos que entende valiosos.” (Carvalho, 2021, p. 254).

4.1.2 *Divide et impera* – as classificações como instrumentos para traçar e identificar diferentes regimes jurídicos

Outra aplicação relevante dos expedientes classificatórios no direito positivo é a estipulação de diversos regimes de direito. É atribuída a César a autoria da frase *divide et impera*, cuja tradução mais popular é “dividir para conquistar”. O termo latino *impera*, entretanto, não significa apenas conquistar, mas também mandar, ordenar. Para estipular uma ordem qualquer, é preciso divisar a classe dos sujeitos e também aquela das situações que obrigam os indivíduos a cumpri-la. Sem isso, o comando fica vazio de sentido. Para definir cada uma das variáveis da diretiva jurídica especial, é preciso segregar os atingidos do universo da sociedade. É preciso criar espécies: de pessoas, de fatos, de objetos e, para isso, criam-se classificações e, com elas, mais definições.

Imaginemos um universo de contribuintes de um dado tributo. Todos eles obedecem à regra de recolher a referida exação mensalmente. Se interessa ao legislador estipular um regime especial para exigir a quantia anualmente, deve ele circunscrever as situações em que a regra geral será preterida em favor da especial. Para isso, precisa separar tais ocasiões elegendo certos aspectos delas, instituindo critérios que permitam dividir os contribuintes em dois conjuntos para a eles imputar os regimes diversos. Acaso fosse proclamado regime especial sem cuidar desse procedimento de classificação e da subsequente definição da subclasse, ter-se-ia nova regra geral.

Estamos uma vez mais a usar classificações e a delimitar o alcance de cada classe por meio de definições. Vê-se, portanto, que tão inevitável quanto o corte é o emprego de expedientes para definir e classificar as condutas. Quer para conhecer delas – como pretende o cientista –, quer para ordená-las – como deseja o legislador –, os sujeitos precisam valer-se daqueles esquemas delimitadores de classes de condutas para dominar racionalmente a realidade social, como de maneira tão aguda escrevera Vilanova.

5 CONCLUSÃO

A despeito da crítica algo recorrente na doutrina de que no direito não há definições, deve-se observar que os estudos de lógica e semiótica não limitam o uso da figura definição a entidades que se prestam à descrição de realidades preexistentes. Admitem o uso de definições como expedientes estipulativos que inauguram realidades com propósitos específicos.

Essa abertura permite que examinemos o uso de definições legais nutrindo-nos de valiosos aportes epistemológicos, como a separação entre termo, conceito e objeto ou, ainda, das regras lógicas que presidem o processo de classificação e da lei da variação inversa.

Compreender os enunciados jurídicos como definições permite-nos trazer aportes de teoria semântica formal para falar a respeito do ato de elucidação, frequentemente desempenhado nas sucessivas legislações e, também, com ainda mais empenho pelas autoridades judiciais em suas definições aclaradoras.

Tudo isso deve, porém, ser realizado sem perder de vista que o direito, em nome de sua prescritividade, faz suas definições com o propósito operacional de segregar classes de condutas para a elas impor certo tratamento jurídico. Não cuida de descrever ou conhecer uma realidade, mas de alterá-la conforme seus desígnios. Está aí a principal contribuição à crítica feita por Robles (2011) e outros autores.

REFERÊNCIAS

- BLACK, M. (1954). "Definition, presupposition and assertion". In: *Problems of Analysis*. Londres: Routledge.
- BRITTO, L. G. de (2016). "Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas". In: CARVALHO, P. de B e BRITTO, L. G. de (eds.). *Lógica e Direito*. São Paulo, Noeses.
- CARNAP, R. (1996). *An introduction to the philosophy of science*. Nova York, Dover.

- CARRIÓ, G. (1986). *Notas sobre derecho y lenguaje*. 3 ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- CARVALHO, A. T. de (2019). *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 6 ed. São Paulo, Noeses.
- CARVALHO, P. de B. (2021). *Direito tributário: linguagem e método*. 8 ed. São Paulo, Noeses.
- COPI, I. M. e COHEN, C. (1981). *Introdução à lógica*. São Paulo, Mestre Jou.
- DEFINIÇÃO. *Grande Dicionário Houaiss*. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/>. Acesso em: 20 maio 2022.
- FLUSSER, V. (2007). *Língua e realidade*. São Paulo, Annablume.
- HOUAISS Antônio (2022). Verbete “Definição”. *Grande Dicionário Houaiss*. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/>. Acesso em: 20 maio 2022.
- IVO, G. (2006). *Norma jurídica produção e controle*. São Paulo, Noeses.
- MORTARI, C. A. (2001). *Introdução à lógica*. São Paulo, Unesp.
- OLIVEIRA, M. A. de (1996). *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo, Loyola.
- ROBLES, G. (2011). *As regras dos jogos e as regras do direito*. Tradução de Pollyana Mayer. São Paulo, Noeses.
- ROSS, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos aires, Eudeba.
- VILANOVA, L. (2005). *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3 ed. São Paulo, Noeses.

Confiança e boa-fé: mercado e regulação jurídica¹

DORA NOGUEIRA PORTO

1 INTRODUÇÃO

Em nosso dia a dia não nos perguntamos mais sobre o valor das coisas, sobre, como dizem Judt (2011) e Sandel (2012b) – o que é justo? Adequado? Correto? O foco no aspecto financeiro nos embaralha a visão de como nossas ações pode afetar outros indivíduos. Se antigamente havia laços de lealdade e confiança que uniam uns aos outros, hoje estes laços parecem esgarçados, tendendo a predominar uma “insensibilidade moral”.

A metáfora da “insensibilidade moral” (Bauman e Donskis, 2013) aponta para a postura imperturbável e indiferente das pessoas em relação

1. Este artigo busca refletir sobre as questões referentes à confiança e à boa-fé em suas abordagens jurídicas e socioeconômicas. Buscaremos remontar este questionamento ao mundo pré-industrial e à visão smithiana de auto-interesse e equilíbrio de mercado. A compreensão da situação em que nos encontramos hoje decorre das crescentes desigualdades econômica e social – acentuada há pelos menos 30 anos – e à atual insensibilidade moral. Parcimônia, prudência e preservação do trabalho, enquanto bases do comportamento virtuoso constituem-se, até hoje, em fontes geradoras de confiança e boa-fé, mesmo num ambiente pleno de desigualdade e de insensibilidade. Confiança e cooperação serão objetos de análise em sua atuação no mercado, no universo jurídico e em relação a interações, valores e comportamentos éticos. Ao nos questionarmos sobre o que é justo, adequado e correto em nossos dias, somos levados a pensar na necessidade de reforçar as instituições jurídicas no que diz respeito aos pressupostos da confiança e da boa-fé.

a problemas e atributos dos outros numa versão contemporânea de Pôncio Pilatos. Essa insensibilidade leva a uma individualização moral insensível, conforme o modelo padrão da relação consumidor-mercado. O consumidor não estabelece lealdade permanente à mercadoria, apenas se serve dela para satisfazer seus desejos, como bens intercambiáveis. Esse processo não é necessariamente “imoral”, mas nele há ausência de avaliação e regulação moral.

A visão smithiana da busca do auto-interesse, em que os indivíduos, ao defenderem seus interesses, geram o equilíbrio de mercado e a riqueza da nação, é hoje deturpada pelos liberais que defendem comportamentos puramente egoístas, com desregulamentação geral.

Para Smith (2002), os valores sociais têm papel importante no êxito das várias formas de organização social, incluindo mecanismos de mercado, políticas democráticas e direitos civis. A seu ver, apesar do capitalismo ser percebido comumente como um sistema que funciona baseado na ganância de todos, na verdade, depende de poderosos sistemas de valores e normas.

A “mão invisível” concebida por Smith foi útil para reforçar a convicção moral de que agir segundo o que é um estrito interesse individual acaba sendo o melhor para a comunidade. Mas, para Mitterhof (2014), a mão invisível acaba produzindo uma desarticulação entre mecanismos competitivos e cooperativos que, em doses variadas, estão sempre presentes nas relações humanas.

Será como acredita Judt, que entramos numa era de insegurança econômica, física e política sem nos darmos conta disso? O que deve ser feito? O que perdemos? Ou, como questiona Sandel (2012b), em seu livro *O que o dinheiro não compra?* Por outro lado, como pondera Mitterhof, (2014) “[...] o mercado também é uma forma de organização coletiva” e os indivíduos, por mais mergulhados no individualismo, precisam se organizar coletivamente.

Como diz George Orwell (apud Judt, 2011, p. 23): “Enxergar o que está adiante de nosso nariz exige esforço constante”.

2 HISTÓRICO

No mundo pré-industrial, qualquer código moral, ao descrever, justificar e explicar como a sociedade humana deve funcionar, tinha a função de condenar e proibir formas específicas de comportamento. Em curto prazo, o código moral adotado por seus membros parece eficiente, por exemplo, no caso de questões referentes a adultério, roubo etc., mas são nocivos à ordem social. Na verdade, torna-se necessário uma especificação do comportamento antissocial que inclua o componente e a sanção religiosa; assim, por exemplo, o roubo era proibido e punido por Deus – e não porque era antissocial.

De um sistema pré-moderno onde não havia como aumentar a produção a não ser pelo roubo e pela opressão, à riqueza da modernidade e da pós-modernidade, a busca por bens materiais visando ao interesse pessoal tornou-se uma virtude. Mas esse caráter materialista e egoísta não é inerente à condição humana, passando a predominar após os anos 1980 como forma de obsessão pelo acúmulo de riqueza, pelo culto da privatização e pela crescente desigualdade entre ricos e pobres. A esse perfil se alia uma admiração acrítica pelos mercados livres de restrições e um desdém pelo setor público, apoiados na ilusão do crescimento interminável. Mas a ansiedade e a insegurança crescente acompanham essa postura e passam a alimentar o medo.

Esse medo, para Donskis, fundamenta-se no medo da desimportância, do desaparecimento sem deixar vestígio, como estar distante do mundo da TV e da mídia, o que é surpreendente numa época relativamente segura e feliz, se comparada com o século XX e suas guerras. O medo tem como outro lado o ódio e um alimenta o outro.

