



# Filosofia do Direito e Direitos Humanos

## Organização

**Gustavo Barbosa de Mesquita Batista**

**Newton de Oliveira Lima**

**Raphael Silva Rodrigues**

**Ricardo Henrique Carvalho Salgado**



AENDRIA DE SOUZA DO CARMO MOTA SOARES ALEX JORDAN SOARES MONTEIRO MAMEDE AMANDA CRISTINA PACÍFICO ANA CAROLINA GONDIM DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA ANDRÉ LUNA CAIO LÍVIO SULPINO DANTAS EDJAELESON PEDRO DA SILVA EDUARDO SILVEIRA FRADE EMMANUEL PEDRO RIBEIRO FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA GABRIELLA DE MIRANDA HENRIQUES CAVALCANTE GUILHERME CAMARGO MASSAU GUILHERME CASTRO NUNES MESQUITA GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA HIAGO PEREIRA SILVA MOURA LEONARDO FERNANDES DOS ANJOS LIRTON NOGUEIRA SANTOS LUCIANO NASCIMENTO SILVA NARBAL DE MARSILLAC NEWTON DE OLIVEIRA LIMA PAULO AUGUSTO ALMEIDA DE OLIVEIRA RAFAELLA SILVEIRA SUCUPIRA DA COSTA RAPHAEL SILVA RODRIGUES RENATA PATRÍCIA OLIVEIRA NÓBREGA GAMBARRA RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO WALDEMAR DE ALBUQUERQUE ARANHA NETO

A presente coletânea reflete resultados de pesquisas desenvolvidas no âmbito de três importantes Grupos de Pesquisa que funcionam no PPGCJ: o Grupo **“Filosofia do Direito e Pensamento Político”**, liderado pelo Professor Dr. Newton de Oliveira Lima; o Grupo **“Neopragmatismo retórico, psicanálise e direitos humanos”**, liderado pelo Prof. Dr. Narbal de Marsillac, e o **NUPOD**, liderado pelo Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva e ainda pelo **PPGD da UFMG**, representado pelos professores doutores Ricardo Henrique Salgado e Raphael Silva. As contribuições observadas a partir do esforço acadêmico e científico representam conteúdos que aderem aos objetos de teses e dissertações orientadas junto ao programa e fortalecem reflexões e críticas discursivas para o desenvolvimento das respectivas pesquisas.



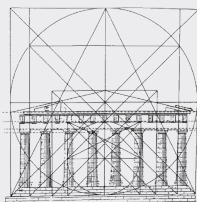
# **Filosofia do Direito e Direitos Humanos**



Ciência, Sistema, Teoria e Filosofia do Direito  
*Wissenschaft, System, Theorie und Philosophie des Rechts*

DGP / CNPq / UFPB / PRPGP-UEPB

Co-edição na © *Papel da Palavra*



## CONSELHO EDITORIAL CONSELHO CIENTÍFICO

Luciano Nascimento Silva (UEPB/UFPB)	Afrânio Silva Jardim (UERJ)
Artur Stamford da Silva (FDR/UFPE)	Anne Augusta Alencar Leite (UFPB)
Antônio Roberto Faustino da Costa (UEPB)	Carlos Wagner Dias Ferreira (UFRN)
Celso Fernandes Campilongo (USP/PUC-SP)	Dimitre Braga Soares de Carvalho (UFRN)
Diego Duquelsky (UBA)	Eduardo Ramalho Rabenhorsrt (UFPB)
Enrique Zuleta Álvarez (ANHRA/Argentina)	Fernando José Ludwig (UFT)
Gelanda Shkurtaç (Albania/Itália)	Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB)
Javier Espinoza de los Monteros (ANAHUAC/México)	Germano Ramalho (UEPB)
Fabio Saponaro (Unitelma Sapienza/Itália)	Glauber Salomão Leite (UEPB)
Giovanni Girelli (Università degli Studi Roma Tre)	Gonçalo N. C. S. de Melo Bandeira (IPCA/PT)
Jorge E. Douglas Price (UNCOMAHUE/Argentina)	Giovanna Truda (UNISA/IT)
Raffaele De Giorgi (UNISALENTO/Itália)	Guilherme de Azevedo ((IHU/UNISINOS)
Vincenzo Carbone (UNINT/Itália)	Heloisa Estellita (FGV/SP)
	Hilda Esperanza Zornosa Prieto (Externado/Colombia)
	Jonas Eduardo Gonzales Lemos (IFRN)
	Juliana Magalhães Neuwander (UFRJ)
	Luigi Di Viggiano (UNISALENTO/IT)
	Maria Creusa de Araújo Borges (UFPB)
	Maria Pina Fersini (FDUMA/ES)
	Maria Grazia Russo (UNINT/IT)
	Newton de Oliveira Lima (UFPB)
	Pierre Souto Maior C. Amorim (ASCES)
	Rodrigo Costa Ferreira (UEPB/UFRN)
	Rosmar A. R. C. de Alencar (UFAL)
	Roberto Dutra Torres Júnior (LGPP/UENF)
	Rômulo Rhemo Palitot (UFPB/UNIPE)
	Tiago Medeiros Leite (UNIFIP)
	Vincenzo Millitello (UNIPA/IT)





# ✖ Filosofia do Direito e Direitos Humanos



CAMPINA GRANDE  
1ª Edição | 2023

## Organização

**Gustavo Barbosa de Mesquita Batista**

**Newton de Oliveira Lima**

**Raphael Silva Rodrigues**

**Ricardo Henrique Carvalho Salgado**

AENDRIA DE SOUZA DO CARMO MOTA SOARES ALEX JORDAN SOARES MONTEIRO MAMEDE AMANDA CRISTINA PACIFICO ANA CAROLINA GONDIM DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA ANDRÉ LUNA CAIO LÍVIO SULPINO DANTAS EDJAELSON PEDRO DA SILVA EDUARDO SILVEIRA FRADE EMMANUEL PEDRO RIBEIRO FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA GABRIELLA DE MIRANDA HENRIQUES CAVALCANTE GUILHERME CAMARGO MASSAU GUILHERME CASTRO NUNES MESQUITA GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA HIAGO PEREIRA SILVA MOURA LEONARDO FERNANDES DOS ANJOS LIRTON NOGUEIRA SANTOS LUCIANO NASCIMENTO SILVA NARBAL DE MARSILLAC NEWTON DE OLIVEIRA LIMA PAULO AUGUSTO ALMEIDA DE OLIVEIRA RAFAELLA SILVEIRA SUCUPIRA DA COSTA RAPHAEL SILVA RODRIGUES RENATA PATRÍCIA OLIVEIRA NÓBREGA GAMBARRA RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO WALDEMAR DE ALBUQUERQUE ARANHA NETO



Copyright © 2023 Os organizadores

Todos os direitos e responsabilidades, reservados e protegidos pela Lei 9.610.  
É permitida a reprodução parcial desde que citada a fonte.



AUTORES NESTA OBRA:

Aendria de Souza do Carmo Mota Soares - Alex Jordan Soares Monteiro Mamede - Amanda Cristina Pacifico - Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira - André Luna - Caio Livio Sulpino Dantas - Edjaelson Pedro da Silva - Eduardo Silveira Frade - Emmanuel Pedro Ribeiro - Fernando Joaquim Ferreira Maia - Gabriella de Miranda Henriques Cavalcante - Guilherme Camargo Massaú - Guilherme Castro Nunes Mesquita - Gustavo Barbosa de Mesquita Batista - Hiago Pereira Silva Moura - Leonardo Fernandes dos Anjos - Lirton Nogueira Santos - Luciano Nascimento Silva - Narbal de Marsillac - Newton de Oliveira Lima - Paulo Augusto Almeida de Oliveira - Rafaella Silveira Sucupira da Costa - Raphael Silva Rodrigues - Renata Patrícia Oliveira Nóbrega Gambarra - Ricardo Henrique Carvalho Salgado - Waldemar de Albuquerque Aranha Neto.

*Editor literário:* Linaldo B. Nascimento

*Coedição:* **NUPOD Publicações**

*Supervisão geral:* PPGCJ UFPB

*Capa, projeto gráfico e diagramação:* Papel da Palavra

*Linha editorial:* papeldodireito



Produzido e registrado por © 2023 Agência Editorial **Papel da Palavra**  
Prefixo na Agência Brasileira desde 2015 | papeldapalavra.com  
CNPJ 23.325.026/0001-05

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD**

F488	Filosofia do Direito e Direitos Humanos / organizado por Gustavo Barbosa de Mesquita Batista; Newton de Oliveira Lima; Raphael Silva Rodrigues; Ricardo Henrique Carvalho Salgado – Campina Grande, PB : Papel da Palavra, 2023. 496 p. : 16cmx23cm
	Inclui bibliografia e índice. ISBN: 978-65-85626-19-4 (Impresso) ISBN: 978-65-85626-20-0 (Digital)
	1. Filosofia; Direitos humanos; 2. Direito; 3. Artigos acadêmicos. I. Título.
	CDD 340 CDU 34

Elaborado por Janaina Ramos – CRB-8/9166

**Índice para catálogo sistemático:**

1. Direito 340
2. Direito 34



Obra financiada pelo AUXPE CAPES PDPG Programas 3 e 4 referido no Contrato 8887.707760/2022-00 sobre a Coordenação do Professor Gustavo Barbosa de Mesquita Batista. Fica proibido qualquer tipo de comercialização da obra e estabelecida a distribuição online, pública e gratuita de sua versão digital.

“ *A injustiça que se faz contra um,  
é uma ameaça que se faz contra todos.*

— Charles-Louis de Secondat,  
Barão de Montesquieu





# SUMÁRIO

PREFÁCIO, **13**

PROF. DR. **RAPHAEL SILVA RODRIGUES**

PROF. DR. **RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO**

APRESENTAÇÃO, **15**

PROF. DR. **NEWTON DE OLIVEIRA LIMA15**

1 A CONDUTA E A CULPABILIDADE: ELEMENTOS PARA O  
DEBATE FILOSÓFICO-POLÍTICO DA TEORIA GERAL DO DELITO, **19**  
**GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA19**

2 A TEORIA GERAL DO DIREITO E O  
PROCESSO DE POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA, **43**  
**RAPHAEL SILVA RODRIGUES**  
**RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO**

3 A CENTRALIDADE DA VIDA HUMANA E A NOÇÃO DO  
CONCEITO DE “FORMA-DE-VIDA” EM GIORGIO AGAMBEN, **69**  
**AMANDA CRISTINA PACÍFICO**

4 PEDAGOGIA JURÍDICA E PARTICIPAÇÃO  
DEMOCRÁTICA NO BRASIL, **87**  
**CAIO LÍVIO SULPINO DANTAS**

5 O DIREITO À MORADIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
A PARTIR DA COLONIALIDADE DO PODER DE ANÍBAL QUIJANO, **112**  
**GABRIELLA DE MIRANDA HENRIQUES CAVALCANTE**  
**FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA**

6 O DIREITO DE RESISTIR AO DIREITO NO BRASIL:  
UM ESTUDO PRELIMINAR, **155**  
**EDJAELSON PEDRO DA SILVA**  
**NEWTON DE OLIVEIRA LIMA**

7 A DEFENSORIA PÚBLICA, O USO EMANCIPATÓRIO DO DIREITO  
E A EDUCAÇÃO JURÍDICA POPULAR, **172**  
**RENATA PATRÍCIA OLIVEIRA NÓBREGA GAMBARRA**  
**NEWTON DE OLIVEIRA LIMA**

8 CIDADANIA, ESTADO SOCIAL E SOLIDARIEDADE:  
POSSIBILIDADES E LIMITES DO VOLUNTARIADO, **192**  
**GUILHERME CAMARGO MASSAÚ**  
**ALEX JORDAN SOARES MONTEIRO MAMEDE**

9 CRÍTICA DO DIREITO LIBERAL EM HABERMAS E AS  
ESTRATÉGIAS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO MODELO DE  
RECONSTRUÇÃO DO DISCURSO POLÍTICO, **209**

**GUILHERME CASTRO NUNES MESQUITA**

**NEWTON DE OLIVEIRA LIMA**

10 PROCEDIMENTALISMO PURO E NEUTRALIDADE EM JOHN  
RAWLS: UMA ANÁLISE A PARTIR DE SUA TEORIA DA JUSTIÇA, **225**

**WALDEMAR DE ALBUQUERQUE ARANHA NETO**

11 A PROMOÇÃO DA ÁGUA COMO REQUISITO DE INCENTIVOS  
FISCAIS DE ICMS NO ESTADO DA PARAÍBA:  
ANÁLISE A PARTIR DA JUSTIÇA SOCIAL DE MICHAEL WALZER E DO

BEM COMUM DE ROBERT DAHL, **251**

**AENDRIA DE SOUZA DO CARMO MOTA SOARES**

**NEWTON DE OLIVEIRA LIMA**

12 O VALOR DO RESULTADO: PRAGMATISMO  
JURÍDICO E DECISÃO JUDICIAL, **280**

**LEONARDO FERNANDES DOS ANJOS**

13 ACEPTÕES DA LIBERDADE DE ISAIAH BERLIN  
EM HOBBS E ROUSSEAU, **316**

**ANDRÉ LUNA**

**NEWTON DE OLIVEIRA LIMA**

14 ÉTICA E DIREITO EM KANT: O PROBLEMA DO  
FUNDAMENTO MORAL DO DIREITO, **336**

**RAFAELLA SILVEIRA SUCUPIRA DA COSTA**

15 INFOCRACIA, RETÓRICA DEMOCRÁTICA E RETÓRICA  
ALGORÍTMICA: NARCISISMO E COLONIALISMO DIGITAL  
NOSSO DE CADA DIA, **354**

**EMMANUEL PEDRO RIBEIRO**

**NARBAL DE MARSILLAC**

16 O DIREITO INTERNACIONAL NA ANTESSALA DE ESPELHOS:  
IDENTIDADES COMUNS, AUTORIDADES SOBREPOSTAS E  
COMPLEXIDADE NO PLURALISMO JURÍDICO GLOBAL , **384**

**HIAGO PEREIRA SILVA MOURA**

**NEWTON DE OLIVEIRA LIMA**

17 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO  
BRASILEIRO: UMA CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE, **409**

**LIRTON NOGUEIRA SANTOS**

18 O OBSERVADOR E O GOVERNO DOS JUÍZES:  
SOCIOLOGIA, TEORIA E PRÁTICA DO DIREITO, **424**

**LUCIANO NASCIMENTO SILVA**

**ANA CAROLINA GONDIM DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA**

19 LIBERDADE RELIGIOSA E CIDADANIA:  
ENTRE A RAZÃO E A RELIGIÃO, **453**  
**PAULO AUGUSTO ALMEIDA DE OLIVEIRA**

20 OS VALORES NA FORMAÇÃO DO DIREITO E NA  
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, **465**  
**EDUARDO SILVEIRA FRADE**



# PREFÁCIO

PROF. DR. **RAPHAEL SILVA RODRIGUES**

Doutor e Mestre em Direito pela UFMG.

Professor Universitário.

Advogado.

PROF. DR. **RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO**

Doutor e Mestre em Direito pela UFMG.

Professor Associado da FDUFG.

Membro do Corpo Permanente do PPGD/UFMG.

Chefe do Departamento de DIT da FDUFG.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2022

**N**a obra intitulada ‘Filosofia do Direito e Direitos Humanos’, a qual temos a imensa honra de prefaciar e apresentar à comunidade jurídica, decorre da diversidade de visões entre os teóricos e os aplicadores do Direito que, em sua maioria, integram o Grupo de Pesquisa ‘Filosofia do Direito e Pensamento Político’, liderado pelo Professor Doutor Newton de Oliveira Lima, no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Partindo do estudo de diversas teorias do direito, a análise proposta nos capítulos da obra pondera, em síntese, a dificuldade da conjugação



entre teoria e prática face às situações que os operadores do Direito enfrentam no cotidiano.

O problema da interpretação pragmática dos direitos permanece sem solução definitiva enquanto não aprofundadas as discussões acerca de seu aporte teórico, de fundamentação. Daí a importância da Teoria da Justiça que, como parte integrante da ciência jurídica, encontra-se em constante processo de evolução, numa incessante busca para se adequar aos anseios e demandas de uma sociedade em rápida expansão. A historicidade e a mutabilidade, inerentes aos direitos fundamentais, tornam incessante e infundável o processo de evolução deles.

O tempo passará, a sociedade sofrerá por profundas transformações, novos direitos serão incorporados ao ordenamento jurídico, direitos já existentes serão reinterpretados e conformados às novas realidades sociais no importante processo de sua adequação aos anseios e interesses da sociedade. As pretensões humanas se modificarão e, conseqüentemente, surgirão novas pretensões de garantia para os direitos postulados pela sociedade.

É nesse complexo cenário de evolução das relações sociais, do fenômeno do poder social ou econômico que os pesquisadores, ora autores, elaboram e desenvolvem as linhas de reflexão das quais resultaram os artigos ora publicizados com grande brilhantismo no já mencionado Grupo de Pesquisa do PPGCJ/UFPB.

Não se pretende, nesta sintética apresentação, esmiuçar todos os temas contidos nesse livro. Apenas destacamos que são interrogações que motivam o espírito dos mais atilados estudiosos da ciência jurídica e da filosofia contemporânea.

Por fim, não poderíamos terminar estas notas sem registrar a estima e admiração pelo PPGCJ/UFPB, na pessoa dos Professores Doutores Newton de Oliveira Lima e Gustavo Barbosa de Mesquita Batista, nomes altamente credenciados em nosso meio universitário por obras que lhe atestam qualidades de grandes juristas, com os quais tivemos a alegria de dialogar, como agora o fizemos, além dos demais integrantes do Grupo de Pesquisa.

# APRESENTAÇÃO

PROF. DR. **NEWTON DE OLIVEIRA LIMA**

Professor Permanente do PPGCJ/UFPB.

Líder do grupo de pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” (UFPB).

João Pessoa, 02 de maio de 2023

O que se questiona desde da mais profunda reflexão entre Filosofia e Direitos Humanos pela recepção de sua realização, é mais do que seu significado teórico, mas um consenso de todos os autores (as) da presente coletânea em admitirem a validade do discurso sobre os direitos humanos e sua estratégia de racionalidade e moralidade sobre o Direito.

Quando idealizamos a coletânea, eu, o professor Gustavo Batista do PPGCJ da UFPB, e os professores Ricardo Henrique Salgado e Raphael Silva Rodrigues do PPGD/UFMG, estabelecemos a liberdade de pensamento como meta maior do convite aos autores, embora haja a presença de membros do grupo de pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” do PPGCJ/UFPB em um quantitativo importante, pelas temáticas de pesquisa e número total de participantes observa-se ampla variedade de acepções jusfilosóficas nos artigos, há uma pluralidade de concepções de teorias do Direito e de percepções de aplicações de direitos humanos e direitos fundamentais.

O quadro institucional da pesquisa foi soerguido na visão interrelacional entre Direito e Filosofia para revelar o sentido de realização dos direitos humanos. Assim, o trabalho dos grupos de pesquisa da UFPB “Filosofia do Direito e Pensamento Político” e “Neopragmatismo retórico, psicanálise e direitos humanos”, que são liderados respectivamente por mim e pelo professor Narbal de Marsillac (vinculado às pós-graduações em Direito e Filosofia da UFPB), é uma base de diálogo de jusfilosofia e filosofia prática e da linguagem (refletido na produção do professores Narbal e Emmanuel Pedro Ribeiro, mestre em Sociologia/UFCG, entre retórica e cidadania para este livro), que representa interrelações em trabalhos como o do Caio Lívio Dantas (mestre em Filosofia/UFPB e mestrando no PPGCJ/UFPB) sobre os direitos humanos e a formação pedagógica, linha outrossim seguida no artigo do professor Fernando Joaquim Ferreira Maia (professor do PPGCJ-UFPB e do curso de bacharelado em Direito do CCJ/UFPB no município de Santa Rita) e Gabriella Henriques Cavalcante (mestra em Direito pelo PPGCJ-UFPB), a partir da experiência aplicada como base na teoria de A. Quijano.

Pesquisando a relação entre cidadania, procedimentalismo e liberalismo político em John Rawls há o artigo do doutorando pelo PPGCJ-UFPB e professor do bacharelado em Direito do CCJ/UFPB em Santa Rita, Waldemar Albuquerque Aranha Neto.

Na linha de pesquisa sobre valores juspolíticos do grupo de pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político”, temos o artigo de Renata Gambarra (mestranda do PPGCJ-UFPB) com co-autoria comigo, ressoa sua experiência de defensora pública no Estado de Pernambuco, levando a reflexão do acesso aos direitos humanos ao patamar de atividade prática e de formação cidadã e em direitos humanos. Já o artigo de Aendria Carmo (doutora em Direito pelo PPGCJ-UFPB) em que também sou co-autor, reflete toda uma profunda reflexão sobre cidadania, direito público e a ideia de procedimento jurídico de justiça em Walzer (republicanismo e comunitarismo) e Dahl (procedimentalismo e liberalismo político).

A ideia de uma visão da resistência política liberal ao Estado como defesa do cidadão é esposada por mim e por Edjaelson Pedro da Silva

(mestrando no PPGCJ-UFPB), nosso orientando, como também o é André Luna (no doutorado da PPGCJ-UFPB) e sua reflexão sobre a origem da ideia de liberdade política de I. Berlin em Hobbes e Rousseau, ambos integram a linha kantiana do grupo de pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político”, o qual também integra a mestra em Filosofia pela UFPB, que contribuiu com um artigo sobre a relação entre Ética e Direito em Kant, Rafaella S. Sucupira da Costa.

Também na linha kantiana do grupo de pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” estão os artigos de Hiago Moura (mestre em Direito PPGCJ-UFPB), Guilherme Mesquita (mestrando no PPGCJ-UFPB) e de Paulo Augusto de Oliveira (mestrando no PPGCJ-UFPB) sobre o cosmopolitismo jurídico de Habermas em sua relação com a liberdade política e a cidadania e direitos humanos, todos os três orientados por mim, o primeiro e o segundo no mestrado e o terceiro em seu estágio docência junto à disciplina “Filosofia Geral e Jurídica”, ministrada no bacharelado em Direito do CCJ da UFPB, no curso de Direito situado no município de Santa Rita.

O problema da relação entre direitos humanos/linguagem e poder é abordado no artigo dos professores Luciano Nascimento Silva (UEPB/PPGCJ-UFPB, líder do grupo de pesquisa NUPOD, “Núcleo para a pesquisa dos observadores do Direito”) e Ana Gondim (Doutora pelo PPGCJ-UFPB); no artigo do professor do Unipê, Leonardo Fernandes dos Anjos (doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra/co-tutela Universidade de São Paulo); no artigo do advogado Eduardo S. Frade (doutorando em Direito pela PUC-SP); no artigo da doutoranda em Filosofia pela UFRN, Amanda Cristina Pacífico, e no artigo do professor da Universidade Estadual do Piauí (UESPI) e mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UFPE, Lirton Nogueira Santos (juiz de Direito no TJ-PI).

Há a contribuição do professor Guilherme Camargo Massauí (líder do Grupo de Pesquisa “Global Constitutionalism, República e Solidariedade” da UFPEL) e do mestrando Alex Jordan Soares, ambos do PPGD da Universidade Federal de Pelotas, sobre cidadania, direitos sociais fundamentais e solidariedade, PPGD com o qual temos parceria institucional

aprovada em ambas as pós-graduações em Direito através do projeto de pesquisa “A solidariedade na Constituição Federal de 1988: natureza e efetividade da norma do Art. 3, inciso I” desde 26 de setembro de 2022.

A presente coletânea também reforça a parceria com o PPGD/UFMG, na linha de pesquisa “Estado, Razão e História”, dos professores Ricardo Henrique Salgado e Raphael Silva Rodrigues, como o qual colaboramos na obra “Formação do Pensamento Hermenêutico” através do artigo “Gustav Radbruch e a crise dos valores no pensamento jurídico contemporâneo” (Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2022, p.147-162), dentre outras atividades acadêmicas (palestras, seminários, eventos científicos etc.).

A contribuição teórica do Professor do PPGCJ/UFPB e do curso de graduação do bacharelado em Direito em João Pessoa do CCJ/UFPB, Gustavo B. Batista, é fundamental para a compreensão da relação entre Filosofia do Direito e Direito Penal, devemos agradecer a sua posição como coordenador do PPGCJ na feitura/idealização da presente coletânea e arremetimento do recurso da CAPES/AUXPE PDPG-Consolidação 3 e 4 no contrato n. 8887.707760/2022-00 para possibilitar o financiamento do presente livro junto à prestigiosa editora PLURAL, a qual também agradecemos pelo primoroso trabalho gráfico e editorial.

Enfim, a presente coletânea é um brinde à inteligência nacional, com a pluralidade e a liberdade de pensamento asseguradas e motivadas, realizações como essa é que abrirão caminhos para o lumiar da História da razão e da ciência no Brasil.

# A CONDUTA E A CULPABILIDADE: ELEMENTOS PARA O DEBATE FILOSÓFICO- POLÍTICO DA TEORIA GERAL DO DELITO



## **GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA**

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE).

Professor Associado de Direito Penal e Sociologia Criminal do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Orientador de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) e no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (PPGDH), ambos da UFPB. — [gustavobm.batista@gmail.com](mailto:gustavobm.batista@gmail.com).

**Sumário:** 1. Introdução — 2. A Conduta — 3. A Culpabilidade — 4. Considerações finais — Referências

## **1. INTRODUÇÃO**

O debate filosófico-político acerca dos elementos que compõem a Teoria Geral do Crime ou Teoria Jurídica do Crime se intensificou bastante no decorrer do Século XX. Não que as principais ideias penais do Ocidente e suas estruturas-modelo fossem desconhecidas e, por vezes, experienciadas há mais tempo, originadas no pensamento greco-romano clássico e Medieval ou, ainda mais profundamente, não que a influência

de doutrinas anteriores quanto à organização da estrutura do crime ou à reação a sua prática, não tivessem prosperado por completo no imaginário Ocidental, tal como ocorreu com a apresentação teórica, conceitual e prática feita pelo Direito Penal Canônico (BATISTA, 2000: p. 163-270) que acabou influenciando o Modelo Punitivo dos Estados Modernos e seu funcionamento. Todavia, a articulação do Direito Penal como mecanismo estatal de delimitação da autonomia dos sujeitos e do exercício da liberdade, impondo-se limites ao poder de punir do Estado, é uma experiência recente e de consolidação retardada. Foi dentro desse modelo Estatal de ordenação do espaço-social que se construiu um *conceito de crime*.

Há quem afirme de maneira consistente que “o *Direito Penal surge; quando a vítima é impedida de se vingar*”, posto que a vingança é ato emocional, desprovido de quaisquer articulações racionais (HASSEMER, 2005, p. 113). A neutralização da vingança da vítima e sua substituição pela atuação da pena estatal é um pressuposto indispensável para a formação de um poder de punir dissociado, em princípio, do elemento emocional vindicativo. Também é o elemento de hierarquização do Poder de Punir, retirado, dessa forma, do âmbito horizontalizado de reação comum promovida pelos membros da própria sociedade ou das famílias envolvidas no conflito.

Embora, não são poucos os que observam na retribuição, assemelhada à vingança, o principal fundamento de reprovação do autor de um crime e da aplicação da pena. O problema dessa construção teórica retributiva de ordem vindicativa é desprezar que na articulação de poder há uma tendência à prevalência de uma *razão instrumental* que se afasta dos quadros emocionados e procura dotar as intervenções do poder político de alguma utilidade ou fundamento, reagindo às ações humanas que se desvinculem de um projeto de eticidade proposto a partir da Ordenação Estatal.

Para o Estado, mesmo a vingança, pode ser útil, mas não pelo fato de substituir a posição emotiva da vítima, senão em razão de comprovar o poder sobre os corpos e as emoções de todos os seus cidadãos: neutralizando a vítima e responsabilizando o autor de determinadas condutas de prática vedada por parte da Ordenamento (HASSEMER, 2005, p. 116-117). Daí, a *invenção do crime* como estrutura dogmática aperfeiçoada



e integrada por diversos elementos constitutivos, entre os quais, sobretudo, a conduta e a culpabilidade que surgem como conceitos indispensáveis à construção do fato típico, antijurídico e culpável (conceito operacional-analítico de crime), exigindo, por consequência, a imposição de uma pena.

A fim de que esse mecanismo instrumental do Estado funcione perfeitamente, nos últimos dois séculos, somaram-se diversos conceitos constantemente empregados em sede de Direito Penal. Os mais determinantes para a atual configuração da Teoria Geral do Delito são mesmo os que se referem a conduta e a culpabilidade. Esses dois elementos foram resultado de intensos debates filosófico-políticos promovidos na evolução da história das ideias que alimentam o Direito Penal e que resultaram em suas apresentações mais recentes. Submetidos à crítica constante, há tendências que vão se revelando a partir do domínio desses conceitos, transitando entre formas liberais e autoritárias e ensejando riscos às pessoas, aos direitos humanos e às liberdades como um todo. Discorrendo sobre esses elementos, nos propomos a fazer uma análise crítica das várias influências de correntes de pensamento que propulsionam o funcionamento da Teoria Jurídica do Crime. Trajetória essa marcada por profundos debates teóricos, pelo que selecionamos alguns para demonstrar aqui, sem pretensão de esgotamento do tema, sua efetiva influência sobre a Ciência Dogmática do Direito Penal.

## **2. A CONDUTA**

Durante muito tempo, a conduta (ação) foi observada como um movimento causal apto a produzir resultado, modificações do mundo exterior dotadas de algum significado. Um curso causal humano, observado por um terceiro, interfere no mundo exterior produzindo um resultado. Como o humano atua no mundo da natureza e no mundo cultural, esse resultado que se exterioriza não é apenas de ordem física, mas igualmente de ordem normativa, dotando-se ele de significados empíricos: destruição, lesão, colocação em risco de pessoas ou coisas ou violações de direitos. Descrever as condutas como “mecanismo de causalidade humana” recebia influências de uma tentativa de aproximação das ciências humanas

às ciências da natureza, procurando lançar prognósticos mais precisos de ordem causal e físico-mecânica quanto à atribuição de “responsabilidade pelo resultado”. No caso, “atribuição do resultado como causa”. Assim, na descrição clássica de ação:

Para um individuo, la punibilidad surge siempre solamente de sus propias acciones. Debe entenderse por “acción” um comportamiento corporal (fase externa, “objetiva” de la acción) producido por ele dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, “voluntariedad” – fase interna, “subjetiva de la acción); ello es um comportamiento corporal voluntario”, consistente ya en un “hacer” (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, p. ej., levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya en un “non hacer” (omisión), ello, es distensión de los músculos (BELING, 2002: p. 42)

O problema é que nem sempre a sinergia gerada para o movimento da ação resulta naquilo que efetivamente é pretendido. Nem todo o movimento causal proporciona um resultado intencionado pela fase interna (subjetiva), não revelada pela causação. Aqui começamos a observar problemas quanto à descrição meramente causal das condutas. Em termos causais, gravar fatos como tentados é impossível, porque na descrição físico-mecânica não se reproduz o que foi desejado. As dimensões alcançadas pelo resultado no plano físico são insuficientes para o atendimento do prognóstico de curso causal intencionado. Essa experiência do real enseja a primeira dificuldade apresentada por uma análise da conduta exclusivamente causal no campo do Direito Penal: a impossibilidade de se diferenciar “tentativa e consumação”. Também não há como registrar a responsabilização pela omissão: como dimensionar causação física a partir de uma inação sem projetar um especial dever de agir?

Os causalistas na sua ânsia de precisão só conseguem produzir uma descrição exteriorizada da conduta, apresentando-a na superfície em que é revelada: o mundo físico. Sendo que, conduta não é apenas uma movimentação determinada pelo dispêndio de energia humana voluntária

ocasionadora de um determinado resultado. Observar as condutas a partir do mero curso causal provocado sem aliar de forma mais profunda aos processos subjetivos que a provocam, faz com que nessas ordenações de causas, em constantes eliminações hipotéticas, acabemos por submeter o direito aos conceitos comuns da física que podem equivaler causas e condições, porque não se preocupa com possível injustiça na atribuição das responsabilidades. No âmbito do direito, da normatividade, a equivalência das causas produz regressões *ad infinitum*, onde o plano da “*causa primeira ou causa das causas*” nunca se fecha. Num curso causal tão extenso são possíveis articulações de poder para atribuir penas aos mais variados responsáveis, daí o motivo pelo qual, normativamente, deve-se buscar impor uma *proibição de regresso*, sustentando atribuições de causa arbitrárias e sobre condutas desprovidas de significado penal (JAKOBS, 2000: p. 27-29)

Como esse controle da causa nem sempre está dimensionado no fato concretamente praticado pelo autor e seu significado dogmático-penal, podemos com essa análise regressiva resgatar formas de responsabilização em termos de *ilicitude contínua* tal como ocorria no Direito Penal Canônico, porque a própria causalidade se torna infinita, proporcionando espaços de seletividade arbitrária ao sistema na análise dos fatores que contribuíram para a prática efetiva do ilícito. Assim:

Nenhum ato ou pensamento é indiferente perante essa ilicitude contínua, que podemos capturar como um estado subjetivável: a situação de “irregularidade” do clérigo, que permeia tantas questões de direito canônico, parece nitidamente ser um estado pessoal de ilicitude, às vezes implicando restrições de sabor penal. Esse estado pessoal frequentemente introduz uma responsabilidade na qual o acontecimento objetivo funciona como mero complemento de uma ilicitude preexistente, por exemplo, no *versari in re illicita*; outras vezes, a responsabilidade dispensará qualquer acontecimento objetivo, como em certas situações de heresia, onde o “fato” delituoso residirá na simples crença herética (BATISTA, 2000: p. 206).

Por outro lado, mesmo no plano físico-mecânico, poder-se-ia estimar possibilidades estranhas de responsabilização diante da mera observação de um curso causal, tipo a mãe do delinquente, mesmo nunca tendo praticado pessoalmente de qualquer crime praticado pelo filho, pudesse absorver, igualmente, parcela dessa responsabilidade, por ter gerado e criado o autor de crimes. Se continuarmos numa regressão infinita do curso causal, retrocedemos até Eva, enganada pela serpente e responsável por nossa expulsão do Paraíso. Por mais que os teóricos da causalidade tenham tentado reduzir tais contratempos, ele se expressava como argumento apto a validar o arbítrio do Poder Estatal nessa busca infinita de responsabilização pelos ocasionadores da lesão, do responsável por ela, abrindo espaço para atribuições estendidas no curso da causalidade observada. Daí razões para acreditarmos que mesmo se as leis da física sejam perfeitas e esteja correto observamos causa de forma equivalente, somente pela articulação das causas não é possível atribuímos uma responsabilidade penal de forma justa apenas observando movimentos causais, pelo que se faz necessário limitar esse alcance de uma teoria causal equivalente (BRANDÃO, 2001: p. 43). O problema da causa, portanto, se distingue do problema do direito ou da justiça e tínhamos, realmente, que encontrar um conceito de conduta mais adequado ao Direito Penal de que o emprestado por parte dos causalistas.

Se a causa, sozinha, não serve para a responsabilização justa dos agentes, estava claro que era necessário construir um conceito de conduta aproximado de sua real situação junto à realização de um curso causal por parte de uma pessoa humana. O finalismo se propõe, portanto, a um conceito “ôntico-ontológico” de conduta, descrevendo-a na forma como ela realmente se apresenta a partir da relação entre a subjetividade humana e o plano fático-objetivo (ZAFFARONI, 2004: p. 388). Não é tão somente a descrição de um curso causal exteriorizado, mas algo que se forma a partir do sujeito, numa linha que perpassa desde a representação mental da produção de um resultado aos movimentos ocasionadores deste. Trata-se daquilo que se passou a convencionar pela aptidão humana para a “antecipação biocibernética da causa” ou, discorrendo com clareza,

“antecipação dos movimentos da vida ocasionadores de um resultado” (ZAFFARONI, 2004: p. 394-395). Desde então, cabe aqui a formulação do pai do finalismo, Hans Welzel, em poucas palavras, sobre o que diferencia a sua proposta finalista daquela apresentada pelo corrente causalista: “a causalidade é cega; mas a finalidade é vidente” (WELZEL, 1956: p. 39).

Em termos gerais, é isso mesmo que acontece, pela simples observação causal não é possível deciframos todo o conteúdo da conduta, sobretudo a intenção do agente que pode resultar falha com relação ao fim pretendido subjetivamente, ocasionando um resultado diverso. Impossível destacar da conduta o elemento subjetivo que dirige a ação humana, mensurando os meios de concreção daquilo que é objetivado. Afinal:

La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo, y las quiere realizar por ello (WELZEL, 1956: p. 41)

A partir da proposição finalista, houve o deslocamento dos elementos subjetivos para o tipo penal, conjunto normativo que contém os elementos legais descritivos de uma conduta (objetivos, normativos e subjetivos especiais, conforme o caso), consolidando-se esse modelo. Dolo e Culpa que pela proposição causalista eram formas da culpabilidade, no finalismo passam a integrar o tipo penal, inserindo-se, dessa maneira, na forma legal como a conduta é apresentada pela dogmática jurídico-penal.