A abundância privada e a miséria pública nos fazem refletir sobre a seguinte afirmativa de Smith (apud Judt, 2011, p. 24): “Nenhuma sociedade pode florescer e ser feliz enquanto a maior parte de seus integrantes for pobre e miserável”.

A compreensão da situação em que nos encontramos nos leva a considerar o seguinte: do final do século XIX até os anos 1970, conforme Judt, as sociedades ocidentais avançadas estavam se tornando menos desiguais. Os extremos de riqueza e pobreza foram diminuídos graças aos impostos

progressivos, à oferta de serviços sociais e à garantia contra infortúnios sérios. Mas no decorrer de 30 anos esse processo estancou e as diferenças não só cresceram – 21,2% da renda nacional americana estava em 2005 nas mãos de 1% dos cidadãos (Bauman, 2013 e Judt, 2011) – como passaram a enfrentar o colapso da mobilidade intergeracional e da saúde pública. Sintomas de depressão, como alcoolismo, obesidade etc., tornam-se cada vez mais presentes, destruindo os sentimentos de confiança e fé que depositamos em nossos concidadãos. Será que nossos sentimentos morais foram corrompidos?

3 CONFIANÇA E BOA-FÉ

No início da modernidade, enquanto Marx apontava para a imoralidade da acumulação capitalista, Weber, em sua obra *Ética protestante e o espírito do capitalismo*, apontava o desenvolvimento crescente do capitalismo no Ocidente como sinal moral da salvação. O respeito às virtudes da parcimônia, da prudência e da preservação do trabalho enquanto bases fundamentais do comportamento virtuoso constituem-se, até hoje, em fontes geradoras de confiança e de boa-fé.

Em sua obra *Teoria dos Sentimentos Morais*, Smith (2022) já destaca os componentes do comportamento moral: confiança, prudência e integridade. A preocupação com nossa própria felicidade, no entender de Smith, recomendam-nos a prudência, a preocupação com as outras pessoas, as virtudes da justiça e da beneficência.

O ser humano jamais seguiu de modo constante e uniforme esses caminhos: desviamo-nos, excedemo-nos, relaxamos, mas nosso senso comunitário nos recomenda que as paixões sejam refreadas, não tanto por serem inconveniências, mas pelas más consequências que podem se seguir.

Ora, ao interesse privado da acumulação se associam valores culturais fundamentais para a confiança e cooperação nos negócios, pois o êxito do capitalismo se baseia não só na ganância e cupidez, mas em princípios e códigos de comportamento que tornam eficazes as transações de mercado.

A confiança é um pressuposto básico das relações entre os indivíduos, sejam elas de cunho profissional ou não. A realização de contratos, por exemplo, é uma atividade que pressupõe a confiança. Como pondera Campilongo “[...] mais do que confiança em si mesmo – sempre exigida – há que se confiar em terceiros e em mecanismos confiáveis”, assim “[...] a confiança é mecanismo reflexivo: exige ‘confiança na confiança’”. (Campilongo, 2012, p. 99).

Marques (1999, p. 10), citando o jurista Pontes de Miranda, diz que a observância da boa-fé fará surgir a confiança do consumidor, ou seja:

Boa-fé” e “confiança” são duas faces da mesma moeda, ou dois “pontos de vista” de um só fenômeno social: um concentrado na atuação, valorando a lealdade na conduta segundo os usos do tráfico jurídico e, outro, no resultado, reflexo social ou no efeito de nascimento de direitos e deveres.

A boa-fé passa a figurar em diferentes situações jurídicas, sempre no sentido de expressar a intenção pura, isenta de dolo ou engano, conforme critérios de lealdade e honestidade. A confiança é reforçada no direito germânico com o conceito de boa-fé em sua vertente objetiva, na medida em que seu conteúdo transmite o dever do sujeito de garantir o cumprimento do acordo firmado entre as partes, ou seja, de cumprir com os deveres assumidos.

No Brasil, o anteprojeto do código civil escrito por Clóvis Beviláqua na última década do século XIX, indicava que a preocupação com a boa-fé já era objeto de análise nos ensinamentos do direito alemão, no *Código de Napoleão* e na legislação luso-brasileira. Conforme os ensinamentos de Reale, com o passar do tempo, a boa-fé tornou-se o cerne em torno do qual girou a alteração do *Código Civil* em 2002, como apontam os seguintes artigos:

Artigo 113: os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração

Artigo 422: os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé.

A outra vertente da boa-fé, a boa-fé subjetiva, está mais ligada à crença de uma pessoa na outra, crença essa que significa confiança, ou seja, acreditar no que a pessoa diz. Assim, a boa-fé subjetiva diz respeito à consciência ou à convicção do agente em acreditar que seu comportamento está de acordo com o direito. Por outro lado, esse convencimento individual não permite, muitas vezes, que se perceba a realidade, pois essa íntima convicção pode ser errônea.

4 CONFIANÇA E COOPERAÇÃO

Se não confiarmos uns nos outros, não pagaremos impostos para o bem coletivo, não nos arriscaremos a sair de casa por temer a violência ou o logro de cidadãos desonestos. No pressuposto utilitarista, a moral consiste em pesar custos e benefícios, é apenas uma avaliação mais ampla das consequências sociais.

Sandel (2012a, p. 47) nos questiona:

[...] a moral é uma questão de avaliar vidas quantitativamente e pesar custos e benefícios? Ou certos deveres morais e direitos humanos são fundamentais – sejam eles naturais, sagrados, inalienáveis ou categóricos –, como podemos identificá-los? E o que os torna fundamentais?

A confiança não é uma virtude abstrata; em seus dispositivos podemos distinguir três elementos:

Situação de confiança conforme o sistema e traduzida na boa-fé subjetiva e ética, própria da pessoa que sem violar os deveres de cuidado e de indagação, que possam caber, ignore lesar posições alheias;
Justificativa para essa confiança expressa na presença de elementos objetivos capazes, em abstrato, de provocarem uma crença plausível;
Investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, de ter havido uma ação efetiva de atividades jurídicas, sem crença que desaconselhe seu preterir. (Marques, 1999, p. 81)

Os mercados não geram automaticamente confiança, cooperação ou ação coletiva para o bem comum; ao contrário, na competição, a luta se dá

entre os concorrentes mais e os menos sensíveis aos aspectos éticos. A desregulação dos mercados e os exageros extremos de riqueza e pobreza exigem regras, normas e uma legislação que estabeleça padrões de comportamento. A boa-fé objetiva cumpre o papel de instrumento de adaptação de uma regra de direito ao comportamento mediano em uso numa determinada sociedade.

A boa-fé objetiva, segundo Diniz (2009), obriga as partes a terem um comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos numa determinada relação jurídicas. No campo obrigacional, portanto, a boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos contratantes a fim de que haja recíproca cooperação entre eles, levando em conta os interesses comuns em vista de alcançar o efeito prático do que se pretendia no negócio jurídico.

5 CONCLUSÃO

A economia de mercado vigente em nossa sociedade exige a existência de instituições estabilizadoras na modernidade, quais sejam o Estado, o mercado e o direito positivo. Esses diferentes âmbitos da vida social se diferenciam, aos poucos, formando sistemas próprios.

No entender de Bauman a vida humana cotidiana e os impulsos morais “[...] necessitam de códigos, leis, jurisdições e instituições que os instalem e monitorem [...] o senso moral reencarna como *justiça social*”. (Bauman, 2011, p. 51).

Como diz Pontes de Miranda em Marques (1999, p. 81), “[...] da conduta valorada ou examinada nascem relações ‘jurídicas de confiança’, logo, regular estas relações jurídicas criadas pela boa-fé é proteger a confiança!”

A problemática que se coloca é a da fragilidade da confiança em nossos dias e do referido esgarçamento das relações numa insensibilidade moral crescente no século XXI. É imprescindível e fundamental a atuação jurídica na observância dos deveres da boa-fé enquanto apoio à confiança. Deveres estes implícitos de lealdade e cooperação.

Enquanto princípio fundador de qualquer relação entre indivíduos, a confiança é elemento central da vida em sociedade, seja em suas relações sociais, seja nas relações jurídicas e contratuais. No dizer de Campilongo

(2014, p. 98), “[...] seja para escolha de um profissional seja para a conclusão de um contrato, a confiança é valor de base”. A confiança apresenta uma reflexividade, isto é, a confiança na confiança.

O temor de alguns pensadores como Sandel é de que os valores predominantes de mercados sejam transferidos para as relações sociais. Se um bem deve ir ao mercado, segundo esse Sandel, é necessário que se defina claramente seu propósito, seu significado e quais valores devem governá-lo. O debate sobre economia e moral não está atrelado à cobiça, alvo dos recentes protestos de Wall Street – *Occupy* –, vai além, propondo-se à expansão dos valores de mercados para esferas tradicionalmente governadas por outras normas. Isso nos leva a pensar que precisamos de um debate público sobre os limites morais dos mercados.

Sem (1999) afirma que a economia de bem-estar é muito precária na teoria econômica moderna, havendo crescente desconfiança sobre o uso da ética na economia. Ponderação esta que nos leva a pensar na necessidade de reforçar as instituições jurídicas no que diz respeito aos pressupostos da confiança e da boa-fé.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt (2011). *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro, Zahar.
- BAUMAN, Zygmunt e DONSKIS, Leonidas (2013). *Cegueira moral*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, Zahar.
- CAMPILONGO, Celso (2014). *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo, Saraiva.
- DINIZ, Maria Helena (2009). *Código Civil anotado* – 14 ed. São Paulo, Saraiva.
- JUDT, Tony (2011). *O mal ronda a terra*. Tradução de Celso Nogueira. Rio de Janeiro, Objetiva.
- MARQUES, Cláudia Lima (1999). *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais.

- MITERHOF, Marcela (2014). A mão invisível. *Folha de S. Paulo*, Mercado, 27 nov.
- REALE, Miguel. *Função social do contrato*. Disponível em: www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm.
- SALGARELLI, Kelly Cristina (2010). *Direito do consumidor no comércio eletrônico: uma abordagem sobre confiança e boa-fé*. São Paulo, Ícone.
- SANDEL, Michael J. (2012a). *Justiça*. Tradução de Heloisa Martins e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.
- SANDEL, Michael J. (2012b). *O que o dinheiro não compra*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.
- SEN, Amartya (1999). *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo, Companhia das Letras.
- SMITH, Adam (2002). *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução de Lya Luft. São Paulo, Martins Fontes.
- WEBER, Max (2004). *Ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo, Companhia das Letras.

6

Quem é o ser humano? Pressupostos filosóficos que sustentam as concepções de direitos humanos de Joseph Raz e John Finnis

ROGÉRIO CANGUSSU DANTAS CACHICHI
GILMAR SIQUEIRA

1 INTRODUÇÃO

O discurso contemporâneo dos direitos humanos se encontra perante uma necessidade premente: elaborar um conceito de direitos humanos que fundamente uma prática consistente. Para maior proteção desses direitos não basta garanti-los; na verdade, tanto a garantia quanto o fomento dependem de um conceito que reverberará inevitavelmente na prática, posto que, sem um conceito que permita examinar o fundamento dos direitos humanos, sua prática corre o risco de ser neutralizada em discursos de interesse (Cianciardo, 2020, p. 4).

Num sentido amplo, as concepções que se ocuparam de elaborar um conceito para os direitos humanos (com seus respectivos fundamentos) podem ser divididas em ortodoxa e política. A concepção ortodoxa entende os direitos humanos como direitos morais de que são titulares todos os seres humanos em virtude da sua humanidade; seriam então, parte da

ética, em sentido amplo. A concepção política examina os direitos humanos por suas funções na ordem jurídico-política internacional contemporânea (Trivisonno e Rodrigues, 2018, p. 2).

Essa divisão em dois campos não é totalmente fechada, de modo que alguns teóricos podem se situar na fronteira entre uma e outra e mesmo divergirem internamente. Ainda assim, o didatismo da partição em dois campos é útil, porque começa a apontar um caminho no debate em torno do conceito dos direitos humanos: por trás dos intentos para a elaboração de um conceito, é possível que se encontre alguma concepção filosófica anterior que influencie não só o conceito (uma vez que ele seja elaborado), mas também o modo de se colocar a questão (problema) dos direitos humanos. Este artigo tratará da importância de reconhecer os pressupostos filosóficos na investigação sobre o conceito dos direitos humanos.

O problema a ser investigado pode ser resumido por meio da seguinte pergunta: uma concepção filosófica pressuposta pode influenciar no conceito e fundamento dos direitos humanos? A hipótese levantada para responder ao problema formulado é a de que os conceitos e fundamentos dos direitos humanos são desenvolvidos partindo de premissas filosóficas anteriores, algumas vezes explicitadas; outras, não. O objetivo, portanto, é verificar se a hipótese, a partir da análise de dois autores, pode ser confirmada e se existem visões filosóficas pressupostas nas concepções dos direitos humanos.

Seguindo a divisão entre concepções ortodoxa e política dos direitos humanos, foram escolhidos autores que representam cada uma dessas visões: John Finnis e Joseph Raz, respectivamente. Ambos de notória relevância na tradição analítica contemporânea do direito, têm concepções divergentes acerca dos direitos humanos que, de maneira geral, poderiam ser simplificadas dizendo que Finnis é um jusnaturalista, enquanto Raz é um juspositivista.

Conquanto os predicados tenham alguma precisão, precisam ser mais bem explicitados para que se compreenda como os dois referenciais teóricos – ainda que na tradição analítica anglo-saxã – são diferentes e têm, ainda, diferenças na maneira como entendem e explicam os direitos humanos.

É necessário verificar, partindo das suas definições de conceito e fundamento dos direitos humanos, se esses autores apresentam, em suas teorias, premissas filosóficas importantes nas respectivas investigações sobre

os direitos humanos e se elas estão mais ou menos claramente explicitadas em suas obras. Por isso, foram escolhidos como ponto de partida o livro *Natural law and natural rights*, de Finnis (2011), e o texto *Human rights without foundations*, de Raz (2010). O método empregado nesta pesquisa é o analítico, levado a cabo pela técnica da revisão bibliográfica feita tanto nos escritos citados quanto na bibliografia secundária, de comentadores, examinada nas duas seções do artigo.

Esta pesquisa se justifica, tanto para a discussão prática dos direitos humanos quanto para suas afirmações teóricas, por três motivos: (I) o discurso dos direitos humanos, que envolve a procura de conceitos e fundamentos teóricos, influencia diretamente na prática da aplicação e defesa desses direitos; (II) uma defesa dos direitos humanos, seja de que perspectiva for, será mais consistente à medida que seus defensores e debatedores forem mais transparentes na exposição de suas premissas; (III) considerando a importância do debate em torno dos direitos humanos para a democracia, seria importante analisar qual conceito de direitos humanos acompanha modelos específicos de democracia (Munck, 2015, p. 388).

2 JOSEPH RAZ E A COMPREENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA PRÁTICA

Conquanto a seção aqui resumida seja dedicada a Raz, vale começar com algumas observações de Waldron: ele pondera que o termo direito humano muitas vezes se refere a direitos de que são titulares todos os seres humanos. Mas, então, surge uma dúvida: o que significa o “humano” desses direitos? (Waldron, 2018, p. 117). A pergunta requer, primeiro, um olhar para o ser humano e a tentativa de encontrar algo comum e, ao mesmo tempo, com demanda normativa (ética) em todos os seres humanos. Essa primeira tentativa de resposta, no entanto, esbarra em três dificuldades apresentadas pelo autor: (a) considerando as diferentes nuances e épocas da evolução, seria difícil conceber os seres humanos como portadores de direitos; (b) seria também difícil estabelecer uma lista entre os seres humanos atuais, tamanhas são as diferenças socioculturais existentes; (c) em uma mesma cultura há

diferenças tais entre os indivíduos (crianças, idosos, pessoas incapacitadas por quaisquer razões concretas etc.) que a atribuição de direitos humanos a todos – sem cair em uma justificativa metafísica – seria complicada (ibid.).

Compreender essas objeções de Waldron – que no fim do texto se declara, ainda assim, adepto da ideia da titularidade humana (ibid.) – é importante porque, para ele, esses argumentos constituem objeções que dificultam o fundamento dos direitos humanos em alguma (ou algumas) característica tipicamente humana. Seria preciso tomar outro caminho. Mas qual? Waldron sugere a abordagem da preocupação humana, que desloca o sentido de compreensão dos direitos humanos desde a busca por uma característica tipicamente humana para a reação ante a violação desses direitos: um movimento de defesa (ibid.). Ao não superar as objeções que apontou inicialmente, ele não negou – em razão da prática? – a presença dos direitos humanos, mas tentou olhar para a reverberação causada pela violação dos direitos humanos. Essa reverberação – resposta, defesa – é que Waldron entendeu como sendo a concepção política.

No texto aqui citado – redigido para ponderar alguns elementos da perspectiva de Raz –, Waldron avança e apresenta algumas dificuldades com as quais a concepção política tem de lidar antes de concluir que a questão mais precisa, talvez, não seja o significado de humano nos direitos humanos, mas sim qual seria o uso mais conveniente e aclarador desse termo. Para delimitar semelhante uso não seria necessário descartar o movimento de resposta (direitos humanos são aqueles cuja violação é objeto da preocupação humana), mas sim combiná-lo à noção de que os direitos humanos estão enraizados em interesses distintivamente humanos (ibid.). Waldron declara sua posição como a de adepto da titularidade humana depois de retornar ao problema inicial pela pergunta acerca dos interesses distintivamente humanos. Não seria esse um modo de perguntar – ainda que com outras palavras – quem é o humano nos direitos humanos?

Na resposta redigida à crítica de Waldron, Raz (2018, p. 144) se esquia de tal pergunta ao explicar que sua abordagem não é sobre os direitos humanos, mas sobre a prática dos direitos humanos. A esquia de Raz não é superficial ou inconsciente em relação ao problema levantado por Waldron, mas a tentativa de vê-lo desde outra perspectiva: a de quais considerações

normativas estão por trás da prática contemporânea dos direitos humanos. À objeção de que uma doutrina dos direitos humanos poderia estabelecer as considerações normativas responsáveis por guiarem a prática, Raz responde que os direitos têm papel local, derivativo; sua existência depende de valores, enquanto sua aplicação depende de circunstâncias históricas particulares. A prática, portanto, não estaria atrelada a uma doutrina dos direitos humanos. A tarefa não consistiria numa descrição dos direitos humanos para que, a partir dela, a prática pudesse ser avaliada (ibid.).

Raz entende que a descrição dos direitos humanos pode até ser importante, mas que as teorias éticas, até o momento, não foram capazes de explicar por qual motivo a prática dos direitos humanos deveria se conformar a elas (Raz, 2010). Derivar direitos humanos de capacidades ou inclinações humanas não explica a prática presente dos direitos humanos nem por que a prática deveria ser normativamente limitada pelos direitos derivados da concepção ortodoxa. A compreensão dos direitos humanos, para Raz, precisa ser encontrada na prática.

O fato de os direitos humanos carecerem de um fundamento não significa que lhes falte também objetividade, mas que sua justificativa racional será encontrada antes nas circunstâncias contingentes, especialmente nas instituições que formam a prática, do que numa determinada concepção ética (ibid.). A questão acerca de quem é o ser humano não faz parte da prática dos direitos humanos.

3 A COMPREENSÃO ÉTICA DOS DIREITOS HUMANOS DE JOHN FINNIS

Outro autor que pertence à tradição analítica do direito e compartilha de suas preocupações sobre a linguagem dos direitos humanos e sua normatividade é Finnis – que também se filia a uma corrente de pensamento anterior: a do jusnaturalismo tomista. Seu desafio foi o de apresentar a teoria da lei natural clássica – tendo Tomás de Aquino como principal expoente – a um público acadêmico com uma visão filosófica diferente em relação ao *aquinate* (Finnis, 2015, p. 3). Essa postura é importante para compreender

sua proposta: reinserir no debate contemporâneo a tradição da lei natural a partir de uma argumentação que ao mesmo tempo se comunique com a tradição clássica e encontre abertura no diálogo contemporâneo.