Na época, houve sugestão de que os estudos de Hartmann em sua *Ética Material dos Valores* haviam servido a Welzel para tal proposição. Em parte, há na proposta teórica de Welzel uma reação ôntica ao neokantismo alemão. Trata-se de uma postura com base psicologista e centrada numa concepção de sujeito, refutando as análises comuns normativistas. Todavia, a proposta de Welzel, conforme o próprio autor, teve por base sugestões de trabalhos de vários psicólogos alemães, reagindo a formulação mecânico-causal da conduta, assim:

Não teria dúvida alguma, nenhum motivo para me envergonhar, se a origem de minha doutrina estivesse na filosofia de Nicolai Hartmann – se isso fosse correto. Mas não é o caso. As sugestões para a formulação da teoria finalista da ação não procederam de N. Hartmann, mas da Psicologia do Pensamento, e a primeira delas, precisamente, a obra *Grundlagen der Denkpsychologie (Fundamentos da Psicologia do Pensamento)*, do recém-falecido filósofo Richard Höningwald. Recebi também outras sugestões dos trabalhos dos psicólogos Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters e dos fenomenólogos P. F. Linke e Alexander Pfänder, entre outros (WELZEL, 2001: p. 11-12)

Concretamente, essa *reação óptica* compreende que:

(...) o princípio supremo de todos os juízos sintéticos de Kant, de que “as condições da possibilidade da experiência são ao mesmo tempo condições de possibilidade dos objetos da experiência. Disso se deduz que as categorias do conhecimento são também categorias do ser, isto é, que não são apenas categorias gnoseológicas, mas (de modo primário) categorias ontológicas (WELZEL, 2001: p. 13)

A perspectiva do conhecimento produzido a partir da experiência de cursos causais que nos permite antecipar os movimentos da vida aptos a produzirem um determinado resultado (ou curso causal, que seja) são permitidas ao “ser” (sujeito) apto a exercer o conhecimento, ou seja, que tenha as condições para percepção e domínio dos objetos de conhecimento. Em linhas gerais, a proposição welziana é muito próxima àquela presente no clássico enunciado aristotélico: “*nihil est in intellectus quod prius non fuerit in sensus*” (*nada se encontra em nossa inteligência que não tenha primeiro passado pelos sentidos*). Por sua vez, Roxin também propõe, acerca do finalismo que:

Salta la vista la similitude com el concepto de acción de Hegel (nm 7). El finalismo asume esa estructura, pero el injusto y la culpabilidad, que em Hegel aún estaban integrados em el concepto de acción, los separa de dicho concepto haciéndolo así útil para un sistema moderno. El concepto final de acción co-determinó esencialmente la discusión de la dogmática jurídicopenal entre 1935y 1965, se há difundido ampliamente tanto em el interior como em el extranjero y también ha influido considerablemente la jurisprudência (1997: P. 240).

*A representação intelectual* que antecede um curso causal e o seu possível resultado só é possível a partir do conhecimento produzido por intermediação dos sentidos. Conduta significa dirigir os movimentos da vida para realizarem, finalisticamente, o que foi representado intelectualmente, mas só podemos representar intelectualmente aquilo que observamos a partir dos sentidos – condição prévia à representação. A experiência sensível precede a representação intelectual e a vontade, oferecendo um norte a ser alcançado pela produção causal. Dessa forma, Welzel resgata, igualmente, o plano lógico-realista como uma parcela do fundamento de sua teoria da conduta.

Em seguida, tratando-se de “movimento deslocado no espaço”, conduta significa dirigir-se dentro de um curso causal, deslocar-se dentro de um movimento causal na busca de um resultado (conduzir-se efetivamente). Conduta, portanto, é uma ação final. Ação final é “dolosa”, aqui numa segunda e importante contribuição de Welzel, a organização dos elementos do dolo, separando o elemento normativo que foi deixado na estrutura da culpabilidade. Welzel supera o *dolus malus* clássico, estabelecendo as ações dolosas como mera intencionalidade, ou seja, como forma psicológica comum à conduta (WELZEL, 2001: p. 66-72). O dolo passa a ser composto por dois elementos: intelectual e volitivo. O intelectual é a representação mental daquilo que se pretende praticar e o volitivo é a vontade de realizar aquilo que foi representado; a vontade de realizar no plano físico e exterior aquilo que subjetivamente se representou. Facilmente percebemos que as ações humanas se produzem assim, de maneira final,



primeiramente se estabelece uma representação mental para em seguida vir a vontade que realiza o que foi estabelecido no plano intelectual. Essa *antecipação biocibernética* que se estabelece nos cursos causais que alimentamos como obra nossa em nosso cotidiano a todo o tempo.

A questão é que o dolo como elemento psicológico e natural da conduta, de forma geral, não se propõe com a análise imediata da contrariedade normativa proposta dentro do curso causal. A dificuldade apresentada pelo finalismo nessa concepção psicológica do dolo foi reorganizar esse elemento simbólico com relação a uma ação produzida dentro de um convívio comunitário e cultural. Há um simbolismo em determinadas ações sobre o plano de sua permissão ou vedação no mundo da cultura. Claramente, na conduta também se estabelece uma avaliação dos símbolos que envolvem a permissão ou proibição delas. Essa possibilidade de reconhecer a ação como permitida ou proibida, sobretudo no último caso, é extremamente relevante no âmbito penal. Todo curso causal é produzido dentro de uma projeção de eticidade. Há uma projeção de eticidade validada pelo ordenamento jurídico e reconhecida pelo autor em razão do convívio social que ele estabelece e que o forma (e informa) em termos de valores. Daí Roxin sugere que o dolo no finalismo, para produzir esses efeitos, fico bilocado, parte dele se encontra também na culpabilidade, como consciência da ilicitude (avaliação normativa da conduta) (ROXIN, 1997: p. 310–311)

Quando se estabelece uma conduta, um conjunto de avaliações, que não são apenas aquelas que antecipam os movimentos da vida que reproduzem um determinado resultado, também são projetadas, incluindo a adequação ética da conduta. Entretanto, em princípio, para Welzel não importava mais se o agente praticou a ação com o fim claro de produzir um mal, ou seja, se praticou com consciência atual um ataque ao projeto de eticidade desenvolvido para aquele contexto de ação. A ação final em Welzel observa apenas se o autor teve a clara intenção de produzir os elementos descritos legalmente no tipo penal, sem que se faça, pelo menos por parte do autor, um imediato juízo acerca do dano significado pela produção daquele curso causal. Isso significa que, por princípio, os

autores de crime não agem num juízo de autocensura. De certa maneira, isso resolve a dinâmica de crimes habituais ou praticados por membros de associações criminosas, cujas *subculturas delinquentes* não estabelecem determinadas condutas, estipuladas pelo Ordenamento Jurídico em geral, como proibidas e passíveis de punição, enquanto simbolicamente vedadas e reprodutoras de um mal por parte do convívio social que estabelecem nessa faixa da criminalidade. Pelo contrário, essas ações discrepantes ao ordenamento jurídico, muitas vezes, são positivadas e estimuladas pelo meio social em que o autor do fato convive. Há uma projeção de eticidade diversa daquela comumente referida a partir do Ordenamento Jurídico.

Obviamente, observando-se a conduta como mera intencionalidade, não importa o móvel simbólico de permitido ou proibido que estimulou o autor em sua prática, pelo que Welzel desloca para a culpabilidade essa análise relacionada à consciência de antijuridicidade. A falha cognitiva que atinge a conduta recai apenas sobre os elementos legalmente descritivos do tipo, destacando-se como falha na representação mental do resultado, motivo pelo qual a consequência desse erro sobre as elementares do tipo penal termina sendo a exclusão do dolo na conduta, tal como estabelecido no art. 21 do Código Penal brasileiro. No momento da ação, não se questiona a avaliação normativa que o autor faz daquilo que está praticando (WELZEL, 2001: p. 117-119). Assim, não importa que o agente produza o fato em *juízo de autocensura*, porque essa avaliação acerca de sua reprovabilidade não lhe compete, pertence ao juiz. Trata-se do elemento normativo da consciência da antijuridicidade a ser avaliado por ocasião da análise de culpabilidade.

Certamente, o finalismo conseguiu definir os elementos da conduta dolosa, a partir de critérios de natureza psicológica e intelectual no plano da construção subjetiva da vontade pela representação antecipada do curso causal. O problema surgiu no momento de explicar a conduta culposa, originalmente observado como “*um desvio de finalidade*” (WELZEL, 1956: p. 139 e segs). Em princípio, na culpa, ocorre que o fim pretendido pelo agente é penalmente irrelevante, daí a avaliação recai sobre os meios escolhidos ou a forma de sua utilização. O fim curativo objetivado pela enfermeira

por ocasião de aplicar um medicamento injetável é adequado ao convívio social e penalmente irrelevante, entretanto a administração da droga inobservando o cuidado devido com relação a forma a ser seguida para a aplicação da injeção, pode ocasionar um curso causal lesivo ou mortal ao paciente. A lesão ou morte do paciente não eram pretendidas pela enfermeira, ocorrendo um “desvio da finalidade” que resulta numa ação culposa reprovável por parte da enfermeira.

Porém, a culpa, em princípio, não revela um vínculo psicológico do agente com relação ao resultado, tal como acontece nas ações dolosas, ressalvada a hipótese de culpa com representação do resultado, a qual denominamos culpa consciente. Em certas ocasiões, pela escolha do meio, os agentes chegam a representar a possibilidade de um resultado lesivo, mas contam que mantendo a ação sobre controle, esse resultado não irá acontecer e seria improvável. Aqui não se assume o risco ou se consente com um resultado lesivo, apenas se exerce uma previsão contando que há grande probabilidade de inocorrência dele. Trata-se da culpa consciente, onde o resultado é representado, mas não querido. Excluída essa hipótese, em geral, na culpa o que existe é uma possibilidade de se prever e evitar o resultado, que não é efetivamente exercida por parte do agente. Os requisitos de previsibilidade e evitabilidade do resultado não são exercidos e daí a consequência danosa acontece, sem que, muitas vezes o agente tenha agido com a consciência acerca dela (culpa inconsciente). Portanto, classificar isso como mero “desvio de finalidade” não parece ser suficiente e nem temos como estabelecer “uma forma geral da culpa” tal como dispomos isso com relação ao dolo. Trata-se de uma “inobservância de dever objetivo de cuidado” extraída normativamente em cada caso concreto, havendo limites aqui para a explicação finalista da culpa, uma vez que é um elemento normativo e aberto e não psicológico como é o dolo. Muito embora, Welzel reforce que há responsabilidade pela escolha e aplicação dos meios e isso é produto da vontade, o que prenuncia que o fim na culpa é desviado, por parte da imprudente (ou negligente e descuidada) escolha e/ou aplicação dos meios – o que implica, igualmente, num desvalor da ação culposa (WELZEL, 2001: p. 76).

Tendo em vista a limitação expressa pelo finalismo na construção de um conceito de ação para além do fato doloso, desde a segunda metade do Século XX vêm sendo desenvolvidas teorias no sentido de aplicar a conduta um conceito abrangente que se coadune com suas várias formas (comissivas, omissivas, dolosas e culposas). Nesse sentido, dentro daquilo que passamos a considerar como Teoria Social da Conduta, Maihofer define ação como “todo comportamento objetivamente dominável dirigido a um resultado social, objetivamente previsível” (*apud* BITENCOURT, 2012, p. 284) ou, conforme Engisch, a ação retrata “uma causação voluntária de consequências calculáveis e socialmente relevantes” (*apud* BITENCOURT, 2012, p. 284). O fato é que o conceito social de ação tem, por princípio, o finalismo e, este último, não abdica por completo do causalismo. Existem, apenas, uma distribuição ajustada quanto a apreciação do desvalor na conduta. A causalidade potencializa o desvalor do resultado; a finalidade, o desvalor da intenção e a teoria social da conduta, o desvalor atribuível pela vida social comum ao fato exteriorizado ou, em palavras mais precisas, a relevância social obtida pelo fato apreciado em toda a sua complexidade.

Atualmente, da década de 70 do Século XX para os dias atuais, vem se construindo um novo paradigma que, inclusive, não confere à conduta, em si mesmo, a importância de outrora para a dogmática penal. Percebe que não é necessário o estabelecimento de um conceito geral de conduta influenciador de toda a interpretação acerca da atribuição de um fato ao seu autor. Vislumbra que, em geral, o que importa no âmbito do Direito Penal são algumas condutas, não todas elas, mas aquelas referidas no tipo penal que é uma descrição legal que serve de referência para a imputação. Assim sendo, com base em Wittgenstein e Habermas, respectivamente na filosofia da linguagem e no agir comunicativo, vem se desenvolvendo uma Teoria da Ação Significativa por parte do penalista espanhol Vives Antón e nesse sentido:

A ação deve ser entendida de uma forma diferente, não como as pessoas fazem, mas como o significado do que fazem, isto é, como um sentido. Todas as ações não são meros acontecimentos, mas têm um sentido (significado) e, por isso, não basta descrevê-las, é necessário entendê-las, ou seja, interpretá-las. Diante dos fatos, que podem explicar-se segundo as leis físicas, químicas, biológicas ou matemáticas, as ações humanas hão de ser interpretadas segundo as regras ou normas (BITENCOURT, 2012, p. 288)

No final, é preciso interpretar o significado da ação dentro da norma penal, por isso irrelevante descrever cursos causais ou descortinar intenções, explicar condutas de forma geral, porque o que importa é a adequação típica produzida a partir da interpretação normativa da ação. Disso resulta que somente poderemos compreender a conduta penal por intermédio das normas típicas (BITENCOURT, 2012, p. 290).

Há, por fim, um conceito negativo de ação que vem sendo desenvolvido, no âmbito penal, por parte de Kahrs: *al autor se le imputa um resultado si no lo ha evitado aunque podía evitarlo y el Derecho se lo exigía* (apud Roxin, 1997: p. 247). Trata-se de um conceito facilmente aplicável tanto aos crimes dolosos como aos culposos, bem como aos crimes comissivos ou aos omissivos. A tônica da evitabilidade humana do resultado é comum a quaisquer crimes e está presente em qualquer curso causal empreendido como obra de um autor. Logo, têm o dever de evitar um resultado lesivo tanto aqueles que intencionalmente provocam um resultado típico como os que por descuido também os ocasionam. As consequências estão diferenciadas pelo legislador, quanto a pena aplicável ao fato doloso e aquela aplicada ao fato culposo. Também têm esse dever tanto os que praticam comissivamente como os que se omitindo determinam a produção desse resultado. Trata-se de um conceito reintroduzido ao âmbito das discussões normativistas acerca da relevância da conduta para o Direito Penal, certamente estipulado a partir do significado que estaria contido na busca da evitabilidade de determinados resultados ou produções de cursos causais. O princípio da evitabilidade é retratado por Kahrs como ponto em comum

de todas as teorias da ação penal, daí se tornar o significante maior para fins de uma imputação típica, servindo a análise de quaisquer modelos comissivos ou omissivos e criando uma posição de garante natural para o homem convivente em sociedade, responsável pela evitação, nos contatos sociais, de perigos e resultados lesivos (ROXIN, 1997: p. 247).

### 3. A CULPABILIDADE

Os fundamentos atualmente comuns da culpabilidade remontam debates produzidos em sede de Direito Canônico. Anselmo da Cantuária, por exemplo, esteve no cerne de um conflito com Guilherme da Normandia, em que foi instigado a responder às indagações do conquistador normando da Inglaterra sobre responsabilidade e julgamento dos homens, uns pelos outros (PENA, 2013). Guilherme sugeria que, conforme a fé cristã, já que todos os pecados haviam sido perdoados pela morte e crucificação de Cristo, não existiria razão para que um homem, igual a outro e feito a imagem e semelhança de Deus, julgasse alguém por ter se desviado e praticado uma ação perversa. Cristo teria expiado o pecado de todos e com isso estipulado uma igualdade entre os homens que impediria o exercício por parte de alguns de uma função judicante em relação aos demais. Por sua vez, Anselmo reconhecia o sacrifício da crucificação como redentor, embora prelecionasse que o próprio Jesus haveria indicado a necessidade de que alguns homens se colocassem como instrumentos aptos a reconciliação do homem com Deus e pudessem aplicar justiça e responsabilizar os demais em razão do cometimento de seus erros. Afinal, *Deus não precisaria mais descer dos céus para vencer o Diabo* (ANSELMO, 2016: p. 89), ao se fazer homem, provou que a humanidade poderia experimentar o divino e se guiar em razão dele. Nesse sentido, a frase dita por Jesus a Pedro quando instituiu a autoridade da Igreja: “o que ligares na terra, será ligado no Céu; o que desligares na terra, será igualmente desligado nos céus” esclarece a necessidade da correção aplicada por alguns homens em relação aos demais, cumprindo estes, a função divina sobre a terra

(ANSELMO, 2016: p. 48-49). Acaba, dessa forma, instaurando uma possibilidade de *expição forense* dos pecados, pois:

O que Anselmo expõe no CDH (*Cur Deus Homo, gífo nosso*) é a base histórica do que o pensamento teológico moderno denomina, com algumas variantes, de “teoria da satisfação substitucionária ou forense da expiação”. Esta doutrina é também chamada pelos historiadores de “teoria latina da expiação” em oposição às teorias gregas ou orientais que possuem uma orientação mais platônica e mais mística, sugerindo que a expiação se dá por meio da união com Cristo, a chamada “união mística”, enfatizada por João Calvino nas Institutas, uma união ontológica. A patrística grega e a teologia oriental desenvolveram uma teoria de deificação ou theosis, fundamentada em Atanásio: “Deus se fez homem para que pudéssemos nos tornar divinos”, que por sua vez fundamenta-se na segunda Epístola de Pedro, em que os Cristãos são convocados a se tornarem “coparticipantes da natureza divina”. A teoria anselmiana da expiação também se apresenta em oposição à teoria patrística da expiação por meio do resgate feito por intermédio de pagamento ao diabo, que teria direitos sobre a humanidade (*ius diaboli*). O pensador sueco Gustaf Aulen, em sua obra *Christus Victor* tenta demonstrar, que era esta e não a teoria 11 anselmiana, a concepção predominante no pensamento cristão desde o período patrístico até boa parte do período medieval. As questões suscitadas por Anselmo na teoria da satisfação, com sua ênfase no encadeamento lógico das razões, trouxe grande contribuição para as modernas concepções sobre expiação vicária. Podemos observar nas diversas teorias que a sucederam, como a da Influência Moral de Abelardo, a teoria do exemplo de Socino, a teoria governamental de Hugo Grotius, bem como a da substituição penal de Calvino e dos reformadores, o impacto gerado pelos problemas levantados por Anselmo, sobretudo, nas questões como: a absoluta necessidade de expiação, a lógica da encarnação do Verbo, a conciliação entre a justiça, honra e graça divina, a obediência ativa e



passiva de Cristo, a economia da trindade e a doutrina da hamartologia (PENA, 2013: p. 10-11)

Admitir que alguns homens exerçam a correção e imponham penas aos demais, não significa colocá-los num pedestal distante do cumprimento fiel dos mesmos dogmas de fé e práticas cristãs. Na realidade, sugere que antes sirvam de exemplo, para em seguida se posicionarem, legitimamente, em busca da correção e do cumprimento fidedigno da fé cristã, impondo a pena necessária à expiação (ANSELMO, 2016). Para que a Igreja subsistisse, essa função corretiva e de emenda também deveria existir, sendo a reprovação do autor do pecado uma confirmação dos dogmas de fé. No clássico, “CUR DEUS HOMO (?) – Por que Deus-Homem?”, Anselmo discorre que ao se fazer homem, Deus havia comprovado a humanidade a possibilidade de um agir correto e de acordo com a sua vontade. Só é possível um “Deus-Homem”, porque podemos agir de forma consciente quanto ao valor de nossa ação, logo se optamos pela prática da maldade, então, em virtude dessa consciência compartilhada com a possibilidade de experimentar o divino, também temos que nos tornar responsáveis e sofrer as consequências dessas escolhas (ANSELMO, 2016).

A questão aí, então, é que tendo experimentado a humanidade, Deus igualmente fez os seres humanos experimentarem a divindade e, assim, estarem aptos à compreensão dos seus erros e terem o esclarecimento necessários para apontarem e reprovarem os erros dos demais. A culpabilidade como é atualmente concebida e a função judicante de reprovação do autor e imposição de uma penitência têm origem canônica e podemos referir o debate entre Anselmo da Cantuária e Guilherme da Normandia como um momento crucial para o estabelecimento do conceito de culpabilidade, da constituição de um poder de punir e do estabelecimento da categoria de consciência da ilicitude como elemento justificador da reprovação.

Num salto histórico desconcertante, podemos dizer que a reordenação feita nos primeiros 30 anos do Século XX, no tocante ao conceito de conduta e à posição do dolo e da culpa no tipo penal, a partir do finalismo, acabou influenciando algumas mudanças importantes que aconteceram

igualmente no âmbito do juízo de culpabilidade mais recentemente. Em sua forma ampla, compreendida como reprovabilidade do autor de uma conduta penalmente típica.

No esquema Liszt-Beling quanto à análise da teoria do crime, a culpabilidade era meramente psicológica, revelando-se nas formas dolosas ou culposas, que vinculavam o agente à prática criminal. Basicamente, se produziria numa reprovação pela prática do fato doloso e noutra pela prática do fato culposo. Assim:

Para um Derecho Penal que someta a pena em toda su amplitud todo comportamiento ilícito em cuanto sea culpable, es decuado un concepto de culpabilidad unitariamente cerrado; lo que se reprocha al autor em su interna actitud com respecto a la antijuridicidad de su conducta. Conforme a ello, cada uma de ambas graduaciones de la culpabilidad es pues también unitária: el dolus significa reprochar al autor el hecho de haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando anti-juridicamente; la culpa, reprochar al autor el hecho de desconocer la antijuridicidad de su conducta, debinedo no haberla desconocido (BELING, 2002, p. 105).

O problema da determinação da reprovabilidade com base na “subjetividade do autor” é que havia muitas dificuldades em operar um conceito essencialmente normativo a partir de estruturas psíquicas de informação subjetiva. Tornava, inclusive, esse juízo de reprovação, sem elementos normativos aptos ao controle de sua análise, muito mais propenso às arbitrariedades e ao desenvolvimento de interpretações preconceituosas de autoria, balizadas em teorias da delinquência como as desenvolvidas pela Escola Positiva Italiana. Tratando-se a culpabilidade do elemento judicial pelo qual o Magistrado fundamenta a aplicação da pena, a arbitrariedade da baliza imposta pelas formas subjetivas genéricas do dolo e da culpa, abria um espaço de segmentação social enorme, cooperando com análises preconceituosas, racistas e classistas, abertamente utilizadas no juízo que levaria à condenação final do acusado.

Há uma preocupação original dirigida à Estrutura da Culpabilidade, produzida por Reinhard Frank que diante dessa zona nebulosa criada pelos elementos subjetivos genéricos do crime (dolo e culpa) incorporou ao conceito de culpabilidade uma série de elementos normativos: imputabilidade, consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa. Frank é o principal responsável pela construção do conceito normativo de culpabilidade em obra datada de 1907. Desde então, a culpabilidade passou a ser vista a partir da análise das condições normativas de reprovabilidade. Objetivamente, isso resultou na elaboração de elementos aptos ao desenvolvimento de um juízo de valor acerca da possibilidade de reprovação do autor do delito centrado em cláusulas mais objetivas e aptas a uma utilização judicial mais precisa. Como dito por Frank: “*Sea como fuere, la doctrina dominante encuentra en la esencia de la culpabilidad una relación psíquica del autor con algo que está ubicado fuera de su personalidad*” (FRANK, 2000: p. 26). Muito embora, Frank não excluirá o dolo e a culpa enquanto elementos da culpabilidade. Ele apenas acrescenta aos elementos de relação psíquica que fundamentam a reprovação do autor de um fato típico e antijurídico, os demais elementos normativos acima descritos, como aspectos a serem avaliados de forma concomitante no momento da reprovação penal (FRANK, 2000: p. 43). A essa composição do conceito de culpabilidade a doutrina penal passou a referir enquanto teoria psicológica-normativa da reprovação, somando-se aos elementos psíquicos (dolo e culpa) os normativos (imputabilidade, consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa).

Welzel debruçou-se sobre a proposta inovadora de Reinhard Frank e aperfeiçoou o conceito normativo de culpabilidade principiado por este autor, deslocando o dolo e a culpa da estrutura da culpabilidade para o tipo penal e preservando apenas os elementos normativos da culpabilidade em seu conceito final: imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta conforme o direito (WELZEL, 1956: p. 150-153). Muito embora, os elementos assecuratórios de uma capacidade psíquica de entendimento da ilicitude e da possibilidade de compreensão do injusto praticado quando da prática da conduta, mantém um elo psíquico quanto à formação da vontade antijurídica, por intermédio, logicamente, das

elementares-normativas da imputabilidade e do conhecimento da ilicitude. Como assegura o autor:

Culpabilidad es la reprochabilidad de la formación de voluntad. El autor hubiera podido formar una voluntad de acción adecuada a la norma en lugar de la voluntad antijurídica de acción, sea que ésta tienda dolosamente la concreción de un tipo, sea que no aporte la medida mínima de dirección finalista impuesta. Por consiguiente, toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad. Solamente lo que el hombre hace con voluntad, puede serle reprochado como culpabilidad (WELZEL, 1956: p. 152)

Por óbvio, tratando-se de *reprovação da vontade*, torna-se a culpabilidade um predicado aplicável ao injusto, aumentando ou diminuindo a pena, conforme os elementos observados na formação dessa vontade dentro do curso causal da conduta. Daí mais um entendimento plausível quanto à dupla localização possível dos elementos subjetivos do injusto, mesmo após a reorganização dos elementos do injusto feita por Hans Welzel:

Ela consiste no fato de que a culpabilidade, como culpabilidade pelo fato, é sempre um predicado do injusto, de modo que qualquer elemento que constitua ou aumente o injusto também constituirá ou aumentará a culpabilidade. O autor é culpado por um ilícito por ele cometido (PUPE, 2004: p. 6 e 7)

Para a determinação da vontade, Welzel pressupõe uma análise categorial onde expõe que é possível a intervenção humana num curso causal dotando-o de sentido. Logo, a questão proposta pelo positivismo que na sua forma mais radical negava a possibilidade de escolha (negação do livre-arbítrio) e estabelecia um determinismo absoluto sobre a vontade humana é observada de forma crítica pelo autor da Teoria Normativa Pura, estipulando que esse monismo causal inexistente e que há espaço para a interferência humana dotada de sentido em cursos causais. Para isso propõe a seguinte questão:

Como es posible al hombre la sobreformación de la obligación causal por obra de una dirección guiada por el sentido, a través de la cual unicamente puede ser hecho responsable, por haber adoptado la decisión incorrecta em lugar de la correcta? (...) Nos acercamos la solución, sólo por la comprensión de la superposición de varias formas de determinación. El error del determinismo tradicional radica em aceptar que existe solamente una forma de determinación, que suele verse desde el comienzo de los tiempos modernos em la causalidade, vale decir, en el monismo causal. Ciertamente, en el monismo causal no se puede hacer uno reproche al hombre porque há adoptado la decisión – indiferentemente de que sea equivocada ou correcta – há de estar fijada forzosamente desde el principio (WELZEL, 1956: p. 158)

O conceito normativo de culpabilidade avança sobre o modelo psicológico anterior e permite uma classificação da reprovabilidade penal com base em critérios objetivos, a serem analisados por parte do magistrado. Como visto, não deixa de considerar a vontade, mas faz isso sob uma perspectiva de análise absolutamente normativa, o que permite avaliar melhor os critérios que fundamentam a reprovação. Ainda assim, vem sofrendo críticas por parte dos funcionalistas, entre eles Claus Roxin, que sugere para além da análise quanto à presença dos elementos normativos da culpabilidade, uma avaliação da necessidade preventiva da pena. Assim:

La Repochabilidad es una condición necesaria, pero aún no suficiente de la responsabilidad; há de añadirse la necesidad preventiva de sanción. Así v.gr. el exceso en la legitima defensa (§33) es, en tanto no concurren los presupuestos del § 20, culpable y por tanto reprochable; pero, a pesar de llo al sujeto no se le hace responsable, porque el legislador, em caso de estados pasionales asténicos, no considera necesario reaccionar com pena frente a las extralimitaciones en la legitima defensa. El concepto normativo de culpabilidad ha de perfeccionarse em la dirección de um concepto normativo de responsabilidad (ROXIN, 1997: p. 797)

Parcela importante da doutrina, porém, reagiu a essa proposição de Roxin, observando a indeterminação do conteúdo apresentada pelo conceito de *necessidade preventiva* da pena, perdendo-se a segurança ofertada pela objetividade presente na avaliação objetivo-normativa da culpabilidade (BITENCOURT, 2012: p. 459-460). Outro pensador funcionalista, Günther Jakobs propõe que *a pena adequada á culpabilidade é, a pena necessária para a estabilização da norma* (apud BITENCOURT, 2012: p. 460). Obviamente, essa posição de Jakobs enfraquece ainda mais o papel limitativo do Poder de Punir representado pelo estabelecimento de critérios exclusivamente normativos a amparar os fundamentos da reprovação penal.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução filosófico-política dos conceitos de conduta e de culpabilidade foram fundamentais para a Teoria Geral do Delito e sua conformação atual. As percepções das várias influências de pensamento que contribuíram na construção das ideias penais é indispensável para a crítica do Direito Penal e sua adequação ao Estado Democrático de Direito e o respeito aos Direitos Humanos.

Muitas das soluções apontadas em diversas teorias aqui apresentadas contêm riscos que sugerem agravamento das condições de violação aos Direitos Humanos por parte dos agentes responsáveis pela aplicação do Direito Penal. A teoria causal importa numa construção abstrata e dissociada da realidade do conceito de ação, restringindo o campo de observação à exteriorização da conduta que é insuficiente em termos da análise quanto à determinação humana dos cursos causais. Fora o risco de uma regressão causal infinita, estendendo possibilidades de imputação de forma arbitrária. Por sua vez, o finalismo apresenta dificuldades quanto à explicação do fato culposo, ainda que Welzel tenha buscado aperfeiçoar sua teoria e aprofundar as condições dela atender igualmente à análise dos tipos culposos. Também não se exclui do finalismo alguma extensão quanto à análise material do crime, em virtude de sua busca pela reprovação da vontade, o que se reproduz na pena da tentativa dentro dos mesmos parâmetros

do crime consumado e da ampliação do dolo, em termos de dolo geral, a vários elementos causais que não estariam no âmbito da intencionalidade primária do autor da conduta.

Compreendemos que as teorias contemporâneas da ação significativa precisam ser melhor desenvolvidas, embora já se apresentem mais adequadas ao cenário limitativo exigido a um Direito Penal programado dentro de um Estado Democrático de Direito. Sobretudo, por estabelecer uma análise a partir dos tipos penais em concreto e estabelecer um diálogo do sentido de cursos causais subjetivamente determinados em razão desse significado típico no plano de sua realização concreta, sem discutir antecedentes causais, por vezes, não relevantes ao propósito penal de proteção de bens jurídicos objetivamente postos.

Quanto à culpabilidade, é preciso descortinar outros elementos normativos que fundamentem melhor a imposição da pena. Os atuais elementos puramente normativos parecem dotados de condições para limitar o poder de punir do Estado, sendo necessário aprofundar a análise do elemento de exigibilidade de conduta conforme o direito, sobretudo em países periféricos como é o caso brasileiro. Talvez, estabelecer parâmetros para a compreensão dos diversos fatores que cooperam no sentido do descumprimento da norma e influenciam a determinação subjetiva do curso causal. Há que se entender melhor o papel do Estado e da Sociedade, em seus vários estímulos, para a reflexão do indivíduo que escolhe a prática criminal ao invés da motivação ofertada pela norma. A reprovação deve reunir vários fatores e ampliar suas categorias normativas no sentido de retratar melhor situações de exculpação e de culpabilidade diminuída.

## REFERÊNCIAS

ANSELMO. *CUR DEUS OMO – Por que Dios se hizó hombre?*. Tradução Espanhola: Ivory Falls Book, 2016. DISPONÍVEL EM: [https://www.mercaba.es/germania/dios\\_hombre\\_de\\_anselmo.pdf](https://www.mercaba.es/germania/dios_hombre_de_anselmo.pdf) ACESSO EM: 27 de Novembro de 2022.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal – La Doctrina del Delito – Tipo*. Trad. Sebastián Soler. 11ª ed. Buenos Aires: *Líbreria El Foro*, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral I*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANK, Reinhard. *Sobre La Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires/Montevideo: Editorial IBdeF, 2000.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos de Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Günther. *Ação e Omissão no Direito Penal*. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri – SP: Manole, 2003.

PENA, Eustáquio de Souza. *A noção de honra no CUR DEUS OMO de Anselmo de Aosta*. DISSERTAÇÃO DE MESTRADO. Mestrado em Filosofia – Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Universidade Federal de Pelotas: 2013. DISPONÍVEL EM: [http://guaiaca.ufpel.edu.br:8080/bitstream/prefix/5081/1/Dissertacao\\_Eustaquio\\_Pena.pdf](http://guaiaca.ufpel.edu.br:8080/bitstream/prefix/5081/1/Dissertacao_Eustaquio_Pena.pdf) ACESSO EM: 27 de Novembro de 2022.

PUPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri – SP: Manole, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I: Fundamentos. La Estructura de La Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.



# A TEORIA GERAL DO DIREITO E O PROCESSO DE POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA



## **RAPHAEL SILVA RODRIGUES**

Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Universitário. Autor e coautor de livros, capítulos de livros e artigos de revistas científicas. Advogado.

## **RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO**

Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Associado da FDUFG. Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Chefe do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da FDUFG.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. A tradição romana da interpretação — 3. A origem do ativismo judicial — 4. A jurisdição constitucional — 5. Crítica a judicialização da política e ao ativismo judicial — 6. As influências políticas nos julgamentos e a reprodução jurisdicional da vontade da maioria — 7. Considerações finais — Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

Apesar de o Direito e a Política serem ciências dedicadas a temas completamente diferentes, ao longo da história, a ligação entre eles sempre foi muito marcante. Discussões acerca da maneira como os juízes decidem ou deveriam decidir questões delicadas e controversas ou se os juízes

podem fundamentar suas decisões pautados por questões políticas estão presentes em diversos ensaios e estudos jurídicos. Contudo, diante do cenário político mundial – notadamente – a situação jurídico-política do Brasil incita a repensar o ativismo judicial e seus impactos na democracia.

A Constituição do Brasil de 1988, precedida por outros modelos constitucionais, como a Constituição da Itália (1948), Lei Fundamental de Bonn (1949) na Alemanha, Constituição Espanhola (1972) e até mesmo a Constituição Portuguesa (1976) adicionou e fortaleceu, em seu texto, os direitos sociais e econômicos, o denominado dirigismo constitucional<sup>[1]</sup>.

A partir da incorporação desses direitos, aspectos que antes eram definidos predominantemente na esfera política, passam a ser alcançados pelo Poder Judiciário. Através do controle de constitucionalidade<sup>[2]</sup> o Poder Judiciário absorve a competência de controlar e intervir judicialmente em decisões que antes eram manifestamente políticas. Assim, a “judicialização da política” se desenvolve no Brasil, trazendo consigo grandes alterações e inovações para a sensível dicotomia que sempre existiu entre o Direito e a Política.

---

<sup>1</sup> “De todos os fatos da Era da Catástrofe, os sobreviventes do século XIX ficaram talvez mais chocados com o colapso dos valores e instituições da civilização liberal cujo progresso seu século tivera como certo, pelo menos nas partes “avançadas” e “em avanço” do mundo. Esses valores eram a desconfiança da ditadura e do governo absoluto; o compromisso com um governo constitucional com ou sob governos e assembleias representativas livremente eleitos, que garantissem o domínio da lei; e liberdades dos cidadãos, incluindo a liberdade de expressão, publicação e reunião. O Estado e a sociedade deviam ser informados pelos valores da razão, do debate público, da educação, da ciência e da capacidade de melhoria [...]. Afinal, em 1914 mesmo as duas últimas autocracias da Europa, a Rússia e a Turquia, tinham feito concessões na direção de um governo constitucional [...]”. (HOBSBAWN, Eric J. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 113-114).

<sup>2</sup> “O controle de constitucionalidade visa a garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas e implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou adequação de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar”. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 1.095-1.096).



Esta separação clássica de competências conhecida como “*Teoria da separação dos poderes*”, introduzida por MONTESQUIEU em *O Espírito das Leis*, é atualmente princípio fundamental do constitucionalismo moderno. A obra estabelece uma distinção entre três tipos de governo<sup>[3]</sup> e a teoria surge com o objetivo de criar limitação aos poderes do monarca absoluto.

A aplicação desta teoria foi inaugurada na Constituição norte-americana como a finalidade de equilibrar o sistema e evitar a tirania, sendo denominada como sistema de freio e contrapesos ou “*check and balance*”.

O Brasil também adotou o sistema de separação dos poderes na Constituição de 1988, conforme determina o artigo 2º do Texto Constitucional, o qual ostenta o *status* de cláusula pétreia.

No Estado Democrático de Direito, vinculado a uma Constituição dirigente<sup>[4]</sup> e que busca a concretização do Texto Constitucional através de sua força normativa, é indispensável uma mudança de postura do sistema judiciário, para que suas decisões observem e se adequem a fundamentação jurídica e não se contaminem por fundamentos de procedimentos políticos partidários. O maior envolvimento do Poder Judiciário em controvérsias de relevante interesse político e social impulsionou o desenvolvimento da “judicialização da política” e do ativismo judicial nos Tribunais brasileiros.

Neste estudo, propõe-se analisar o fenômeno do ativismo judicial e como ele tem sido entendido frente ao cenário político-social ora enfrentado pelo Brasil. Como bem define Dworkin (2005) “*O antigo debate, se*

---

<sup>3</sup> Conceito introduzido por Montesquieu em *O Espírito das Leis*, em que o autor estabelece definições para os três tipos de governo. “Existem três espécies de governo: o REPUBLICANO, o MONÁRQUICO e o DESPÓTICO. Para descobrir sua natureza, basta a idéia que os homens menos instruídos têm deles. Suponho três definições, ou melhor, três fatos: ‘o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas parte do povo possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico um só, sem leis e sem regras, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos’”. (MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 11).

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

*os juízes devem criar e realmente criam o Direito, tem mais importância prática do que jamais teve*”<sup>[5]</sup>.

Para tanto, inicia-se este ensaio pela conceituação do ativismo judicial, onde ele teve origem e como ele tem sido encarado atualmente. Desta forma, será possível compreender a evolução do ativismo judicial no Brasil, o que é prestação jurisdicional e qual o papel do Supremo Tribunal para Constituição.

Ademais, examina-se a evolução da jurisdição constitucional no Brasil e a judicialização da política, focando na evolução do Poder Judiciário e do seu papel perante a proteção da Constituição e dos direitos sociais, no julgamento de questões de interesse nacional.

O presente estudo será finalizado com a abordagem das influências externas que impactam nas decisões judiciais e como o sistema de seleção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) pode reproduzir a vontade da maioria e impactar a ordem democrática estabelecida no País, principalmente em virtude da situação política do Brasil, em que membros do Executivo e Legislativo protagonizam acusações de corrupção.

## **2. A TRADIÇÃO ROMANA DA INTERPRETAÇÃO**

Acreditamos, de plano, que Roma pode ser considerada uma das maiores contribuintes no que se refere a formação da cultura ocidental. Com apoio nas lições de Joaquim Carlos Salgado (2018), por exemplo, três grandes estruturas de formação do ocidente começaram a surgir a partir do momento em que Roma estava com as rédeas do ocidente: a religião universal, o Estado universal e o direito universal<sup>[6]</sup>.