Assim como na filosofia clássica não se separam metafísica, metaética, ética e política – por ser uma visão filosófica totalizante da existência humana (Machado, 2021) – o esclarecimento da tradição a que se filia John Finnis é importante para compreender a sua concepção dos direitos humanos. Especialmente porque, ao estar inserido numa concepção ortodoxa – que reivindica a titularidade desses direitos para todos os humanos, por serem humanos –, Finnis correria o risco de, em tese, cair numa importante crítica feita por Raz a essa concepção: a de que ela derivaria conclusões normativas a partir de dados da natureza. No entanto, ao aceitar o argumento da falácia naturalista, Finnis entende que tais deduções seriam insuficientes (ibid.); em seu argumento, ele não parte da ontologia.

Na verdade, existe uma substituição funcional da ontologia pela metaética e pela epistemologia (ibid.). Tal substituição – no contexto desta pesquisa – pode ser associada à conclusão de Waldron já mencionada: para além do movimento de resposta, os direitos humanos precisariam também do reconhecimento de algo que seria distintivamente humano. Talvez, a compreensão da dignidade como pedra-angular normativa dos direitos humanos (Pollmann, 2008, p. 24) seria o elemento distintivamente humano – mas, então, regressaria à primeira objeção de Waldron: o que é distintivamente humano? Se a resposta for a dignidade, surge outra pergunta: em que consiste a dignidade?

Finnis toma um caminho diferente a partir da metaética e da epistemologia, caminho que entendeu presente já em Aristóteles e Tomás de Aquino: não se deve partir de um elemento distintivo para compreender a natureza de uma realidade dinâmica, mas partir das capacidades dessa realidade (do ser humano, por exemplo); para entender as capacidades, devem-se entender os atos (ações) e objetos (fins) dos atos (Finnis, 2007). Assim, Finnis (2011, pp. 80-89) chegará aos bens humanos básicos, expressões de aspectos que realizam o florescimento humano e que consistem em razões últimas para a ação humana, além de fundamento objetivo dos direitos humanos (Machado e Pinheiro, 2020, p. 254). Conquanto os bens básicos sejam

bens da dignidade humana, florescimento e dignidade não são sinônimos (Machado, 2021, p. 18). Então, o problema ontológico, por um lado, e normativo, por outro, como que voltam a aparecer – conforme as críticas de Raz e Waldron já mencionadas.

Machado, estudando de modo sistemático a dignidade nas obras de Finnis, afirma que o autor australiano não defende uma derivação normativa da ontologia (ibid.). Mas se o conhecimento da ontologia é o que traz consigo uma ideia de dignidade humana, por que essa dignidade teria, então, alguma força normativa? Porque a dignidade como informação ao intelecto prático fornece orientações para os posteriores comandos normativos (ibid.). Enquanto os direitos humanos derivam dos primeiros princípios da razão prática, a informação ontológica – o conhecimento da dignidade humana – recebida pela razão prática é de quem em alguns aspectos basilares a pessoa não pode ser ofendida (ibid.).

Para conceituar os direitos humanos, Finnis precisou recorrer a uma teoria ética geral (Trivisonno e Rodrigues, 2018), ainda que tenha partido da prática. Ele parece ocupado, também, em responder à pergunta acerca de quem é o humano nos direitos humanos, mas preferiu fazê-lo por um caminho que não começa em alguma definição do que seja distintivamente humano, mas pela análise do raciocínio prático.

4 A PERGUNTA PELO SER HUMANO E OS DIREITOS HUMANOS

Ao se esquivar da pergunta pelo fundamento dos direitos humanos, Raz não tentou fugir do problema. Uma postura como a dele, na verdade, evidencia um aspecto muito importante da discussão em torno dos direitos humanos: a divergência acerca dos fundamentos, a dificuldade que os debatedores têm para encontrar um terreno comum de discussão. Isso, por um lado; por outro, a postura de Raz – tentar analisar os direitos humanos a partir de sua prática – indica a importância e urgência do tema. O problema continua a existir, e as circunstâncias – nas esferas jurídicas internas e externas – demandam soluções. Algo da divergência quanto aos fundamentos dos

direitos humanos transpareceu nos comentários de Waldron tratados no início desta pesquisa. Num mesmo artigo, ele se declarou adepto da perspectiva da titularidade humana e apontou algumas das dificuldades com que essa perspectiva tem de lidar. Dentre elas está a de que, pelas diferenças entre os seres humanos – tanto históricas quanto presentes – parece difícil encontrar um elemento comum capaz de sustentar a titularidade. O risco de se debater sem esse elemento comum seria cair na justificativa metafísica, também incomum, ou seja, não acessível ou, pelo menos, não compartilhada por todos os participantes do debate. Conquanto ele mesmo tenha se declarado adepto da perspectiva da titularidade, Waldron encontrou certas dificuldades para defendê-la – ou partir dela – num debate sobre os direitos humanos. A preocupação desse autor é importante, porque trata das premissas do debate.

Sem acordo prévio sobre as premissas de um raciocínio, toda discussão transforma-se numa alteração de surdos-mudos. Percebe-se que esses debates são marcados por uma incomensurabilidade conceitual dos argumentos divergentes, ou seja, eles são irreduzíveis entre si, por isso não se pode julgar um pelo outro. É uma experiência babélica, da ausência de uma língua comum para traduzir idiomas morais inconciliáveis. (Pinheiro, 2021, p. 104)

Sem acordo sobre as premissas, os direitos humanos, por estarem presentes no debate público, acabam tornando-se armas de combate esgrimidas por pessoas com posturas totalmente opostas. A reivindicação para que o aborto seja um direito e a impossibilidade de que semelhante prática possa ser considerada um direito, por exemplo, podem partir da, ou encontrar a, expressão direitos humanos em algum momento do seu percurso. Os debatedores, nesse exemplo, encontrar-se-ão, ao menos em tese, no terreno comum da expressão direitos humanos. No entanto, a discussão encontrará, desde o início, a divergência sobre o que os representantes de cada postura entendem que sejam os direitos humanos e quais as implicações desses direitos. Eis os motivos pelos quais autores como Waldron e Raz percebem como difícil o debate que parta dos fundamentos e indiquem a titularidade dos direitos

humanos; a possibilidade, para eles, pode ser encontrada na prática corrente do discurso. Talvez, o “como” possa substituir a incapacidade de acordo em torno do “porquê”:

Nesse pêndulo de cientificismo e subjetivismo, a modernidade encerra o paradoxo de ser uma era de racionalismo irracionalista, porque apresenta um universo de meios técnicos e racionalmente eficazes, no momento em que nega a racionalidade ética dos fins morais. Em outras palavras, a razão científica moderna sabe muito bem ‘como’ fazer algo, mas cala-se sobre ‘o porquê’ de realizá-lo. Falta-lhe sabedoria, ou, parafraseando Rabelais, desenvolve-se uma ciência que demite a consciência moral. (Pinheiro, 2021, p. 106)

O motivo ou fundamento pode paralisar o movimento, ou seja, teme-se que a discussão acerca dos fundamentos dos direitos humanos impeça que esses direitos sejam positivados e efetivados. Enquanto isso, na prática, muitas pessoas, em todo o mundo, ainda são vítimas da fome e conflitos militares em torno dos quais não parece haver tanta divergência de que consistam em violações dos direitos humanos. O debate, ainda que importante, por insolúvel é relegado para segundo plano em face do “como”, ou seja, da necessidade de proteção e fomento dos direitos humanos violados em circunstâncias extremas. Não seria o caso de chegar a um acordo sobre o “como”? Um acordo – ou consenso mínimo – que permitisse, simultaneamente, o debate e a proteção dos direitos humanos? As posturas de Raz e Waldron parecem ir em direção a esse caminho. Elas partem da presença dos direitos humanos nos discursos ético, político e jurídico (Cianciardo, 2020). Porém, como apontou Hervada no seu estudo sobre o problema colocado pelos direitos humanos à filosofia do direito, a presença dos direitos humanos nos documentos modernos indica uma nota essencial: a de que esses direitos não são outorgados nem criados, mas obrigatoriamente reconhecidos pela autoridade jurídico-política¹. A nota essencial, por sua vez, repercute na teoria dos direitos humanos:

1. “*Principio fundamental de los derechos humanos es que estos derechos no deben su origen a la condición o rol de la persona, sino que son inherentes al hecho de ser hombre: por eso se relacionan*

En mi opinión, el carácter preexistente de los derechos repercute sobre cuatro de los temas clave que toda teoría que tenga pretensiones de generalidad u omnicomprehensividad debería abordar: el fundamento, el concepto, el catálogo y la interpretación de los derechos. Estos cuatro temas o elementos se relacionan entre sí, y por eso es muy probable que el impacto de la preexistencia sobre uno de ellos tenga consecuencias sobre los restantes. (Ibid., p. 34)

Cianciardo chama de temas-chave o fundamento, o conceito, o catálogo e a interpretação dos direitos humanos. Ele não exagera. A interpretação (e aplicação) dos direitos, último dos temas-chave, está diretamente vinculado aos três anteriores; a recíproca é verdadeira. Na discussão dos direitos humanos, o fundamento e o conceito dificilmente são separáveis – ainda que isso aconteça por abstração – da interpretação e aplicação. Se os direitos humanos forem pressupostos, isto é, anteriores aos sistemas jurídico-políticos, então a complexidade para encontrar o seu fundamento permanecerá. A alternativa ante tal dificuldade parece ser, senão a do consenso, ao menos de alguma convenção:

A divergência é tão variada e radical, que dificilmente se poderia chegar a um acordo sobre o que são os direitos humanos sem que algum dos participantes da ‘convenção’ pudesse desafiar-las. Divergências podem ocorrer sobre praticamente todos os aspectos dos direitos humanos: identidade do detentor; conteúdo dos direitos e deveres; condições em que eles são perdidos, entre outras (FINNIS, 2007, p. 214). Diante desse pluralismo irredutível, ou se desiste da ideia de direitos humanos, ou se cria um falso ambiente em que a concordância supostamente é possível, mascarando o peso de determinados participantes (Estados) frente a outros. Em ambos os casos, os direitos humanos se tornam um tipo de retórica do poder². (Machado e Pinheiro, 2020, p. 256)

*con los atributos del ser humano o con su dignidad; y por eso también, las declaraciones y pactos internacionales sobre esos derechos insisten reiteradamente en que los posee todo hombre **con independencia de cualquier condición***. (Hervada, 1993, pp. 464-465).

2. A retórica de poder pode se manifestar também nos tribunais: “*Si los derechos son “reconocidos”, la decisión respecto de su titularidad no puede quedar en manos de nadie. Dicho con otras palabras, dotar al Estado o a un tribunal de competencia para decidir si un ser humano es o no titular de derechos humanos equivale a conferirle competencia para violar no uno u otro derecho, sino todos en su conjunto*”. (Beuchot e Saldaña, 2000, p. 35).

A alternativa convencional – tentar erigir uma base comum a partir da qual debater sobre a prática dos direitos humanos – pretende não tocar na questão do fundamento a fim de que as divergências não interrompam o debate. Mas “*El que no haya acuerdo en moral, y haya tantas escuelas éticas no cancela la posibilidad de que haya filosofía moral*”. (Beuchot e Saldaña, 2000, p. 17). O mero desacordo não é evidência suficiente para concluir que (I) a questão pelo fundamento dos direitos humanos deva ser abandonada pela prática, já que (II) ou não há fundamento sólido para tais direitos ou semelhante fundamento não pode ser conhecido. A dificuldade ocasionada pelo desacordo na verdade acaba por deslocar a questão. Ao invés de perguntar pelo fundamento dos direitos humanos, parte-se da hipótese de que é necessário um acordo mínimo para que a discussão seja iniciada. Essa necessidade, por sua vez, tenta evitar qualquer explicação de fundamento metafísico para os direitos humanos. Por quê? O motivo é que, outra vez, não haveria acordo mínimo suficiente sobre um fundamento metafísico – venha de que vertente vier. O receio não leva em consideração o fato de que a recusa por um fundamento metafísico para os direitos humanos é, ela mesma, metafísica:

A metafísica consiste na teoria do ser. Ela pretende determinar o fundamento último ou absoluto de tudo o que se apresenta à consideração do sujeito cognoscente. Como todos possuem uma certa concepção da estruturação do real, todos supõem uma metafísica, que permanece na maior parte das vezes inarticulada, e em alguns casos, é ingenuamente negada. (Barzotto, 2010, p. 48)

Na sua concepção analógica dos direitos humanos, Barzotto (2010) constata a insuficiência da dogmática jurídica moderna e, em seguida, apresenta a tese – centrada no realismo clássico – que entende explicar melhor a titularidade tanto do direito quanto do dever dos direitos humanos. O objetivo, aqui, não é repetir a tese do autor, mas verificar um aspecto do seu argumento: visões diferentes sobre os direitos humanos são acompanhadas de visões diferentes sobre quem é a pessoa humana e, neste caso, sobre o que a ela é devido. Se, por um lado, o idealismo reduziu o ser humano ao indivíduo racional (ibid.), por outro, o empirismo “[...] considera como

real somente o fático, o dado” (ibid., p. 50) de tal modo que o ser humano é produto de contingências históricas. O raciocínio de Barzotto procurou demonstrar que ambas perspectivas são metafísicas, pois sustentam visões sobre toda a estrutura da realidade, inclusive o ser humano. O autor, então, recoloca o problema ao se perguntar, em sua concepção analógica dos direitos humanos, quem é a pessoa humana (ontologia). Ele coloca esta pergunta em primeiro plano; seu recurso argumentativo é o de mostrar que a pergunta antropológica está presente nas diversas teorias dos direitos humanos ainda que permaneça implícita.

Barzotto não resolve – e nem tenta resolver – o problema da discordância quanto ao fundamento metafísico. Ele mostra que o fundamento metafísico continua presente mesmo quando é negado. Menciona que a palavra “metafísica” acabou por se tornar “[...] pouco mais do que uma injúria na filosofia contemporânea [...]” (ibid., p. 48) e, em seguida, apresenta o conceito já citado. A negação da metafísica – seja por oposição ou pela tentativa de pô-la de lado – é uma disposição intelectual ou um hábito mental que revela um aspecto da cosmovisão moderna e contemporânea. “A forma de qualquer sociedade descansa ultimamente sobre sua filosofia, sobre sua forma de ver o universo, sobre seu julgamento dos valores morais: isto é, na prática, sobre sua religião”³ (Belloc, 1993, p. 14; tradução nossa). As estruturas e o modo de pensar de uma sociedade, portanto, são consequências de sua visão de mundo – consciente ou não. Assim prossegue Belloc:

Pois quer chame sua filosofia pelo nome de ‘religião’ ou não, na prática é em algum tipo de religião que a filosofia de qualquer sociedade acaba caindo. A fonte última da forma social é a disposição da mente, e no coração de cada cultura estão um credo e um código de moral: expressos ou pressupostos⁴. (Ibid.; tradução nossa)

3. “*The form of any society ultimately depends upon its philosophy, upon its way of looking at the universe, upon its judgment of moral values: that is, in the concrete, upon its religion*”.

4. “*For whether it calls its philosophy by the name of ‘religion’ or no, into what is, in practice, a religion of some kind, the philosophy of any society ultimately falls. The ultimate source of social form is the attitude of the mind, and at the heart of every culture is a creed and code of morals: expressed or taken for granted*”.

Deixar o fundamento metafísico – e a pergunta sobre quem é o ser humano – de lado não faz com que desapareça nem tira sua importância. Semelhante disposição revela o credo e o código de moral de que falou Belloc. Ignorar o fundamento metafísico supõe (I) que ele não existe ou (II) que ele não pode ser conhecido pela razão humana. Qualquer dessas possibilidades será uma posição metafísica e levará consigo alguma concepção – de novo, implícita ou explícita – sobre quem é o ser humano, ainda que a resposta seja que não se pode saber com precisão quem é o ser humano. Por isso, a concentração no “como” ao invés de no “porquê”: o “como” é acessível, compartilhável e seus resultados, especialmente o progresso técnico⁵, podem ser vistos:

Essa amostra implacável de boa vontade ser para nos distrair do fato de que já não acreditamos nas capacidades da razão humana para conhecer a verdade; já não acreditamos que a verdade possa ser algo maior do que a matéria crua e intratável que procuramos controlar em nome do conforto corporal; nós começamos a suspeitar, por assim dizer, que se o silêncio cair sobre nossa mente e nossos corações por um momento, podemos despertar e descobrir que o mundo e nós mesmos estamos carentes de sentido. (Wilson, 2017, p. 321; tradução nossa)⁶

O argumento, aqui, é de que a descrença, por assim dizer, na capacidade da razão humana de conhecer a verdade tornou-se uma disposição prévia – uma filosofia ou cosmovisão anterior – que informa posturas sobre a realidade de maneira ampla e, no caso do tema desta pesquisa, sobre os direitos humanos especificamente. O “como”, agora entendido enquanto

5. “*The story of technology receives such deference just because we confuse the power it provides with reason; it must be good, it must be a testimony to some kind of human greatness; its fruits lie all around us. It provides a meaningful narrative to a society otherwise lacking, and it makes us think we are rational gods, when in fact we are superstitious slaves*”.

6. “*This relentless hum of good will serves to distract us from the fact that we no longer believe in the capacities of human reason to know the truth; we no longer believe the truth could be anything greater than the crude, intractable matter we seek to control in the name of bodily comfort; we begin to suspect, as it were, that if silence should fall upon our mind and our hearts for a moment, we might awaken to discover the world and ourselves are alike devoid of meaning*”.

método, é um meio seguro para atingir resultados, mas não para conhecer a verdade. Em sentido contrário, Wilson escreveu que a maneira pela qual a razão “[...] chega à forma da verdade é mera questão de método, mas é a visão da verdade tornada presente na alma o que realmente importa”. (ibid., 316; tradução nossa)⁷.

O que a postura de Finnis e sua concepção dos direitos humanos têm a ver com esta discussão? Embora sua perspectiva tenha sido resumida, ele ainda não foi mencionado nesta seção. Um dos motivos desse desaparecimento é que, em sua obra, Finnis pondera algumas das constatações feitas aqui. O outro motivo para não o mencionar até agora é que ele, divergindo da cosmovisão moderna e contemporânea, filia-se a uma corrente para a qual a razão humana é capaz de conhecer a verdade e guiar a vontade por ela.

Os bens humanos básicos, apreendidos pelo intelecto prático como razões últimas para ação, são medidas objetivas para aspectos do florescimento humano nos quais se podem enraizar os direitos humanos.

Finnis, no entanto, não parte da ontologia. Ele não começa com um argumento distintivo acerca de quem é o ser humano, mas não se pode dizer que essa pergunta não importa para a sua perspectiva. Como não importaria *quem* é o ser humano quando é do seu florescimento que se está a tratar? Por estar inserido no debate da tradição analítica, Finnis sabe que começar pela ontologia dificultaria, ainda que não invalidasse, o seu argumento. Então, ele resgatou a prioridade epistemológica para entender quais são os fins últimos da ação e os aspectos do florescimento humano. Finnis não começa pela ontologia, tampouco dispensa a metafísica.

A prioridade epistemológica, discutida num contexto em que a metafísica é deixada de lado por qualquer das duas razões mencionadas, pode servir de ponte entre as concepções clássica e moderna sem que uma negue a outra *a priori*, antes de, ao menos, tentar examinar quais são suas respectivas premissas.

7. “How the reason arrives at the form of truth is a mere matter of method, but it is the vision of truth made present in the soul that truly matters”.

5 CONCLUSÃO

Este artigo não procurou analisar as concepções de direitos humanos de Raz e Finnis⁸. Para isso, seria necessário ir muito além das poucas referências citadas nas primeiras duas seções. Eles foram, na verdade, dois exemplos, dois pontos de partida para outra discussão que envolve os direitos humanos.

As ideias e os conceitos que as encarnam não são isolados nem descontextualizados; eles têm sentido tanto no contexto em que são aplicados quanto nas circunstâncias em que tiveram origem. A história das ideias não é um empreendimento vão. Isso fica ainda mais claro quando os mesmos conceitos – direitos humanos, por exemplo – são usados para defender ideias mutuamente excludentes. Em tais casos, é necessário examinar quais são as premissas dos debatedores, ou seja, o que eles entendem serem os conceitos empregados.