Ao que se percebe, as bases do império Romano (em especial com o imperador Augusto) foram fundamentais para que o cristianismo pudesse tentar saciar a sua pretensão natural de universalidade. Nessa perspectiva,

---

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no período clássico ou da metafísica do objeto - a igualdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 49.

apesar, talvez, de não se poder fazer ou não ser correto se tentar fazer hipóteses do passado histórico não ocorrido, é “impensável o Cristianismo, seu universalismo e permanência histórica, sem as bases sociais, econômicas, culturais e políticas estabelecidas por Augusto”<sup>7</sup>].

Desse modo, percebe-se que, em Roma, a mensagem cristã que, por ordem do próprio Cristo<sup>8</sup>, deveria ser “pregada a toda criatura”, encontrou o cenário perfeito para que fosse possível tal desiderato, pois já havia toda uma dinâmica universalista que envolvia o império, tanto em seu aspecto político – pois os romanos não escravizavam seus dominados, os subjugava politicamente, o que permitia, inclusive, que estes pudessem manter sua liberdade religiosa, valor muito caro à época para alguns povos como os judeus<sup>9</sup> – quanto em seu aspecto jurídico: a busca por um Direito universal<sup>10</sup>.

Esse Direito Romano, justamente por ter chegado a muita abstração, elevou-se a um status de universalidade, de maneira que foi possível cumprir uma missão de permanência no tempo e de extensão mundial, coisa que não pode ser alcançada pelo direito da cultura predominante no período clássico em momento anterior ao período romano: a cultura grega.

---

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Conforme expõe Marcos em seu Evangelho – o qual compõe tanto o cânon católico, quanto protestante – e é tido como sinóptico, após ressuscitar e, em momento oportuno, encontrar com seus discípulos, antes de sua ascensão aos céus, deixou a ordenação da pregação universal do cristianismo, o que denota o inconfundível caráter universalista da religião cristã. Sobre a ordenação de Cristo, segue a tradução de João Ferreira de Almeida revista e corrigida do Capítulo 16, versículo 14 e 15 do evangelho de Marcos: “Finalmente apareceu aos onze, estando eles assentados juntamente, e lançou-lhes em rosto a sua incredulidade e dureza de coração, por não haverem crido nos que o tinham visto já ressuscitado. E disse-lhes: Ide por todo o mundo, pregai o evangelho a toda criatura”.

<sup>9</sup> Essa suposta liberdade religiosa pode ser percebida, por exemplo, quando lemos o livro do evangelista Marcos, em seu capítulo I, versículo 21, quando Jesus vai a uma Sinagoga em Cafarnaum, o que comprova que as sinagogas funcionavam normalmente, mesmo os territórios da Judéia e Galileia estando sob o domínio do império romano.

<sup>10</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça no Período Clássico ou da Metafísica do Objeto - A Igualdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 151.

Assim, enquanto o Direito Grego estava preso em casos singulares e não apresentava uma separação expressa em relação a outras áreas hoje reconhecidas como áreas singulares de reflexão, como a política e a ética, o Direito romano, pela sua precisão de conceitos, racionalidade, primado pela técnica sofisticada, pela linguagem adequada, pelo desenvolvimento de institutos jurídicos com conceitos e demarcações específicas, como o conceito jurídico de coisa, propriedade, posse, etc., conseguiu aspirar a universalidade<sup>[11]</sup>.

O Direito Romano também teve uma espécie de hermenêutica própria que pode ser considerada digna de estudo quando se tenta compreender a natureza dos principais movimentos hermenêuticos do ocidente. Há quem dê a entender que em Roma houve uma espécie de movimento hermenêutico jurídico específico e singular até aquele momento, o qual trouxe uma série de contribuições não apenas para o próprio direito de tradição romano germânica, como se pode perceber das lições de Salgado (2006):

A interpretação desenvolveu-se como técnica de aplicação do direito, tendo os romanos, além de estabelecido os métodos mais conhecidos de hermenêutica jurídica, também concebido os cânones fundamentais da teoria geral da interpretação, que passaram do direito para as demais regiões do saber, onde se faz necessária a técnica interpretativa<sup>[12]</sup>.

É perceptível a grande contribuição romana para a histórica da hermenêutica: os cânones e os métodos hermenêuticos, nas lições de Salgado, tiveram seu marco de surgimento nos anais do pensamento hermenêutico romano. Dentre esses cânones, cabe apontar o da autonomia, o da coerência e o da atualidade.

---

<sup>11</sup> Idem

<sup>12</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como o maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 194.



No que se refere ao da autonomia, este cânone aduz que na interpretação não se busca a vontade do legislador, mas a “*voluntas legis*”, pois há uma relação de autonomia entre essas, apesar da vontade da lei – nesta perspectiva – ser captada “na tensão constante com a *voluntas legislatoris*, pois se trata de obra posta com intenção, com um sentido volitivo”<sup>[13]</sup>. Conforme Salgado, para Betti, a objetividade da obra quer significar a sua autonomia em relação ao seu criador, tornando-se – ela mesma – independente do legislador<sup>[14]</sup>.

Já no que concerne ao cânone da coerência, parece correto dizer que tal “princípio”<sup>[15]</sup>, para Salgado, está em íntima ligação com o cânone da atualização, baseando-se na ideia de que a lei muda no tempo<sup>[16]</sup>. Neste sentido, um conceito para esse cânone é que ele representa a ideia de que – na interpretação – a totalidade do sistema deve ser observada e vice-versa. Em outras palavras, tal cânone se assemelha ao que hoje a agenda comum jurídica chama de interpretação sistêmica ou sistemática, pois a coerência exige que “não se deve submeter uma parte da lei isoladamente à interpretação”<sup>[17]</sup>. O próprio Salgado afirma que esse *princípio* se consolidou como método sistemático<sup>[18]</sup>.

No que concerne ao cânone da atualidade, este “manda que a interpretação legal considere a evolução, o desenvolvimento sociocultural da realidade à qual será aplicada e tenham em vista esse momento da aplicação”<sup>[19]</sup>.

---

<sup>13</sup> Ibidem, p. 196.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>15</sup> É o termo que o próprio Salgado utiliza para explicar tal cânone.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 203.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 205.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 203.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 206.

A hermenêutica jurídica romana – que é definida pela *interpretatio* – tem de diferente da hermenêutica Aristotélica o fato de que não se busca aqui a revelação objetiva do texto, mas outra coisa, como expõe Salgado:

A *interpretatio* dá um passo avançado com relação a hermenêutica estrita aristotélica e definirá a hermenêutica jurídica, que passa a ser modelo para uma teoria da interpretação. A hermenêutica aristotélica está preocupada com revelar objetivamente o texto. Não se refere ao real (relação com a coisa ou realidade a que se remete o texto), repita-se, nem às suas conexões de validade lógica (relação entre proposições), mas à relação entre a linguagem e o seu significado no texto (qualquer texto)<sup>[20]</sup>.

Logo, percebe-se também que a hermenêutica jurídica romana serviu de base até mesmo para uma teoria geral da interpretação, o que denota a sua importância na história da hermenêutica.

Apesar disso, também é perceptível que a experiência hermenêutica romana ainda tratava a atividade hermenêutica como um elementar com um caráter meramente técnico ou instrumental e não universalizada. Mesmo assim, a ideia dos cânones e métodos hermenêuticos, de algum modo, representaram uma influência significativa no pensamento hermenêutico ocidental.

### **3. A ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL**

É impossível estudar o ativismo judicial sem tratar, ainda que brevemente, dos debates norte-americanos sobre o tema. Os Estados Unidos protagonizaram as mais complexas, ricas e profundas discussões sobre o papel desempenhado pelos magistrados e pelas Cortes Superiores no sistema político, assim como, logo no início do Século XX, incorporaram o termo *judicial activism* no universo jurídico-político.

---

<sup>20</sup> Ibidem, p. 192.



Apesar de a expressão ter sido criada no início do Século XX, as discussões sobre ativismo judicial são muito mais antigas do que parecem e se misturam com a própria história do constitucionalismo<sup>[21]</sup>. Nota-se que, não é tarefa fácil afastar, de maneira concreta e definitiva, o Direito da Política.

Nos Estados Unidos as discussões acerca do ativismo judicial se desenvolveram a partir de aspectos ideológicos, sociais, políticos e culturais, de maneira que formaram uma base sólida para o estudo e compreensão do ativismo judicial e sua contemporaneidade no Brasil.

Neste norte, é bastante comum perceber que a sociedade, os juristas, os professores e os próprios juízes se preocupam em dissociar as decisões judiciais das bases e fundamentos políticos. Todavia, é sabido que, embora os Tribunais busquem transmitir à impressão de que as decisões são embaçadas em argumentos técnicos-jurídicos, a realidade é que os fundamentos políticos norteiam decisões constitucionais de grande relevância. Mas como surge o ativismo judicial? Para esclarecer esse questionamento é necessário descrever – mesmo que de maneira sucinta – alguns apontamentos históricos que direcionaram e construíram o ativismo judicial.

No ano de 1947, a revista norte-americana *Fortune*, publicou um artigo chamado “*The Supreme Court: 1947*”, escrito por Arthur Schlesinger Jr.<sup>[22]</sup>, a doutrina reconhece como a primeira vez que o termo ativismo judicial foi usado publicamente. Embora seja um importante marco histórico para a origem do ativismo judicial, o destaque deste artigo está na

---

<sup>21</sup> Ao tratar sobre a função da Suprema Corte norte-americana na interpretação da Constituição e na interferência sobre as ações dos outros poderes afirma que “é tão velha quanto a própria nação”. (TRIBE, Laurence H. *The invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 45).

<sup>22</sup> Alguns escritos afirmam que Schlesinger não inventou o termo ativismo jurídico, e sim Thomas Reed Powell, seu colega de Harvard: GREEN, Craig. *an intellectual history of judicial activism*. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=834111114068080081126096126015107092051072061008025071104125078085008017100097091026058013060031021036017100030002000092125005114050071046052027016114070105004094060029056121089025001027071083020114100029115124115084122085100072112082005125089065127&EXT=pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

assertividade do autor ao defender que “quanto mais uma corte se apresenta como instituição vital ao país e à sociedade, mais ela e seus juízes deverão sujeitar-se ao julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator das decisões tomadas”<sup>[23]</sup>.

Neste artigo, Schlesinger se preocupou em discutir a importância das decisões da Suprema Corte na constituição de uma sociedade e a repercussão dessas decisões na formação da nação.

O ensaio de Schlesinger analisou a Suprema Corte de 1947 que há época foi constituída em sua totalidade por juízes escolhidos pelo ex-presidente Roosevelt. “O autor classificou os juízes da Corte em: (i) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres – *Justices Black e Douglas*; (ii) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade – *Justices Murphy e Rutledge*; (iii) juízes campeões da autorrestrrição – *Justices Frankfurter, Jackson e Burton* (iv) juízes representantes do equilíbrio de forças (*balance of power*) – *Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed*”<sup>[24]</sup>.

Diante de tal fato, é possível perceber claramente dois polos completamente opostos, em que de um lado estão os ativistas liberais e do outro lado aqueles que acreditavam na autorrestrrição judicial. Na Grã-Bretanha, em 1973, o posicionamento era semelhante, estava definido que nenhum juiz poderia usar fundamentos políticos na formação de suas decisões<sup>[25]</sup>.

A Suprema Corte norte-americana contou com o equilíbrio existe na figura dos juízes Fred Vinson e Stanley Reed, enquanto na Grã-Bretanha o ativismo judicial ocorria de maneira velada, o que foi amplamente criticado por J.A.G. Griffiths em seu livro *The Politics of the Judiciary*<sup>[26]</sup>. Griffiths é bastante enfático ao afirmar que muitas decisões da Corte dos Lordes eram de cunho político, embora o entendimento fosse para que o

<sup>23</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>24</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>26</sup> GRIFFITHS, J.A.G. *The politics of the judiciary*. New York: Fontana Books, 1977.



Tribunal não agisse dessa maneira. O autor afirmava, ainda, que o Tribunal se esforçava para não transparecer os aspectos políticos da decisão e tentava demonstrar que tais decisões observavam fundamentos exclusivamente técnicos e jurídicos.

A autorrestrrição aparece de modo antagônico a expressão ativismo judicial. Enquanto o primeiro preocupa-se em restringir as decisões judiciais a aspectos técnicos e jurídicos, afastando-se do campo político e respeitando o legislativo, o segundo, na visão de Schlesinger, aparece como uma maneira de substituir a vontade do legislador pela vontade do próprio julgador ativista – colocando o ativismo judicial como uma forma de corrigir distorções e desproporções praticadas pelo legislador e de promover as liberdades civis e os direitos das minorias.

É bastante fácil perceber que a tensão existente entre o ativismo judicial e a autorrestrrição atinge um cerne muito sensível do Estado democrático: a separação dos poderes. Ao passo que, cria uma disputa de concorrência entre dois Poderes basilares e fundamentais para manutenção de uma democracia plena, sólida e visceral. Embora o artigo de Schlesinger seja reconhecido e importantíssimo para o estudo da origem do termo ativismo judicial, o autor não se posicionou sobre o ativismo ser algo positivo ou negativo, limitou-se a descrever as características dos intitulados “ativistas judiciais” e “campeões da autorrestrrição”, sem definir qual seria a posição mais acertada, seja em aspectos jurídicos, seja em aspectos políticos.

Fato é que, o ativismo judicial não é interpretado de forma unânime, ao mesmo tempo que se mostra benéfico e liberal, possui aspectos sensíveis e pode implementar uma “ditadura de toga”, como bem define Taffarel:

Sobre o ativismo judicial, parte-se do princípio de que ele consiste num profícuo instrumento de concreção da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da justiça e da democracia. Por outro lado, existem temores conforme já aludido que a intervenção judicial em matérias politicamente controversas apresenta um “risco de juristocracia”, ou um “governo de toga”, ou seja, um aristocrático governo de juízes exercido

sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especificamente constitucional<sup>[27]</sup>.

Cabe, ainda, uma concisa análise do caso *Lochner v. Nova Iorque*, outro marco muito importante para a origem do ativismo judicial. O caso *Lochner* discutia sobre legalidade de uma lei nova-iorquina que criminalizava a exigência ou a permissão de jornada de trabalho de padeiros superior a 60 (sessenta) horas semanais, limitada a uma jornada semanal de (10) dez horas diárias. A medida visava resguardar a saúde do empregado, assim como a da população como um todo, mas disputava com a liberdade individual dos contratantes. A lide central era sobre a possibilidade de o legislador estadual intervir de maneira arbitrária nas relações contratuais de trabalho. A Suprema Corte decidiu que o legislador não poderia limitar a liberdade individual de contratar, pois configuraria uma afronta a XIV Emenda da Constituição Federal Norte-Americano, de forma que declarou a inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque. *Lochner*, apesar de ter sido considerada uma das decisões mais infelizes da Suprema Corte, também foi apontada como um dos primeiros casos cujo ativismo judicial da Corte foi notório e ficou conhecida como “Era *Lochner*” (1897-1937)<sup>[28]</sup>.

---

<sup>27</sup> TAFFAREL, Claridê Chitolina; DABULL, Matheus Silva. A efetivação dos direitos fundamentais sociais mediante o ativismo judicial. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.) *Direito & políticas públicas VII*. Curitiba: Multideia, 2012.

<sup>28</sup> “The received wisdom is that *Lochner* was wrong because it involved ‘judicial’: an illegitimate intrusion by the courts into a realm properly reserved to the political branches of government. This view has spawned an enormous literature and takes various forms. The basic understanding has been endorsed by the Court in many cases taking the lesson of the *Lochner* period to be the need for judicial deference to legislative enactments.” SUSTEIN, Cass R. ***Lochner’s legacy***. *Columbia Law Review*, v. 87, n 5, 1987, p. 874. Disponível em: <[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12354&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=12354&context=journal_articles)>. Acesso em: 22 nov. 2022.



No Brasil a discussão acerca do ativismo judicial pode ser considerada embrionária se comparada aos Estados Unidos, Grã-Bretanha, Alemanha, Itália. Surgiu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que conferiu aos juízes várias prerrogativas e estimulou um maior envolvimento do judiciário em questões políticas complexas. Conforme assevera Streck:

Não é possível falar-se em ativismo no Brasil antes da Constituição de 1988, pois antes não havia um controle de constitucionalidade efetivo, devido aos curtos períodos de democracia vividos pelo País e a consequente falta de autonomia do Supremo Tribunal Federal; as primeiras décadas de controle difuso sem mecanismos de extensão dos efeitos das decisões; a tardia inserção do controle concentrado de constitucionalidade (apenas em 1965); o tardio ingresso do Brasil na era do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito [...]<sup>[29]</sup>.

Nos últimos anos, indubitavelmente, o cenário político do Brasil estimulou uma maior envergadura sobre ativismo judicial e uma postura mais ativista do Supremo Tribunal Federal. Não obstante, no aspecto político verifica-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ainda são muito comedidas e voltados a questionamentos e oposições esparsas sobre temas particulares, sem notória repercussão e complexidade – o que acaba por limitar a margem decisória do Supremo Tribunal e amplia o controle parlamentar sobre a Corte (CAMPOS, 2014).

Diferentemente do que acontece em outros países, no Brasil, as críticas ao Supremo Tribunal Federal se concentram muito mais na omissão dos julgadores, na ausência de precedentes sólidos e na suposta cumplicidade e relacionamento entre os integrantes da Corte com políticos e seus partidos, do que no ativismo judicial propriamente dito. Como dito

---

<sup>29</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

antes, a discussão acerca do ativismo judicial é tão jovem quando a nossa democracia.

A redemocratização do Brasil, concebida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, incentivou e ampliou o papel de diversas instituições essenciais ao Estado democrático. Fortaleceu a Polícia Federal e o Ministério Público, ampliou o acesso à justiça com a criação da defensoria pública e os juizados especiais, reforçou mecanismos processuais como a ação de improbidade administrativa, ação popular e ação civil pública (CAMPOS, 2014). Somando-se a todos esses fatores de fortalecimento do Estado democrático, a conscientização popular dos seus direitos, impulsionou o judiciário a assumir uma postura muito mais ativista na solução dos conflitos que envolviam a aplicação do direito.

O aumento crescente da responsabilidade do Supremo Tribunal Federal e a expectativa social com relação a uma proteção efetiva das políticas públicas transferem ao judiciário competências que antes eram exclusivamente do Executivo e do Legislativo. No Brasil, percebe-se um crescente aumento de discussões políticas no judiciário que antes eram resolvidas por outras esferas do poder ou da própria sociedade.

Neste cenário de total pressão e tensões políticas – impulsionadas por diversos escândalos de corrupção – desenvolve-se o ativismo judicial no Brasil. Todas essas particularidades fomentam discussões sobre os aspectos positivos e negativos de posturas ativistas pelo Poder Judiciário.

Assim, objetiva-se, nos próximos tópicos, analisar as dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, debater sobre o fenômeno da politização da justiça, estabelecer os aspectos positivos e negativos do ativismo judicial para finalmente entendermos aos impactos causados por decisões fundamentalmente políticas.

#### **4. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Antes da consolidação do Estado Constitucional de Direito, que ocorreu na Europa no final da Segunda Guerra Mundial, vigorava o conhecido Estado Legislativo de Direito. Este modelo de Estado era marcado

por um documento político cuja aplicação estava sujeita ao legislador ou ao administrador.

O controle de constitucionalidade das leis nesta época era praticamente inexistente e quando ocorria era mitigado e inexpressivo. Trata-se de um contraste interessante, ao passo que, em um Estado legislativo vigora a centralidade da lei e a supremacia do parlamento, enquanto no Estado Constitucional de Direito o que prepondera é a norma jurídica. Neste último, a norma assume um papel de impor deveres ao Estado, determinar o modo de elaboração de outras normas e, ainda, limitar o seu conteúdo. Assim, se estabelece uma lei maior como a base de um ordenamento jurídico e privilegia as Cortes Constitucionais como intérprete final e vinculante desse texto constitucional<sup>[30]</sup>.

O termo “jurisdição constitucional” determina que os órgãos do Poder Judiciário interpretem e apliquem a norma constitucional. No Brasil, compete a todos os juízes o exercício da jurisdição constitucional, sendo o Supremo Tribunal Federal a cúpula do sistema.

A jurisdição constitucional se ocupa de (i) garantir a aplicabilidade da norma constitucional frente ao caso concreto – denominada aplicabilidade direta – e (ii) exercer o controle de constitucionalidade para assegurar a validade das normas, assim como valer-se de métodos hermenêuticos para assegurar a compatibilidade da norma a Constituição (interpretação conforme a Constituição).

## 5. CRÍTICA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AO ATIVISMO JUDICIAL

A judicialização ocorre quando questões de grande relevância social e política são entregues ao Judiciário para serem decididas em caráter terminativo. A atual realidade da democracia e a ampliação do acesso a jurisdição estimulam a transferência do poder decisório de grandes questões sociais

---

<sup>30</sup> BARROSO, Roberto. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2022.

as instituições judiciais, inclusive aquelas que tradicionalmente eram discutidas e decididas nas instâncias do Legislativo e Executivo.

Essa expansão da jurisdição e mudança de pensamento do Direito no Brasil não aconteceu de forma instantânea. Inicialmente, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo não atendia as demandas judiciais de maneira ativista<sup>[31]</sup>, o que levantou dúvida se a postura do Poder Judiciário permaneceria a mesma depois da instauração da nova ordem constitucional. Importa destacar que, o ativismo judicial não se confunde com politização da justiça, conforme bem define Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Enquanto judicializar as grandes questões políticas e sociais é demandar soluções para essas questões dentro da arena judicial, o ativismo é a escolha comportamental do juiz ou Tribunal em aceitar essa demanda e ditar as respostas, certas ou erradas, para as questões levantadas<sup>[32]</sup>.

Com efeito, define Luís Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vem, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se

---

<sup>31</sup> O ativismo judicial não se confunde com a judicialização política. Embora exista uma forte conexão entre eles, são institutos diferentes. “Judicialização da política é o vínculo entre a democracia e o ativismo judicial, à medida que é a mobilização política da sociedade que está na origem da expansão do poder dos tribunais”. (CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia*. Revista *Alceu*, Rio de Janeiro, v. 5, 2004, p. 106).

<sup>32</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance<sup>[33]</sup>.

A expansão da judicialização política acontece paralelamente ao desenvolvimento do ativismo judicial, na medida que o último é abastecido e renovado pelas pretensões do primeiro. A postura ativa dos juízes frente a tomada de decisão é essencial para a evolução da politização, uma vez que a passividade reiterada dos juízes desestimula o uso do judiciário como médio de resolução de casos de grande complexidade política<sup>[34]</sup>.

Nos primeiros anos após a Constituição Federal de 1988 as decisões do Supremo fizeram surgir questionamentos acerca da perpetuação da postura passiva da Corte em relação a questões de grande relevância política e social, podendo desacelerar o desenvolvimento da judicialização política no País.

Embora a judicialização da política e o ativismo judicial possuam aspectos importantes para o desenvolvimento do Poder Judiciário, concretização de direitos e consolidação das instituições democráticas, não é possível ignorar a linha tênue entre as dimensões positivas e negativas dos dois institutos, principalmente pelo alto nível de subjetividade que os compreende.

Conforme apontado anteriormente, desassociar o direito da política, especialmente em matéria constitucional, não é tarefa fácil. Malgrado alguns estudiosos do Direito norte-americano considerem “que as decisões

---

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*. Disponível em [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em: 29 nov. 2022.

<sup>34</sup> TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.) *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p. 33.

judiciais são inevitável e corretamente políticas”<sup>35]</sup>, não é uma visão unânime e ainda é bastante criticada se observada a partir de um contexto geral.

Em países como o Brasil, onde a jurisdição constitucional ainda é tão jovem e a força das instituições democráticas deve ser reafirmada diariamente, a política judicial pode desencadear uma grave sensação de insegurança jurídica e por consequência fragilizar um dos pilares da democracia, qual seja o Judiciário.

A judicialização da política é um evento dentro do cenário institucional brasileiro, assim como a judicialização da vida, como define Barroso (2014)<sup>[36]</sup>. Contudo, o ativismo judicial é uma atitude, uma postura, uma ação proativa do julgador, se bem aplicado extrai da norma constitucional o seu máximo potencial, lado outro será interpretado de maneira negativamente, como um uso impróprio do poder judicial.

## **6. AS INFLUÊNCIAS POLÍTICAS NOS JULGAMENTOS E A REPRODUÇÃO JURIDICIONAL DA VONTADE DA MAIORIA**

Inicia-se este tópico assinalando a complexidade de afastar o Direito da Política, de modo que serão analisadas as circunstâncias que impedem o Poder Judiciário de permanecer imune as influências essas influências.

Barroso (2014) defende que, em um modelo idealizado, dois mecanismos se destacam na imunização do judiciário contra influências políticas, seriam eles (i) independência do Judiciário e (ii) vinculação do juiz ao sistema jurídico. Quanto à independência, Barroso (2014) assinala garantias institucionais, como autonomia administrativa e financeira, bem como garantias funcionais: vitaliciedade, inamovibilidade, dentre outras. Tais

<sup>35</sup> DWORCKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2022.

garantias afastariam o judiciário do universo político, proporcionando liberdade para decisões autônomas, sem qualquer dependência de juízo político<sup>[37]</sup>.

Neste modelo prepondera que o Direito e a Política constituem universos distintos e incomunicáveis. É um paradigma muito próximo ao entendimento britânico oficial que não admitia interferências políticas na formação das decisões pelos juízes.

Por outro lado, Barroso (2014) aponta a existência de um modelo cético, marcado pela descrença da autonomia entre o Direito e a Política. Este movimento é definido pelo Ministro como “realismo jurídico”, ou seja, dentro de um contexto social e globalizado é impossível imunizar o direito de influências políticas e admitir que ele se reduza a um conjunto normativo de onde juízes apolíticos forma a convicção de suas decisões desprendido de qualquer fenômeno externo<sup>[38]</sup>.

O modelo cético é marcado por um papel político dos juízes, muito estudada pela doutrina norte-americana, conforme citamos alhures. Neste modelo, predomina aspectos não restritivos que oportuniza ao julgador uma maior discricionariedade em seus julgamentos, inclusive em decisões notadamente influenciadas politicamente.

Sabe-se que, julgar não pode se confundir com nenhuma outra atividade de Estado e que o papel do juiz é dizer o direito, dando aplicabilidade ao texto constitucional e fazendo com que todo o ordenamento jurídico coexista de maneira harmônica. Sabe-se, ainda, que não é função do julgador criar o Direito e que esta limitação está expressa no artigo 2º da Constituição Federal de 1988: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

---

<sup>37</sup> BARROSO, Roberto. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2022.

<sup>38</sup> BARROSO, Roberto. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2022.

Todavia, sabe-se que os juízes são humanos e como tais eventualmente podem ser influenciados por fatores externos de cunho político, social, cultural, que – mesmo indiretamente – interferem na formulação da decisão que será emitida pelo julgador.

Diante das nuances descritas acima, acompanha-se o posicionamento de Dworkin (2005), que afirma:

A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político. Minha visão, portanto, é mais restritiva que a visão norte-americana progressista, mas menos restritiva que a britânica oficial<sup>[39]</sup>.

No mesmo sentido, acentua Barroso (2014):

O modelo real, como não é difícil de intuir, terá uma dose razoável de cada uma das visões extremas. O Direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. A realidade, contudo, revela que essa autonomia será sempre relativa<sup>[40]</sup>.

Por muito tempo o direito se ocupou de se afastar da política e de concretizar um modelo idealizado, ignorando a relevância dos fatores extrajurídicos, mas agora deve adotar o caminho inverso<sup>[41]</sup> para se valer de todos os mecanismos quanto possíveis para garantir a integridade do Direito.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>40</sup> BARROSO, Roberto. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2022.

<sup>41</sup> V. FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, 2005, p. 267 e p. 269. Disponível em: <[https://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1015&context=nyu\\_plltwp](https://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1015&context=nyu_plltwp)>.

São inúmeros os fatores extrajurídicos capazes de influenciar o juiz em suas decisões, pode-se citar, por exemplo, os valores e ideologias, a aproximação de figuras do meio político e institucional, a autoconservação do poder da Corte, a interação com outros poderes, opinião popular e pressão midiática, as possibilidades do efetivo cumprimento da decisão, fatores internos do colegiado, dentre milhares de outros.

Contudo, o presente estudo discutirá apenas a aproximação dos julgadores de figuras do meio político e institucional, a fim de traçar um paralelo com a reprodução jurisdicional da vontade da maioria. O assunto será destacado pela repercussão que causa e pelo contexto político pelo qual o Brasil transita atualmente.

No Brasil, uma das maneiras de escolher os membros que compõem o topo do sistema jurisdicional, Supremo Tribunal Federal é através da nomeação política, ou seja, o Presidente da República – respeitando alguns critérios – faz uma escolha e posteriormente o eleito é sabatinado por um órgão do Legislativo.

Neste contexto, é intuitivo perceber que, a elite política tem a prerrogativa constitucional de selecionar os integrantes do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do sistema judiciário brasileiro.

É possível inferir, portanto, que o processo de escolha dos principais cargos dos tribunais superiores é realizado dentro de uma conjuntura política, que possibilita a escolha de julgadores que possuam valores, ideologias, opiniões bastante afinadas com os membros do Legislativo, desencadeando o que o José Adércio Leite (2002) define como “reprodução jurisdicional da vontade majoritária, a constituir, assim, uma espécie de ‘aliança nacional dominante”<sup>[42]</sup>.

---

Defende o autor: “Se, como os juristas vêm crescentemente reconhecendo, direito e política não podem ser mantidos separados ainda precisamos de uma teoria que possa integrá-los, sem abrir mão dos compromissos com o Estado de direito que esta sociedade tanto preza”. Acesso em: 22 nov. 2022.

<sup>42</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 70.

Mesmo que existam entendimentos no sentido de o vínculo entre o magistrado indicado politicamente se esgote no ato da posse<sup>[43]</sup>, momento em que o escolhido adquire vitaliciedade e com isso encerra a dependência de novos juízos políticos, não é possível ignorar que a afinidade entre pessoas de perfis semelhantes oportuniza a reprodução de decisões legislativas através do judiciário.

Não poderia ser diferente, uma vez que a escolha dos ocupantes de altos cargos no judiciário, por integrantes do Executivo e Legislativo, visa o alinhamento de ideias e convicções, a fim de assegurar que as decisões judiciárias sejam convergentes com as decisões destes Poderes. Tomando por empréstimo as palavras de Ran Hirschl (2007): “Os Tribunais Superiores nacionais tendem a aderir às visões de mundo prevalentes, metanarrativas nacionais e interesses de elites influentes quando lidam com questões políticas importantes.”<sup>[44]</sup> (Tradução nossa).

Assim, ainda que os Tribunais estejam inseridos no mesmo âmbito político- institucional de toda população e, por isso, vulneráveis aos efeitos da realidade do país, das maiorias políticas e de diversos outros aspectos inerentes a uma sociedade plural, a interação profusa entre os magistrados e políticos, pode levar ao desprestígio de suas decisões, fragilizando o Estado Democrático, e em situações mais graves, motivar reformas legislativas para sobrepujar jurisprudências ou até mesmo os parâmetros de controle de constitucionalidade já existentes na própria Constituição.

---

<sup>43</sup> BARROSO, Roberto. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2022.

<sup>44</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University, 2007. “National high courts tend to adhere closely to prevalent worldviews, national metanarratives, and interests of influential elites when dealing with major political issues”.



## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção deste estudo se iniciou na clássica separação dos poderes, em que o Judiciário se limitava a detida aplicação da lei ante ao caso concreto, enquanto os Poderes Legislativo e Executivo ocupavam-se de todas as questões complexas de interesse e repercussão nacional.

Com a promulgação da Constituição Federal 1988, o advento do controle de constitucionalidade, a ampliação da jurisdição constitucional e o fortalecimento dos mecanismos de controle popular, o Poder Judiciário assume papel fundamental no processo da redemocratização do Brasil, adquirindo uma postura mais ativa frente a matérias que antes eram tratadas exclusivamente pelo Executivo e Legislativo.

Neste cenário, se desenvolve o ativismo judicial no Brasil, ainda muito novo, mas já desafia o judiciário a adotar uma postura mais proativa na concretização dos direitos constitucionais. Essa evolução do judiciário motivou a expansão do fenômeno da judicialização da política, transferindo ao judiciário autoridade para decidir com definitividade questões complexas e estratégicas para a nação.

Entende-se que o ativismo judicial possua suas benesses, mas também possui uma face antiquada e retrógrada, de modo que pode ser interpretado como uma conduta arbitrária e imprópria frente as disposições estabelecidas pela Constituição. Um verdadeiro risco face ao arranjo institucional brasileiro, podendo desencadear conflitos entre os Poderes.

Este estudo buscou estabelecer algumas críticas ao ativismo judicial e a judicialização da política e concluiu que, mesmo diante do desprestígio dos Poderes Executivo e Legislativo, motivado pela deflagração de esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro, anunciados cotidianamente na mídia e redes sociais – não poderá o Poder Judiciário valer-se do ativismo judicial e emitir decisões políticas e atécnicas, exclusivamente para atender ao clamor social.

Por outro lado, o ativismo judicial sequer conta com o apoio popular, razão pela qual o Poder Judiciário deve exercer com cautela posturas ativistas.

A despeito da influência política na formação da decisão dos magistrados, o ensaio permitiu fundamentar nosso posicionamento intermediário, em que não acinte com a postura restrita britânica oficial, nem com o liberalismo norte-americano, mas admite o uso de princípios políticos na formação das decisões dos julgadores.

Conclui-se que, embora sejam notórios a ineficiência e o descrédito dos demais Poderes, essas falhas não podem ser supridas pelo Poder Judiciário através do ativismo judicial. O Judiciário não conta com a legitimação popular atribuída aos representantes eleitos. Já no que tange as influências extrajurídicas que afetam as decisões judiciais, notadamente, em relação as afinidades ideológicas entre os membros de Cortes Constitucionais e governantes, estas são capazes de causar um grave abalo na segurança institucional e criar conflitos sérios entre os Poderes. A reprodução de decisões legislativas pelo judiciário pode causar prejuízos ao sistema democrático. É preciso insistir na democracia!

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição constitucional**: a tênue fronteira entre o Direito e a Política. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista Alceu**, Rio de Janeiro. 5, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Marbury v. Madison**. 5 U.S 137 (Feb. 1803) – 3260, 207. Disponível em: <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marbury.HTML>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2012.

FRIEDMAN, Barry V. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, 2005, p. 267, 269. Disponível em: <[https://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1015&context=nyu\\_plltwp](https://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1015&context=nyu_plltwp)>. Acesso em: 22 nov. 2022.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=834111114068080081126096126015107092051072061008025071104125078085008017100097091026058013060031021036017100030002000092125005114050071046052027016114070105004094060029056121089025001027071083020114100029115124115084122085100072112082005125089065127&EXT=pdf>>

GRIFFITHS, J.A.G. **The politics of the judiciary**. New York: Fontana Books, 1977.

HIRSCH, Ran. **Towards juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionnalism. Cambridge: Harvard University, 2007.

HOBSBAWN, Eric J. **A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como o maximum ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no período clássico ou da metafísica do objeto - a igualdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

SUSTEIN, Cass R. Lochner's legacy. **Columbia Law Review**, v. 87, n 5, 1987, p. 874. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent>.

cgi?referer=https://www.google.com/& httpsredir=1&article=12354&context=-journal\_articles>. Acesso em: 22 nov. 2022.

TAFFAREL, Claridê Chitolina; DABULL, Matheus Silva. A efetivação dos direitos fundamentais sociais mediante o ativismo judicial. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.) **Direito & políticas públicas VII**. Curitiba: Multideia, 2012.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.) **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 33.

TRIBE, Laurence H. **The invisible Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.



# A CENTRALIDADE DA VIDA HUMANA E A NOÇÃO DO CONCEITO DE “FORMA-DE-VIDA” EM GIORGIO AGAMBEN



## AMANDA CRISTINA PACÍFICO

Mestre em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB (2018). Atualmente doutoranda em Filosofia, na linha de pesquisa de Ética e Filosofia Política, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Sob orientação do Professor Dr. Alípio DeSousa Filho. E-mail: amandapacifico15@gmail.com.

**Sumário:** Resumo — Abstract — 1. Introdução — 2. O uso da técnica na modernidade — 3. Vida nua - uma forma de vida — 4. Forma-de-vida - uma vida comum — 5. Conclusão — Referências.

**Resumo:** O objetivo deste artigo é contribuir com uma reflexão preliminar sobre o conceito de “forma-de-vida” no pensamento do filósofo italiano Giorgio Agamben. O pensador italiano que nos guia em nossas investigações retoma a herança biopolítica explorada anteriormente por Hannah Arendt e Michel Foucault acerca da politização moderna da vida biológica. Em relação a ela, Agamben questiona a centralidade da vida nos dispositivos jurídicos e como a política contemporânea captura a vida humana. Para alcançarmos o objetivo proposto, iniciamos nosso estudo abordando o conceito de “vida nua”, uma forma de vida no pensamento de Agamben que é exposta em seu projeto filosófico e político do

“*HOMO SACER*”. Em seguida, em oposição ao conceito de “vida nua”, apresentamos a noção do conceito de “forma-de-vida”, categoria central e, muitas vezes, enigmática para a compreensão do projeto do pensador italiano, tratando-se de um vir-a-ser, a superação das cisões preexistentes nas variadas formas de vida do mundo contemporâneo. Agamben nos remete ao exercício de pensar e questionar a vida em suas variadas formas. Nossa hipótese parte do pressuposto de que a forma-de-vida representa uma perspectiva de devolver a vida ao seu uso comum, um ser que vem a ser qualquer, um corpo, mas pensando este corpo não apenas como um conceito, como também uma ideia, tratando-se da constante necessidade de afirmação da vida humana frente à sua condição ontológica, política, ética e jurídica na modernidade.