Em se tratando dos direitos humanos, a dificuldade para encontrar tanto o conceito quanto seu fundamento fizeram com que alguns pesquisadores preferissem se concentrar na prática atual dos direitos. Fundamentá-los metafisicamente poderia fazer o problema aumentar ao invés de esclarecer os termos do debate.

No entanto, conforme tratado neste artigo, ignorar ou contestar a metafísica é também uma postura metafísica; uma postura que indica a disposição intelectual moderna e contemporânea. Semelhante postura reverbera diretamente nos direitos humanos porque, antes disso, já indica uma ideia de quem seja o ser humano e de quais capacidades tem (ou não) a razão humana. Talvez, seja este o momento para, ao invés de fugir da metafísica, retomar a sua discussão baseada na verdade ou falsidade – e não no mero consenso.

8. Essa análise foi feita por Machado e Pinheiro (2021).

REFERÊNCIAS

- BARZOTTO, Luis Fernando (2010). *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- BELLOC, Hilaire (1993). *Survivals and new arrivals*. Charlotte, Tan Books.
- BEUCHOT, Mauricio e SALDAÑA, Javier (2000). *Derechos humanos y naturaleza humana*. Cidade do México, Unam.
- CIANCIARDO, Juan (2020). *La cultura de los derechos humanos: razón, voluntad, diálogo*. Cidade do México, Unam. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6272-la-cultura-de-los-derechos-humanos-razon-voluntad-dialogo>. Acesso em: 14 mar. 2022.
- FINNIS, John (2007). *Direito natural em Tomás de Aquino*. Tradução de Leandro Cordioli. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.
- FINNIS, John (2011). *Natural law and natural rights*. 2 ed. Nova York, Oxford University Press.
- FINNIS, John (2015). Grounding human rights in natural law. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 60, pp: 195-225.
- HERVADA, Javier (1993). “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”. In: HERVADA, Javier. *Escritos de derecho natural*. 2 ed. Pamplona, Eunsu, pp. 450-469.
- MACHADO, Ayrton Borges (2021). *Os direitos humanos segundo John Finnis e as críticas desde as concepções tomistas e não tomistas internas à tradição do direito natural clássico*. Dissertação de mestrado em Direito. Belém, Universidade Federal do Pará.
- MACHADO, Ayrton Borges e PINHEIRO, Victor Sales (2020). “A autoridade dos direitos humanos entre bens básicos e autonomia: o debate filosófico da teoria da lei natural de Finnis com o positivismo liberal de Joseph Raz”. In: PINHEIRO, Victor Sales (coord.). *A filosofia do direito natural de John Finnis: conceitos fundamentais*. v. 1. Rio de Janeiro, Lumen Juris, pp. 237-268.
- MONTORO, André Franco (2011). “Significação da filosofia no contexto brasileiro”. In: POZZOLI, Lafayette e ALVIM, Marcia Cristina de Souza (orgs.). *Ensaio sobre filosofia do direito: dignidade da pessoa humana, democracia, justiça*. São Paulo, Educ/Fapesp, pp. 121-158.

- MUNCK, Gerardo L. (2015). Building democracy...which democracy? Ideology and models of democracy in post-transition latin america. *Government and Opposition*, v. 50, n. 3.
- PINHEIRO, Victor Sales (2021). *A crise da cultura e a ordem do amor: ensaios filosóficos*. São Paulo, É Realizações.
- POLLMANN, Arnd (2008). “Derechos humanos y dignidad humana”. In: REÁTEGUI, Félix (org.). *Filosofía de los derechos humanos: problemas y tendencias de actualidad*. Lima, Universidad Católica del Perú, pp. 21-29.
- POZZOLI, Lafayette (2001). *Maritain e o direito*. São Paulo, Loyola.
- RAZ, Joseph (2010). “Human rights without foundations”. In: BESSON, Samantha e TASIOLAS, John (org.). *The philosophy of international law*. Oxford, Oxford University Press, pp. 321-337.
- RAZ, Joseph (2018). “On Waldron’s critique of Raz”. In: ETINSON, Adam (org.). *Human rights: moral or political?* Oxford, Oxford University Press, pp. 139-144.
- TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes e RODRIGUES, Gabriel Costa Val (2018). O conceito de direitos humanos: ortodoxo ou político? *Espaço Jurídico Journal of Law (EJLL)*, vol. 19, n. 3.
- WALDRON, Jeremy (2018). “Human rights: a critique of the Raz/Rawls approach”. In: ETINSON, Adam (org.). *Human rights: moral or political?* Oxford, Oxford University Press, pp. 117-138.
- WILSON, James Matthew (2017). *The vision of the soul: truth, goodness, and beauty in the western tradition*. Washington, D. C, The Catholic University of America Press.

Posfácio

SILVIA CARLOS DA SILVA PIMENTEL

I

Pretendo escrever este posfácio em forma de carta dirigida a vocês, colegas do Departamento de Teoria Geral do Direito, que escreveram os textos que compõem este livro aos colegas de outros departamentos de nossa Faculdade de Direito e de toda a nossa Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), bem como a todos os colegas professores e estudiosos do Direito; carta dirigida também aos alunos, que encontrarão na leitura deste livro um panorama plural em que se apresentam múltiplas perspectivas de compreensão do fenômeno jurídico, todas nos oferecendo subsídios e propondo reflexões e elaborações pessoais.

Os vários *Ensaaios sobre Filosofia do Direito, Dignidade da Pessoa Humana, Democracia, Justiça* apresentam uma unidade já sinalizada em seu próprio título e que se concretiza no desenvolvimento dos vários textos.

Arriscaria dizer que a escolha do nome deste livro deveu-se não apenas à vontade pessoal de seus organizadores, mas, com certeza, mais ainda ao espírito e visão jurídica de seus autores, todos membros do Departamento I. Quero salientar quão interessante é observar o denominador comum de todos esses professores: o seu compromisso com os valores da Justiça, da Democracia e dos Direitos Humanos.

Esse fato explica ser André Franco Montoro o seu grande patrono inspirador, luz sempre presente nas aulas de seus professores, em suas obras teóricas, atuações práticas, acadêmicas, políticas e sociais e, especificamente,

nas reuniões do Departamento, em que é sempre citado como o modelo de pessoa que dedicou sua vida a lutar pela Dignidade da Pessoa Humana, Democracia e Justiça.

É consabido que a crescente positivação do Direito, exigida pela ascensão da burguesia e construção do Estado Moderno, levou à construção do positivismo jurídico, teoria que balizou o famoso reducionismo jurídico, passando o direito a significar a pura norma. Essa norma, fruto do monopólio estatal, seria a única entidade a estabelecer os parâmetros do que seria justo/injusto, lícito/ilícito.

O princípio metodológico de Kelsen foi o de excluir do estudo da ciência do direito tudo quanto não pertence ao seu objeto de estudo, que, para ele, é tão somente a norma. Considerando estranhos elementos outros, tais como valores e fatos sociais, fez questão de explicitar sua consideração por ciências que os estudam, mas que não devem se confundir com a Teoria do Direito, que busca, simplesmente, responder à questão: o que é e como é o direito – e não como deve ser o Direito. Buscou fazer ciência do direito e não política do direito, como deixou bem claro logo na primeira página da *Teoria Pura do Direito*. O próprio Kelsen afirma que a norma constitui valores e que somente aqueles valores por ela constituídos são valores jurídicos.

Costumo “brincar” com meus alunos que os seguidores da teoria kelseniana foram “mais realistas do que o rei”, expressão antiga que aprendi com minhas avós. De fato, expandiram o recorte metodológico do grande autor, aí sim realizando um verdadeiro reducionismo do direito que teve por consequência o nefasto apartamento dos valores em relação ao direito.

Mesmo anteriormente ao positivismo kelseniano, muitas vozes se levantaram contra interpretações exegéticas da letra da lei, que encontraram no Código Civil Napoleônico um solo muito propício para tal.

Mas o positivismo jurídico encontrou, em meados do século XX, com repúdio internacional ao Holocausto, na Alemanha nazista, o grande elemento propulsor de uma crítica contundente a uma visão reducionista do direito que pretendeu separar/alijar elementos essenciais que compõem o fenômeno jurídico, tais como os valores e a realidade social. A Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, e as obras notáveis de Recaséns

Siches, Chaim Perelman, Theodor Viehweg e André Franco Montoro, entre várias outras, contribuíram de maneira crítica e construtiva a que, paulatinamente, fosse atenuada/superada essa posição teórica.

O advento das constituições contemporâneas, que incluiu grande leque de valores em seu texto normativo, representou o advento de teorias com características e questionamentos novos e instigantes. Mas importa registrar que o tema dos valores, hoje privilegiadamente tratados como princípios, continua na pauta de debates críticos, construtivos, brilhantes, tais como os realizados por Robert Alexy, Luis Roberto Barroso, entre outros.

Mesmo sendo a dignidade da pessoa humana o cerne e o núcleo de sentido dos vários ordenamentos jurídicos ocidentais, a discussão é ainda relevante e necessária, muito especialmente no momento da aplicação do direito, quando se torna imprescindível a interpretação das normas.

“Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e nunca unicamente como um meio, [...]”, imperativo kantiano que nos é apresentado logo no primeiro texto, pavimenta lindamente os estudos e as reflexões que se seguem, como a do próprio autor quando se refere à “[...] formação de uma consciência sobre a Dignidade que vem sendo paulatinamente integrada à sociedade brasileira, tão carente da prática efetiva de valores humanitários”.¹

II

Como, pelo menos para mim, não poderia deixar de constar neste livro manifestação própria sobre a dignidade humana das mulheres, encaminho breves reflexões a respeito.

Faz parte integrante do processo civilizatório, no marco dos valores de igualdade, respeito, equidade, diversidade e justiça social, a promoção da igualdade de gênero e da autonomia das mulheres.