**Palavras-chave:** Giorgio Agamben. Vida Nua. Forma-de-vida.

**Abstract:** This study seeks to contribute with a preliminary reflection on the Italian philosopher Giorgio Agamben’s form-of-life concept. Agamben’s guidance throughout this study follows the biopolitical legacy of Hannah Arendt and Michel Foucault in their approaches on the modern politicization of the biological life. Based on it, Agamben questions how central life is in the legal devices and how the contemporary politics “captures” human life. This study firstly approaches the concept of “bare life”, a form of life within Agamben’s thought exposed in his philosophical and political studies of the *HOMO SACER*. Then we approach the concept of “form-of-life” to oppose the bare life — the former is a central category in the *homo sacer* studies and yet remains something of an enigma to the Italian philosopher’s ideas. The form-of-life is a *devenire*, a becoming, overcoming the pre-existing splits of the most different forms of life in the contemporary world. Agamben makes us wonder about is actually life in its so many possibilities. In our approach, the form-of-life represents the potential to have life return to its ordinary use, a being who may be any being, a body not only just as a concept but as an idea, requiring



the constant need to reinforce the primacy of the human life in face of its ontological, political, ethical and legal condition in the modern times.

**Keywords:** Giorgio Agamben. Bare life. Form-of-life.

## 1. INTRODUÇÃO

Giorgio Agamben, nascido na Itália em 1942, é um filósofo conhecido e publicado no mundo todo. Formou-se em Direito em 1965 e doutorou-se em Filosofia com uma tese sobre Simone Weil. Além de Simone Weil, Giorgio Agamben também se debruçou sobre o legado de Michel Foucault, Hannah Arendt, Walter Benjamin, Emile Benveniste e mesmo de Martin Heidegger, referência constante em sua obra, principalmente em relação às suas análises quanto a interpretação hegemônica da técnica na modernidade.

Cada vez mais em destaque no pensamento contemporâneo, os textos, obras, ensaios e vários outros trabalhos publicados de Giorgio Agamben expõem questionamentos e reflexões sobre problemas de ordem política. Para ele, a política atravessa um eclipse permanente, sendo subalterna à religião, à economia e até mesmo ao direito. Isso deve-se ao fato de que a política perdeu o seu estatuto ontológico e, como resultado, não conseguiu alcançar as suas “transformações que progressivamente esvaziaram de dentro suas categorias e conceitos” (AGAMBEN, 2015, p. 09).

Em nosso tempo, a modernidade tornou-se um espaço vazio de sentido, em ruptura com a tradição, mas sem que ocorresse a sua desvalorização. Contudo, “o passado perdeu a sua transmissibilidade, e até que não encontre um novo modo de acesso a este, o passado torna-se objeto de acumulação, citações, de objetos, etc.” (AGAMBEN, 2013b, p. 174). Na era da técnica e tecnologia dos saberes constituídos, prevalece o intransmissível do passado enquanto cultura vivente na presença de nossa sociedade.

Em sua primeira obra do projeto filosófico **HOMO SACER**<sup>[45]</sup>, Giorgio Agamben a nomeia *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*, concentrando suas investigações em premissas relacionadas aos problemas predominantes no Ocidente, relacionadas ao poder e seus modelos jurídicos institucionalizados, elaborando uma análise dos modos concretos em que o poder captura o sujeito e as suas formas de vida.

As investigações de Giorgio Agamben sobre o tema do *homo sacer* têm início antes de 1982, resultados de um seminário apresentado na Universidade de Vermont no nordeste dos Estados Unidos. Percorrendo caminho semelhante ao de Michel Foucault, Agamben divide o seguimento de suas análises em duas distintas diretrizes:

por um lado, o estudo das técnicas políticas (como a ciência do policiamento) com os quais o Estado assume e integra em sua esfera o cuidado da vida natural dos indivíduos; por outro, o estudo das tecnologias do eu, através das quais se realiza o processo de subjetivação que leva o indivíduo a vincular-se à própria identidade e à própria consciência e, conjuntamente, a um poder de controle externo (AGAMBEN, 2007, p. 13).

É por meio do entrelaçamento e da captura da vida humana que o filósofo italiano busca compreender o ponto de intersecção no qual o poder, através de suas técnicas de individualização e procedimentos, se aproxima, com seus dispositivos de controle, e estabelece uma relação contingente de exclusão e inclusão da vida, precisamente um controle oculto mas inerente ao modelo jurídico instituído e ao modelo biopolítico do poder.

---

<sup>45</sup> Neste artigo, escrevemos o nome do projeto filosófico de Giorgio Agamben em letra maiúscula e em itálico como **HOMO SACER** para distingui-lo figura do *homo sacer*, também em itálico, mas em letra minúscula, “uma figura enigmática do direito romano, que reúne em si traços contraditórios [...] em ressonância com a categoria religiosa do sagrado no momento em que esta atravessa um processo de dessemantização que a leva a assumir significados opostos; uma ambivalência, posta em relação com a noção etnográfica de tabu” (AGAMBEN, 2007, p. 88) e precedente da vida nua na contemporaneidade e paradigma biopolítico da exceção.



Para nossa melhor compreensão, faço uma breve síntese e digressão do que vem a ser o dispositivo em seu pensamento, a função desta categoria e sua relevância para a compreensão do conceito de vida nua<sup>[46]</sup> nas pesquisas de Giorgio Agamben, abordando seu método filosófico-arqueológico.

## 2. O USO DA TÉCNICA NA MODERNIDADE

As tragédias gregas não são representações teatrais de alegria ou tristeza — diante dos problemas na Grécia Antiga, estes eram “representados no teatro, ou em uma dimensão sagrada” (GALIMBERTI, 2015, p. 04). Assim, ao discutir a técnica, foi justamente ao teatro que os gregos antigos recorreram: “a técnica foi objeto de estudo na Grécia antes mesmo do nascimento da filosofia; por exemplo, na tragédia de Ésquilo<sup>[47]</sup>, intitulada *Prometeu Acorrentado*” (GALIMBERTI, 2015, p. 04).

No exemplo citado, a tragédia de Ésquilo aborda a narrativa mitológica de Prometeu, “o amigo dos homens, [que] dá-lhes o fogo com o qual eles podem transformar metais e produzir ferramentas. Dá-lhes a capacidade do cálculo, previsão e, em alguns aspectos, o princípio da operacionalidade técnica” (GALIMBERTI, 2015, p. 05). Com isso, Zeus, com medo de que os homens, por meio da técnica, superassem os deuses, decide punir Prometeu, amarrando o seu corpo numa rocha para que uma águia devore seu fígado, sendo que este sempre se regenera para garantir o castigo perpétuo. Como “nos mitos existe o conhecimento e a ciência” (GALIMBERTI, 2015, p. 05), não podemos simplesmente ignorá-los como fábulas, mas entender do que se tratam.

---

<sup>46</sup> Agamben retoma o conceito de vida nua empregado por Walter Benjamin. BENJAMIN, Walter. “Crítica da Violência – Crítica do ‘Poder’”, in: \_\_. Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos, seleção e apresentação de Willi Bolle. Tradução: Celeste H. M. Ribeiro de Souza et al., São Paulo, Cultrix/Editora da Universidade de São Paulo, 1986. (pp. 160-175).

<sup>47</sup> Ésquilo (525 a.C. – 456 a.C.) foi um dos maiores dramaturgos do gênero tragédia na Grécia Antiga.

É preciso compreender o uso da técnica em suas variadas formas, dentro as várias possibilidades e entendimentos, mas, especificamente, a partir da perspectiva de seu uso em relação à vida humana, questionando quando essa é capturada pelos dispositivos de poderes institucionalizados. É preciso deixar pensar o uso da técnica apenas em seu senso comum, como um meio que beneficia o ser humano e a sociedade em geral. Quando a técnica ganha tamanha relevância, acabar por tornar-se o “sujeito da história, e o ser humano tende a executar apenas tarefas de ações descritas e prescritas” (GALIMBERTI, 2015, p. 03), suspendendo sua condição humana para dar preponderância à funcionalidade. Afinal, o desafio do lugar da técnica na modernidade é desabrigar.

Em setembro de 2005, Giorgio Agamben, em passagem pelo Brasil, proferiu uma conferência na Universidade Federal de Santa Catarina em referência à técnica moderna. Na ocasião, não apenas mencionou as investigações de Michel Foucault como também as do filósofo alemão Martin Heidegger. A conferência ganhou o título de *O que é um dispositivo?* e foi publicada no Brasil pela editora Argos em 2009.

A partir de Foucault, Agamben apropria-se do uso do termo “dispositivo” para ampliá-lo e elevá-lo a uma categoria fundamental do atual estado de coisas, no ensejo de questões e debates significativos do pensamento político e jurídico da contemporaneidade. Durante a conferência mencionada acima, Agamben promoveu uma reflexão em busca de uma compreensão do que vem a ser um dispositivo em um sentido mais amplo, uma reflexão acerca da condição humana frente as transformações tecnológicas da sociedade contemporânea para assim caminhar para o âmbito de uma reflexão do humanismo no Ocidente.

A partir dos estudos sobre o pensamento de Foucault, embora este “nunca tenha elaborado propriamente sua definição (AGAMBEN, 2009, p. 28), Agamben propõe a hipótese de que a expressão possui o sentido de um termo técnico, sendo uma palavra estratégica e decisiva para o pensamento do filósofo francês. Em uma entrevista de Foucault realizada datada de 1977, Agamben observa o uso do termo “dispositivo” como algo pertinente ao curso decisivo dos modelos estratégicos, com base em



“relações de poder e saber, ordem de discursos, instituições, edifícios, leis, medidas de polícia, proposições filosóficas, etc. [...] e, resultar em relações de poder e relações de saber” (AGAMBEN, 2009, p. 29). Apesar da falta de uma definição explícita, Giorgio Agamben observa na investigação dos escritos do filósofo, especificamente na obra *Arqueologia do Saber*, uma genealogia do termo etimologicamente próximo do termo “dispositivo”: o termo “*positivité*”, tal como interpretado por Jean Hyppolite<sup>48]</sup>

A partir da filologia, algo central em suas investigações filosóficas, Agamben comprova a influência do termo “*positivité*” no pensamento de Foucault, sendo um termo estratégico que influenciou o filósofo francês durante seus estudos do capítulo terceiro do ensaio de Jean Hyppolite intitulado *Razão e história. As ideias de positividade e destino*. Segundo o filósofo italiano, as análises de Hyppolite neste ensaio se concentram sobre duas obras hegelianas, mas a que interessa em razão do termo é a de nome “*A positividade da religião cristã*” (AGAMBEN, 2009, p. 30). Agamben esclarece que para Hyppolite, “destino” e “positividade” são dois conceitos-chaves no pensamento hegeliano, sendo que o último tem “o seu lugar próprio na oposição entre religião natural e religião positiva” (AGAMBEN, 2009, p. 30).

De acordo com Agamben, no pensamento hegeliano,

a religião natural diz respeito à relação entre a razão humana e o divino, enquanto que a religião positiva ou histórica compreende o conjunto de crenças, regras e ritos que, numa determinada sociedade e momento histórico, são impostos aos indivíduos (AGAMBEN, 2009, p.30).

Hyppolite então mostraria como a “oposição entre natureza e positividade correspondem à dialética entre liberdade e coerção e entre razão e história” (AGAMBEN, 2009, p.31). Portanto, o termo “*positivité*”

---

<sup>48</sup> Provavelmente os senhores conhecem a forte relação que ligava Foucault a Hyppolite, a quem define as vezes como “o meu mestre” (Hyppolite foi efetivamente seu professor de início durante a *Khagne* no liceu Henri IV e depois na École Normale). (AGAMBEN, 2009, p. 9).

(positividade), herança do pensamento do jovem Hegel, como elemento histórico, traz uma “carga de regras, ritos e instituições impostas aos indivíduos por um poder externo e interiorizado nos indivíduos como um sistema de crenças e sentimentos” (AGAMBEN, 2009, p. 32), algo retomado por Foucault em seus estudos.

Com isso, Agamben reconhece a influência do significado deste termo no pensamento foucaultiano e, a partir do mesmo problema colocado por Foucault, torna-se decisivo também para Agamben ampliá-lo, enxergando

a relação entre os indivíduos como seres viventes e o elemento histórico, entendendo o elemento histórico como problema, conjunto das instituições, dos processos de subjetivação e das regras em que se concretizam as relações de poder (AGAMBEN, 2009, p. 32).

Em sua conferência, o filósofo italiano defende a possibilidade de que o termo *positivité*, tanto como positividade como, encaixado no pensamento de Foucault, dispositivo, é a chave de interpretação para as investigações de modos concretos que operam “nas relações, mecanismos e ‘jogos’ de poder (AGAMBEN, 2009, p. 33).

A partir dessa derivação feita por Michel Foucault, Agamben posiciona-se para um novo direcionamento e reflete sobre a concretização de uma pesquisa na qual entrevê a possibilidade de definição do termo “dispositivo” em conexão com a sua aproximação com a “genealogia teológica da economia” (AGAMBEN, 2009, p. 35). Aproximadamente, entre o segundo e sexto séculos na história da Igreja Católica, o termo grego *oikonomia* desempenhou “função decisiva” na teologia (AGAMBEN, 2009, p. 35). Com base em uma investigação e estudo da genealogia teológica da economia e do termo “dispositivo”, Agamben observa que este surge antes do termo *positivité* aparecer na obra hegeliana.

A terminologia latina *dispositio*, segundo Agamben, é precisamente a tradução latina do grego *oikonomia*. Mas qual o significado da palavra *oikonomia*? Segundo o filósofo italiano, “*oikonomia* significa, em grego, a administração da *oikos*, da casa, e, mais geralmente, gestão, *management*”

(AGAMBEN, 2009, p. 37), ou seja, uma atividade de finalidade prática fazendo frente a um problema e a uma situação singular. Seguindo sua proposição genealógica do termo, Agamben questiona qual a necessidade de os padres introduzirem esta terminologia na teologia ou mesmo se há uma economia divina? (AGAMBEN, 2009, p. 35). A resposta, relata Agamben, é a seguinte: o pensamento filosófico medieval, em sua conceitualização de “ser e ação, ontologia e práxis” (AGAMBEN, 2009, p. 37), entre “um discurso – ou logos – da teologia” e um “logos da economia”, encontra na *oikonomia* (grego) divina ou *dispositivo* (latim) o esclarecimento para a solução do problema do dogma trinitário (Pai, Filho e Espírito Santo), da ação transcendente de um Ser único, a ideia de um governo divino e de Ser múltiplo das ações no plano terreno. Com isso, o termo latino *dispositio* demarca a *oikonomia* teológica (AGAMBEN, 2009, p. 38).

Segundo Agamben, “os dispositivos de que fala Foucault estão conectados com essa herança teológica” (AGAMBEN, 2009, p. 38), reduzidos por uma fratura de divisão e articulação entre “Deus ser e práxis, a natureza ou essência e a operação por meio do qual administra e governa o mundo das criaturas” (AGAMBEN, 2009, p. 38). Essa articulação teológica por meio dos dispositivos revela o empreendimento de um poder terreno consagrado com o poder divino. Porém, conforme a própria interpretação agambeniana, os dispositivos da época medieval nada possuem em comum com a busca ontológica de sentido do Ser conforme a investigação motivada por Martin Heidegger em *Ser e Tempo*, na qual, para a ontologia medieval, o ser é “transcendente”.

Para Agamben, com a “genealogia teológica da economia”, os “dispositivos” foucaultianos adquirem uma riqueza de significados ainda mais decisiva (AGAMBEN, 2009, p. 38) quando estes não se entrelaçam apenas com “a positividade” hegeliana, mas se conectam com a “*Gestell* do último Heidegger” (AGAMBEN, 2009, p. 38). Esta terminologia de origem alemã seria análoga ao termo em latim *dispositio*, *dis-ponere* (o alemão *stellen* corresponde ao latim *ponere*), e assim, quando Heidegger escreve sua obra *A questão da técnica* a palavra *Ge-stell* como “aparato” (*Gerat*), tal termo fica entendido como “o recolher-se daquele (dis)por (*Stellen*), que dis(põe)

do homem” o seu desvelamento “sobre o modo de ordenar (*Bestellen*)” (AGAMBEN, 2009, p. 39), ficando evidente a aproximação deste termo com o *dispositio* dos teólogos e o dispositivo foucaultiano.

Em Agamben, o termo dispositivo nomeia aquilo que “por meio do qual se realiza uma pura atividade de governo sem nenhum fundamento no ser” (AGAMBEN, 2009, p. 38), estando em jogo, na contemporaneidade, a subjetividade profana do sujeito. Comum a isso é a *oikonomia* escolástica cristã, “um conjunto de práxis, de saberes, de medidas, de instituições cujo objetivo é gerir, governar, controlar e orientar sutilmente os gestos e os pensamentos dos homens” (AGAMBEN, 2009, p. 39), ou seja, o controle de vida e de morte da nossa condição humana de existência. Assim, o filósofo italiano nos convida a um novo modo de pensar e refletir sobre o contexto dos dispositivos.

Mas então Agamben passa a percorrer uma perspectiva heideggeriana de crítica à tradição humanista e na busca pela hermenêutica do Ser. Com isso, procura atribuir uma amplitude geral à noção de dispositivo de Foucault, definindo-a da seguinte forma: “qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, interpelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes” (AGAMBEN, 2009, p. 40), no assujeitamento do ser pela linguagem, tal qual a *oikonomia* escolástica cristã, cujo humanismo era orientado a partir da classificação dos seres viventes e das substâncias em sua relação com os dispositivos, tornando a noção de sujeito algo subjetivo. Para a contemporaneidade, então, é preciso que os dispositivos se relacionem à noção de ser heideggeriana e que a formação do sujeito na modernidade ocupe o *locus* da política contemporânea.

Giorgio Agamben ainda discorre que “segundo toda evidência, os dispositivos não são um acidente em que os homens caíram por acaso, mas têm sua raiz no mesmo processo de ‘hominização’ que tornou ‘humanos’ aos animais que classificamos sob a rubrica *homo sapiens* (AGAMBEN, 2009, p. 43). Assim, torna-se necessária uma nova análise filosófica e política, já que a vida humana, uma vez relacionada aos dispositivos, problematiza a própria condição do tornar-se humano, sendo a hominização, na

verdade, a efetivação de uma subjetividade que, pelo pensamento de Martin Heidegger, demonstraria a ausência do ser.

Como, então, compreender a genealogia teológica da economia em vista da suposta ausência do ser categorizado? Entendendo que ela ocorre a partir de uma cisão entre o ser e a ação, uma vez que essa cisão “separa o vivente de si mesmo e da relação imediata com o seu ambiente, isto é, com aquilo que [Jakob von] Uexkühl e depois Heidegger chamam [de] círculo receptor–desinibidor” (AGAMBEN, 2009, p. 43). A quebra ou a interrupção desta relação produz para o vivente o tédio, ou seja, “a capacidade de suspender a relação imediata com os desinibidores. E o Aberto, isto é, a possibilidade de conhecer o ente enquanto ente, e assim construir um mundo” (AGAMBEN, 2009, p.43). Nesta perspectiva, ocorre a contingência “dos dispositivos que povoam o Aberto com instrumentos, objetos, gadgets, bugigangas e tecnologias de todo o tipo” (AGAMBEN, 2009, p. 43).

Durante a conferência, Heidegger é continuamente retomado. A princípio na busca meditativa pelo pensamento poético, mas então vem a pertinência da análise da técnica moderna, a *Gestell*. Ao finalizar a compreensão da relação estabelecida entre os dispositivos e as fenomenologias do “tédio profundo”<sup>49</sup> e do Aberto, então compreende-se o sentido filosófico e político dos dispositivos contemporâneos, como a despotencialização do ser no sentido heideggeriano. Com isso, Agamben declara que “o homem procura fazer girar em vão os comportamentos animais que se separaram dele e gozar assim do Aberto como tal, do ente enquanto ente (AGAMBEN, 2009, p. 44). O fato gerador da origem de todo dispositivo fundamenta-se no desejo demasiadamente “humano de felicidade, e a captura e subjetivação deste desejo, numa esfera separada” (AGAMBEN, 2009, p. 43), que constitui a potência específica do dispositivo e a despotencialização do ser humano na política e no direito.

---

<sup>49</sup> Para melhor compreensão do leitor em relação ao tratamento do tema do tédio, recomendando a leitura do Capítulo “Tédio profundo”, da obra: *O Aberto*, do filósofo italiano Giorgio Agamben.

Assim, a definição do conceito de dispositivo para o filósofo italiano Giorgio Agamben, é considerado segundo os seus estudos e investigações um termo técnico usado em nossa contemporaneidade no campo político e jurídico da modernidade na captura da vida humana. Portanto, pergunto mais uma vez: o que é um dispositivo? E qual a finalidade do dispositivo e sua relação com a vida humana?

Para Agamben, o dispositivo é essencial à subjetivação do ser humano por disciplinar, capturar, orientar, interceptar, interpelar, modelar e assegurar os gestos, as opiniões e os discursos da conduta humana, dando-lhe os mecanismos e técnicas para tal, assim constituindo o indivíduo. Para o filósofo italiano, nosso condicionamento do que é o humano por meio da técnica não está limitado apenas aos espaços de disciplina, como as prisões, os manicômios, o panóptico<sup>[50]</sup>, as escolas, a confissão, as fábricas, as medidas jurídicas, etc., mas, sobretudo, se define pelo estado de coisas de nossas constituições e referências — por exemplo: a caneta, a capacidade e a forma de escrita, a literatura, a filosofia que escolhemos percorrer, a linguagem, etc.

No presente trabalho, a linguagem também é compreendida como um dispositivo linguístico, relacionado à vida, tornando-se responsável por sua divisão e fragmentação, propiciando variadas interpretações subjetivadas para sua captura. A reflexão sobre o uso da linguagem está presente no projeto *HOMO SACER*, como se lê no último volume do projeto, o *Uso dos corpos*: a ontologia é o lugar originário da articulação histórica entre linguagem e mundo. A antropogênese, o devir humano, não é um acontecimento que se realizou uma única vez no passado, mas algo que não cessa de acontecer. Ou seja, não ocorre uma mudança de destino, mas o “encadeamento de possibilidades que a articulação entre linguagem e mundo inaugura como história para os seres da espécie *Homo sapiens*” (AGAMBEN, 2017, p. 136).

---

<sup>50</sup> O panóptico na modernidade possui uma função estratégica e decisiva para a compreensão da modalidade disciplinar do poder tornando-se uma figura epistemológica que define o universo disciplinar da modernidade, ao mesmo tempo marcando o limiar pelo qual ele transpassa para as sociedades de controle (AGAMBEN, 2019, p. 21).

Por fim, a vida humana, não em seu sentido biológico, mas no seu sentido político, ético e jurídico, assume, em seu processo de desvelamento, que o homem (espécie) pode tornar-se humano e permanecer (ou tornar-se) não humano através da linguagem. Com isso, a linguagem demonstra ser responsável pela articulação do humano e a sua relação com o mundo.

### **3. VIDA NUA - UMA FORMA DE VIDA**

A centralidade da vida humana é fator *sine qua non* no pensamento de Giorgio Agamben. Como exposto na seção anterior, em suas investigações, o filósofo italiano busca a compreensão e o significado do conceito de “vida”, termo recorrente no projeto *HOMO SACER* e paradigmático para nossa compreensão. Em sua abordagem, trata-se de conceito que permanece indeterminado, sem precisão, ainda que remonte à Antiguidade. De acordo com ele, “tudo acontece como se, em nossa cultura, a vida fosse algo que não pode ser definida, mas exatamente por isso que deve ser incessantemente articulada e dividida” (AGAMBEN, 2013a, p. 29). A indeterminação do significado articulado e dividido é o investimento de uma ação estratégica decisiva em âmbitos aparentemente afastados, como a filosofia, a teologia, a política e, apenas mais tarde, a medicina e a biologia

Temos a articulação e a divisão do conceito de vida humana em *bios* e *zoé* desde Aristóteles, e na modernidade, a partir das investigações e interpretações de Agamben, “vida” assume um significado técnico e estratégico nas relações de poder. A partir dos gregos conforme disposto em sua obra *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*, o filósofo italiano demonstra como, na cultura ocidental, o que entendemos por “vida” a partir de Aristóteles reflete na modernidade, a manutenção da semântica e da morfologia da vida humana ainda divididas. Com isso, *bios* é a vida humana qualificada, a vida humana em sua forma política, uma forma de vida constituída de qualidades próprias do caráter humano de viver na e pela convivência, de forma organizada individualmente e socialmente, enquanto *zoé* é uma forma de vida natural, a vida humana em sua condição natural de existência, a vida desconstituída de uma forma de vida

qualificada, a vida da *oikos*, da casa, uma forma de vida doméstica, o viver comum a todos os seres vivos (deuses, homens ou animais).

Sobre a *Política* de Aristóteles, Agamben esclarece que embora o estagirita não se ocupe da categoria dos “cidadãos como corpos naturais vivos, mas da cidade como uma comunidade hierarquicamente suprema, o conceito de “vida” assume em suas primeiras páginas um significado estratégico e decisivo” (AGAMBEN, 2017, p. 222). Portanto, é nesse entrelaçamento “do viver/viver bem, vida natural/vida politicamente qualificada”, entre “*zoé*” e “*bios*”<sup>[51]</sup>, que o significado de vida permanece decisiva e estrategicamente separada no ocidente — assim é a estrutura desse entrelaçamento que Agamben procurou definir em sua primeira obra do projeto *HOMO SACER*. Em vista disso, o filósofo italiano evidencia que a *pólis* nasce não só em vista do viver [*tou zen*], mas principalmente em vista do viver bem [*tou eu zen*] (ARISTÓTELES, *Política*, 1252b 28-30 apud AGAMBEN, 2017, p. 222)<sup>[52]</sup>. Não fosse assim, como diria Aristóteles, “haveria uma *pólis* de animais e escravos”<sup>[53]</sup> (ARISTÓTELES, *Política*, 1280a 30-1 apud AGAMBEN, 2017, p. 223).

A vida nua é uma forma de vida, uma noção fundamental para compreendermos o sentido da modernidade para o pensamento de Giorgio Agamben. A vida nua é um produto da modernidade, resultante da máquina antropológica. O início da modernidade é marcado pela forma biopolítica, a vida como valor último e primeiro, vida e morte, considerando a vida como elemento biológico, excluída de sua condição humana social, política e jurídica.

Em outras palavras, Agamben provoca pensar a condição da vida humana na modernidade, através de sua inclusão e exclusão na política e

---

<sup>51</sup> AGAMBEN, 2017, p. 222.

<sup>52</sup> Como Aristóteles não se cansa de lembrar, os homens realmente não se uniram “apenas em vista do viver, mas, sobretudo, em vista do viver bem (*tou zen monom heneka, allà mallon tou eu zen*).” (ARISTÓTELES, *Política*, 1280a 30-a apud AGAMBEN, 2017, p. 223).

<sup>53</sup> Embora sendo humano, Aristóteles não nega a condição de existência humana ao escravo, porém, atribui que a condição de escravo “é por natureza de outro, e não de si” (AGAMBEN, 2017, p. 21).



no direito, a exclusão e inclusão de uma forma de vida cindida, a forma de vida nua, uma “figura extrema do humano e do inumano, não se trata[ndo] de escolher a qual das máquinas pertencer (exclusão/inclusão), mas a decisão de qual máquina fazer uso, ou das variantes da mesma máquina, seja melhor ou mais eficaz” (AGAMBEN, 2013a, p. 65), ou a menos letal e sanguinária. Trata-se de compreender o seu funcionamento de exclusão e inclusão para poder, eventualmente, fazê-la parar de funcionar e, através de sua suspensão, dar sentido a uma nova forma-de-vida, um devir a ser na contemporaneidade.

#### **4. FORMA-DE-VIDA - UMA VIDA COMUM**

A forma-de-vida tem sentido oposto a *zoé*, a vida natural, e à vida nua, uma forma de vida<sup>[54]</sup> objetificada e capturada pelo poder soberano. As formas de vida descrevem os vários modos como o dispositivo de poder trabalha para definir e controlar a condição contingente da vida humana na identificação deste poder, através das fraturas da vida, gerando formas diversificadas, mas todas estabelecendo o controle do poder soberano sobre a vida nua.

Já a forma-de-vida se trata de uma vida singular a imergir a partir da inoperosidade de sua fratura, assumindo variadas formas que necessitam do reconhecimento do poder político. Uma forma-de-vida é a vida humana em oposição à vida nua capturada, sem qualquer qualidade pressuposta. Trata-se da possibilidade de pensar o comum, a vida humana comum em sua unidade sem nenhuma distinção, cisão ou ruptura, em seu sentido prático e político de existência.

A meta, então, seria uma vida política orientada pela ideia de felicidade, reunida numa forma-de-vida, pensável a partir de sua emancipação em vista de sua ruptura. A experiência do pensamento, o nexos que constitui

---

<sup>54</sup> É bom salientar em nosso trabalho as diferenças dos dispositivos linguísticos entre formas e forma e a importância do hífen empregado no uso semântico da palavra, como nos casos de “forma de vida” e “forma-de-vida”, sendo as respectivas expressões explicadas ao longo deste artigo.

as formas de vida num contexto inseparável em forma-de-vida, torna a experiência de cada coisa pensada não ser afetado por essa ou aquela coisa, mas um *experimentum* que tem por objetivo o caráter potencial da vida e inteligência humanas.

## CONCLUSÃO

Finalizamos este artigo retomando o quanto Giorgio Agamben tem a dizer sobre a forma-de-vida: uma vida que jamais pode ser separada de sua forma, sendo portanto impossível isolá-la como uma vida nua — antes, a forma-de-vida é uma vida integrada à sua forma, “no seu modo de viver, permanecendo em jogo o seu próprio modo de viver em seu viver” (AGAMBEN, 2015, p. 14).

A condição da vida humana é uma forma-de-vida em que suas formas de vida, singulares, não são puramente condições de fato de viver a sua condição, mas sempre da possibilidade da vida, que se mantém “sempre e primeiramente potência” (AGAMBEN, 2015, p. 14) de existência e viver político. Um comportamento humano em suas variadas formas do viver humano, sem pressupostos biológicos. A capacidade humana de viver as suas diferentes possibilidades enquanto um ser de potência, que pode ser ou não ser, “conseguir ou falhar, perder-se ou encontrar-se” (AGAMBEN, 2015, p. 14). Trata-se de reconhecer a forma-de-vida da vida humana a partir de sua potência ou impotência, e não na ideia de uma vida em busca da felicidade como pressuposto de ideia e fim último. Reconhecer a condição da vida humana em sua potência e impotência, uma forma-de-vida política e sua condição existencial.



## REFÊRENCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O poder soberano e a vida nua.** *Homo Sacer I*. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

\_\_\_\_\_. **Estado de exceção.** *Homo Sacer II*, 1. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

\_\_\_\_\_. **A potência do pensamento.** *In*: Revista do Departamento de Psicologia. UFF, Niterói, v. 18, n. 1, p. 11-28, Jan./Jun., 2006.

\_\_\_\_\_. **Profanações.** Tradução: Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

\_\_\_\_\_. **O que é o contemporâneo e outros ensaios.** Tradução: Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

\_\_\_\_\_. **O reino e a glória:** uma genealogia teológica da economia e do governo. *Homo Sacer*, II, 2. Tradução: Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011.

\_\_\_\_\_. **O aberto:** o homem e o animal. Tradução: Pedro Mendes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013a.

\_\_\_\_\_. **O homem sem conteúdo.** Tradução: Claudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013b.

\_\_\_\_\_. **Meios sem fim:** notas sobre a política. Tradução: Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. **Uso dos corpos.** *Homo Sacer*, IV, 2. Tradução: Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2017.

\_\_\_\_\_. **Signatura rerum:** sobre o método. Tradução: Andrea Santurbano Patricia Peterle. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben:** uma arqueologia da potência. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

DeSOUZA FILHO, Alipio. **Tudo é construído! Tudo é revogável!** A teoria construcionista crítica nas ciências humanas. São Paulo: Cortez, 2017.

DELEUZE, Gilles. **Que és un dispositivo?** *In*: GOTS, Barbara; BALBIER, E. *et al.* Michel Foucault Filósofo. Madri, Espanha: Editora Gedisa, 1990.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil Platôs** [Vol. V]. Tradução: Peter Pál Pelbart e Janice Caiafa. São Paulo: Editora 34, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução: Roberto Machado. São Paulo: Editora Graal, 2005.

GALIMBERTI, Umberto. **O ser humano na idade da técnica**. In: Cadernos IHU Ideias, São Leopoldo, ano 13, vol. 13, n. 218, 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Carta Sobre o Humanismo**. Tradução: Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Editora Moraes, 1991.

\_\_\_\_\_. **Que é isto — a Filosofia?** In: HEIDEGGER, Martin. Conferências e escritos filosóficos. Tradução: Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, p. 23-42, 1996.

\_\_\_\_\_. **A questão da técnica**. In: HEIDEGGER, Martin. Ensaios e conferências. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis, Vozes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Ser e tempo**. Tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

MURRAY, Alex; WHYTE, Jessica. **The Agamben dictionary**. Edimburgo, Reino Unido: Edinburgh University Press, 2011.

PACÍFICO, Amanda. **Giorgio Agamben: a condição da vida humana no estado de exceção**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

RIBEIRO, Emmanuel Pedro. **O Estado como mecanismo projetado para a preservação da vida, a garantia da paz e a defesa comum dos homens: uma leitura a partir de Thomas Hobbes**. In: João Martins Bertaso; Leonel Severo Rocha; (Org.). Filosofia do direito e Cátedra Luís Alberto Warat. 2 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2020, v. 2, p. 119-138.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **A sacralidade da vida na exceção soberana, a testemunha e sua linguagem: (Re)leituras biopolíticas da obra de Giorgio Agamben**. In: Cadernos IHU, São Leopoldo, ano 15, n. 39, pp. 3-50, 2012.

TOSI, Giuseppe. **O que resta da ditadura? Estado democrático de direito e exceção no Brasil**. In: Cadernos IHU Ideias, São Leopoldo, ano 15, vol. 15, n. 267, 2017.

WARAT, Luis Alberto. **Sobre a impossibilidade de ensinar direito**. In: MEZZARROBA, Orides; DAL RI JR, Arno; ROVER, Aires José; e MONTEIRO, Cláudia Sevilha [coords]. Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

# PEDAGOGIA JURÍDICA E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL



**CAIO LÍVIO SULPINO DANTAS**

Mestre em filosofia pela UFPB (2019), mestrando em Ciências Jurídicas pela mesma instituição. E-mail: caiosuldantas@gmail.com.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. O bacharelismo liberal e a democracia — 3. Positivismo jurídico e tecnicismo no Direito — 4. Considerações finais — Referências.

## 1. INTRODUÇÃO: PODER E PENSAMENTO PÓS-COLONIAL

Há uma longa tradição de estudos acerca dos mecanismos garantidores da incursão dos sujeitos sociais nas funções públicas. Preferencialmente, nas tradições que analisamos, tais discussões têm levado em consideração a formação e composição dos quadros de poder, sendo este elemento nosso ponto unificador da análise. Na esteira de Foucault (2011, p. 5), o conceito de poder remete à genealogia das relações de força, isto é, à historicidade das disputas de poder e estabelecimento de desigualdades.

A escolha deste viés nos permite observar diferentes olhares teóricos insatisfeitos com o passado de um mesmo fenômeno: o poder jurídico e o poder de educar para o jurídico. A isto Foucault (2011, p. 180) também atenta, quando reconhece que o poder, a verdade, e o direito, andam juntos. Um alimenta e produz o outro por meio dos laços de interesse comuns, seja através do exercício do direito (como produto da soberania do Estado),

seja das difusões científico-culturais que fornecem o significado do que seja o direito. Entre um e o outro transpassa o poder disciplinar, como força multifacetada de dominação, e não exclusivamente de soberania.

[...] fazer sobressair o fato da dominação no seu íntimo e em sua brutalidade e a partir daí mostrar não só como o direito é, de modo geral, o instrumento dessa dominação – o que é consenso – mas também como, até que ponto e sob que forma o direito (e quando digo direito não penso simplesmente na lei, mas no conjunto dos aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito) põe em prática, veicula relações que não são relações de soberania e sim de dominação (FOUCAULT, 2011, p. 181).

Devido ao passado colonial brasileiro, discute-se a instauração de elites coloniais e a atuação de um direito extensor de seu domínio na entidade do Estado. A análise de autores e mecanismos que comungam com a percepção dessas relações como relações interessadas no poder e em sua perpetuação incita o pensamento sobre a composição do ensino superior e da diplomação universitária. Isto é, a convergência da formação ideológica na área do direito como instrumento de poder. Esta conecta o direito e o saber jurídico, portanto, conecta o direito e a cultura (na qual a disciplina educacional do direito se sustenta).

Outro marco teórico importante para pensar relações de direito e colonialismo é Boaventura e Sousa Santos, autor para quem o que foi obscurecido ou apagado pelas ações coloniais requer ser iluminado por uma teoria das relações de poder. Sem embargo, neste ponto Boaventura é partidário da análise foucaultiana: “nas sociedades modernas, os poderes se exercem através e a partir do próprio jogo da heterogeneidade entre um direito público da soberania e o mecanismo polimorfo das disciplinas” (FOUCAULT, 2011, p. 189). Discorda, porém, de Foucault na descrição de um poder jurídico bem delimitado, conceitualmente falando. Pois, para Boaventura, “circulam na sociedade vários poderes jurídicos não estatais

que mostram melhor do que o poder jurídico estatal as interpenetrações sutis entre poder jurídico e poder disciplinar” (SANTOS, 2011, p. 265).

Portanto, os poderes se entrecruzariam. Poderes jurídicos, no plural, descrevendo uma influência múltipla, por exemplo, com a ciência, e dando-se em uma espécie de “autonomia entre direito e ciência (...) fruto de uma transformação isomórfica do primeiro num alter ego da segunda” (SANTOS, 2011, p. 53). Boaventura, pois, sugere não haver rigorosa distinção entre a instauração do poder do direito e a forma de poder científico-técnica. O direito e a educação, neste panorama de interconexões apropriadas, como a soberania e o Estado, como a ciência e a técnica, são formas interconectáveis de poder. Um poder mais amplo se apropria e é recepcionado por um outro capaz de lhe dar vazão prática, por interesse de suas próprias necessidades geradas de relações igualmente reais de poder. “Como uma constelação de diferentes formas de poder combinadas de maneiras específicas” (SANTOS, 2011, p. 265).