1. Pozzoli e Alvim (2011, p. 31, 43).

Essa luta é paradigmática do século XX, mas permanece como grande desafio para o século XXI. Há inequívocos avanços, mas grandes ainda são os obstáculos que impedem a igualdade entre os sexos, tanto na esfera privada como na esfera pública: no agir da família, da comunidade e do Estado.

Essa é uma tarefa nada fácil, que envolve a modificação de padrões socioculturais de condutas de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres – o que inclusive está previsto no artigo 5º da Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Cedaw).

O redimensionamento dos papéis sociais da mulher e do homem na família é condição de igualdade de gênero e autonomia das mulheres. As feministas buscam contribuir para a construção de modelos de família em que o respeito deve ser o grande valor estruturante e, assim, criticam o modelo de família patriarcal machista e desigual.

O conceito de direitos humanos é uma construção histórica que vem sendo elaborada e refinada principalmente ao longo das últimas décadas.

Nós, mulheres, estamos conscientes de que o desequilíbrio de poder no que diz respeito à questão de gênero é o fator responsável pela opressão e subalternidade da grande maioria das mulheres do mundo e de que a superação desse desequilíbrio é a condição essencial para que a mulher tenha respeitados seus direitos. Sem as mulheres os direitos não são humanos.

O movimento internacional pelos direitos das mulheres tem privilegiado três questões centrais: a discriminação contra a mulher, a violência contra a mulher e os direitos sexuais e reprodutivos. Nessa atuação, procura-se levar em conta uma perspectiva de raça e etnia. Relevantes documentos internacionais oferecem suporte jurídico e político a esse esforço, valendo mencionar a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, de 1979 – Cedaw, em sua sigla em inglês e como é conhecida –, a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra as Mulheres (ONU, 1979), Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (OEA, Convenção de Belém do Pará, 1994), Plataforma de Ação e Declaração da Conferência do Cairo sobre

População e Desenvolvimento (ONU, 1994), Conferências Internacionais de Copenhague e Beijing (ONU, 1995) e Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas (ONU, Durban, 2001). Tais plataformas indicam metas que também devem ser alcançadas neste milênio.

Finalizaria este posfácio insistindo sobre a relevância do fortalecimento de estratégias para transformar uma cultura jurídica tradicionalmente positivista e formalista em uma cultura jurídica comprometida com os princípios basilares dos direitos humanos e da justiça social. É importante uma atenção especial aos estereótipos e preconceitos de gênero que permeiam a educação jurídica e que têm consequências prejudiciais às mulheres nas atuações dos operadores do direito, em geral, e muito especialmente do Poder Judicial. É importante, também, estabelecer medidas especiais que ampliem o acesso das mulheres à justiça.

É importante, com especial ênfase na perspectiva de gênero, trabalhar a ideia de direitos humanos como um processo de globalização jurídica potencialmente capaz de fazer frente aos efeitos perversos da globalização neoliberal econômica, da intensificação dos fundamentalismos políticos e religiosos, do militarismo, do intervencionismo e do racismo.

A globalização dos direitos humanos é a única luz e esperança para enfrentar esta crise contemporânea.

REFERÊNCIAS

- ONU-CEDAW (1979). Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf. Acesso em: 16 dez 2022.
- POZZOLI, Lafayette e ALVIM, Marcia Cristina de Souza (2011). *Ensaio sobre filosofia do direito: dignidade da pessoa humana, democracia, justiça*. São Paulo, Educ.

Sobre os autores

Alan E. Vargas Lima

Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional – Sección Nacional (Bolivia), del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica (LATIN IURIS – Bolivia), y de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales (ASDEFUN – Bolivia). Miembro de Honor del Consejo Académico de la Sociedad Filosófica y Estado Constitucional APEX IURIS (Perú); Subdirector del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales CIIJUS (México) – Capítulo Bolivia; Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional AAJC (Argentina), de la Asociación Juristas de Iberoamérica (ASJURIB); y Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. Profesor invitado a nivel de pregrado y posgrado en varias universidades bolivianas. Autor de diferentes libros sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos. E-mail: alanvargas4784@gmail.com; Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6372-7870>.

Álvaro de Azevedo Gonzaga

Livre-docência em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2017. Pós-Doutorado em História das Ideias Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa (2013), Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos – Direito, Política, História e Comunicação pela Universidade de Coimbra (2015) e

Pós-Doutorado em História dos Povos Indígenas pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), 2021. Doutor (2011) e mestre (2007) em Filosofia do Direito e do Estado e graduado em Direito pela PUC-SP (2004). Graduado em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP), 2008. Professor da graduação e professor permanente do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito (PPGD) da PUC-SP, tanto no mestrado como no doutorado. Professor *visiting schollar* da Universidade de Coimbra no Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC/CDH). Representa a PUC-SP no Comitê Intersetorial de Assuntos Indígenas do Governo do Estado de São Paulo. Já desenvolveu projetos com organismos relevantes como o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) na representação América Latina, Ministério da Justiça (MJ), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advoga na área dos Direitos Humanos, tendo sido coordenador do Escritório Modelo da PUC-SP, responsável pela área de projetos sociais, coordenando uma equipe de advogados populares no atendimento de dezenas de comunidades e milhares de famílias em situação de vulnerabilidade. Foi um dos 100 homenageados no Centenário de Dom Paulo Evaristo Arns e do educador Paulo Freire. Atualmente é vice-coordenador da área de Filosofia do Direito no PPGD da PUC-SP. E-mail: algonzaga@pucsp.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4051-0748>.

André Luiz Freire

Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. *Doctor of Juridical Sciences* (S.J.D.) pela University of Virginia – School of Law, na área de Filosofia do Direito. Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. *Master of Laws* (LL.M.) pela University of Virginia – School of Law. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra – Ius Gentium Conimbrigae. Sócio do Mattos Filho, prática de Infraestrutura. Membro do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Membro do Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP). E-mail: alfreire@pucsp.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8450-8570>.

Celso Fernandes Campilongo

Graduado em Direito (1980) pela Universidade de São Paulo (USP). Mestrado (1987) e doutorado (1991) em Direito pela USP. Livre-docente (1999) pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Titularidade (2011) pela Faculdade de Direito da USP. Atualmente, é professor titular da Faculdade de Direito da USP, professor assistente-doutor pela (PUC-SP), diretor eleito da Faculdade de Direito da USP (mandato de março de 2022 a fevereiro de 2026), coordenador reeleito do Núcleo de Teoria e Filosofia do Direito do Programa de Pós-Graduação da PUC-SP (2021-2023) e coordenador acadêmico dos grupos de extensão universitária Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (SAJU-USP: SAJU-Frente Cidade e SAJU-Frente Cooperativas Populares), Núcleo de Estudos em Concorrência e Sociedade- <https://necsousp.com> (Necso) e Núcleo de Direito à Cidade (Departamento Jurídico XI de Agosto). Coordenador geral da Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, juntamente com os professores André Luiz Freire e Álvaro de Azevedo Gonzaga <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/>. Atua com ensino e pesquisa nas áreas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica. Orienta trabalhos acadêmicos, principalmente, nas áreas: Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica e Teorias Sociais do Direito, Teoria dos Sistemas, Teoria do Direito Econômico, Direito Notarial e Registral, Arbitragem, Direito Sanitário. É diretor e membro fundador do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (Cepedisa) da USP. É membro das Academias Brasileiras de Direito Notarial e Registral. É Associado Honorário do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi). É membro do Colégio de docentes do Programa de Doutorado Direito e sustentabilidade da Università del Salento (Itália). Foi conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (2000-2002) e secretário-executivo do Ministério da Justiça (2002). E-mail: celso@campilongo.com.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4271-3979>.

Cláudio De Cicco

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP (1963); Mestre em Teoria da Comunicação pela Escola de Comunicações e Artes (ECA) da USP (1974); Doutor em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito (1979) e livre-docente em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da USP (1985); Professor associado em Filosofia do Direito pela USP (1987); Mestre em Teoria Geral do Estado (19945) e doutor em Filosofia do Direito (1995) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) Leciona, desde 1979, na Faculdade Paulista de Direito da PUC-SP, no curso de graduação, Teoria Geral do Estado e Ciência Política e, no curso de Pós-Graduação *stricto sensu*, Teoria Geral do Direito e do Estado e Filosofia do Direito. É autor de vários artigos e livros sobre os temas de história do direito, história do pensamento jurídico, história das ideias políticas, ética e história da cultura social e jurídica nas seguintes revistas: *Revista Brasileira de Filosofia* (IBF); *Revista Thesis* da Faculdade Cantareira de São Paulo); *Revista Letrado* do Instituto dos Advogados de São Paulo. E-mail: ccicco@pucsp.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8105-4681>.

Dirce Trevisi Prado Novaes

Possui doutorado em Ciências Sociais na área de concentração Sociologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2021. Mestrado em Direito na área Direito das Relações Sociais pela PUC-SP (2004) e em Enfermagem pela Escola de Enfermagem da Universidade de São Paulo USP (1978). Tem experiência nas áreas de Enfermagem Obstétrica e Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, e atuação na Ministério Público do Trabalho – Procuradoria do Trabalho da 2ª Região. Atualmente, é voluntária do Centro de Estudos Migratórios da Missão Paz, colaboradora de revisão da revista *Travessia* e pesquisadora de migração internacional de mulheres e famílias. E-mail: dirce.trevisi@gmail.com; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5604-3128>.

Dora Nogueira Porto

Possui graduação em Ciências Sociais (1966), mestrado em Psicologia Social (1985) e doutorado em Ciências Sociais (2005) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Atualmente, é professora titular da PUC-SP nas disciplinas Sociologia Geral e Jurídica, Economia e Boa-fé, atuando principalmente nos seguintes temas: construção e desconstrução, águas, representação social, mananciais e urbanização. A boa-fé e sentimentos morais atuam também como elo entre abordagens jurídicas e econômicas. E-mail: doraporto@uol.com.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8146-7408>.

Fernando Rister de Sousa Lima

Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor permanente da Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: frslima@pucsp.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6345-4147>.

Gilmar Siqueira

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (Univem). E-mail: gilmarsiqueira126@gmail.com; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0042-4984>.

Ida Raichtaler do Valle

Possui graduação em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1964) e mestrado em Ciências Sociais e Estudo do Desenvolvimento pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (1983). Tem experiência na área de Sociologia, com ênfase em Sociologia do Desenvolvimento. Atualmente, é professora assistente mestre titular nas áreas de Sociologia Geral e Jurídica e Introdução à Economia na Faculdade

de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e doutoranda em Ciências Sociais na PUC-SP. E-mail: irvalle@pucsp.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0749-9329>.

Ilton Garcia da Costa

Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Administração pelo Centro Universitário Ibero-Americano, matemático, advogado, pesquisador e professor do doutorado, mestrado e graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp), professor da Pós-Graduação *lato sensu* da Universidade Federal do Mato Grosso – Unisvela e da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Avaliador institucional e de cursos do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais do Ministério da Educação e Cultura, especialista em formação profissional (Alemanha) e em finança pela Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado. Participou do conselho fiscal do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, secretário adjunto de educação e diretor executivo do Instituto de Previdência do Município de Ourinhos (SP), membro do comitê de área da Fundação Araucária de Apoio à Pesquisa do Estado do Paraná e do comitê de avaliação da Lei de incentivo ao esporte do Estado de São Paulo. Presidente da comissão de estágio e vice-presidente da comissão de ensino jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, coordenou o curso de Direito da Faculdade Anchieta São Bernardo do Campo – Anhanguera, participou do conselho fiscal, diretor e coordenador do curso de Direito da Universidade Ibirapuera. Diretor superintendente de planejamento e controles do Banco Crefisul – BAQ. É membro do conselho editorial da editora da Uenp e líder do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organização Sociais (GpCertos), cadastrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. E-mail: iltoncosta@uenp.edu.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0093-161X>.

Lafayette Pozzoli

Advogado, professor na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), onde foi chefe de gabinete. Foi pró-reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão, coordenador do mestrado em Direito e professor no Centro Universitário Eurípides de Marília (Univem). Possui graduação, mestrado e doutorado em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Pós-Doutorado pela Universidade La Sapienza, Roma. Líder do Grupo de Pesquisa GEDs – Direitos Fundamentais à Luz da Doutrina Social (PUC-SP). Editor da revista *DD&EM* da Faculdade de Direito da PUC-SP. Avaliador para cursos de Direito no Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira do Ministério da Educação (Inep/MEC). Temas de pesquisa, entre outros, as Agendas da Organização das Nações Unidas (ONU) – 2030/2045. E-mail: lafayette@pucsp.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7512-7549>.

Lucas Fucci Amato

Advogado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), é livre-docente, pós-doutor e doutor (com louvor) em Direito (Filosofia e Teoria Geral do Direito) e bacharel em Direito (*summa cum laude*), com iniciação científica em Teoria Geral do Estado. Estágio doutoral “sanduíche” como Visiting Researcher na Harvard Law School, Estados Unidos, e estágio pós-doutoral na University of Oxford, Inglaterra (Academic Visitor no Oxford Centre for Socio-Legal Studies). Indicação aos Prêmios Tese Destaque USP, Fundação Bunge Juventude (Teoria Geral do Direito) e Jovem Jurista. Foi pesquisador associado de projeto regular da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp), da qual foi bolsista com dedicação exclusiva no doutorado direto, nos estágios doutoral e pós-doutoral de pesquisa no exterior e na iniciação científica. Na Faculdade de Direito da USP é professor colaborador e coorientador credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito, lecionando Sociologia da Constituição e Coerção na Teoria do Direito: de Hart a Schauer. Foi também professor doutor (colaborador III) do Departamento de Filosofia e

Teoria Geral do Direito, lecionando na graduação as disciplinas: Introdução ao Estudo do Direito, Introdução Histórica à Moderna Teoria do Direito, Lógica e Metodologia Jurídica, Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica, Leituras Avançadas de Filosofia e Teoria do Direito I, História das Ideias Políticas no Brasil, Sociologia da Constituição. Professor e coordenador do Núcleo Temático de Filosofia e Sociologia do Direito e colaborador do Núcleo de Teoria do Direito da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, seção São Paulo (ESA/OAB-SP). Foi professor de pós-graduação *lato sensu* nas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (Direito Empresarial), na Fundação Universitas da Universidade do Estado do Amazonas (Direito Constitucional) e na Escola de Direito do Brasil – EDB (Metodologia da Pesquisa Científica e Didática do Ensino Superior). Na EDB e no IDP-SP, foi coordenador de atividades complementares, presidente da comissão própria de avaliação e docente das disciplinas de graduação: Sociologia e Antropologia Jurídica, Filosofia e História do Direito, Oficina Jurídica: Pesquisa em Direito e Oficina Jurídica: Manejo de Legislação e Jurisprudência. Autor dos livros *Construtivismo jurídico: teoria no direito*; *Inovações constitucionais: direitos e poderes*; *Propriedade desagregada e empreendedorismo democrático: instituições da economia de mercado e formas jurídicas do capital*; *Direito, cultura e direitos*; *Constitucionalização corporativa: direitos humanos fundamentais, economia e empresa*; *Fake news e eleições*; *Teoria geral do direito: uma introdução ao estudo do pensamento jurídico contemporâneo*. Coorganizador dos livros *Luhmann and Socio-Legal Research: an empirical agenda for social systems theory* (London, Routledge), *Teoria Crítica dos Sistemas? Crítica, teoria social e direito* e *World Societys Law: systems theory and socio-legal studies*. Coautor de *Gestão estratégica de fornecedores e contratos e outras obras*. Autor de artigos publicados em periódicos científicos e *anais* de eventos nacionais e internacionais, no Brasil, Estados Unidos e Europa. Pesquisa as interfaces entre direito, política e economia em temas como interpretação, argumentação e decisão jurídica; sociologia histórica do constitucionalismo brasileiro e comparado; direitos fundamentais e experimentalismo nas políticas públicas; arranjos societários e financeiros de propriedade empresarial; direitos humanos e pluralismo jurídico global. Seus trabalhos concentram-se nas áreas de Teoria do Direito (realismo

jurídico americano, *critical legal studies* e formalismo jurídico contemporâneo), Filosofia do Direito (republicanismo, liberalismo e pragmatismo) e Sociologia Jurídica (Weber e Luhmann). Membro dos grupos de pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq): Rede de Pesquisa Law and Social Systems (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE), Grupo de pesquisa sociojurídica (Faculdade de Direito-USP) e Teoria dos sistemas e crítica social da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da USP. E-mail: lucasfamato@gmail.com; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8923-8300>.

Lucas Galvão de Britto

Advogado. Mestre e doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da PUC-SP e do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (Ibet). E-mail: lgbritto@pucsp.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8969-4365>.

Luiz Sergio Fernandes de Souza

Mestre e doutor pela Universidade de São Paulo, professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Este artigo foi originalmente publicado na *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, edição 93, novembro/dezembro de 2019. E-mail: lsfsouza@pucsp.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3102-6353>.

Mara Regina de Oliveira

Mestre e doutora em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora assistente doutora na Faculdade de Direito da PUC-SP e professora doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: mararegi@terra.com.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9182-750X>.

Marcia Cristina de Souza Alvim

Doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenadora do curso de graduação em Direito e professora dos Programas de Pós- Graduação e Graduação em Direito da PUC-SP. Professora do programa de graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: maral@uol.com.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0058-7943>.

Nathalia Penha Cardoso de França

Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Internacional Público pela The Hague Academy of International Law. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Sistema de Justiça e Estado de Exceção da PUC-SP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da USP e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania da UPM. E-mail: nathaliapcofranca@gmail.com; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8744-9155>.

Renata da Rocha

Doutora e mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra (Portugal). Graduada em Direito e em Filosofia. Professora de Biodireito, Filosofia do Direito e Linguagem Jurídica da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professora de Biodireito e Bioética na Pós-Graduação em Direito Médico na Escola Paulista de Direito (EPD). Membro consultivo do Comitê de Bioética do Hospital do Coração (HCOR). Coordenadora do Curso de Extensão em Biodireito e Bioética: Dilemas Acerca da Vida Humana, oferecido pelo HCOR. Pesquisadora do Grupo Biodireito, Bioética e Biopolítica – Biós – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ).

Autora das obras *O direito à vida e a pesquisa científica em células-tronco: limites éticos e jurídicos* (Campus Elsevier, 2008) e *Fundamentos do biodireito* (Juspodivm, 2018). E-mail: profrenatarocha@gmail.com; Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2454-7476>.

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

Doutorando em Direito pela Universidade de Marília (Unimar) sob a orientação do prof. dr. Jonathan Barros Vita. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (Univem/Fundação), sob a orientação do prof. dr. Lafayette Pozzoli e coorientação do prof. dr. Ilton Garcia da Costa (Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP). Graduado em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro dos grupos de pesquisa: Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (GPCERTOS) e Políticas Públicas (UENP), ambos cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisas do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Organizador do livro e articulista de artigos, entre outros, *Fraternidade e Misericórdia – um olhar a partir da justiça e do amor*. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR. E-mail: rogeriocangussu@gmail.com; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5125-9018>.

Silvia Carlos da Silva Pimentel

Feminista desde meados da década de 1970. Professora doutora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), onde ministra as disciplinas Filosofia do Direito e a optativa Direito, Gênero e Igualdade. Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Direito, Discriminação de Gênero e Igualdade da PUC-SP. Integrante do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher da Organização das Nações Unidas (ONU) de janeiro de 2005 a dezembro de 2016, do qual foi presidente em 2011 e 2012. Cofundadora do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres, logo após a Conferência de Nairobi (1985), que encerrou a Década da Mulher – 1975/1985 promovida pela

ONU. Participante ativa dos novos webinários feministas, ferramenta criativa em tempos de pandemia da Covid-19, que tem enriquecido o diálogo feminista brasileiro. Autora de vários livros e artigos, integra várias organizações feministas históricas do país das quais foi cofundadora. E-mail: spimene tel@pucsp.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7171-5869>.

Vidal Serrano Nunes Júnior

Diretor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduado, mestre, doutor e livre-docente em Direito pela PUC-SP, onde é professor de Direito Constitucional. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo e autor de vários livros. E-mail: serranonunesjr@gmail.com; Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5897-7226>.