Destarte, no campo do colonialismo, é possível pensar esse amplo conjunto de poderes enquanto especificidade gestada pelo ocidente: o assim chamado *Norte* global. Este se opõe ao Sul global, o outro do Norte, alvo da dominação cultural, econômica e política na modernidade capitalista. Assim, “como símbolo de uma construção imperial, o Sul exprime todas as formas de subordinação a que o sistema capitalista mundial deu origem: expropriação, supressão, silenciamento, diferenciação desigual, etc” (SANTOS, 2011, p. 368). Assim como Boaventura, filiamo-nos, no que se segue, à admissão de estudos pós-coloniais, apreendendo dos autores o reconhecimento de que a colonização ainda se faz atual, investigando meios de romper com o seu legado específico e multifacetado.

Será que podemos dizer que o colonialismo passou, e que com poucas exceções só há países independentes? Não. Em nossas teorias temos de incluir a perspectiva pós-colonial, que têm duas ideias muito categóricas. A primeira é que terminou o colonialismo político, mas não o colonialismo social ou cultural; vivemos em sociedades nas quais não se pode entender a opressão ou a dominação, a desigualdade, sem ideia

de que continuamos sendo, em muitos aspectos, sociedades coloniais. [...] O outro princípio do pós-colonialismo é uma primazia na construção teórica das relações Norte-Sul para tentar pensar o Sul fora dessa relação (SANTOS, 2007, p. 59).

Ao tratar de um colonialismo não político, mas social ou cultural, ou seja, nossa fase de pós-colonialismo, pode-se admitir que, por oposição, tudo quanto o Norte global conserva como seu estado de ser próprio pode estar relacionado com uma ausência, com um estado de não ser, no Sul. O que se preserva com a constante atuação das formas do Norte no próprio Sul, não havendo separação real entre os dois polos, mas algo próximo de um parasitismo. Isso ficará mais bem delineado com as contribuições dos autores que se seguem.

A metodologia capilarizada de Foucault, aqui empregada de maneira não genealógica, mas apenas como marco teórico para interpretar a história desse modo, fornece-nos a justificativa à diversidade de críticos e de nuances ao mesmo fenômeno. Como um problema, não do embate de abordagens, mas do próprio multifacetamento do objeto de pesquisa verdade-poder-direito. O qual, interpassado pelo poder disciplinar, expomos através da temática da educação, que muito bem o incorpora. A lente foucaultiana nos entrega essa chave de acesso às várias interpretações de tendências, por parte dos autores e eventos históricos, como temáticas conectadas à unidade do exercício real de poder.

Quando a Boaventura, a fim de subverter o sistema mundial Norte-Sul, este propõe uma sociologia das ausências, uma sociologia que age nos velamentos dirigidos pelo poder do Norte sobre o multiculturalismo (SANTOS, 2011, p. 30). Combate, desse modo, a perpetuação da ação do Norte pelo Sul, por si contra si. Semelhante estudo das ausências do Sul pela ação do Norte, e da inclusão do Norte no Sul, faz parte da construção das epistemologias do sul, como o esforço “de saber o que é o Sul, porque no Sul imperial está o Norte. É preciso criar esse Sul contra-hegemônico,” (SANTOS, 2007, p. 59).



Na intenção de colaborar com a criação deste Sul desde suas contradições, o artigo se propõe à exposição das influências do poder nos fenômenos sociais, por via da interdisciplinaridade ao ensino jurídico brasileiro, e da cultura do direito no Brasil. Isto porque, reconhecemos que a pedagogia jurídica pode vir a se converter em um agente emancipador e catalisador de mudanças estruturais, como epistemologia do Sul global e como agente contra hegemônico, sendo capaz de alavancar um ensino e uma cultura que atue nas iniciativas excluídas, silenciadas, e produzidas simultaneamente dentro e fora do sistema colonizado.

## **2. O BACHARELISMO LIBERAL E A DEMOCRACIA**

O passado colonial brasileiro possui íntima relação com os eixos de pensamento e organização trazidos da Europa, especificamente de Portugal. A metrópole portuguesa, quando de seu lançamento à conquista ultramarina, propor-se-ia a explorar para fins mercantis o que viria a ser o país. Para tanto, fez uso de seu aparato militar, mas também do aparato estatal de organização. No plano político, reflexo advindo dos interesses econômicos inaugurais, deu-se um mimetismo da gerência pública que vigorava na metrópole ibérica. Durante o primeiro século do futuro país, não houve sequer uma administração propriamente local, e os assuntos relativos à colônia eram responsabilidade de repartições ordinárias provenientes da metrópole. Todo o resto permanecera sob alçada dos capitães donatários, que detinham largo poderio judicial, administrativo e fiscal em suas terras.

O mais próximo de um centro político nacional foram as Câmaras Municipais (a primeira, a de São Vicente, fundada 1532), que eram órgãos eletivos locais, e cujo funcionamento se dava em matérias de interesse dos colonos. Chegaram a legislar sobre temas diversos e mesmo assuntos governamentais em seu tempo, porém, às voltas do séc. XVII, tiveram seu poder vinculado a decisões da realeza, eliminando o teor constitutivo e se distanciando dos clamores da população. Mesmo o poder garantido aos donatários das capitanias hereditária será em 1534 mitigado pelos

governadores gerais escolhidos pelo rei, o que bem resume o caráter centralizador do sistema político brasileiro desde os primórdios.

Alheia a manifestações e à vontade da população, a Metrópole instaurou extensões de seu poder real na Colônia, implantando um espaço institucional que evoluiu para a montagem de uma burocracia patrimonial legitimada pelos donatários, senhores de escravo e proprietários de terra (WOLKMER, 2003, p. 39).

Teria se dado no Brasil algo próximo de uma dominação patrimonial-estamental, na qual, devido à confusão entre a esfera pública e privada, os poderes administrativos, direitos senhoriais econômicos, e oportunidades privadas, teriam tido parte nos mandos dos senhores de engenhos e autoridades reais. Relações tais quais estas são comumente explicadas pela noção weberiana de patrimonialismo, “caso especial da estrutura da dominação patriarcal: o poder doméstico descentralizado mediante a cessão de terras e eventualmente de utensílios a filhos ou outros dependentes da comunidade doméstica, queremos chamar de dominação patrimonial” (WEBER, 2004. p. 238).

Para fins desta terminologia, no caso brasileiro, é decisivo o fato de que os direitos senhoriais e as correspondentes oportunidades ligadas ao funcionalismo público, administração pública e da justiça, deram-se em regime assemelhado ao regime dependente configurado na relação metrópole-colônia. Diametralmente distante, portanto, da ordenação pessoal que caracteriza o Estado burocrático-institucional, sustentador da moderna democracia republicana.

No Brasil, pode dizer-se, que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ponderação impessoal (HOLANDA, 2006, p. 146).

Quanto à figura dos magistrados na colônia, formada por ouvidores e juizes de fora, estes deveriam deter-se de um envolvimento com a vida local, de modo a assegurar fidelidade à coroa. Isto era feito evidente no código de vedações impostas pelo poder central, nomeadamente: o dever de constante trânsito de comarcas, proibição de casamento sem licença, proibição da prática de comércio para lucro próprio, impeditivos à requisição de terras, etc (WOLKMER, 2003, p. 64). Identicamente, a composição desta classe magistrada era seleta pelas mesmas razões, existindo predileção por aqueles indivíduos de ‘boa origem’ (europeia), e formação em Coimbra.

Os juizes da Coroa aspiravam à promoção na hierarquia judicial, de juiz de fora ou juiz dos órfãos a corregedor ou provedor, e assim sucessivamente, galgando posições dentro dos tribunais superiores. Posteriormente, os letrados mais capazes, ou mais bem relacionados, seriam designados para um dos conselhos reais, como o Desembargo do Paço, ou, ocasionalmente, para um dos órgãos consultivos que cuidavam de questões coloniais e financeiras. Cada promoção trazia mais prestígio, mais privilégios e maiores salários. O bem-estar dos letrados de nível universitário dependia em grande parte dos favores reais. Na luta dos reis portugueses para impor uma monarquia centralizada, os letrados se tornaram aliados naturais. Quando a administração do Império ultramarino transformou-se em preocupação permanente, a Coroa voltou-se novamente para a classe dos magistrados. Quem haveria de melhor que os sóbrios magistrados reais para controlar as forças centrífugas do Império geradas pelos senhores de engenho brasileiros e pelos mercenários em Goa? E quem teria mais a ganhar do que eles obedecendo à vontade e protegendo os interesses do rei? Em tese, os magistrados representavam a Coroa e mereciam confiança devido aos controles burocráticos e ao desejo profissional de atingir objetivos carreiristas (SCHWARTZ, 2011, p. 35).

Por obra da importância da função jurisprudencial, esta continha lealdade e obediência. Assim eram os magistrados da colônia, “enquanto integrantes da justiça criada e imposta pela Coroa, [o] que explica sua posição e seu poder em relação aos interesses reais, resultando em benefícios nas futuras promoções e recompensas” (WOLKMER, 2003, p. 78). De outra maneira, os juizes fizeram-se produto dos interesses portugueses, cumprindo funções de dominação ao abrigo do patrimonialismo na reduzida esfera pública colonial, o que já se iniciava em sua formação acadêmica e na escolha dos juristas.

Cooptados pelas elites portuguesas para funções públicas restritas, ‘o título de diplomado em Direito era a chave para uma carreira a serviço do rei e a formação em Coimbra era um processo de socialização destinado a criar um senso de lealdade e obediência ao rei (ARRUDA, 1988, p. 28).

A formação de magistrados propriamente para atuar nos primeiros tribunais brasileiros, inaugurados apenas no século XVII, desenhou-se de uma educação sintética e eminentemente laudatória. Refletiam já o despotismo esclarecido português, que visou preparar “as bases para a modificação do Estado, restaurando a autoridade pública, fraca, corrupta e atrasada” (FAORO, 1994, p. 40). As reformas pombalinas do século XVIII, posteriores ao ensino jesuítico, preconizaram que o ensino geral, a incluir o jurídico, “deveria ser ensinado por compêndios breves, claros e bem ordenados, nos quais apenas se contivesse a substância das doutrinas (...), fazendo avultar os princípios na sua conexão e dando predomínio à didática sobre a polêmica” (VENÂNCIO FILHO, 2004, p. 5).

Pareceu pacífico supor que o emprego público seria a opção que mais favorecia uma orientação estatista e que melhor treinava para as tarefas de construção do Estado na fase inicial de acumulação de poder. A suposição era particularmente válida em se tratando dos magistrados que apresentavam a mais perfeita combinação de elementos intelectuais,

ideológicos e práticos favoráveis ao estatismo. Na verdade, foram os mais completos construtores do Estado no Império, especialmente os da geração coimbrã. Além das características de educação (...), eles tinham a experiência da aplicação cotidiana da lei e sua carreira lhes fornecia elementos adicionais de treinamento para o exercício do poder público (CARVALHO, 1980. p. 76).

Em matéria educacional, com vistas a dar suporte à estabilização social da colônia e facilitar o controle intendente, Portugal transmitiu ao Brasil, bem como aos povos originários e escravizados, através do cristianismo da Companhia de Jesus e da coerção militar, idêntico modelo cultural e disciplinar ao Europeu. Portugal, no entanto, como sujeito do Norte imperialista, impôs à colônia apenas o suficiente para assegurar seu domínio. Mesmo a fundação de cidades e incorporação do esqueleto jurídico-burocrático da metrópole constituem elementos interessados em negar o incremento da autonomia brasileira (HOLANDA, 2006, p.107).

Ao tempo da assim referida independência do Brasil, cristalizava-se, nos embates imperialistas, o apogeu do modelo liberal e burguês, liderado pelos modelos da Inglaterra e França. Nessa conjuntura, o Brasil vem embarcar em tradição econômica, política e cultural de viés liberal, convivendo, porém, com mecanismos escravocratas e antidemocráticos de controle social, reflexos do mercantilismo. Ou, nas palavras de Emília Viotti da Costa (1989, p. 358), “adotaram um liberalismo conservador que admitia a escravidão e conciliaram liberalismo e escravidão da mesma forma que seus avós haviam conciliado a escravidão com o cristianismo”.

O projeto de nação em desenvolvimento reclamava a formação de uma casta jurídica interna para gerir a estrutura do Estado imperial ao tempo da substituição da burocracia dirigente lusitana pela burocracia dirigente brasileira. Esta, filha daquela, e herdeira dos privilégios históricos de terra e nome. Para isso, Dom Pedro I funda as primeiras faculdades de Direito em 1827 (de Olinda e São Paulo), nas quais prevaleceria a tradição eurocêntrica, tendo sido discriminadas quaisquer iniciativas jurídicas de usos e costumes mulatos e ameríndios.

Tão sensível era, então, a indigência de juristas que, ao discutir-se o projeto de criação de universidades no Brasil houve quem defendesse, na Assembléia, a conveniência de se contratarem jurisconsultos em Portugal para as aulas de Direito. A futura terra dos bacharéis não estava habilitada para iniciar a fabricação deles sem importar do estrangeiro, uma turma de mestres peritos (AZEVEDO, 1971, p. 121).

O Direito pátrio deveria ser ensinado, remontando o professor às origens da monarquia portuguesa, referindo às diversas épocas, aos diversos códigos e compilações e tudo mais que for necessário para que os estudantes conheçam, a fundo, a marcha que tem seguido a ciência do Direito pátrio até o presente (BEVILÁQUA, 1927, p. 30).

Nesse contexto, a cultura legalista interage com o mito do bacharelismo, o qual teria produzido representado o fetiche pela diplomação, especialmente em direito. No Brasil colônia, os bacharéis eram os doutores formados em Coimbra, em grande parte advogados, e originalmente educados na tradição e leis portuguesas como “parte de uma elite identificada às classes dirigentes” (FILHO, 1997, p. 34). Portanto, parcialmente, o ideário do bacharel no Brasil se deve à tradição jesuítica portuguesa, que em razão do método retórico, literário e escolástico, acabou por influenciar “o gosto que ficou tradicional pelo diploma do bacharel, [e] o desprezo pelo trabalho técnico e produtivo” (AZEVEDO, 1963, p. 531). Mas uma outra parte do ideário do bacharel cabe ao modelo liberal imperial e pós imperial, que viria favorecer o ecletismo nas profissões, e à exaltação à personalidade individual frente às contingências (HOLANDA, 2006, p. 157).

Durante a República, o estigma dos bacharéis atinge excelsa popularidade, e não apenas pela suntuosidade do título acadêmico, ou em razão do apoio desta classe à causa republicana, mas em virtude da investidura dos formados nos diversos cargos ligados à corte. Os primeiros bacharéis formados no Brasil receberam educação de perfil formalista e apologético,

inspirada no modelo da escola de exegese<sup>55</sup> francesa. O ensino jurídico nacional desponta absorvendo as feições dos sistemas em prestígio nos Estados burgueses. Fez-se notório, por exemplo, o perfil legislativo codificado, sobretudo o do código napoleônico (1804), de inclinação privatista, e que inspiraria a Constituição brasileira de 1824.

Ao longo do século XIX, o primeiro grande impacto notado no pensamento jurídico ficou a cargo da escola de exegese. Não por acaso tratava-se de uma escola francesa, originada em torno da ideia de que a tarefa do jurista se concentra na compreensão da lei feita pelo legislador. A França dispunha então de Códigos cujas características bem se prestavam a esse estudo: eram sistemáticos, feitos com a inspiração direta do direito natural moderno, compondo as tradições próprias, elaborados por juristas e promulgados por um legislador historicamente determinado (LOPES, 2006, p. 248).

Estes bacharéis se fariam necessários também por serem os únicos aptos ao exercício das ‘funções essenciais do Estado’. A formação acadêmica providenciava os mecanismos de avaliação e controle social a que a especialização para o trabalho requeria, isto é, o conhecimento da linguagem técnica do direito. Ademais, a dificuldade de acesso às primeiras faculdades refletia o projeto elitista da coroa portuguesa e das elites nacionais, interessadas em reproduzir um perfil classista e culturalmente demarcado do jurista metropolitano.

---

<sup>55</sup> Cf. a descrição de Miguel Real sobre o tema: “a Escola de Exegese é sinalada pelo fetichismo legal, o entendimento de que a primordial fonte do Direito é o texto legal, tido como sistema hermético e sem lacunas ou omissões. Da dúvida quanto a melhor interpretação dos códigos se origina a função do jurista: investigar na lei positiva a interpretação adequada que nela já se encontrara decantada pelo legislador. Revelar a lei, declará-la, por “admitir-se como indiscutível o princípio de que toda a evolução do Direito só poderia se operar através do processo legislativo, e jamais em virtude e uma contribuição integradora ou supletiva do intérprete” (REALE, 2002, p. 416-417).

Por via dele, as classes médias garantem a supremacia sobre o proletariado, graças ao acesso aos circuitos da cultura e do aparelho escolar, facilitado pelas restrições familiares. Essa validação social fornecida principalmente pelas Faculdades de Direito – poderoso elemento da reprodução estrutural e da consolidação do aparelho do Estado – serve para reforçar a ligação das classes médias à manutenção do ‘status quo’ (FILHO, 1997, p. 62).

Formando-se nos primeiros cursos, os componentes do judiciário prontamente se filiam aos limites exegéticos de atuação jurisdicional, conforme o ensino se baliza no dever ser estatal, e para ele se volta. Tornou-se, o judiciário do século XIX, uma instituição de “ações rígidas, hierarquizadas e disciplinadas que melhor revelavam o padrão que favorecia práticas burocráticas para o exercício do poder público e para o fortalecimento do Estado” (WOLKMER, 2003, p. 107). Este fenômeno burocrático pôde levar adiante, ou no mínimo estruturar, uma separação entre o patrimonialismo do poder senhorial e o legalismo do poder central, como defende Florestan Fernandes.

Estabeleceu-se, assim, uma dualidade estrutural entre as formas de dominação consagradas pela tradição e as formas de poder criadas pela ordem legal. Na prática, com frequência os controles reativos, suscitados pela tradição, prevaleciam sobre os preceitos legais. Mas nada disso diminuía o alcance do influxo mencionado, que introduzia uma cissura entre o presente e o passado (coexistentes e interdependentes como dimensões da vida societária), compelia as camadas senhoriais a organizar sua dominação especificamente política através da ordem legal ao mesmo tempo que conferia ao “poder central” meios para impor-se e para superar, gradualmente, o impacto sufocante do patrimonialismo (FERNANDES, 2006, p. 56).

Com a queda da monarquia no Brasil, e devido ao prestígio das funções públicas vinculadas ao domínio da lei (que era considerável



na recém-fundada república), o pensamento amplia a proliferação do status das profissões liberais, tidas por escadas para a ascensão social. Consequentemente, além da advocacia, foram os bacharéis em direito frequentemente também jornalistas, oradores, poetas, deputados e senadores, tendo mesmo vindo a ser os primeiros presidentes civis (FILHO, 1997, p. 68).

De fato, o liberalismo brasileiro foi, durante longo tempo, quase privilegiado de uma categoria de homens: o bacharel, que se converteu em político profissional e procurou ascender ao poder por intermédio do partido. Bacharel que fez da política vocação (...). No entanto, contrariamente ao que ocorreu da política não foi acompanhada da democratização da sociedade. No meu entender, a natureza quase exclusivamente jurídicista do liberalismo brasileiro e as características da vida acadêmica, no século passado, respondem pela formação desses intelectuais, pelo processo particular de profissionalização da política e pelo dilema democrático da sociedade (ADORNO, 1988, p. 75).

Contudo, embora recepcionada a lei de abolição da escravatura pela carta constitucional de 1898, o país não progride em um projeto de harmonização social com os excluídos históricos. O apreço pela nova Constituição republicana, que supostamente sobrepujaria os caracteres do velho modelo monárquico ‘estamental’, latifundiário e escravocrata, demonstra-se uma iniciativa antidemocrática, de arranjos eleitorais corruptos, e de um liberalismo voltado apenas à exportação dos frutos das monoculturas e importação de produtos industrializados. Esse comportamento generalizado pertence também à seara jurídica, dado seu casamento derradeiro com o liberalismo na República.

De fato, ainda que não tenha sido o único, foi, no entanto, o liberalismo, em diferentes matizes, a grande bandeira ideológica ensinada e defendida no interior das academias jurídicas. No bojo das instituições, amarrava-se, com muita lógica, o ideário de uma camada profissional

comprometida com o projeto burguês-individualista, projeto assentado na liberdade, na segurança e na propriedade. Com efeito, a harmonização do bacharelismo com o individualismo reforçava o interesse pela supremacia da ordem legal constituída (Estado de Direito). O bacharel assimilou e viveu um discurso sócio-político que gravitava em torno de projeções liberais desvinculadas de práticas democráticas e solidárias. Privilegiam-se o fraseado, os procedimentos e a representação de interesses em detrimento da efetividade social, da participação e da experiência concreta (WOLKMER, 2003, p. 101).

O marco destas práticas de administração da justiça é uma amostra disso, sendo possível afirmar que o bacharelismo sistêmico, como parte do núcleo legista superior, apaixonado pelo fetichismo da lei, toma a velha forma do centralismo do poder do período colonial, e devolve-a à forma da burocracia jurídica na república. Inclusive, será este “fenômeno político e sociológico responsável por algumas dificuldades de articulação civil da sociedade brasileira” (FARIA, 1984, p. 158).

O estamento burocrático, no Segundo Reinado, medrou em virtude da expansão onipotente do Estado. Continuou a tradição colonial, com a mesma estrutura e as mesmas bases econômicas, absorvendo, da sociedade, as contínuas fornadas de letrados que esta fornecia. O Governo preparava escolas para criar letrados e bacharéis que se incorporavam à burocracia, regulando a educação, de acordo com os seus fins. Está para ser escrito um estudo acerca da ‘paidéia’ do homem brasileiro, amadurecido na estufa de um Estado de funcionário público (FAORO, 2008, p. 224 apud VENANCIO FILHO, 2004, p. 276).

### 3. POSITIVISMO JURÍDICO E TECNICISMO NO DIREITO

Durante a Velha República, a tendência bacharelesca convive com a expansiva fundação de cursos de direito, também com o surgimento das primeiras universidades. De 1930 em diante, verifica-se o início da industrialização do país e a abertura das funções produtivas ao capital estrangeiro, fase em que o Brasil vivenciou uma modernização conservadora (MASCARO, 2009, p. 186), a saber, vivenciou a aquisição de direitos para o povo, mas direitos sustentados por uma estrutura jurídico-política que concentrava o poder de atuação na construção de direitos populares e jurisprudência.

No plano jurídico, revela-se então uma profunda contradição: a modernização conservadora, juridicamente, será um ganho em face do antigo regime liberal de fachada, porque estrutura os direitos sociais, uma nova organização do trabalho, institucionaliza os sindicatos, oferece uma estrutura de seguridade social, mas, ao mesmo tempo, mantém as classes trabalhadoras e exploradas submetidas a um controle político e social rígido (MASCARO, 2009, p. 187).

Ora, esse controle político e social decorre de outra influência notória no ensino do direito: o positivismo tecnicista. Compreendido como subproduto das relações de poder e trabalho, o positivismo aqui referido é o jurídico, expressão do fundamento legal como ordem do poder estatal. Quanto ao tecnicismo, fala-se da adequação da interpretação à técnica, como um reducionismo da atividade normativa à faceta científica-objetiva do direito, possibilitada devido à estipulação da autoridade<sup>[56]</sup>. Embora conceitos isolados, reunimos as duas expressões pelo que nos ensina Boaventura de Santos:

---

<sup>56</sup> O tecnicismo é bem explicado pelo conceito frankfurtiano de razão instrumental, a razão objetiva, técnica. Tida pela razão acrítica, apática, útil para estabelecer relações lógicas, mas cega quanto a compreensões míticas, filosóficas, espirituais, do conhecimento. “A racionalidade técnica hoje é a racionalidade da própria dominação. Ela é o caráter compulsivo da sociedade alienada de si mesma” (ADORNO; HORKHEIMER,

O cientificismo jurídico e o estatismo jurídico evoluíram *pari passu*. O positivismo jurídico é a versão mais apurada desta co-evolução ideológica. Mas essa interligação mútua do cientificismo jurídico com o estatismo jurídico revela também até que ponto o isomorfismo epistemológico com a ciência moderna é limitado pela sua eficácia pragmática. o saber jurídico tornou-se científico para maximizar a operacionalidade do direito enquanto instrumento não científico de controlo social e de transformação social (SANTOS, 2011, p. 165).

Afirma Wolkmer que “a consolidação desse ordenamento formalista e dogmático está calcado doutrinariamente, num primeiro momento, no idealismo jusnaturalista; posteriormente na exegese positivista” (WOLKMER, 2003, p. 50), tendo sido a escola de exegese uma forma de juspositivismo preparatório<sup>57]</sup> para o que se seguirá. Neste ponto, credita-se ao positivismo jurídico a possibilidade da iconografia tecnicista na filosofia do direito, ou pelo menos seu embasamento teórico. Sobretudo devido ao marco de pensamento formalista-normativista de Hans Kelsen<sup>58]</sup>.

Isto se deu no tocante: ao formalismo pautado na codificação como fonte exclusiva do direito; na renúncia ao direito natural para solução de lacunas nas normas; na rigidez do direito como produto estatal; no culto

---

1985, p. 11).

<sup>57</sup> Cf. Perelman: “os defensores do positivismo jurídico, tal como se manifestou na Escola de exegese, opõem-se aos partidários do direito natural e da jurisprudência universal, porque os axiomas nos quais fundam sua dedução não são racionais, válidos sempre e em qualquer lugar, mas encontram-se nos textos legais, expressão da vontade do legislador” (PERELMAN, 2004, p. 69).

<sup>58</sup> Kelsen se esforça pela substancialização e separação do direito frente às demais ciências e saberes. Intenta dissecar somente os aspectos analíticos do que considera o todo do direito, estabelecido sobre o positivismo lógico: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.” (KELSEN, 2006, p. 1)

exclusivo ao texto da lei; princípio da autoridade; e como característica última, a hermenêutica balizada na intenção do legislador (BOBBIO, 1995, p. 88). O juspositivismo se encontra afinado com as perspectivas tecnicistas, como teoria da negação a um direito aberto aos fenômenos sociais, na qual “a postura técnica e casuística fecha-se frente ao dinamismo dos fatos e resiste a um direcionamento criativo” (WOLKMER, 2003, p. 102).

O sistema da *grundnorm* kelseniano, embora dinâmico em um certo sentido, enquanto garantidor da liberdade normativa que não venha a contrariar norma superior, conforme defende Perelman (2004, p. 92-93), acaba, porém, por avalizar mais a prerrogativas do Estado de direito que as liberdades individuais. Sugerindo que haveria um lugar neutro ou desinteressado para o direito ao regular passivamente a autonomia geral da vontade dos cidadãos, o positivismo jurídico, em nome da segurança jurídica, e devido ao “fato de constituir um empreendimento público (...) impede identificar, pura e simplesmente, o que é justo segundo o direito com o que parece justo a um indivíduo (PERELMAN, 2004, p. 98).

[...] se a legalidade operada pelo jurista reflete mesmo uma pauta ideológica, e se essa pauta, por sua vez, consolida por meio de normas os interesses das classes dominantes, visto que esta classe detém majoritariamente os postos de produção legislativa nos parlamentos, a formação positivista do profissional do direito pode torná-lo, automaticamente, um agente ideológico de determinada classe, ainda que se passe a ele a sensação, ou a quase certeza, de que atua juridicamente neutro e equidistante dos interesses sociais e políticos em conflito. Se for assim, então será lícito concluir que o ensino dogmático do direito que está na base da formação do jurista atual, no melhor estilo kelseniano, refletirá sempre a cultura do poder estabelecido. Logo, será também permitido concluir que há mesmo uma íntima relação entre o saber instituído e as estruturas de poder que estabelecem a dominação na sociedade capitalista. Esse saber é o que se reproduz exhaustivamente nas escolas de direito por meio do ensino acríptico de normas (MACHADO, 2009, p. 115).

Conforme sustenta Sérgio Buarque de Holanda, a partir da postura passiva em relação às contradições brasileiras, “é possível compreender o sucesso do positivismo entre nós, (...) justamente por esse repouso que permite ao espírito as definições irresistíveis e imperativas” (HOLANDA, 2006, p. 158). Embora faça referência ao positivismo científico de Augusto Comte, neste aspecto, ambos positivismos são frutos da mesma árvore. Qual seja, a tentativa de livrar ou afunilar o pensamento do direito de quaisquer influências teóricas externas ao objeto. “Reflexo do positivismo científico do século XIX, o positivismo jurídico, como movimento de pensamento antagônico a qualquer teoria naturalista, metafísica, sociológica, histórica, antropológica etc., adentrou de tal forma nos meandros jurídicos” (BITTAR, 2019, p. 428).

O propósito positivista de ordem encontra amparo na ciência do direito contra demais ciências, ora para realizar o fim de concentração do poder no ordenamento legal mesmo. “O direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele [o direito] desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida” (FOUCAULT, 2011, p. 182). Este processo de sujeição no interior do direito aos demais se aprofunda especialmente devido “ao abandono total da retórica jurídica e à sua substituição pela ciência jurídica – a chamada ‘dogmática jurídica’” (SANTOS, 2011, p. 97). Pois a cientificização do direito à delimitação científica furtara do discurso diversas prerrogativas de contestação.

Por parte da velha elite colonial patrimonialista, essa recepcionou bem a instrumentalização positivista do direito. Pois que a paulatina concentração do rito estatal pôde confundir a lei e a vontade da comunidade, sem prejuízo ou apego às tendências inaugurais. Tencionando blindar o arcabouço jurídico de toda acusação de ilegitimidade ou de influências externas, o positivismo contribui para tornar o direito um instrumento de poder acríptico e de baixa representatividade, o que se uniu maximamente bem com a vontade dominante.

Assim é que, para conservar aquele mito da “neutralidade”, afirma que o Direito é apenas uma técnica de organizar a força do poder;

mas, desta maneira, deixa o poder sem justificação, como que nu e pronto a ferrar todo o mundo, mas de calças arriadas, com perigo para sua dignidade; portanto o mesmo Kelsen acrescenta que a força é empregada “enquanto monopólio da comunidade” e para realizar “a paz social”. Desta maneira, opta pela teoria política liberal, que equipara Estado e comunidade, como se aquele representasse todo o povo (ocultando, deste modo, a dominação classística e dos grupos associados a tais classes). Chama-se, então, de “paz social” a ordem estabelecida (em proveito dos dominadores e tentando disfarçar a luta de classes e grupos) (LYRA FILHO, 2006, p. 37).

Nas faculdades e cursos de direito, a influência positivista se apresenta no crescimento da noção estrito-legalista das normas e disciplinas curriculares, bem como na dilatação da oferta-demanda de estudantes interessados no saber burocrático-instrumental que o direito se tornara. O positivismo jurídico, assim, contribuiu para consolidar a burocracia jurídica no Estado – o assim chamado estamento burocrático de Raymundo Faoro (2008, p. 446) – e o direito se torna uma verdadeira fábrica de “formação de práticos do Direito. [Pois] Da sua seriação foram, (...), excluídas todas as cadeiras que, por sua feição puramente doutrinária ou cultural, constituem antes disciplinas (...) fundamentais a uma boa e sólida formação” (VENÂNCIO FILHO, 2004, p. 305).

[...] neste sentido, o positivismo jurídico não era já uma outra filosofia jurídica, e sim verdadeiramente uma antifilosofia. E o certo é que através dele a filosofia do direito se viu superada pela ciência do direito. Com estas consequências, desde logo: o anterior objectivo da filosofia do direito convertia-se agora em teoria da ciência do direito (em reflexão apenas sobre a sua epistemologia e a sua metodologia) e o lugar intencional que pretendia ser o seu (a reflexão do último nível) seria ocupado pelo estrato mais abstracto da ciência do direito – a ‘teoria geral do direito’ (NEVES, 2003, p. 31).

O discurso positivista da pura aplicação da lei, por quem de direito, destarte, além da marca elitista tradicional, resta por alimentar a transvalorização dos ideais de justiça<sup>59]</sup> (com a renúncia à história do pensamento jusnatural ou ao pluralismo), e o favorecimento do formalismo utilitário das práticas em nome da segurança jurídica, a saber, na forma de culto ao rito e técnica processual. A lógica dos operadores de leis é, por conseguinte, a soma da gênese artificial do Estado brasileiro com o instrumento ideológico de progresso e ordem. Da teoria geral do direito à estrita técnica judiciária, à atuação e decisão dos legitimados previstos na constituição; todos estes fenômenos endereçaram à massificação do consumo irreflexivo da jurisprudência e a redução do direito ao positivado.

Na passagem ao século XXI torna-se notória ainda a prevalência do capitalismo neoliberal na formação e nos nortes do direito brasileiro. Tempo de ímpetos de integração social dos excluídos históricos e da massificação da educação, do aumento dos meios de comunicação, e do fortalecimento empresarial do capital produtivo ultra tecnológico, e mesmo o apelo por mão de obra qualificada. Contexto em que se acentua o ensino voltado ao mercado empresarial internacionalista, enquanto mitigam-se os esforços de compreensão crítica da educação, ora diluída na competitividade das diretrizes educacionais instrumentais, e na expansão desenfreada do ensino mercadológico.

A história do neoliberalismo, assim, no plano mundial, não é a de uma marcha atávica e inexorável as coisas. Pelo contrário, é um movimento

---

<sup>59]</sup> Observe-se, por exemplo, o conselho dado por Ruy Barbosa, figura de eminência na ‘república dos bachareis’, aos formandos do período. Reforçados à cautela diante do que seria a vida profissional no direito, reconhece mesmo que as leis no Brasil, compreendendo, aqui, a cultura jurídica brasileira, são esvaziadas de moral, da política, da própria noção de lei: “Ora, senhores bacharelados, pesai bem que vos ides consagrar à lei num país onde a lei absolutamente não exprime o consentimento da maioria, onde são as minorias, as oligarquias mais acanhadas, mais impopulares e menos respeitáveis, as que põem, e dispõem, as que mandam, e desmandam em tudo; a saber: num país onde, verdadeiramente, não há lei, não há moral, política ou juridicamente falando” (BARBOSA, 2009, p. 51).



e reação promovido pelo capital, em benefício de uma exploração no mais alto grau de maximização. Estudar os impactos jurídicos do neoliberalismo sem tal perspectiva é enxergar um destino já dado onde o palco é de responsabilidade das lutas e das explorações sociais do capital (MASCARO, 2009, p. 196).

A reflexão qualitativa do ensino jurídico avança em padrões de resolução de gabaritos e testes, desde a criação do exame da Ordem dos Advogados do Brasil, aos mais diversos concursos públicos na área, convalidando a ideia de que o bom saber está ligado à consecução de provas e testes. Metonímia, esta, de que o sentido se demonstra pelo resultado. A conjuntura do aperfeiçoamento do ensino e da meritocracia tem refletido, na mesma linha, o bom desempenho do estudante como seno aquele exclusivamente voltado aos critérios de provação pré-definidos, em sua maioria alheios ao contexto ético-moral do direito e à base filosófica constituinte das teorias.

Assim, investido nos desejos históricos das elites e escalonados para uma formação irreflexiva, formam-se, todos os anos, quantidade assustadora de técnicos nas leis, espremendo-se para encontrar vaga em um mercado de trabalho de tino competitivo, inserido na conjuntura da globalização de bens, pessoas e ideologias – tão dinâmicas quanto o despreparo do pensamento educacional juspositivista estrito, que muito vigora nos cursos e no judiciário.

O ensino jurídico mercadurizado, tornado objeto de fetiche consumista, ou como forma de ascensão social rápida, se converteu em um ensino forjado a partir das exigências da heteronomia de mercado. Por isso, sua função preparatória (formativa) se minimiza em função instrutória (deformativa). Faculdades de Direito se tornam, não raro, fábricas de adestramento. No lugar da preparação para a emancipação, pratica-se adestramento (que se faz com ratos de laboratório por condicionamento) aos imperativos do mercado, às exigências imediatistas (BITTAR, 2006, p. 28).

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Transposto esse caminhar histórico, verificamos que o trajeto da formação jurídica brasileira esteve, em maior ou menor grau, relacionado com as flutuações político-econômicas das relações de poder no globo: o Norte e o Sul globais. O modo como as elites nacionais se arranjaram para sustentar a ‘empresa brasileira’ por séculos a seu favor está para o direito e para o ensino jurídico. Reafirmamos a tese de muitos pensadores de que o ensino jurídico processado no Brasil, e conseqüentemente a atuação de seus agentes, foi um produto das relações coloniais de dominação (do Norte para o Sul ou do Norte no Sul) pelas elites que herdaram e renovaram o exercício do poder.

Os fins do ensino do direito na cultura deste país, nós o apreendemos como produto do desejo por estabilização e segurança do modelo de sociedade instituído à força. A transposição da corte real para o Brasil não fez mais que acentuar a dose, especialmente em nível de centralidade política para garantir o sucesso econômico liberal (embora escravista). Quando já formalmente independente, o país, a monarquia e seu patronado que perdura no comando da nação, comunga com o surgimento das primeiras universidades de leis, para, justamente perpetuar os mandos através da burocracia legalista e do patrimonialismo. O método utilizado foi o formalismo-normativista, codificado, e estrategicamente exegético, a fim da manutenção do terceiro poder protegido de tremores sociais, o que abriria portas para o gosto pelo positivismo jurídico estrito.

Com a Proclamação da República, debate-se o papel e o formato da nova educação a ser incorporada ao país. Isto, contudo, sem transpor a barreira do controle elitista e sem dedicar efetivo esforço ao fomento da educação de base às classes populares, o que permitiria contundentemente democratizar o direito. Em contrapartida, a chamada ‘república dos bacharéis’ gere a vida política e cultural da nação: o diploma em direito como sinônimo de status e regulação dos interesses classistas. Mas também, o positivismo jurídico coroa, na filosofia do direito, a articulação da sociedade através da dogmática jurídica, mediante um pensamento de fusão

do ordenamento jurídico às possibilidades da ciência do direito, implicando em um conteúdo jurisdicional lógico-semântico hermeticamente amparado em si mesmo.

Pudemos observar o quanto toda essa tradição repercute no interesse das carreiras jurídicas, uma vez que o discurso dominante consegue, do início do século XX em diante, massificar os ensejos da população em participar da seara do poder constituído. Tal ocorrência dá com a tecnificação do ensino, realidade que, embora popularize o acesso ao aprendizado do direito, na outra mão torna-o mais e mais irreflexivo. Quanto ao futuro deste ensino, dado os sistemas de avaliação por desempenho, e dada a ultra competitividade de que a sociedade pós-industrial tem partilhado, o aprendizado jurídico não cessa em atenuar o potencial humanista ou propriamente filosófico do direito.

Portanto, como se verificou, os estágios da história brasileira, mesmo neste breve percurso, acompanharam um ensino de equivalência e ambivalência aos desígnios em questão. Lógica esta, que, no entanto, não é evidente para população usuária e alvo do direito, por motivo, e este é o argumento geral do artigo, da manutenção da apologética por parte das autoridades credoras e patronos do instrumento jurídico-judiciário. Como também do acriticismo do que se tornou o ensino, e da fomentação da ideia de imparcialidade do saber jurídico frente ao poder – tal como Foucault o manifestou, interligado, e tal como Boaventura acrescenta, múltiplo em um mesmo poder.

Dessa maneira, partilhamos da necessidade de reinvenção do ensino jurídico, desmascarando o passado e revelando-o como estrutura de poderes porventura antidemocráticos. A reavaliação da fixa ordem ao centro da educação, do mesmo modo reavaliação da forma de saber irreflexivo que a alcançou, como positividade técnica, pode alimentar a diversidade de leituras sobre os meandros do poder instituído. Logo, da análise destes autores, de tradições, coadunamos com o esforço por um novo direcionamento da pedagogia na seara do direito. Por um olhar às alternativas emancipatórias da formação jurídica, primeiro através da crítica ao ensino do direito tal como se deu até aqui, reconhecendo a sociologia das ausências

e os movimentos do poder; depois constituindo propriamente uma epistemologia jurídica do Sul, que repense o papel da democratização dos saberes ligados ao poder.

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizizes do Poder: o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- ARRUDA JR, Edmundo Lima. *Advogado e Mercado de Trabalho*. Campinas: Julex, 1988.
- AZEVEDO, Fernando de. *A Cultura Brasileira*. 4. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1964.
- BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*. Bauru: Edipro, 2009.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. Rio de Janeiro: F. Bastos, v. 1, 1927. BITTAR, Eduardo C. B.. *Estudos sobre Ensino Jurídico*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- FAORO, Raymundo. *Existe um Pensamento Político Brasileiro?*. São Paulo: Ática, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.
- FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006.
- FILHO, Pedro Paulo. *O Bacharelismo brasileiro: da colônia à república*. Campinas: Bookseller, 1997.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 29. Ed. São Paulo: Graal, 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima; ACCA, Thiago dos Santos; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método Ltda., v. 1, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino Jurídico e Mudança Social*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

NEVES, A. Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício de Experiência*. V.1, São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_. *Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

SCHWARTZ, Stuart B.. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o tribunal da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751*. Tradução Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva SA, 2004.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, v. 2, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

# O DIREITO À MORADIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A PARTIR DA COLONIALIDADE DO PODER DE ANÍBAL QUIJANO



## **GABRIELLA DE MIRANDA HENRIQUES CAVALCANTE**

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Integrante e bolsista (Projeto de Iniciação Científica – PIBIC 2018/2019) do Núcleo Multidisciplinar de Pesquisa em Direito e Sociedade. E-mail: gabriella\_miranda4@hotmail.com.

## **FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA**

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba-PPGCJ/UFPB. E-mail: fernandojoaquimmaia@gmail.com.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. A influência da dominação racial e o processo de gentrificação da moradia precária — 3. Aníbal Quijano e a raça como categoria mental da modernidade no Direito — 4. A moradia precária e o direito à moradia na expressão do direito humano à propriedade — 5. A moradia precária como indicador de decidibilidade na (in) efetividade do direito à cidade pelo Superior Tribunal de Justiça — 6. Conclusão — Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto do plano de trabalho aprovado para o Programa de Iniciação Científica (EDITAL 01/2018/PROPESQ SELEÇÃO DE PROJETOS DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - 2018/2019), desenvolvido na Universidade Federal da Paraíba e parte das discussões do projeto de pesquisa “O direito à cidade a partir da crise do capitalismo e o seu impacto na discussão do processo de formação de gestores e planejadores urbanos” (UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA, 2019).

Com enfoque no direito à moradia, como direito social previsto na Carta Magna, bem como no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), que regulamenta o art. 182 da Constituição, cujo dispositivo tem como objetivo garantir o bem estar dos habitantes de determinada localidade, o presente trabalho tem por objeto as decisões do Superior Tribunal de Justiça-STJ sobre as questões do direito à moradia, uma das funções essenciais da cidade, consideradas a partir das peculiaridades latino-americanas, da dominação decolonial e das teses de Aníbal Quijano.

É importante verificar como os ministros do STJ têm decidido as questões que envolvem o direito à moradia. Embora a Constituição Federal brasileira de 1988, no art. 6º, assegure o direito à moradia, é possível questionar se, na prática, isto não é concretizado pelo Estado, uma vez que tal direito não se restringe à casa onde habita o cidadão, devendo ser considerado também todos os serviços inerentes à habitação, como água tratada, segurança e energia elétrica.

Pode-se perceber, assim, a importância em verificar como os ministros do STJ têm decidido as questões que envolvem o direito à moradia, principalmente diante da ideia de colonialidade de poder, proposta por Aníbal Quijano. Na América Latina, a forte presença da dominação na sociedade sempre relegou os dominados a viverem em ambientes precários, muitos sem casa própria ou em locais invadidos.

Diante da complexidade que envolve a habitação no Brasil, levantam-se os seguintes problemas: 1) nos acórdãos sobre o direito à moradia do STJ existe influência da colonialidade a partir de um critério de raça?; 2) é

possível verificar e identificar se o STJ trata o direito à moradia a partir de ideias eurocêntricas?; 3) embora o direito à moradia seja um direito social previsto na Constituição Federal, é possível verificar alguma (in)efetividade dos acórdãos do STJ face à colonialidade anglo-europeia na América Latina e do impacto do capitalismo na ordenação do espaço urbano?

O objetivo geral é verificar se os diversos acórdãos oriundos dos recursos levados ao Superior Tribunal de Justiça são decididos mediante ideias fundadas num critério racial, a partir das teses da colonialidade de poder estabelecidas por Aníbal Quijano. Assim, será estudado como os ministros do STJ enfrentam essas questões ao proferirem suas decisões em relação à moradia. Baseando-se na ideia de colonialidade de poder e da grande presença que esta ideia possui na sociedade atual, o artigo investiga se há a presença da dominação anglo-europeia nas decisões do STJ sobre o direito à moradia.

O método adotado se funda nas das teses da colonialidade de poder estabelecidas por Aníbal Quijano. A colonialidade na América Latina está intimamente relacionada à luta das camadas sociais historicamente excluídas pelo continente. Iniciou-se com a ideia de raça que aparece como justificativa para a dominação colonial e hegemonia eurocêntrica (QUIJANO, 2018e). A colonialidade abordada por Quijano não tem relação apenas com a colonização em si, mas com a extensão desse processo civilizatório, ou seja, a perpetuação das ideias de dominação trazidas pelos europeus, presente na ideia de raça ou em aspectos culturais apresentados pela sociedade latino-americana.

Vale ressaltar, também, que apesar das lutas enfrentadas pelas camadas sociais excluídas, a dominação se relaciona com o modelo econômico dominante, o capitalismo. Todo esse processo de colonização motivou as desigualdades e as injustiças existentes na América Latina, proporcionando, inclusive, a segregação em relação à habitação. As populações de baixa renda precisam morar em locais periféricos, desprovidos de serviços básicos à habitação em virtude das desigualdades e das injustiças que o país “carrega” desde o processo de colonização. A adoção das teses de Aníbal Quijano (2018d) sobre a colonialidade do poder, como referencial teórico



deste artigo, força a assunção da classificação racial como método para a distribuição das funções na nova configuração de controle do trabalho na América Latina, o que tem reflexo no espaço urbano.

Estabelecido o método, passa-se à metodologia. A investigação sobre a atividade do Superior Tribunal de Justiça será concentrada no período de 2003 a 2016, pois abrange o período de mudanças institucionais e a criação de vários instrumentos de fomento às políticas habitacionais no Brasil. Serão utilizados como instrumento de pesquisa as referências bibliográficas, destacando os textos de Aníbal Quijano, além de acórdãos do STJ, dando-se atenção àqueles relativos à aplicação do direito à cidade na política pública urbana, com ênfase em questões relacionadas à moradia. Tudo isto vai envolver a discussão da influência da dominação racial e o processo de gentrificação da moradia precária, como Aníbal Quijano coloca a raça como categoria mental da modernidade no direito, a questão da moradia precária e o direito à moradia na expressão do direito humano à propriedade e a moradia precária como indicador de decidibilidade na (in)efetividade do direito à cidade pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Por fim, a hipótese levantada é que a jurisprudência do STJ, entre 2003 e 2016, acerca do direito à moradia no Brasil, reflete os eixos de classificação racial que sustentam as relações de poder contemporâneas, as quais se iniciaram a partir da constituição da América e se pautaram na trajetória do padrão de poder hegemônico de origem europeia.

## **2. A INFLUÊNCIA DA DOMINAÇÃO RACIAL E O PROCESSO DE GENTRIFICAÇÃO DA MORADIA PRECÁRIA**

A gentrificação é um processo de segregação espacial, na qual ocorre uma alteração na composição de um espaço definido no território, com a construção de novos prédios e estabelecimentos comerciais, que frequentemente ocasionam uma valorização imobiliária, e afeta diretamente a população de baixa renda (PENA, 2019). Na prática, existe uma disputa entre as classes sociais para a permanência num dado território; no entanto, a classe mais alta sempre consegue impor seus interesses, pois a valorização

imobiliária traz uma série de políticas que acobertam apenas os mais favorecidos e forçam o deslocamento da classe inferior.

A gentrificação é responsável também pela alteração nos serviços e no comércio locais. Por ser decorrente de um urbanismo neoliberal e financeiro, normalmente está relacionada à produção urbana e social guiada por agentes econômicos hegemônicos, como o mercado imobiliário e o turismo (DIOGENES, 2019).

Esse processo ocasiona uma verdadeira elitização dos bairros, na qual os mais pobres são obrigados a viver em áreas mais distantes, periféricas, onde o preço do aluguel é mais barato, mas não apresentam serviços fundamentais à habitação. Existe um verdadeiro contraste entre a realidade brasileira e a previsão constitucional do art. 6º, que estabelece o direito à moradia como um direito fundamental, havendo desrespeito também ao princípio da dignidade da pessoa humana (ANDRADE; BREVIGLIERI, 2019).

Tudo isso é consequência de uma realidade que está muito atrelada ao seu processo histórico. Os europeus trouxeram para a América Latina a ideia de superioridade e de inferioridade que perdurou durante todo o processo de colonização e se refletiu na atualidade. Diziam que as raças colonizadas, os não brancos, eram os seres inferiores. Desde essa época, existe a segregação, os brancos são considerados de classe superior e vivem em ambientes mais salobros do que os da classe subalterna (QUIJANO, 2018e). Como afirma Quijano (2018a, p. 118), “raça converteu-se no primeiro critério fundamental para a distribuição da população mundial em níveis, lugares e papéis na estrutura universal da população mundial”.

Desse modo, a partir do eurocentrismo foi estabelecido a diferença entre as raças, dividindo-as em classes e sempre considerando os brancos europeus como a classe hegemônica. Assim, nas palavras de Quijano (2018a, p. 107-108), a raça passou a ser o meio mais eficaz de dominação social:

Na América, a ideia de raça foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista. A posterior constituição da Europa como nova identidade depois da América e a

expansão do colonialismo europeu ao resto do mundo conduziram à elaboração da perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com ela à elaboração técnica da ideia de raça como naturalização dessas relações coloniais de dominação entre europeus e não europeus. Desde então demonstrou ser o mais eficaz e durável instrumento de dominação social universal, pois dele passou a depender outro igualmente universal, no entanto mais antigo, o intersexual ou de gênero: os povos conquistados e dominados foram postos numa situação natural de inferioridade, e conseqüentemente também seus traços fenotípicos, bem como suas descobertas mentais e culturais.

Dessa forma, foi através das distinções entre raças que a ideia de segregação trazida pelos europeus se instalou perpetuamente no país e hoje pode ser observada em diversos aspectos da cultura brasileira.

A gentrificação, por exemplo, tem grande influência da dominação racial instalada no Brasil pelo processo do eurocentrismo, pois está relacionada ao processo de distribuição da população em razão da classe. A ideia dos europeus sempre foi priorizar a produção de riquezas, instalar a hierarquia, distribuir a população de acordo com a condição financeira e utilizar os colonizados como mão de obra. Sendo assim, os não brancos localizavam-se em lugares segregados, sem as melhores estruturas para sobreviver, pois todos os benefícios e as melhorias habitacionais eram destinados aos brancos colonizadores. Havia, portanto, um distanciamento entre as classes em razão do eurocentrismo, ou seja, os europeus acreditavam que eram a espécie mais avançada, detentores do poder e, por isso, segregavam as diferentes raças (LEMOS; SOUSA, 2018).

Nesse sentido, é possível enxergar uma grande semelhança com o processo de gentrificação, cuja finalidade é transformar os centros urbanos através da mudança dos grupos sociais que ali habitam, ocasionando a expulsão dos moradores originários. A gentrificação é responsável pela elitização de áreas em razão da valorização imobiliária, ameaçando o modo de vida de determinados grupos que precisam migrar para áreas periféricas, que não apresentam infraestrutura básica adequada para viver com

dignidade, resultando, desse modo, no distanciamento entre as classes. O processo de gentrificação, portanto, é responsável pela segregação urbana, que não é um aspecto da modernidade, pelo contrário, desde os processos civilizatórios era possível observá-lo, no entanto, dentro do contexto histórico vivido em cada época. “Se retomássemos mais detidamente a história das renovações urbanas de séculos passados, certamente encontraríamos mais casos de renovação de centros urbanos que privilegiaram os estratos mais ricos da sociedade em detrimento dos mais pobres”, diz Paschoal (2017, p. 12).

No mesmo sentido, o autor Neil Smith (2007, p. 6) afirma que a reestruturação do espaço urbano não é um fenômeno novo, pois alega que todo o crescimento e desenvolvimento urbano consistem em uma reestruturação do espaço. No entanto, para ele, o que é novo é a intensidade em que essa reestruturação do espaço se apresenta como um componente imediato de uma ampla reestruturação social e econômica das economias capitalistas.

Dessa forma, desde o processo de formação do Brasil, a hierarquia definia a ocupação do espaço. Segundo Quijano (2018a), a sociedade latino-americana apresenta características dessa hierarquia tanto em relação aos nativos, quanto aos povos trazidos pelos europeus como mão de obra. Nos cenários histórico e contemporâneo, a população negra, por exemplo, sempre foi protagonista do desenvolvimento socioeconômico, político e cultural do país (OLIVEIRA; SOUZA, 2013).

De acordo com Reinaldo Oliveira e Regina Souza (2013, p. 211), os negros sofreram poucas transformações estruturais em relação às suas habitações, pois a hierarquia socioeconômica foi mantida nas diferentes épocas, passando da senzala, aos cortiços e às favelas; continuaram a viver em condições degradantes, afastados dos dominadores. Assim, na história do país, diante do contexto da cidade e do urbano, o percurso da população negra tem sido, gradualmente, em direção às áreas da pobreza. Segundo Oliveira e Souza (2013, p. 211):

No Brasil, da sociedade escravocrata aos nossos dias, a população brasileira esteve presente na produção, reprodução e uso da habitação, conforme

a condição socioeconômica, o lugar de origem na sociedade/cidade e as relações internas e externas do grupo social. Para negros e brancos, a habitação compreende diferentes leituras e interpretações.

Isso ocorre em razão da lógica do espaço urbano estar sempre submetida aos interesses do mercado, ocasionando as segregações típicas do capitalismo, uma vez que as melhores estruturas sempre são destinadas à parcela da população dotada de capacidade econômica e a população que não possui condições financeiras para manter-se na localidade são deslocadas de suas residências sob o pretexto discursivo do desenvolvimento econômico e urbano.

O poder público é um forte contribuinte para esse contraste na realidade brasileira, pois as políticas públicas de habitação são articuladas junto com o mercado financeiro. No processo de gentrificação, o poder público concorre com investimentos advindos de obras de valorização imobiliária, encarecendo os ativos imobiliários, o que cria as condições para a expulsão dos moradores originários. Isto ocorre em áreas nobres da cidade ou transforma valoriza áreas anteriormente pouco atrativas ao capital. Para onde a população de baixa renda vai? Para a periferia. É lá onde os conjuntos populares, por exemplo, geralmente são feitos; em bairros afastados e sem estruturas e serviços, como o saneamento e o abastecimento de água, configurando a segregação social do espaço. Neste sentido, conforme Paschoal (2017, p. 18):

A gentrificação, seja ela impulsionada pelo setor privado como pelo órgão público através de operações de revitalizações urbanas, seria uma expressão urbana da reestruturação do capitalismo. Isto é, ela seria fruto da busca pela “revitalização” da taxa de lucro, de mudanças culturais de consumo, da maneira do município enfrentar problemas fiscais e administrar a cidade, que não se dissociam das transformações mais amplas da economia capitalista.

Esse processo mostra-se vantajoso para o mercado imobiliário em razão da valorização do local, mas, contrapondo-se a isso, proporciona uma série de prejuízos para aqueles que não possuem renda suficiente para manter-se na região. Verifica-se, por exemplo, o aumento dos alugueis, ocasionando o deslocamento dos cidadãos com menor poder aquisitivo para as áreas periféricas onde o imóvel pode ser locado em valor mais baixo e, conseqüentemente, a migração da população que possui maior capacidade econômica para os bairros mais centralizados e valorizados.

Assim, é possível perceber que a gentrificação é o fenômeno responsável pelo deslocamento da população de menor poder aquisitivo para áreas mais distantes dos centros urbanos e que possuem condições inadequadas para a moradia. Como já exposto, esse processo possui uma forte contribuição do eurocentrismo, sendo os europeus os responsáveis por proporcionar o desenvolvimento desigual que perpetua na atualidade da América Latina, haja vista que se consideravam (e ainda se consideram!) a classe hegemônica; sempre utilizaram a raça como o meio mais adequado para a dominação social, sendo os precursores da ideia de superioridade sobre os não brancos.

De fato, o processo gentrificatório é um resquício da ideia de segregação trazida pelos europeus e que se perpetua nos centros urbanos. Além disso, apesar de ser um termo da modernidade, existiu em diferentes épocas, sendo apresentada conforme o contexto histórico de cada período, conforme será melhor tratado no próximo tópico.

### **3. ANÍBAL QUIJANO E A RAÇA COMO CATEGORIA MENTAL DA MODERNIDADE NO DIREITO**

O eurocentrismo marcou a história da América Latina, é responsável por aniquilar as culturas dos povos originários e estabelecer distinções entre os povos de diferentes raças, sempre os colocando em situações de inferioridade, uma vez que se considera o europeu o mais moderno, a espécie mais avançada e acredita que os europeus são os protagonistas da modernidade (QUIJANO, 2018h). Ocorre que, os europeus não utilizam

esses pensamentos apenas para obter seus privilégios; como afirma Quijano (2018a, p.122), são capazes de difundir e de estabelecer essa perspectiva histórica como hegemônica dentro do novo universo intersubjetivo do padrão mundial do poder. Dessa forma, desde sempre e ainda hoje, as sociedades latino-americanas são influenciadas por esse modo de pensar e agir.

Segundo Quijano (2018a), um dos elementos mais importantes do eurocentrismo é a naturalização das diferenças culturais entre grupos humanos por meio de sua codificação com a ideia de raça. Essa ideia foi escolhida pelos colonizadores como o eixo fundamental para a classificação social da população (QUIJANO, 2018d). Cita-se:

A América constitui-se como o principal espaço/tempo de um padrão de poder de vocação mundial e, desse modo e por isso, como a primeira *id-entidade* da modernidade. Dois processos históricos convergiram e se associaram na produção do referido espaço/tempo e estabeleceram-se como os dois eixos fundamentais do novo padrão de poder. Por um lado, a codificação das diferenças entre conquistador e conquistados na ideia de raça, ou seja, uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros. Essa ideia foi assumida pelos conquistadores como o principal elemento constitutivo, fundacional das relações de dominação que a conquista exigia. Nessas bases, conseqüentemente, foi classificada a população da América, e mais tarde, do mundo, nesse novo padrão de poder. Por outro lado, a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial. (QUIJANO, 2018a, p. 117).

Foi a partir dessas diferenças culturais que as relações de dominação passaram a ter como base valores de superioridade e de inferioridade. Os colonizadores europeus ao notarem características distintas entre eles e os colonizados, adotaram a raça como sendo o mais importante aspecto para a classificação social. Eles também foram os responsáveis por definir nova identidade às populações colonizadas, denominando-as de “índios”,

“indígenas” (em relação à população originária da América Latina) ou “negros” (em relação à população de origem africana), o que ocasionou a perda das identidades originais e a formação de uma identidade negativa comum, ou seja, subordinados aos brancos e influenciados pela hegemonia europeia (QUIJANO, 2018c). Conforme afirma Quijano (2018a, p. 118): “desse modo, raça converteu-se no primeiro critério fundamental para a distribuição da população mundial nos níveis, lugares e papéis na estrutura do poder da nova sociedade. Em outras palavras, no modo básico de classificação social universal da população mundial”.

Nesse sentido, a raça como critério para distribuição dos povos, ocasionou a segregação dos colonizados. Nas relações de trabalho, por exemplo, eram não assalariados e viviam em uma relação de exploração, sendo todos os privilégios destinados para os brancos colonizadores. Existia, assim, uma distribuição racista do trabalho, na qual apenas os brancos eram associados aos salários e aos postos de administração das colônias. Segundo Quijano (2018a, p. 125), “na Europa Ocidental, a concentração da relação capital-salário é o eixo principal das tendências das relações de classificação social e da correspondente estrutura de poder”. Havia uma relação entre esses dois elementos: raça e divisão do trabalho. E mesmo com a evolução do sistema capitalista, essa relação perpetuou; por isso, a classificação social racista nas relações trabalhistas pode ser encontrada nos dias de hoje (2018d). Regiane Barbosa e Tchella Maso (2018, p. 4) afirmam que “essa continuidade de um padrão de poder articulado em representações binárias e hierárquicas compreende-se por colonialidade”.

Confirmando esse entendimento, de acordo com Teles (2018, p. 1), há uma estreita relação entre a raça e a ordem liberal capitalista, pois foi a partir da empreitada colonial nas Américas que se configurou o capitalismo moderno eurocentrado como o novo padrão de poder mundial. A noção de raça foi essencial para que fosse estabelecida a hierarquia de poder, sendo, portanto, a raça um fator caracterizador da colonialidade. Vale ressaltar ainda o entendimento de Restrepo (2010, p.15):



Colonialidade é um fenômeno histórico muito mais complexo do que o colonialismo que se estende ao nosso presente e se refere a um padrão de poder que opera através da naturalização de hierarquias territoriais, raciais, culturais e epistêmicas, possibilitando a reprodução das relações de dominação; Esse padrão de poder não apenas garante a exploração pelo capital de alguns seres humanos por outros em escala mundial, mas também a subalternização e obliteração dos conhecimentos, experiências e modos de vida daqueles que são assim dominados e explorados<sup>60</sup>.

É importante destacar que Aníbal Quijano (2018f) não adota apenas a ideia de raça como categoria mental da modernidade, estabelece que a etnia também define a identidade dos povos e suas posições no Estado (QUIJANO, 2018g) (QUIJANO, 2018h). Em razão das expansões econômicas, as categorias se expandiram para que surgissem novos grupos em uma divisão mais elaborada de trabalho. Cita-se:

A etnia era a consequência cultural inevitável da colonialidade. Ele delineou as fronteiras sociais correspondentes à divisão do trabalho. E justificou as múltiplas formas de controle do trabalho inventadas como parte da americanidade: a escravidão dos “negros” africanos; várias formas de trabalho forçado (repartimiento, mita, peonaje) para os nativos americanos; ganchos, para a classe trabalhadora europeia. É claro que essas eram as formas iniciais de distribuição étnica para participar da hierarquia do trabalho. À medida que avançávamos para o período pós-independência, as formas de controle do trabalho e os nomes das

---

<sup>60</sup> La colonialidad es un fenómeno histórico mucho más complejo [que el colonialismo] que se extiende hasta nuestro presente y se refiere a un patrón de poder que opera a través de la naturalización de jerarquías territoriales, raciales, culturales y epistémicas, possibilitando la re-producción de relaciones de dominación; este patrón de poder no sólo garantiza la explotación por el capital de unos seres humanos por otros a escala mundial, sino también la subalternización y obliteración de los conocimientos, experiencias y formas de vida de quienes son así dominados y explotados (RESPREJO, 2010, p.15).

categorias étnicas foram atualizados. Mas sempre uma hierarquia étnica permaneceu<sup>[61]</sup>.

Quijano (2018f, p. 585) afirma ainda que a ideia de etnia se perpetua na atualidade por meio do racismo consciente e sistemático. Apesar do racismo ser propriedade e parte da modernidade desde sua criação, foi a partir do século XIX que o racismo se tornou mais explícito como uma maneira de estimular culturalmente uma hierarquia econômica (QUIJANO, 2018h).

Importante ressaltar que através da ideia de raça surgiram novas identidades históricas e sociais, além dos índios e dos negros, como: mestiços, amarelos e azeitonados. Cada um exercia seu papel na ordem econômica e cada forma de controle de trabalho estava vinculada a uma determinada raça. Os negros, por exemplo, eram os mais importantes economicamente, uma vez que eram submetidos à escravidão. Os índios, por sua vez, foram considerados mão de obras descartável, realizando trabalhos forçados até a morte, contudo, com uma nova organização política do colonialismo, passaram a ser submetidos à servidão não remunerada. Conforme as lições de Aníbal Quijano (2018a, p. 120), “o controle do trabalho no novo padrão de poder mundial constituiu-se, assim, articulando todas as formas históricas do controle do trabalho em torno da relação capital-salário, e desse modo sob o domínio desta”.

Para os europeus, a diferenciação racial foi o mais eficiente instrumento encontrado para dar seguimento à dominação social e estabelecer o eurocentrismo, tendo em vista que além de controlar os dominados nas

---

<sup>61</sup> La etnicidad fue la consecuencia cultural inevitable de la colonialidad. Delineó las fronteras sociales correspondientes a la división del trabajo. Y justificó las múltiples formas de control del trabajo inventadas como parte de la americanidad: esclavitud para los «negros» africanos; diversas formas de trabajo forzado (repartimiento, mita, peonaje) para los indígenas americanos; enganches, para la clase trabajadora europea. Desde luego éstas fueron las formas iniciales de distribución étnica para participar en la jerarquía laboral. A medida que avanzamos hacia el período posindependencia, las formas de control del trabajo y los nombres de las categorías étnicas fueron puestas al día. Pero siempre se mantuvo una jerarquía étnica (QUIJANO, 2018f, p. 585).

relações de trabalho, conseguiram impor aspectos culturais, sempre estabelecendo relações de poder sobre os povos. Como bem afirma Quijano (2018a), como parte do novo padrão de poder mundial, a Europa também concentrou sob sua hegemonia o controle de todas as formas de controle da subjetividade, da cultura e da produção do conhecimento. Assim, os povos colonizados foram perdendo suas identidades em virtude da influência europeia. Cita-se:

Em primeiro lugar, expropriaram as populações colonizadas – entre seus descobrimentos culturais – aqueles que resultavam mais aptos para o desenvolvimento do capitalismo e em benefício do centro europeu. Em segundo lugar, reprimiram, tanto como puderam, ou seja, em variáveis medidas de acordo com os casos, as formas de produção de conhecimento dos colonizados, seus padrões de produção de sentidos, seu universo simbólico, seus padrões de expressão e de objetivação da subjetividade. (...) Em terceiro lugar, forçaram – também em medidas variáveis em cada caso – os colonizados a aprender parcialmente a cultura dos dominadores em tudo que fosse útil para a reprodução de dominação, seja no campo da atividade material, tecnológica como da subjetiva, especialmente religiosa (QUIJANO, 2018a, p. 121).

Em razão disso, mesmo com o transcorrer dos séculos, a raça continua sendo um elemento categorizador da sociedade latino-americana. Apesar da independência política das ex-colônias, é forte a presença da colonialidade na sociedade moderna, uma vez que está enraizada nas estruturas do poder na América Latina. Conforme as lições de Aníbal Quijano (2018a, p. 135):

“nesse sentido, o processo de independência dos Estados na América Latina sem a descolonização da sociedade não pôde ser, não foi, um processo em direção ao desenvolvimento dos Estados-nação modernos, mas uma articulação da colonialidade do poder sobre novas bases institucionais”.

Nas palavras de Mignolo (2019, p. 2), a modernidade tem como ponto de origem a Europa, que foi responsável por construir a civilização ocidental, celebrando suas conquistas e, ao mesmo tempo, escondendo a colonialidade. Por isso, considera que não há modernidade sem colonialidade. Dessa maneira, Mignolo (2019, p.12) exemplifica:

O eurocentrismo (como conhecimento imperial cujo ponto de origem foi a Europa) poderia ser encontrado e reproduzido nas colônias e ex-colônias, assim como em locais que não foram diretamente colonizados (rotas de dispersão). O eurocentrismo é, por exemplo, facilmente encontrado na Colômbia, no Chile ou na Argentina, na China ou na Índia, o que não significa que esses lugares são, na sua inteireza, eurocêntricos. Certamente, não. Não se dirá que a Bolívia é na sua inteireza eurocêntrica. Porém, não se poderia negar que traços de eurocentrismo estão bem vivos na Bolívia, tanto na direita quanto na esquerda, politicamente e epistemicamente.

Diante disso, pode-se concluir que os países da América Latina apresentam uma enorme influência do eurocentrismo. A dependência histórica desses países culminou em uma subordinação econômica e cultural que são refletidas nas suas sociedades modernas. A raça que foi o critério utilizado pelos europeus para a distribuição dos povos e tornou-se o eixo fundamental para a classificação social da sociedade, ainda é utilizada como fator para segregação em diversos setores das sociedades latino-americanas, principalmente nas relações trabalhistas. Sendo assim, todo o processo histórico é refletido nas sociedades modernas, haja vista que, desde os primórdios, os europeus difundiram a ideia de que eram a classe hegemônica. Nesse sentido, nas palavras de Regiane Barbosa e Tchela Manso (2018, p.14): “o eurocentrismo distorceu e bloqueou nossa experiência histórica social, nos levando a admitir a cultura europeia como verdadeira e única”.

#### **4. A MORADIA PRECÁRIA E O DIREITO À MORADIA NA EXPRESSÃO DO DIREITO HUMANO À PROPRIEDADE**

O direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro está assegurado não só pela Constituição da República, como também pelo Estatuto da Cidade e pelo Código Civil de 2002. Além disso, o Brasil ratificou os dois instrumentos legais internacionais da ONU que asseguram o direito à moradia: a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais e Culturais (Pidesc), garantindo, assim, o direito de toda pessoa à moradia adequada e comprometendo-se a realizar medidas necessárias para que o direito seja assegurado (LAVORATTI, 2019).

No entanto, essa não é a realidade do cenário nacional. Uma moradia adequada não se restringe apenas ao acesso à habitação, deve existir um mínimo de infraestrutura e condições adequadas para que as famílias possam viver com dignidade. Assim, o direito à moradia tem o sentido bem mais amplo do que os postos no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser incluído no conceito os serviços públicos de caráter essencial.

Primeiramente é importante ressaltar que o direito à moradia não pode ser confundido com o direito de propriedade. Apesar de serem direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, são direitos autônomos, pois eles podem coexistir ou não. Pode-se ter como exemplo os imóveis alugados, o indivíduo tem acesso à moradia, mas não é o proprietário. Já no caso da usucapião especial urbana, a moradia no imóvel reclamado é indispensável para que haja a concessão do domínio ao particular não proprietário (MATEUS, 2019). Ademais, Cibele Mateus (2019), acrescenta:

A moradia diferencia-se da propriedade pelo fato de a mesma representar uma necessidade intrínseca ao ser humano, uma necessidade vital e, neste sentido, não uma escolha ou um direito intencional, enquanto o direito à propriedade privada é um benefício, uma conquista de alguns e, muitas vezes, dispensável, isto é, não vital. Assim, muitas vezes, a propriedade contrapõe-se à vida com dignidade, que “muitas

vezes depende do mesmo tempo e do mesmo espaço, onde os primeiros exercem o seu direito de propriedade” devendo esta, a vida com dignidade, prevalecer.

Segundo Caio Mário Pereira e Carlos Monteiro Filho (2018, p.72), a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha. Nos termos do art. 5º, XXIII da Constituição Federal, a propriedade deve cumprir sua função social. José Mário Melo (2019) afirma que “a noção de função social da propriedade relaciona-se com a capacidade produtiva da propriedade, ou seja, trata-se do poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo”.

Tanto a moradia quanto a propriedade são direitos fundamentais e em caso de conflitos e de litígios deve haver a proporcionalidade *strictu sensu*, ou seja, a ponderação, determinando qual direito prevalecerá, solucionando a colisão de interesses (MATEUS, 2019) (GONÇALVES, 2019).

Um exemplo dessa ponderação é a usucapião especial urbana prevista no Estatuto da Cidade e que regulamentou os art. 182 e 183 da Constituição. Nesse instituto, o direito à propriedade (e não o direito de propriedade) é garantido em razão do direito à moradia. O instituto tem a função de proteger o direito à moradia do indivíduo que é possuidor de determinado imóvel e que foi responsável por dar função social à propriedade, sendo este um fator essencial para a aquisição do imóvel. O art. 10 do Estatuto da Cidade dispõe:

Artigo 10: As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

O instituto criado pelo Estatuto da Cidade visa amenizar a situação enfrentada pelo país nas questões relativas à moradia. É uma forma de evitar que os proprietários urbanos tenham seus direitos resguardados sem que estejam cumprindo com a função social da propriedade estabelecida na Constituição. Garante-se àqueles que tomaram posse do imóvel, por qualquer meio (exceto por violência, por precariedade ou por clandestinidade), mas que estão contribuindo com a função social de determinado imóvel, o direito a uma moradia digna, desde que sejam cumpridos os requisitos estabelecidos na Lei.

Assim, mais uma vez, é possível perceber as consequências do processo histórico vivido pelo país, como problemas fundiários, desigualdades sociais e favelização (GODINHO, 2019). Como pode ser observado, embora o direito de propriedade seja garantido, o direito à propriedade (enquanto direito humano à moradia digna) não é garantido para todos, muito menos o direito à moradia num sentido mais estrito. Tudo isso é mais um exemplo da colonialidade do poder refletida em direitos fundamentais. A ideia de que existe uma classe hegemônica, detentora do poder, com direitos de propriedade bem definidos, é resquício da dominação colonial, apenas os europeus tinham direitos às habitações dignas e com melhores infraestruturas. Essa exclusão se perpetua na modernidade, aqueles que possuem maior poder aquisitivo adquirem inúmeras propriedades, tem seus direitos definidos sobre as mesmas, deixando-as, muitas vezes, abandonadas, enquanto uma parte da população brasileira vive em condições habitacionais precárias, em favelas ou subúrbios.

O Estatuto da Cidade, com a usucapião especial urbana, trouxe mais um instrumento que permite a inclusão social; tenta garantir que o direito à moradia seja adquirido por meio da legitimação da posse, desde que respeitados os requisitos necessários estabelecidos no art. 10 do Estatuto e no art. 1.024-A do Código Civil. Os referidos artigos evitam que os proprietários mantenham suas propriedades abandonadas, sem que haja o cumprimento da função social.

Vale destacar que o dispositivo da Constituição referente ao direito de propriedade deixa evidente a subordinação à função social. Logo, é nítida

a preocupação do legislador com as áreas urbanas inutilizadas, que esperam uma futura valorização, enquanto há uma grandiosidade de pessoas sem moradias ou sem estrutura necessária para a habitação. A usucapião, portanto, foi a maneira encontrada pelo legislador para garantir o direito à propriedade, como o direito à moradia digna, às propriedades urbanas sem função social (GODINHO, 2019).

Apesar disso, há omissão por parte do poder público na fiscalização do solo urbano, na verificação de imóveis abandonados pelos proprietários, o que contribui para a ausência de espaços que deveriam ser utilizados para a moradia da população carente, ocasionando a migração de indivíduos para áreas periféricas marcadas pela precariedade e pela escassez dos serviços públicos (COLSATO, 2019). Nas palavras de Raquel Rolnik (2015, p.151-152):

A insegurança da posse é uma questão de economia política – leis, instituições e processos de tomada de decisão relacionados ao acesso e ao uso da moradia e da terra são atravessados pelas estruturas de poder existentes na sociedade. Assim, tanto as formas de gestão do solo com as estratégias de planejamento urbano têm uma enorme incidência sobre as possibilidades de acesso – ou bloqueio – à terra urbanizada para os moradores de menor renda. É no interior desta trama jurídico-administrativa que se tecem os mecanismos de inclusão/exclusão na cidade.

Ademais, importante ressaltar que milhões de pessoas são obrigadas a deixar o local onde habitam, em razão da usurpação de terras, renovações urbanas, desastres naturais ou por meio de grandes projetos de infraestrutura que impedem que os indivíduos de menor poder aquisitivo residam naquela localidade. Esses são exemplos de violações ao direito à moradia e ao direito à propriedade (ROLNIK, 2015, p. 149).

Pode-se concluir que o direito à moradia é um princípio constitucional que, apesar de ser imprescindível à população para esta viver com dignidade, não é uma garantia no cenário brasileiro em razão da negligência do poder público em atender a demanda populacional, o que ocasiona



uma infinidade de moradias precárias ao longo do país. O direito à moradia não pode ser confundido com o direito de propriedade, ambos são direitos fundamentais e podem coexistir, porém, possuem conceitos distintos. Enquanto o direito de propriedade tem assento no direito privado, de base individualista, o direito à moradia é expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito humano à propriedade, de base jurídica pública. Esta distinção permite que, em caso de conflitos ou de litígios, por exemplo, deva ser utilizada a ponderação, isto é, a partir do caso concreto deve ser analisado qual direito fundamental deve prevalecer e aplicado o mais forte. Por isso, a partir dessa ideia é importante analisar como o Superior Tribunal de Justiça tem decidido as questões referentes ao direito à moradia, como espécie do direito à propriedade, em contraposição ao direito de propriedade, o que será realizado no próximo tópico.

## **5. A MORADIA PRECÁRIA COMO INDICADOR DE DECIDIBILIDADE NA (IN) EFETIVIDADE DO DIREITO À CIDADE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O período de 2003 a 2016 abrange mudanças institucionais e a criação de instrumentos de fomento às políticas habitacionais no Brasil, a exemplo, como justificado na introdução, do Programa Minha Casa, Minha Vida. Durante este período houve uma ampliação do financiamento habitacional: a) com a revisão, pelo Banco Central, da flexibilização dos critérios de exigibilidade, então vigente para os recursos do SBPE; b) com a revisão, pelo Conselho Curador do FGTS, dos critérios de investimento habitacional, ampliando a oferta para setores de renda mais baixa e concentrando o crédito em níveis novos, conforme a Resolução nº 460/2004; c) com a implementação, pela Secretaria de Habitação do Ministério das Cidades, do Projeto Moradia, ampliando a atuação da produção privada e de moradias de forma a atingir setores de renda média baixa ou de renda baixa; d) com o aporte de recursos alocados no Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social-FNHIS, criado em 2005; e) com estímulos ao SBPE e FGTS; f) com a exclusão de todas as normas jurídicas que aguçavam o risco

do investimento privado; g) com o fortalecimento do Sistema Financeiro de Investimento-SFI através de medidas legais, particularmente com o uso dos fundos públicos, como o FGTS. Tudo isto teve como objetivo a ampliação do crédito, principalmente para setores de renda até três salários mínimos, e a elevação do financiamento da produção de novas unidades habitacionais (CARDOSO; JAENISCH, 2019).

A nova situação produzida no mercado imobiliário repercutiu na recepção do direito à moradia, enquanto parte do direito à vida digna, nos órgãos jurisdicionais, particularmente no Superior Tribunal de Justiça-STJ. Destacam-se, entre 2005 e 2014, 4 (quatro) decisões paradigmáticas. Em 2005, o STJ decidiu, conforme Recurso Especial REsp 675.808, pela legalidade da adoção do sistema francês de amortização (Tabela Price) nos contratos de mútuo para aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro Habitacional (BRASIL, 2019a). Por outro lado, em 2009, conforme recurso especial REsp 1.070.297, o STJ decidiu que, nos contratos celebrados no âmbito do SFH, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade, considerando que a Tabela Price gera um grande aumento do valor mutuado inicialmente. A prática, portanto, seria incompatível com o SFH, que tem como objetivo a aquisição de imóvel por parcela da população financeiramente menos beneficiada. O relator, ministro Luis Felipe Salomão, admitiu, apenas em casos expressamente autorizados por norma específica, que pode haver capitalização de juros (BRASIL, 2019b). Já, em 2014, o STJ firmou tese sobre o assunto, em recurso repetitivo, Tema 572 (BRASIL, 2019c), e definiu que:

a análise acerca da legalidade da utilização da Tabela Price – mesmo que em abstrato – passa, necessariamente, pela constatação da eventual capitalização de juros (ou incidência de juros compostos, juros sobre juros ou anatocismo), que é questão de fato e não de direito, motivo pelo qual não cabe ao Superior Tribunal de Justiça tal apreciação, em razão dos óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

Em 2014, no julgamento do recurso especial REsp 1.363.368, o STJ definiu que “é legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/1990”. O ministro Luis Felipe Salomão (BRASIL, 2019d) sustentou que:

a legislação pátria, a par de estabelecer como regra a impossibilidade de impor a penhora sobre bem imóvel destinado à moradia do indivíduo e de sua família, excetuou a hipótese do fiador em contrato de locação, permitindo que tal gravame seja lançado sobre o referido imóvel.

Estes julgados escondem um atrito com o Estatuto da Cidade no que concerne a dicotomia entre o “direito de propriedade”, de base privada, amparada no art. 5º da Constituição Federal, e o “direito à propriedade”, de base pública, amparado no art. 6º da Constituição Federal.

Foram escolhidas 10 (dez) decisões significativas envolvendo direito à moradia, direito à cidade, financiamento imobiliário e moradia precária no período em questão (2003–2016). Dentro destas decisões entende-se que uma neocolonialidade vêm sendo configurada a partir da crise ambiental e dos direitos humanos, em discursos e práticas políticas, nas quais o direito e os direitos são usados como garantia da continuidade de um estado de colonialidade.

Analisando o conteúdo dessas ações fica clara a pouca atenção que o STJ dá à moradia precária. Este problema é decorrente da norma jurídica em si, que reproduz a colonialidade da formação social, econômica, cultural, histórica e jurídica da América Latina e reflete uma retoricidade peculiar de exercício da cidadania correlacionada com os interesses do capital imobiliário.

Dentro destas perspectivas, entretanto, vale destacar, que os elementos das decisões levantadas, notadamente em sede de recurso especial, são ambíguos e não consolidam necessariamente uma interpretação do direito da cidade voltada à cidade, como principal expressão material da urbanização, como fonte de lucro, na construção retórica das ideias dos ministros

do STJ sobre a questão da moradia; ora tendem a isto, ora não. Os direitos humanos, como perspectiva externa e universalizante, podem acabar em imposição para as diferentes formas culturais que fazem a cidade. Assim, o papel atribuído pelo recurso especial pode simbolizar uma brecha para a colonialidade do poder. Resta, portanto, analisar o tratamento destas questões tendo em vista as ideias de Anibal Quijano.

É preciso ter em mente o conceito de colonialidade do poder abordado por Quijano. Anteriormente foi tratada a construção das ideias que fundamentam a teoria deste autor, retoma-se parte do discurso para explicar o conceito proposto.

De maneira direta, Quijano (2018i) definiu “a colonialidade do poder, isto é, a ideia de “raça”, como fundamento do padrão universal de classificação social básica e de dominação social”, explicitando a importância do conceito de raça na sua definição de colonialidade. É através desta ideia que Quijano realiza uma diferenciação entre colonialidade e colonialismo, sendo a colonialidade a dominação social de uma raça sobre outra.

Aqui, sem dúvida, é útil notar que os termos “colonialidade” e “colonialismo” se referem a fenômenos e questões diferentes. O “colonialismo” não se refere à classificação social universalmente básica que existe no mundo há 500 anos, mas à dominação político-econômica de alguns povos sobre outros e é centenas de anos anterior à colonialidade (QUIJANO, 2018b). Ambos os termos estão, obviamente, relacionados, já que a colonialidade do poder não teria sido possível historicamente sem o específico colonialismo imposto ao mundo a partir do final do século XV (QUIJANO, 2018i, p. 23). Já a ideia de colonialidade atinge todas as dimensões da vida social; na esfera do poder este conceito é capaz de abordar toda dominação social imposta pela classificação racista da sociedade (QUIJANO, 2018b). Um grupo identificado como uma determinada raça impõe, no espaço social, suas demandas, suas perspectivas culturais e suas visões de mundo, anulando a expressão dos demais grupos. A colonialidade é excludente por natureza.

A expansão do capital imobiliário, com construção de novos prédios e estabelecimentos comerciais para determinada zona da cidade, ocasiona

uma valorização imobiliária e pressiona a população ali instalada, geralmente de baixa renda, para a periferia. Tudo em favor da financeirização do espaço urbano, o que caracteriza plenamente a colonialidade do poder.

Como já exposto, o Estatuto da Cidade trouxe instrumentos que garantem o direito a moradia, como a usucapião especial urbana. O instituto garantiu a legitimação da posse desde que fossem respeitados requisitos estabelecidos em lei. Por outro lado, em 2016, o STJ negou provimento ao Recurso Especial REsp nº 1.428.161 - RS (2014/0000527-5), sob o argumento de que os imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação se enquadram na categoria de bens públicos e, por isso, não seria possível usucapir imóveis que fazem parte desse sistema. Vedou também a prescrição aquisitiva de qualquer imóvel vinculado ao SFH (BRASIL, 2019e). Dessa forma, é possível compreender que o STJ decidiu que, mesmo que terceiro esteja dando cumprimento à função social da propriedade, não é possível adquirir o imóvel caracterizado como bem público. O resultado econômico, na prática, é a transferência de pessoas de baixa renda para as periferias das cidades. A colonialidade do poder se materializa também através da segregação social. Decisões como essa fazem perceber que o interesse econômico é mais importante do que a garantia de um direito fundamental.

Importante destacar que os direitos humanos se constituem como perspectivas exteriores que podem caracterizar imposições culturais. É uma característica que está ligada ao processo de gentrificação e de moradia precária, reflexo da colonialidade.

A gênese dos direitos humanos se dá na experiência da modernidade europeia e está fundada em ideais iluministas; sempre esteve ligada à racionalidade de mercado, característica imposta a muitos povos no processo de sua dominação histórica (QUIJANO, 2018g) (QUIJANO, 2018h). Em nenhum momento a fundamentação desses direitos passou por outras visões fora do mundo ocidental. Portanto, os direitos humanos se fundaram no e para o contexto da modernidade europeia e de sua racionalidade científica, calcada no paradigma do livre mercado (QUIJANO, 2018h).

A teoria mais influente sobre a fundamentação dos direitos humanos combina fatos históricos e concepções antropológico-filosóficas próprias do contexto europeu moderno. Sugere não apenas a ausência de contribuições para além das fronteiras do Ocidente, como propõe que os direitos humanos ostentam o ideário próprio da cultura europeia (BRAGATO, 2017, p. 210). É extremamente excludente, universalizadora, alheia às diversidades e heterogeneidades dos outros povos não-europeus. Insere-se, portanto, naquilo que Quijano (2018i) identificou como “a visão de mundo específica de uma determinada etnia imposta como racionalidade universal”<sup>[62]</sup>. É na universalização dos direitos humanos, como demanda europeia, que se instala a colonialidade.

A partir desta base é possível caracterizar a moradia precária dentro das decisões produzidas no STJ. Essas decisões são reprodutoras de uma colonialidade e se valem para impor as demandas de uma “raça” ao contexto de outra, perpetuando o histórico de dominação social.

Um exemplo disso pode ser observado no Agravo em Recurso Especial nº 667.463, na qual, após sua residência ter sido atingida por catástrofe decorrente de fortes chuvas, a agravante pleiteou o direito à moradia definitiva e não somente o benefício “auxílio novo lar”. No entanto, o entendimento do STJ, em 2015, foi o de que a agravante é contemplada pelo direito à moradia por receber o referido benefício. Além disso, considerou que o art. 6º da Constituição Federal, que estabelece a moradia como direito fundamental, é uma norma programática, cuja implementação depende de regulamentação do poder público (BRASIL, 2019f). É perceptível a restrição do direito à moradia a um simples benefício recebido pela agravante, inclusive desconsiderando o direito à dignidade da pessoa humana. Como já exposto, o direito à moradia deve ser considerado de forma ampla, não sendo restrito à habitação, mas também a todos os fatores necessários para que seja garantida uma moradia digna. O entendimento firmado não concretiza o direito fundamental estabelecido pela

---

<sup>62</sup> “La específica cosmovisión de una etnia particular impuesta como la racionalidad universal” (QUIJANO, 2018i).

Constituição Federal; objetivamente, uma decisão como essa, força o deslocamento da população para periferia. Trata-se de um tipo de colonialidade de poder. A racionalidade embutida na decisão, reflete a hierarquia socioeconômica e a segregação trazida pelos europeus, confirmando a ideia de que o STJ nem sempre dá a atenção necessária ao direito à moradia.

No mesmo sentido, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 696.617, em 2015, o ministro relator conheceu o agravo e negou seguimento ao recurso especial sob a justificativa de que o direito à moradia, previsto na Constituição da República, não obriga o Estado a conceder habitação para todos os desabrigados (BRASIL, 2019g). Ora, ao considerar que o Estado não possui sempre a obrigação de assegurar a moradia à população carente, fica patente a ideia de que o direito à moradia não é assegurado para todos. Uma das características da colonialidade de Quijano consiste na segregação de determinadas classes sociais em virtude de uma classe dominante. É senso comum de que aqueles que têm acesso à habitação e à infraestrutura de qualidades são minoria privilegiada no país. A insensibilidade, por parte do STJ, em relação às questões referentes ao direito fundamental em apreço, mesmo que possa ser vista de forma bem intencionada por algum ângulo, reflete resquícios da colonialidade do poder nas suas fundamentações.

Após a análise dessas duas decisões desfavoráveis ao direito à moradia, vale mencionar a decisão do Recurso Especial nº 1.621.708-RS (2016/0222683-7), prolatada em 2016. O recurso foi interposto pelo Departamento Nacional de Infraestruturas e transportes – DNIT após ter ocorrido o indeferimento do Agravo de Instrumento no Tribunal de origem. O recorrente requereu, liminarmente, a demolição da construção na faixa de domínio da rodovia BR287/RS, sob a justificativa de que a área não era edificável. No entanto, foi comprovada que a construção estava a 44 metros do eixo da rodovia, cuja faixa de domínio é de 45 metros. Além disso, restou comprovada que no mesmo local havia outras construções com a mesma proximidade da via pública. A Ministra relatora indeferiu a antecipação de tutela por não haver os requisitos mínimos para a concessão e não conheceu o recurso, considerando que o pedido

de demolição da construção não era razoável, tendo em vista o direito fundamental de moradia estabelecido pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2019h).

Outra decisão a ser analisada é o AgRg em Recurso Especial nº 274.672 – RJ (2012/0269444-0), cujo acórdão foi proferido em 2013. O agravo regimental foi interposto contra decisão que conheceu parte do agravo e negou provimento ao recurso especial. O recorrente, prestador de serviço público, aduz que o recorrido reside em local irregular e por isso inexistente a completa prestação de serviços de abastecimento de água. Alegou, ainda, duas excludentes da responsabilidade civil: processo de urbanização sem planejamento e culpa exclusiva da vítima, tendo em vista a ausência de um reservatório maior em sua residência. Contudo, o Ministro relator negou provimento ao agravo regimental, considerando que a recorrente é responsável pela prestação de serviços públicos, devendo fazê-lo de maneira adequada e eficiente para toda a população (BRASIL, 2019i).

A pesquisa se baseou em amostragens. Foram identificadas situações, como os dois casos exemplificativos acima, que não refletiram a colonialidade do poder, conforme o pensamento de Aníbal Quijano. Entretanto, mesmo assim, podem ser encontrados aspectos da colonialidade do poder na fundamentação dessas decisões. Primeiramente, é importante observar que os recorrentes são prestadores de serviços públicos e deveriam ter a preocupação em prestar serviços de qualidade e de maneira integral. É possível identificar que as ações do poder estatal dão continuidade à ideia de hierarquia de valores e de direitos trazida pelos europeus, materializada em construções silogísticas, pelo qual os interesses da população mais carente são tratados como situações de excepcionalidade, o que já é consequência da segregação social e espacial. Cita-se:

Se a Ré cobra pela prestação do serviço, deve fazê-lo de forma adequada, ininterrupta e eficiente, sendo certo que, com fulcro na teoria do risco do empreendimento, tem o dever de responder, independentemente de culpa pelos fatos e vícios resultantes da atividade que desempenha.



Assim, não tendo a Ré comprovado a regularidade no fornecimento de água à localidade em que o Autor reside e tampouco a existência de qualquer excludente de responsabilidade, mostra-se correta a sentença que lhe impôs a obrigação de regularizar a prestação do serviço (e-STJ fl. 225) (BRASIL, 2019i).

Nestas decisões o STJ foi favorável ao direito à moradia, que não se restringe às habitações da população, mas também aos serviços essenciais fornecidos pelo poder público, incluindo, assim, o abastecimento de água. Os serviços públicos fazem parte do cumprimento efetivo do direito à moradia, devendo ser incluído em seu conceito. Mesmo que haja expansão urbana ou urbanização sem planejamento, os serviços devem ser prestados de maneira eficiente, garantindo, assim, o princípio constitucional da moradia e da dignidade da pessoa humana.

Outra análise acerca das decisões do STJ é o Recurso Especial nº 1.163.228 – AM (2009/0204814-9), que deu parcial provimento ao recurso da Caixa Seguradora S/A para reintegrá-la ao polo passivo. A decisão considerou que o agente financeiro responde solidariamente com a construtora por vícios apresentados na construção de imóveis financiados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (BRASIL, 2019j). De acordo com o Ministro relator:

entender de forma diversa seria autorizar a oportunidade de todo tipo de manobra financeira, considerando-se que os financiamentos destinam-se aos estratos de menor renda e, portanto, poderiam ser abastecidos com material de qualidade inferior a que foi programada, em contrariedade ao memorial descritivo, tudo passando ao largo da responsabilidade fiscalizadora dos agentes financeiros, que, como visto, em tais casos, não têm, apenas, a função de repasse dos recursos, mas também, a de fiscalização, o que quer dizer, a de acompanhamento para que a liberação dos recursos seja feita em obediência aos termos do contrato.

Aqui, também é possível observar uma adequação da decisão ao direito à moradia. A ideia de que as pessoas que possuem poucos recursos financeiros necessitam de moradia ou infraestrutura de qualidade está na decisão, mas não foi trazida pelos europeus durante o processo de dominação. De acordo com o ministro relator, a CEF deve compor o polo passivo da ação, pois, como agente financeira, tem o dever de fiscalizar o repasse dos recursos.

Diante do exposto, é possível verificar a multiplicidade de decisões do STJ que têm ignorado os princípios que regem os direitos constitucionais, por sua vez, também é possível observar uma variedade que assegura o direito à moradia. A escolha das decisões para ilustrar o presente trabalho não permite abarcar a totalidade dos casos e chegar a uma só conclusão. A proposta foi a de verificar se as teses do autor Aníbal Quijano sobre a colonialidade do poder se refletem nas decisões do STJ, analisando como esse tribunal tem decidido quando as ações fazem referência ao direito fundamental à moradia.

Conclui-se que mesmo que as decisões do Superior Tribunal de Justiça sejam favoráveis ao direito à moradia, assegurando o direito fundamental às pessoas carentes, é possível perceber a presença da colonialidade do poder em vários dos seus aspectos. Tudo isso ocorre devido à enorme influência das ideias europeias, pelas quais a presença de uma classe hegemônica é responsável pela segregação social e pelo binarismo inferioridade/superioridade. Segundo Ingrid Haas (2018), “os povos colonizados foram inseridos na modernidade de forma a desacreditar em qualquer forma de mudança, em qualquer pensamento que não participe da lógica europeia, linear e ocidental”.



QUADRO 1 - Sistematização qualitativa das decisões judiciais coletadas

<b>Nº do Processo</b>	<b>2015/0044277-3</b>
<b>Ano da Decisão</b>	2015
<b>Órgão Judicial</b>	STJ
<b>Recurso</b>	Agravo em Recurso Especial nº 667.463 – RJ
<b>Problemática</b>	Pagamento de “auxílio novo lar” às vítimas de catástrofe que se abateu na região Serrana do Estado do Rio de Janeiro. Pedido de concessão de moradia definitiva.
<b>Cerne do litígio</b>	A residência da agravante foi atingida por catástrofe decorrente de fortes chuvas. Pleiteou moradia definitiva. No entanto, o STJ concedeu apenas o benefício “auxílio novo lar”, afirmando que tal benefício já configurava o direito fundamental à moradia.
<b>Nº do Processo</b>	<b>2009/0204814-9</b>
<b>Ano da Decisão</b>	2012
<b>Órgão Judicial</b>	STJ
<b>Recurso</b>	Recurso Especial nº 1.163.228 - AM
<b>Problemática</b>	Legitimidade passiva da Caixa Econômica Federal (CEF) em ação de indenização por vício de construção.
<b>Cerne do litígio</b>	A CEF alega que não deve responder por vícios de construção de imóvel financiado com recursos do Sistema Financeiro de Habitação. O tribunal Regional Federal da 1ª Região considerou que a CEF não é parte legítima para figura no polo passivo da ação. No entanto, após ser interposto o recurso especial, o STJ reintegrou a CEF no polo passivo da demanda alegando que o agente financeiro deve responder solidariamente por vícios apresentados na construção dos imóveis financiados no âmbito do SFH.

<b>Nº do Processo</b>	<b>2015/0087693-8</b>
<b>Ano da Decisão</b>	2015
<b>Órgão Judicial</b>	STJ
<b>Recurso</b>	Agravo em Recurso Especial nº 696.617-RJ
<b>Problemática</b>	Pretensão de obtenção de Moradia Definitiva.
<b>Cerne do litígio</b>	O agravante alegou inobservância do disposto nos art. 1º, III, 5º, § 1º, e 6º, da Constituição Federal, no caso, em relação ao seu dever constitucional do poder público de dar efetividade ao direito de moradia. O Tribunal de origem assentou que o direito à moradia previsto no art. 6º, caput, da Constituição Federal, não obriga o Estado a conceder moradia para todos os desabrigados. Nesse sentido, o STJ não conheceu o agravo e negou seguimento ao recurso especial.

<b>Nº do Processo</b>	<b>2012/0269444-0</b>
<b>Ano da Decisão</b>	2013
<b>Órgão Judicial</b>	STJ
<b>Recurso</b>	AgRg em Recurso Especial nº 274.672 - RJ
<b>Problemática</b>	Interrupção de Abastecimento de água.
<b>Cerne do litígio</b>	O recorrente é prestador de serviço público e aduz que o recorrido reside em local irregular e por isso inexistente a completa prestação de serviços de abastecimento de água. Alegou, ainda, culpa exclusiva da vítima e processo de urbanização sem planejamento. Contudo, o STJ negou provimento ao agravo regimental, considerando que a recorrente é responsável pela prestação de serviços públicos, devendo fazê-lo de maneira adequada.



<b>Nº do Processo</b>	<b>2004/0130055-5</b>
<b>Ano da Decisão</b>	2005
<b>Órgão Judicial</b>	STJ
<b>Recurso</b>	Recurso Especial nº 675.808 - RN
<b>Problemática</b>	Legalidade da adoção do Sistema Francês de Amortização nos contratos de mútuo para aquisição de imóvel pelo SFH.
<b>Cerne do litígio</b>	Os recorrentes aduzem que o acórdão acatou a tese da CEF no sentido de que a amortização deverá ser praticada após a atualização do saldo devedor, contrariando o art. 6º, "c", da lei 4.380/64. No entanto, o STJ negou provimento ao recurso especial, alegando que a Corte tem se posicionado no sentido da legalidade da adoção do Sistema Francês de Amortização nos contratos de mútuo para aquisição de imóvel pelo SFH.

<b>Nº do Processo</b>	<b>2008/0147497-7</b>
<b>Ano da Decisão</b>	2009
<b>Órgão Judicial</b>	STJ
<b>Recurso</b>	Recurso Especial Nº 1.070.297 – PR
<b>Problemática</b>	Capitalização de juros vedada em qualquer periodicidade.
<b>Cerne do litígio</b>	O recurso trata dos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. O STJ decidiu que é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. No entanto, alegou que não cabe ao STJ aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força das Súmulas 5 e 7.

<b>Nº do Processo</b>	<b>2013/0011463-3</b>
<b>Ano da Decisão</b>	<b>2014</b>
<b>Órgão Judicial</b>	STJ
<b>Recurso</b>	Recurso Especial nº 1.363.368 – MS
<b>Problemática</b>	Penhorabilidade de imóvel de fiador em contrato de aluguel.
<b>Cerne do litígio</b>	O recorrente alega divergência jurisprudencial quanto a penhorabilidade de imóvel de fiador nos contratos de locação. O tribunal recorrido não havia admitido. No entanto, o entendimento do STJ foi a admissão da penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990, alegando que o entendimento já havia sido pacificado pelo STJ e pelo STF.

<b>Nº do Processo</b>	<b>2014/0000527-5</b>
<b>Ano da Decisão</b>	<b>2016</b>
<b>Órgão Judicial</b>	STJ
<b>Recurso</b>	Recurso Especial nº 1.428.161 – RS
<b>Problemática</b>	Usucapião Especial Urbana. Imóvel vinculado ao sistema financeiro de habitação.
<b>Cerne do litígio</b>	O acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou improcedente o pedido da recorrente, alegando que bem vinculado a contrato de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação (SFH) não é possível ser usucapido. O entendimento do STJ é para vedar a prescrição aquisitiva de qualquer imóvel vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH. Assim, a Corte negou provimento ao recurso especial.



<b>Nº do Processo</b>	<b>2016/0222683-7</b>
<b>Ano da Decisão</b>	2016
<b>Órgão Judicial</b>	STJ
<b>Recurso</b>	Recurso Especial nº 1.621.708-RS
<b>Problemática</b>	Reintegração de Posse. Construção na faixa de domínio público.
<b>Cerne do litígio</b>	O Departamento Nacional de Infraestruturas e transportes – DNIT requereu, liminarmente, a demolição da construção na faixa de domínio da rodovia BR287/RS, sob a justificativa de que a área não era edificável. No entanto, foi comprovada que a construção estava a 44 metros do eixo da rodovia, cuja faixa de domínio é de 45 metros. O STJ indeferiu a antecipação de tutela por não haver os requisitos mínimos para a concessão e não conheceu o recurso, considerando que o pedido de demolição da construção não era razoável considerando o direito à moradia.

<b>Tema repetitivo</b>	572
<b>Trânsito em julgado</b>	2015
<b>Órgão Julgador</b>	Corte Especial – STJ
<b>Questão submetida a julgamento</b>	Questiona a existência ou inexistência de juros capitalizados em contratos que utilizam a Tabela Price.
<b>Tese Firmada</b>	<p>“A análise acerca da legalidade da utilização da Tabela Price - mesmo que em abstrato - passa, necessariamente, pela constatação da eventual capitalização de juros (ou incidência de juros compostos, juros sobre juros ou anatocismo), que é questão de fato e não de direito, motivo pelo qual não cabe ao Superior Tribunal de Justiça tal apreciação, em razão dos óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.</p> <p>É exatamente por isso que, em contratos cuja capitalização de juros seja vedada, é necessária a interpretação de cláusulas contratuais e a produção de prova técnica para aferir a existência da cobrança de juros não lineares, incompatíveis, portanto, com financiamentos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação antes da vigência da Lei n. 11.977/2009, que acrescentou o art. 15-A à Lei n. 4.380/1964.</p> <p>Em se verificando que matérias de fato ou eminentemente técnicas foram tratadas como exclusivamente de direito, reconhece-se o cerceamento, para que seja realizada a prova pericial.”</p>
<b>Ramo do Direito</b>	Processual Civil e do Trabalho.



## 6. CONCLUSÃO

A pesquisa trouxe algumas questões levantadas a partir do estudo de amostras das decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito à moradia e a relação com o pensamento de Aníbal Quijano sobre a colonialidade do poder. É possível constatar alguma receptividade do pensamento de Quijano no conteúdo das decisões judiciais, quando as mesmas levam em consideração os reflexos da dominação colonial realizada pelos europeus.

A colonialidade do poder de Anibal Quijano considera a ideia de raça como o principal fator para a classificação social da população. A ideia de dominação de uma raça sobre a outra está relacionada à luta das camadas sociais historicamente excluídas. Um determinado grupo, considerado como a classe hegemônica, impõe no espaço social suas demandas e suas visões, modificando aspectos culturais, econômicos e sociais de outros povos e colocando-os em situações de subordinação. A colonialidade do poder pode ser considerada a extensão do processo civilizatório realizado pelos europeus na América Latina. Por isso, é possível perceber diversos reflexos na sociedade moderna.

Foi possível verificar que muitas decisões do STJ são influenciadas por esse pensamento. Essas ideias estão enraizadas na sociedade latino-americana, pois seus aspectos culturais e econômicos originais foram ocultados pela classe dominante. Os ministros do STJ não estão imunes a essas questões nas ações judiciais e prolatam decisões nas quais é possível perceber, mesmo que sublimarmente, a presença da colonialidade do poder.

É comum observar que as decisões apresentam características da hierarquia socioeconômica. Ao afirmar, por exemplo, que o Estado não possui obrigação de conceder habitação aos desabrigados, é nítida a segregação social e espacial apresentada pelo STJ em sua decisão, pois o art. 6º da Constituição Federal assegura o direito à moradia. Influenciada pelo pensamento de que moradia de qualidade não é para todos, esse direito fundamental sempre foi um fator determinante para a exclusão, uma vez

que havia a distribuição da sociedade a partir da raça, sendo o critério responsável por definir as estruturas de poder da sociedade.

Historicamente, os brancos europeus tinham as melhores habitações e infraestruturas, enquanto os não brancos viviam em condições precárias. A mesma situação pode ser verificada na modernidade, aqueles que possuem menor condição financeira se restringem aos locais periféricos ou são desabrigados (QUIJANO, 2018h). Como pode ser observado, ao desobrigar, circunstancialmente, o Estado a respeitar o direito à moradia, o STJ demonstra a influência dos pensamentos eurocêntricos, reafirmando a ideia da “normalidade” de que as populações de baixa renda possam morar em locais periféricos, onde estão ausentes os serviços essenciais à habitação digna.

Nas decisões aqui analisadas observou-se também que, muitas vezes, o interesse econômico é considerado mais importante que um direito fundamental, desconsiderando o direito à moradia enquanto parte do direito a uma vida digna. A expansão do capital imobiliário e a valorização dos centros urbanos pressionam a população de baixa renda para os locais mais distantes da cidade, ocasionando o processo da gentrificação, em que ocorre a transferência de inúmeras pessoas para as periferias, para que vivam em moradias precárias. Tudo isso é consequência da financeirização do espaço urbano, o que reafirma as teses da colonialidade do poder.

Apesar da presença da colonialidade nas decisões, uma segunda constatação é que o Judiciário apresenta tanto decisões que asseguram o direito à moradia à população carente, quanto decisões que mostram a inefetividade dos acórdãos e não levam em consideração o direito fundamental previsto na Constituição. Em geral, o STJ tem se mostrado pouco hábil para resolver questões relativas à moradia e suas decisões apresentam aspectos da colonialidade seja quando julga uma ação improcedente e desconsidera algum direito relativo à habitação, seja decidindo favoravelmente, mas apresentando em sua fundamentação aspectos de todo o processo de colonização que motivou as desigualdades existentes.

As teses de Aníbal Quijano, juntamente com as decisões do STJ, foram úteis para analisar e compreender que a cultura jurídica brasileira

ainda apresenta resquícios da dominação colonial. Isto está materializado na forma como a argumentação das decisões estudadas enfrentam a gentrificação, tendo em vista o sistema econômico predominante, o capitalismo. É possível constatar essa visão nos acórdãos do STJ; o seu conteúdo atende o capital imobiliário e é gentrificador. Assim, os interesses econômicos se sobressaem, minimizando os direitos relativos à habitação, inclusive aqueles assegurados pelas outras decisões estudadas.

Por fim, diversas decisões do STJ têm ignorado o direito o fundamental constitucional da moradia. Contudo, de um modo geral, é possível verificar que o STJ tenta assegurar esse direito. Embora não dê para se determinar, precisamente, qual o grau da colonialidade do poder nas decisões deste tribunal, o que foi observado é que a colonialidade do poder sempre está presente na fundamentação das decisões, sublimarmente, em expressões, refletindo aspectos da dominação europeia enraizados na cultura latino-americana e, conseqüentemente, na consciência jurídica da sociedade. Tudo isso é motivado pelas desigualdades e injustiças, frutos do processo histórico da formação do capitalismo brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Leandro. BREVIGLIERI, Zulaiê. **Direito à moradia e gentrificação**: a política do aluguel em foco. 2016. [S.l.], [S.n.] Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/503/500>. Acesso em: 16 mar. 2019.

BARBOSA, Regiane Riquena; MASO, Tchella Fernandes. **Possíveis contribuições de Aníbal Quijano para as relações internacionais** [2014]. [S.I.], [S.n.]. Disponível em: <http://eventos.ufgd.edu.br/enepex/anais/arquivos/435.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 19, n.1, jan-abr. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548>. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 667463-RJ (2015/0044277-3)**. Relator: Ministro Humberto Martins, 11 de março de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178570681/agravo-em-recurso-especial-aresp-667463-rj-2015-0044277-3?ref=serp>. Acesso em: 19 jun. 2019f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.163.228 - AM (2009/0204814-9)**. Relator: Ministra Maria Isabel Galotti, 09 de outubro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22583325/recurso-especial-resp-1163228-am-2009-0204814-9-stj/inteiro-teor-22583326?ref=juris-tabs>. Acesso em: 06 jul. 2019j.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 696.617-RJ (2015/0087693-8)**. Relator: Ministro Humberto Martins, 29 de maio de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/193141167/agravo-em-recurso-especial-aresp-696617-rj-2015-0087693-8/decisao-monocratica-193141179?ref=amp>. Acesso em: 19 jun. 2019g.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg em Recurso Especial nº 274.672 - RJ (2012/0269444-0)**. Relator: Ministro Castro Meira, 19 de março de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23088663/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-274672-rj-2012-0269444-0stj/relatorio-e-voto-23088665?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 jul. 2019i.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 675.808 - RN (2004/0130055-5)**. Relator: Ministro Luiz Fux, 12 de setembro de 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7197864/recurso-especial-resp-675808-rn-2004-0130055-5/inteiro-teor-12944755>. Acesso em: 05 jul. 2019a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.070.297 - PR (2008/0147497-7)**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 09 de setembro de 2009. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=911279&num\\_registro=200801474977&-data=20090918&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=911279&num_registro=200801474977&-data=20090918&formato=PDF). Acesso em: 08 jun. 2019c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.363.368 - MS (2013/0011463-3)**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 12 de novembro de 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1364999&num\\_registro=201300114633&-data=20141121&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1364999&num_registro=201300114633&-data=20141121&formato=PDF). Acesso em: 08 jun. 2019b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.428.161 - RS (2014/0000527-5)**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461610120/recurso-especial-resp-1428161-rs-2014-0000527-5?ref=amp>. Acesso em: 06 jul. 2019e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.621.708-RS (2016/0222683-7)**. Relator: Assusete Magalhães, 27 de outubro de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/467265031/recurso-especial-resp-1621708-rs-2016-0222683-7/decisao-monocratica-467265058?ref=juris-tabs>. Acesso em: 03 jul. 2019h.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 572**. Órgão Julgador: Corte Especial, 02 de fevereiro de 2015. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&sg\\_classe=REsp&num\\_processo\\_classe=1124552](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1124552). Acesso em: 08 jun. 2019d.

CARDOSO, Adauto Lucio; JAENISCHO, Samuel Thomas. **Mercado imobiliário e política habitacional nos governos de Lula e Dilma**: entre o mercado financeiro e a produção habitacional subsidiada. 2017. São Paulo. [S.n] Disponível em: [http://anpur.org.br/xviienanpur/principal/publicacoes/XVII.ENANPUR\\_Anais/ST\\_Sesseos\\_Tematicas/ST%205/ST%205.1/ST%205.1-03.pdf](http://anpur.org.br/xviienanpur/principal/publicacoes/XVII.ENANPUR_Anais/ST_Sesseos_Tematicas/ST%205/ST%205.1/ST%205.1-03.pdf). Acesso em: 08 jun. 2019.

COLSATO, Rodrigo. **Efetividade do direito à moradia**. 2015. [S.l] [S.n] Disponível em: <https://colsato.jusbrasil.com.br/artigos/232717394/efetividade-do-direito-a-moradia>. Acesso em: 03 jul. 2019.

DIOGENES, Marina Guerra. Gentrificação e moradia: um estudo sobre a elitização de espaços urbanos e o exemplo do Grande Pirambu em Fortaleza. **XVIII ENAPUR**. Natal. 2019. [S.n]. Disponível em: <http://anpur.org.br/xviiienanpur/anaisadmin/capapdf.php?reqid=1233>. Acesso em: 27 jun. 2019.

GODINHO, Carolina Hemesath. **Usucapião especial para fins de moradia e função social da propriedade**. 2017. [S.n] [S.l] Disponível em: <https://ninagodinho.jusbrasil.com.br/artigos/483561509/usucapiao-especial-para-fins-de-moradia-e-funcao-social-da-propriedade>. Acesso em: 04 jul. 2019.

GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. **Direitos sociais: direito à moradia**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 2013. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12892&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12892&revista_caderno=9). Acesso em: 12 jan. 2019.

HAAS, Ingrid Freire. Realidade hegemônica e universalismo europeu: a colonialidade do poder. **Revista da Faculdade de Direito UFRGS**, Porto Alegre, n.37, p.99-115, dez. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72857>. Acesso em: 12 out. 2018.

LAVORATTI, Liliana. **Direito só no papel** – falta de moradia afeta milhões de brasileiros. 2009. Ano 6. Edição 51. São Paulo. [S.n] Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1237:catid=28&Itemid=23](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1237:catid=28&Itemid=23). Acesso em: 02 jul. 2019.

LEMOS, Thaisa Maria Rocha; SOUSA, José Josberto Montenegro. **O conceito de raça enquanto instrumento de dominação**: uma análise do racismo no sistema penal brasileiro. Jataí-GO. 2017. [S.n]. Disponível em: [http://www.congressohistoriajatai.org/2016/resources/anais/6/1477862512\\_ARQUIVO\\_artigo-colonialidadedopodereraca29-10-16\(1\).pdf](http://www.congressohistoriajatai.org/2016/resources/anais/6/1477862512_ARQUIVO_artigo-colonialidadedopodereraca29-10-16(1).pdf). Acesso em: 12 out. 2018.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direito à moradia x direito à propriedade**. 2015. [S.n] [S.l] Disponível em: <http://www.sedep.com.br/artigos/direito-a-moradia-x-direito-a-propriedade/>. Acesso em: 04 jul. 2019.

MELO, José Mário Delaiti. **A função social da propriedade**. 2013. [S.l] [S.n] Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-funcao-social-da-propriedade/>. Acesso em: 04 jul. 2019.

MIGNOLO, Walter D. Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** – Vol. 32. Rio de Janeiro. n.94. [Ca.2012]. [S.n.] Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbc-soc-3294022017.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

OLIVEIRA, Reinaldo José; SOUZA, Regina Marques. **Direito à moradia**: reflexos sobre território e compromisso com o maior contingente populacional brasileiro. 2013. [S.n], [S.l] Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/4925/4722>. Acesso em: 04 ago. 2019.

PASCHOAL, Matheus Giovanni Luchi. **Gentrificação**: causas, transformações e particularidades latino-americanas. Campinas. 2017. [S.l] Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/328334883\\_Gentrificacao\\_causas\\_transformacoes\\_e\\_particularidades\\_latino-americanas](https://www.researchgate.net/publication/328334883_Gentrificacao_causas_transformacoes_e_particularidades_latino-americanas). Acesso em: 04 ago. 2019.

PENA, Rodolfo F.Alves. **Gentrificação**. [S.l], [s.n], [entre 2015 e 2019] Disponível em:

<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/gentrificacao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rego. **Instituições do Direito Civil**. Vol. IV. Direitos reais – 26ª edição. Editora Forense. 2018.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. Buenos Aires. 2005. Clacso (Consejo Latino americano de Ciências Sociais). Disponível em: [http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12\\_QUIJANO.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIJANO.pdf). Acesso em: 28 nov. 2018.a

QUIJANO, Aníbal. **La razon del Estado**. [S.l.:S.n] [1990?] Disponível em: <https://antropologiadeoutraforma.files.wordpress.com/2013/04/quijano-anibal-la-razon-del-estado-1990.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.b

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad del poder, cultura y conocimiento en América Latina**. 2000. [S.l.:S.n] Disponível em: <https://antropologiadeoutraforma.files.wordpress.com/2013/04/quijano-anibal-colonialidad-del-poder-cultura-y-conocimiento-en-amc3a9rica-latina-2000.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.c

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad del poder y clasificacion social**. 2000. [S.l.:S.n] Disponível em: <https://antropologiadeoutraforma.files.wordpress.com/2013/04/quijano-anibal-colonialidad-del-poder-y-clasificacion-social-2000.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.d

QUIJANO, Aníbal. **¡Qué tal Raza!** [S.l.:S.n] [Ca. 2000] Disponível em: <https://antropologiadeoutraforma.files.wordpress.com/2013/04/quijano-anibal-que-tal-raza1.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2018.e

QUIJANO, Aníbal. **La americanidad como concepto, o americano en el moderno sistema mundial**. 1992. México. [S.n] Disponível em: <https://antropologiadeoutraforma.files.wordpress.com/2013/04/quijano-anibal-la-americanidad-como-concepto-o-america-en-el-moderno-sistema-mundial-revista1.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018.f

QUIJANO, Aníbal. **El fantasma del desarrollo en América Latina**. 2000. [S.l.:S.n] Disponível em: <https://antropologiadeoutraforma.files.wordpress.com/2013/04/quijano-anibal-el-fantasma-del-desarrollo-en-america-latina.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.g

QUIJANO, Aníbal. **“Bien vivir”**: entre el “desarrollo” y la des/colonialidad del poder. [S.n] [entre 2000 e 2010] Disponível em: <https://antropologiadeoutraforma.files.wordpress.com/2013/04/quijano-anibal-bien-vivir-entre-el-deserollo-y-las-des-colonialidad-del-poder.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.h

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade, poder, globalização e democracia. Novos Rumos**, ano 17, nº 37, 2002. [S.l.], [S.n] Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/novosrumos/article/view/2192/1812>. Acesso em: 30 nov. 2018.i

RESTREPO, Eduardo; ROJAS, Axel. Inflexion decolonial: fuentes, conceptos y cuestionamientos. **Colección Políticas de La Alteridad**. Colombia. 2010. [S.n]. Disponível em: <http://www.ram-wan.net/restrepo/documentos/Inflexion.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2019.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças**. Boitempo Editora. São Paulo. 2015.

SMITH, Neil. **Gentrificação, a fronteira e a reestruturação do espaço urbano**. São Paulo. 2007. [S.n]. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/geousp/article/view/74046/77688>. Acesso em: 04 ago. 2019.

TELES, Daisy Bispo. **Raça, poder, colonialidade do ser: repensando a ideia de raça na política externa brasileira**. [2017], [S.l.], [S.n]. Disponível em: [http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2017/relatorios\\_pdf/ccs/IRI/REL-Daisy%20Bispo%20Teles.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2017/relatorios_pdf/ccs/IRI/REL-Daisy%20Bispo%20Teles.pdf). Acesso em: 29 nov. 2018.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA. **Projeto de extensão**. Formação de planejadores e gestores urbanos: uma agenda de mobilização. Disponível em: [https://sigaa.ufpb.br/sigaa/public/extensao/consulta\\_extensao.jsf](https://sigaa.ufpb.br/sigaa/public/extensao/consulta_extensao.jsf). Acesso em: 04 abr. 2019.





# O DIREITO DE RESISTIR AO DIREITO NO BRASIL: UM ESTUDO PRELIMINAR



**EDJAELSON PEDRO DA SILVA**

Mestrando no programa de pós-graduação em direito da UFPB.

**NEWTON DE OLIVEIRA LIMA**

Professor Adjunto IV da UFPB, lotado no departamento de Ciências Jurídicas, professor permanente do PPGCJ-UFPB.

**Sumário:** 1. Considerações Iniciais — 2. Teorias de Resistência no Período Antigo e Medieval — 3. Teoria da Resistencia na Contemporaneidade: breve exposição do pensamento de John Rawls e Hannah Arendt — 4. O constitucionalismo e o o direito material de resistência — 5. Considerações finais — Referências.

*Eu acredito na resistência como acredito que não pode existir luz sem sombra; ou antes, não pode existir sombra a menos que exista também luz. — Margaret Atwood, O Conto da Aia*

## 7. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tão antiga quanto as formas de governo é a ideia de resistir a uma lei que se pensa injusta, um poder que se entende como ilegítimo ou uma ordem que se vê como agressora da consciência pessoal. Isso se dá porque frequentemente mandatários buscam ir além das linhas estabelecidas no exercício de seu poder, na figura do tirano (BIGNOTO, 2020, p.15), de forma que a maneira de contenção é aquele caminho da desobediência civil na tentativa de produzir um autoexame público.

Para que o direito de resistência não fosse tomado como baderna ou busca de revolução (aqui interpretada como quebra total da ordem institucional para a implementação de outra), os estados modernos buscaram regularizar o direito de resistir ao direito.

O alerta também é para nosso tempo, Larry Diamond (2005), David Runciman (2018) e Steven Levitsky (2018), em seus respectivos textos procuraram alertar para um certo recrudescimento da democracia a partir de dentro, isto é, pela utilização do voto popular enquanto legitimação para o estabelecimento de um regime autoritário. Pensar no direito de resistência segue então muito atual.

## 8. TEORIAS DE RESISTÊNCIA NO PERÍODO ANTIGO E MEDIEVAL

A ideia do direito de resistir ou desobedecer é tão antiga quanto os códigos. De Hamurabi a Confúcio, passando por Mêncio, o Oriente, antes da Era Cristã, desenvolveu suas próprias teorias sobre o dever da população de lutar contra uma má administração; devendo os reis ou príncipes entenderem que a sublevação nada mais era que o julgamento, por parte do povo, de sua gestão (PAUPÉRIO, 1978, p.37). No Ocidente, podemos localizar na *Lei do Ostracismo*, no século V, a.C., em Atenas, como o início de uma legislação que buscava sujeitar governantes e governados em compromissos políticos, jurídicos e administrativos. A lei punia de desterro cidadãos que atentassem contra a liberdade pública.

Ainda na Grécia antiga, Sófocles legou a literatura um conhecido diálogo que demonstrava o conflito entre a obediência e a resistência as leis que regem os homens (SOFÓCLES, 1955, p.97). Platão, em *A República* (2001), e Aristóteles, em *A Política* (2006) falaram acerca do problema da tirania, sentenciando-a como um tipo de governo impuro, uma vez que lhe faltava aquilo que favorece qualquer governo em sua relação com o público que está sendo alvo de sua administração: a legitimidade.

No mundo romano, cheio de textos em louvores a República, pontua Machado Paupério, só teremos uma doutrina do direito de resistência, de forma indireta, através de Cícero (106-43), para quem o governo injusto não provoca uma simples corrupção, mas a anulação total do Estado (PAUPÉRIO, 1978, p.40). A ausência de uma doutrina de direito de resistência em Roma, de acordo com Paupério, se deu pela militarização e porque o poder era percebido como um fato social – o que não impediu que diversas sublevações acontecessem dentro do Império, como a de Spartacus, por exemplo.

O cristianismo não teve uma teoria de Estado a princípio; apontando para o porvir, um Reino eterno, no qual seria estabelecida uma verdadeira e definitiva teocracia, fazia clara separação entre o secular e o sagrado. A posterior busca o estabelecimento de um Reino na terra foi encarada por alguns autores como um desvio de rota (CATROGA, 2010, p.18). Foi no início da Idade Média que a visão para um Reino na terra se estabeleceria. Voegelin, procurando desvendar as raízes dessa mudança, pontuou dois fatores como possíveis explicações: primeiro, a intromissão do Império em assuntos eclesiásticos e, segundo a perda de confiança de que Roma poderia proteger suas fronteiras da ameaça dos bárbaros; dessa forma, se desenvolveu na liderança da Igreja a ideia de implantar aqui um Sacro Império, estabelecendo ainda nessa Era o que esperava para o porvir (VOEGELIN, 2012, p.37).

As buscas pelo estabelecimento desse *Sacro Império* geraram o choque entre o poder secular e o religioso pela busca da hegemonia do capital político. A partir do século VIII, a Igreja passa a pregar a resistência ao poder secular de forma aberta. Inocêncio III, estabeleceu, através de decreto o

direito de resistência armada. Marsílio de Pádua (1997) falou acerca do combate ao tirano. O principal pensador do período, Tomás de Aquino, encarou o poder de resistir ao tirano como um dever.

Com a Reforma Protestante, as relações entre o poder secular e o religioso são repensados. Martinho Lutero foi influenciado, a princípio, por Marsílio de Pádua, optando por uma visão mais conservadora depois da revolta dos camponeses. João Calvino evoluiu seu pensamento político a ponto de criar uma doutrina de resistência ao tirano em sua *Institutas da Religião Cristã* (CALVINO, 2006, v.4, p. 451). Ao fazer o acréscimo de um capítulo sobre o tema O Magistrado Civil, a reforma calvinista preenchia uma lacuna sobre o pensamento político do movimento arraigado a cidade de Genebra. O pensamento de Calvino teve forte influência na Revolução Gloriosa, na Inglaterra, e a fundação dos Estados Unidos.

Paupério, ao falar sobre a Reforma, escreveu *que a partir dela vamos assistir então o que podemos chamar de **laicização do problema da resistência**, já vislumbrado na Idade Média, quando das primeiras manifestações da concepção política contratual* (PAUPÉRIO, 1978, p. 73), [grifo nosso]. Essa laicização ficará mais evidente no século XVIII, quando John Locke, perseguindo um caminho distinto do colocado por Thomas Hobbes, estabeleceu sua teoria do direito de resistência. O contrato social, defendeu Locke, solidificava os direitos individuais (PAUPÉRIO, 1978, 172).

Foi através da sujeição na relação entre príncipes e súditos através de pactos positivados que encontramos os primórdios dessa vocação do direito de resistência no constitucionalismo. Em 1215 temos um dos mais célebres desses pactos, *A Magna Carta*, assinada por João-Sem-Terra e que reconhecia o direito de resistência do povo caso o príncipe não cumprisse as obrigações que o documento o vinculava – inclusive uma das cláusulas criava um conselho de fiscalização das ações do rei, constituía-se de 25 barões e 4 membros eleitos pelo povo<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Além da Carta Magna, poderíamos elencar outros textos que tiveram o mesmo impacto, é o caso da *Sachsenspiegel*, antigo texto do direito alemão, e da Bula de Ouro, da Hungria.

O direito de resistência terá maior aceitação nos diplomas legais com as revoluções francesa e americana. A declaração Americana, subscrita em 4 de julho de 1776 convocava os cidadãos a se levantarem contra um governo tirano, provendo novas garantias e segurança. Na França revolucionária, a declaração de 1789 lemos que *O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência a opressão* (PAUPÉRIO, 1978, p.237). Ainda que citações como essa fossem atenuadas a partir dos textos produzidos de 1795 em diante, o caráter legal da resistência esteve presente ainda que de forma implícita.

## **9. TEORIA DA RESISTENCIA NA CONTEMPORANEIDADE: BREVE EXPOSIÇÃO DO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS E HANNAH ARENDT**

Na contemporaneidade podemos elencar alguns autores que trataram sobre o direito de resistência – partindo ou chegando a conclusões diferentes; poderíamos elencar, nos séculos XVIII e XIX, Thomas Paine (2009) Henry David Thoreau (2001); no século XX, Hannah Arendt e John Rawls. Destacaremos o pensamento desses dois últimos, justificando, para isso, que ambos produziram suas teorias de desobediência na segunda metade do século XX, conhecido por ser tempos totalitários.

Hannah Arendt nasceu em Linden, subúrbio de Hannover, na Alemanha. Quando tinha três anos, a família se mudou para Prússia. Seu pai foi um admirador da obra de Imanuel Kant, filósofo alemão que, ao lado de Kierkegaard, foi uma das principais influencias de Arendt (HERBERLEIN, 2021, p. 28). Sua caminhada acadêmica na Alemanha coincidiu com o surgimento e ascensão do nazismo. Depois de passar oito dias presa, decide sair de sua pátria, iniciando uma peregrinação que a levaria aos Estados Unidos – até lá, viveu como apátrida, observando movimentos totalitários na Europa.

Ao escrever o artigo intitulado *Sobre a Desobediência*, publicado pela primeira vez em 1969, Hannah Arendt, já residente nos EUA, visava responder aos críticos dos contestadores civis que protestavam contra a

guerra do Vietnã ou aqueles que exigiam direitos civis no lugar de leis segregacionistas. O artigo começa impondo uma diferença entre o objetor de consciência, isto é, aquele que atribui a uma demanda subjetiva o não cumprimento de uma lei, e o contestador civil que são minorias organizadas, *delimitadas mais pela opinião comum do que por interesses comuns, e pela decisão de tomar posição contra a política do governo mesmo tendo razões para supor que ela é apoiada pela maioria* (ARENDT, 2017, p.55). O contestador civil, que pratica a desobediência, ao contrário do objetor de consciência, nunca está sozinho, sendo a coletividade uma marca preponderante para sua ação.

Arendt classifica ainda a desobediência civil como um dos elementos de massa da segunda metade do século XX, e descreve como e quando ela acontece:

A desobediência civil aparece quando um número significativo de cidadãos se convence de que, ou os canais normais para a mudança já não funcionam, e que as queixas não serão ouvidas nem terão qualquer efeito, ou então, pelo contrário, o governo está em vias de efetuar mudanças e resolve e persiste em modos de agir cuja legalidade e constitucionalidade estão expostas a graves dúvidas (ARENDT, 2017, p.68).

Percebe-se o caráter coletivo da ação e que a desobediência se dá por muitas razões – que ela chega a elencar algumas, como, por exemplo, sete anos de guerra não declarada no Vietnã, o aumento da influência dos serviços secretos nos negócios públicos, ou, ainda, ameaças a Primeira Emenda. A desobediência, assim, pode servir tanto para a luta por mudanças desejadas, como para a manutenção de um direito que se reconhece como positivo.

Para Arendt é preciso separar a ideia de que aqueles que resistem ao Estado são criminosos, rechaçando a retórica que de os que contestavam direitos civis deveriam ser enquadrados dessa forma. Arendt pontua que, ainda que criminosos e contestadores civis partam da base de desrespeito à lei:

Há um abismo de diferença entre o criminoso que evita os olhos do público e o contestador civil que toma a lei em suas próprias mãos em aberto desafio. A distinção entre a violação aberta a lei, executada em público, e a violação clandestina é tão claramente óbvia que só pode ser ignorada por preconceito ou má vontade (...). O contestador civil ainda que seja normalmente um dissidente da maioria, age em nome e para o bem do grupo (ARENDDT, 2017, p. 69).

Contudo, se o caminho da violência é seguido como forma de contestação civil, a barreira entre o criminoso e o contestador é quebrada, por isso, a não-violência é uma das marcas incontestes para separar o revolucionário do contestador civil. O contestador civil aceita, o revolucionário rejeita, a estrutura da autoridade estabelecida e a legitimidade geral do sistema de leis (ARENDDT, 2017, p. 70). Daí decorre que desobediência civil não é revolução.

O que não quer dizer que o contestador civil não busque também mudanças, e, semelhante ao revolucionário, queira *mudar o mundo*. Vimos acima que uma das faces da contestação civil é para mudar uma lei que se pensa injusta ou mesmo para fazer avançar a qualidade e extensão dos direitos civis – é o caso das leis que proibiram a segregação nos EUA, fruto dos movimentos sociais fazendo pressão sobre o poder público, isto é, foi a desobediência civil e não as leis estabelecidas que fez com que o problema americano fosse exposto e a nação tivesse que reconhecer, não sem relutância, a estrutura desumana a qual os negros eram submetidos.

Então, a desobediência civil terá um papel de destaque nas democracias. Arendt fala no contexto americano quando afirma que a desobediência civil é a derradeira forma de associação civil que traz a marca da fidelidade da tradição americana, afinal, *o caso é que estamos lidando com minorias organizadas, que se levantam contra maiorias supostamente inarticuladas, embora nada silenciosas* (ARENDDT, 2017, p. 85, 87).

Arendt, cuja experiência de imigrante fugindo da guerra, sem pátria e sem cidadania e nenhuma arma senão a contestação dos atos do regime nazista enquanto fugia da perseguição mesmo na França (HEBERLEIN,

2021, p.78), sabia do terror de que era capaz um regime totalitário e da importância que de as vozes contrárias não se calassem, e por isso, em 1969 falava da necessidade de encontrar um lugar para a desobediência civil na linguagem e no sistema político (ARENDETT, 2017, p. 89-90).

Outra teoria da desobediência que merece destaque é a de John Rawls. Nascido em Baltimore, Maryland, EUA, teve forte influência de seu pai, William Lee Rawls, membro do Partido Democrata. Teve sua vida toda ligada a academia, lecionou nas universidades de Princeton, Cornell e Harvard. Durante sua jornada intelectual, *foi consultado por movimentos sociais, foi ativista político e deu promissoras contribuições no campo da pesquisa Ética, do Direito e da Política* (LIMA, 2020, p. 15).

Rawls foi o responsável por escrever uma teoria política que é comumente lembrado como o mais importante livro de filosofia política, o que até mesmo seus mais ácidos críticos assumem. Publicado em 1971, *Uma Teoria da Justiça*, em dez anos já estava traduzido em 27 línguas. O texto trouxe a língua inglesa para o debate político.

No conjunto geral de sua teoria da justiça, ele pensou acerca da desobediência civil, dedicando-lhe uma seção do livro dentro do tópico *instituições*. Para Rawls, a positivação do direito de resistência serve para a construção de uma sociedade mais justa; para tanto, o localiza no mesmo plano dos idealizadores de construções constitucionais que visavam empoderar o cidadão, depois de experiências negativas, contra os governos absolutistas ou autoritários (RAWLS, 1997, p.273). Assim, o direito de resistência não entra em choque com o ordenamento jurídico estabelecido, inexistindo, portanto, incompatibilidade em sua recepção jurídica.

Para entender a teoria de desobediência rawlsiana, é preciso ter em mente que para ele, o dever da obrigação do cidadão para com o Estado, estava ancorado em dois princípios: o princípio do dever natural e o princípio da equidade.

O primeiro, o *princípio do dever natural* têm duas partes: a primeira que devemos fazer a nossa parte e obedecer às instituições justas existentes que nos dizem respeito, a segunda, que devemos cooperar para a criação de instituições justas quando elas não existem. Decorre daí que que se





a estrutura da sociedade for justa, ou justa até onde for possível, carrega o dever a todos de fazer o que lhes é exigido (RAWLS, 2008, p. 416). O segundo, o *princípio da equidade*, também tem duas partes: na primeira parte está o como contraímos obrigações, e a segunda lança as bases para avaliar se uma instituição é justa ou razoavelmente justa até onde é possível (RAWLS, 2008, p. 428).

Ambos princípios servem de base para justificar o porquê de se cumprir uma lei justa promulgada a partir da vigência de uma constituição justa.

A questão é sobre o que fazer com uma lei injusta. A princípio, diz Rawls, podemos pensar que uma lei injusta não deve ser respeitada e nem cumprida. Acontece que a injustiça de uma lei não é suficiente para não a acatarmos, isso porque se a estrutura básica da sociedade é razoavelmente justa, é necessário enxergamos uma lei injusta como vinculatória, conquanto que não exceda certos limites de injustiça (RAWLS, 2018, p. 437).

A desobediência civil se destina ao caso especial de uma sociedade quase-justa, bem-ordenada em sua maior parte, porém onde ocorrem graves transgressões a justiça. Para Rawls esse estado quase-justo precisa ser democrático, de forma que sua teoria de resistência é para a desobediência de uma autoridade legítima (RAWLS, 2018, p.452). Por isso, ele estabelece a seguinte definição: *um ato público político, não-violento e consciente contra a lei, realizado com o fim de provocar uma mudança na lei ou nas políticas públicas do governo* (RAWLS, 2018, p.453).

Rawls defende que para a desobediência civil não é preciso quebrar a lei, estando os que praticam o ato não buscando um precedente constitucional, mas o simples ato de não a cumprir. Vejamos então que é um ato público e político, dirigido a autoridade legítima, mas que também se mostra a maioria que detém o poder político, e que está orientado e justificado em princípios políticos. Os apelos não são morais ou religiosos (embora eles possam e sempre estão presentes), mas estão ancorados em uma concepção de justiça em comum que fundamenta a ordem política (RAWLS, 2018, p. 455).

O caráter não-violento expressa seus limites dentro da fidelidade à lei, embora a margem da lei. Isso implica que os que praticam o ato respeitam o caráter público da lei e até mesmo se submetem a arcar com as consequências jurídicas do não cumprimento. O intuito aqui é demonstrar, através de ato *politicamente consciencioso e sincero* que o alvo é a senso público de justiça.

Rawls separa a desobediência civil da objeção de consciência. Enquanto a primeira tem um caráter público e busca como alvo o senso público de justiça, o segundo é individual e ancorado na moral e na religião.

Da mesma forma que Hannah Arendt, Rawls observa que o instituto da desobediência civil pode ser um instrumento para o fortalecimento da democracia. Para isso, é preciso lembrar que estamos falando de uma democracia – numa teocracia, com um governante eleito por uma divindade, os súditos só podem suplicar. Se em uma democracia estamos falando em um governo de iguais, então, aqueles que se sentirem atingidos por injustiça não precisam se resignar. Paradoxalmente ilegal, no sentido de estar a margem da lei, o ato da desobediência está, para Rawls, se usado com a devida limitação e julgamento judicioso, ajuda a fortalecer instituições justas, ao lado de eleições livres e judiciário independente (RAWLS, 2018, p. 476-477).

Arendt e Rawls são dois exemplos de como a desobediência civil saindo da ilegalidade pode ser interpretado como sendo um instituto fortalecedor da democracia. No mundo que resistiu a regimes totalitários, o direito de resistir ao direito se tornou uma questão para a redação das cartas magnas que seriam escritas nesse mundo em recomeço. O centro da busca era dar força constitucional para que o cidadão pudesse se contrapor ao Estado a partir de mecanismos consagrados pelas próprias constituições. Um exemplo disso é o caso da Constituição argentina, que em seu capítulo dois, artigo 36, criou o instituto de resistência contra aqueles que executem atos de força elencados no artigo (ARGENTINA, 1994).

## 10. O CONSTITUCIONALISMO E O O DIREITO MATERIAL DE RESISTÊNCIA

O Brasil se inseriu dentro da tradição constitucional no século XIX, tendo duas fases distintas: a fase monárquica e a fase republicana. A primeira inicia-se com a transferência da família real para o Brasil, em 1808, elevando o Brasil a categoria de Reino Unido a Portugal e Algarve. Com a independência de 1822, surgiu a necessidade de uma Carta que atendesse aos anseios das elites e do imperador. Os trabalhos que se seguiram visavam colocar o império, recém-emancipado, com o que havia de mais moderno dentro da tradição liberal-constitucional. Os debates em torno do que seria a nova carta estavam bastante avançados em torno de matérias como liberdade de religião, liberdade de comércio, etc. Sabemos que o esforço por maior liberdade dos poderes legislativos, bem como a proposta de ausência do poder moderador, fez com que o imperador dissolvesse a reunião e outorgasse a Carta de 1824.

O sistema estruturado a partir da Constituição Política do Império do Brasil declarava que os cidadãos brasileiros formavam uma nação livre e independente; o que chocava com a presença da escravidão e com muitas restrições aos imigrantes residentes – como, por exemplo, o direito de pertencer a outra religião e mesmo assim ter direitos sociais assegurados. Ainda assim, José Afonso da Silva ao analisar a importância desse texto afirmou: foi a Constituição brasileira que por primeira vez no mundo imprimiu à declaração de direitos, até então abstrata, o caráter concreto de normas positivas (SILVA, 2011, p. 38). Até aqui, a Carta de 1824 é o mais longo de nossos textos constitucionais.

Quanto a fase republicana, temos a Constituição de 1891 que consolidou a República e a Federação e instituiu o Presidencialismo. Um texto que pode se classificado como idealista e sem eficácia social uma vez que o país foi governado por forças políticas locais que nada tinham de compromisso com o federalismo ou a democracia (SILVA, 2011, p.27). Ela foi substituída pela Constituição de 1934, fruto da revolução de 1930, obra também de elites políticas embora tivesse mais preocupação social que sua antecessora, produto da presença de um operariado urbano e

de uma burguesia industrial a reivindicar seus direitos. Essa Carta durou pouco, três anos, por causa do golpe de Estado e, a partir dele, a Carta Constitucional de 1937.

A seguir veio a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, que no juízo de José Afonso da Silva, nascera de costas para o futuro (SILVA, 2011, p.39). O texto buscava enfraquecer o poder executivo – afinal, a experiência anterior era de uma forte ditadura. O país também estava dividido quanto a sua vocação: para uns, agrícola, para outros, industrial e nacionalista. Outro fator do período é sistema partidário se desenvolve. Com a volta de Getúlio Vargas (1882-1954) ao poder, em 1950, duas pautas aparecem: a proteção ao trabalhador e o desenvolvimentismo econômico. Apesar da forte crítica, José Afonso da Silva reconhece que:

A importância da Constituição de 1946 está principalmente em ter propiciado um clima de debates democráticos e ter dado azo ao surgimento do mais moderno Estado do Terceiro Mundo naquele instante, segundo o julgamento de Afonso da Silva. Seu valor ressalta-se no fato de ter consolidado declarações de direito fundamentais do homem nas dimensões individuais, sociais, culturais e políticas, contribuindo para a conscientização dos trabalhadores, porque sob ela os sindicatos puderam desenvolver-se e lutar pelos direitos trabalhistas, ainda que com alguns defeitos, sobretudo o peleguismo (SILVA, 2011, p. 40).

A constituição de 1967 é resultado do golpe militar de 1964. Tal qual a carta de 1937, sua maior preocupação foi a segurança nacional. Ele determinou que o presidente da República fosse revestido de mais poderes e me geral era menos intervencionista que a de 1946, reconhecendo com maior clareza os direitos dos trabalhadores. Porém, quando o AI-5 veio, rompeu-se a ordem constitucional, já frágil, e a partir daí uma série de atos complementares e decretos-leis culminariam na emenda constitucional 1 à Constituição do Brasil que entraria em vigor em 1969. A emenda trazia a reedição de todo o texto constitucional da Carta de 1967, desde seu primeiro artigo, mesmo os trechos não alterados, totalizando 26 emendas. Vigorou até ser substituída pela atual Carta Maior.

A Constituição de 1988, a constituição-cidadã, nas palavras de Ulysses Guimarães (1916-1992), presidente da Assembleia Nacional Constituinte, procura estabelecer de forma plena a realização da cidadania, desafio que se estende até os nossos dias.

A relação entre Constituição e Direito de Resistência é naturalmente estabelecida uma vez que é ela que organiza o funcionamento do sistema de poder, às estruturas de governo, aos agentes políticos, às práticas sociais e às instituições jurídicas. Com isso, afirmamos que, mais do que uma questão apenas política, o direito de resistência também é uma questão jurídica; seguimos o entendimento de José Carlos Buzanello, quando afirmou que:

No seu conjunto, o fenômeno da resistência forma um universo teórico pertencente tanto ao domínio da política quanto ao do jurídico, sendo uma relação necessária entre ambos os domínios. Ora, se de um lado há uma certeza acerca dos princípios que abarcam a problemática da resistência, de outro surgem dúvidas quanto aos procedimentos de acesso a esse direito, e sobre o seu conteúdo e limites (BUZANELLO, 2005, p.20)

Foram construções jurídicas como a constitucionalização da separação de poderes e o da subordinação de todo poder estatal, mais especificamente aos direitos individuais do cidadão que criaram garantias contra o abuso do poder (LUCAS, 1999, p. 46). Assim, paulatinamente, o direito de resistência saiu da esfera jusnaturalista para entrar na esfera da proteção jurídica. Positivado, ele faz surgir, então, como pontua Bobbio, mecanismos como ações judiciais contra os próprios órgãos do Estado (BOBBIO, 2004, p.31).

É claro que tais mecanismos tem alcances curtos, principalmente se levarmos em considerações regimes totalitários, como os surgidos na primeira metade do século XX, que não reconheciam os direitos humanos. Apesar da luta contra esses governos terem residido mais no campo da política, o produto foi a constitucionalização do direito de resistência como forma de proteção para ele.

No caso do Brasil, devemos observar, para fins de estudo, o reconhecimento desse direito na constituição de 1988. A Carta tem como contexto histórico o país recém-saído de um período de ditadura militar e tentando produzir uma nova forma democrática de cidadania e participação. Dessa forma, a busca por vencer um período em que o Estado é hegemônico na direção da ordem, com aqueles que se propuseram a contesta-lo pagando com alto preço, o texto busca criar e enraizar mecanismos de resistência.

José Carlos Buzanello classificou os direitos de resistência na constituição de 1988 de *explícitos* e *implícitos*. Por *explícitos* estão o que podemos chamar de direitos assegurados material e formalmente a resistência. Seriam eles a objeção de consciência (art. 5º, VIII c/c art. 143, CF), greve política (art. 9º) e o princípio da autodeterminação dos povos (art. 4º, III) como fator integrador da ordem político-jurídica (BUZANELLO, 2005, p.4). Por implícitos, Buzanello expõe:

A essência da resistência implícita está na materialidade dos princípios do regime democrático e se combina com os elementos constitucionais formais, como os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, erguidos como fundamentos do Estado Democrático (art. 1º, III, V, CF) e com a abertura e a integração do ordenamento constitucional de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e tratados (art. 5º, § 2º, CF); e, por fim, pela constitucionalização das espécies de direito de resistência (greve e a objeção de consciência). Os direitos implícitos incorporam a verdadeira contrapartida dos direitos e garantias explícitos e também dos poderes explícitos do Estado. Ainda que esses direitos “implícitos” não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, a Constituição lhes confere um valor integrador do sistema jurídico constitucional que complementa o rol de direitos fundamentais (2005, p.4).

A metodologia empregada por Buzanello acaba por facilitar o entendimento sobre o direito de resistência brasileiro uma vez que não temos



um título a parte em nossa Constituição para identificar e classificá-los. Ainda assim, é preciso lembrar que o direito de resistência está no texto constitucional não como uma dádiva do legislador, nem como um instituto alienígena a nossa história política, mas fruto de contextos sociais distintos em que diversos atores políticos buscaram e conseguiram atrair para seu ato a ideia de que era um instrumento legítimo para o fortalecimento da democracia.

## 11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a relação entre direito e sociedade devemos lembrar Nicklas Luhmann (2016). Sua teoria, chave de sua interpretação social, vê a sociedade como um sistema cognitivamente aberto e operacionalmente fechado, isto é, ela se abre para fatos, mas tende a transformá-los em sistema, num movimento sem fim. O direito é visto como subsistema funcional, nessa teoria, cuja função é manter estável determinadas perspectivas. Ele é aberto aos fatos, mas fecha-se operacionalmente através da teoria e códigos, isso nos ajuda a compreender como novas concepções de direito de resistência foram recepcionados pelo sistema jurídico, nesse movimento de abrir para fatos e transformá-los em sistema fechado. Assim, o direito de resistência, como visto nesse artigo, antes, a margem do sistema jurídico é recepcionado por ele e, a partir daí, se expandindo para mais direitos de oposição no movimento de direito gerando direito.

Se as democracias então sob constante ameaça de desaparecerem ou se verem sequestradas por autocratas, o direito de resistir ao direito se constitui em uma das armas utilizadas pelos cidadãos para o frear esses intentos. No caso brasileiro, a ausência de uma cultura de resistência a partir de institutos (explícitos ou implícitos) constitucionais reflete a necessidade de falar sobre o tema.

Os últimos desdobramentos, com uma tensão escalonada entre os três poderes que se deviam harmônicos, e a quietude das coisas, do ponto de vista da sociedade, indicam o quanto a ausência dessa cultura de resistência nos faz refém dos atores políticos, que legislam tomando a si como

a medida de todas as coisas e o Estado como uma extensão de sua casa ou partido, afinal, para lembrar Thomas Jefferson *quando a injustiça se torna lei, a resistência passa a ser um dever.*

## REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. **Constituição da nação argentina**, lei n. 24.430. 1994.
- ARENDDT, Hannah. **Crises da república**. São Paulo: Perspectiva, 2017
- ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BIGNOTTO, Newton. **O tirano e a cidade**. São Paulo: Edições 70, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BUZANELLO, José Carlos. Em torno da constituição do direito de resistência, in: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 42 n. 168, out/dez, 2005.
- CALVINO, João. **As institutas da religião cristã**, volume 4. São Paulo: Cultura Cristã, 2006.
- CATROGA, Fernando. **Entre deuses e césares**: secularização, laicidade e religião civil. Coimbra: Almeidinha, 2010.
- DIAMOND, Larry. **O espírito da democracia**: a luta pela construção de sociedades livres em todo mundo. Curitiba: Atuação, 2005.
- HERBELEIN, Ann. **Arendt entre amor e o mal**: uma biografia. São Paulo: Companhia das letras, 2021.
- PAUPÉRIO, A. Machado. **O direito político de resistência**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- PLATÃO. **A república**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. São Paulo: Todavia, 2018.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LIMA, Newton de Oliveira. **10 Lições sobre Rawls**. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2019.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.



PAINÉ, Thomas. **Senso Comum**: os direitos do homem, dissertação sobre os primeiros princípios do governo. Porto Alegre: L&PMPocket, 2009.

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOFOCLES. **Dramas y tragédias**. Barcelona: Editorial Iberia, 1958.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas**, volume II: idade média até Tomás de Aquino. São Paulo: É realizações, 2012.

# A DEFENSORIA PÚBLICA, O USO EMANCIPATÓRIO DO DIREITO E A EDUCAÇÃO JURÍDICA POPULAR



## **RENATA PATRÍCIA OLIVEIRA NÓBREGA GAMBARRA**

Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação Ciências Jurídicas da UFPB, Defensora Pública na Defensoria Pública do Estado de Pernambuco; e-mail: renata-patriciagambarra@gmail.com.

## **NEWTON DE OLIVEIRA LIMA**

Professor Permanente do PPGCJ da UFPB. Líder do grupo de pesquisa Filosofia do Direito e Pensamento Político (UFPB).

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Considerações acerca do uso emancipatório do direito 3. A defensoria pública e a formação jurídica popular 4. Considerações finais — Referências

## **1. INTRODUÇÃO**

Dentro do panorama político nacional, o sistema de justiça brasileiro vivencia um momento de intenso destaque e fervorosas discussões acerca de suas funções e limites. Face a atuações com tremendo impacto no cotidiano social, temas como legalidade, ativismo judicial e o significado

de justiça ultrapassam as fronteiras da área jurídica e transbordam para o debate público.

Interpenetrando essas questões de natureza prática estão perspectivas teóricas há muito discutidas no campo do Direito, porém que vivenciam um momento profícuo ao embate de ideias, diante da crise social e da atual centralidade do sistema de justiça.

Dentre os temas que sempre retornam à discussão, está aquele sobre o Direito ser ou não um caminho válido para a transformação social, do qual derivam desde questões menos controversas, como se a existência de normas positivadas são suficientes para a garantia de direitos, até as mais complexas, a exemplo de se o enfoque no sistema de justiça como meio para obter conquistas sociais levaria à despolitização e ao abandono dos espaços políticos de disputa de interesses.

O investimento ou não no sistema de justiça como estratégia de atuação se torna, então, uma questão cara para todos que atuam na perspectiva da transformação social diante da contemporânea ênfase dada ao campo jurídico.

Nesse contexto, a Defensoria Pública, instituição estabelecida para a defesa dos necessitados na Constituição da República de 1988, tem um papel de grande relevância, pois seria, a princípio, um espaço dentro do sistema de justiça destinado constitucionalmente à obtenção de conquistas sociais pelas classes desfavorecidas.

Discutir de que forma a Defensoria Pública se relaciona com o debate sobre o potencial uso emancipatório do Direito tem, assim, implicações práticas seja nos rumos tomados pela instituição, seja na sua relação com a sociedade civil.

Nesse sentido, o presente artigo, de natureza exploratória, versa acerca do debate sobre o uso emancipatório do direito e sua relação com a atuação da Defensoria Pública, partindo de uma abordagem sociojurídica.

Tendo como pano de fundo a centralidade do sistema de justiça na vida social e política brasileira, debate-se de que forma o direito pode ou não ser utilizado como estratégia para a emancipação social, a partir

de uma ótica antiformalista com base em autores como Pierre Bourdieu, Boaventura de Sousa Santos e Danilo Santoro.

A partir de conclusões extraídas das referências supracitadas, discute-se o papel da Defensoria Pública e as possibilidades de uma atuação emancipatória, a partir das experiências de educação jurídica popular, com destaque para as formações de defensoras e defensores populares.

## **2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO USO EMANCIPATÓRIO DO DIREITO**

A possibilidade de utilizar-se do direito para buscar a transformação social, questão tipicamente ocidental e moderna (SANTOS, 2021, p. 21), é um ponto central no debate teórico jurídico crítico atual. Além de refletir a discussão sobre o que é e para que serve o Direito na sociedade, tem consequências diretas nas práticas a serem adotadas por instituições e movimentos que atuam na perspectiva da transformação social.

O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos é dos autores que empresta grande atenção ao tema, trazendo a discussão ao longo de toda sua obra, cuja perspectiva foi recentemente atualizada no livro “As bifurcações da ordem jurídica”, publicada em 2021.

Boaventura (2021, p. 16-17) afirma que, a partir do momento em que o Estado assumiu o monopólio do Direito, a relação entre regulação social e emancipação social tornou-se objeto da regulação jurídica. Assim, a luta por emancipação social passou a ser travada em termos de inclusão ou exclusão do contrato social, levando ao surgimento de duas posturas principais: a disputa por emancipação social dentro do próprio sistema jurídico estatal, caracterizando o reformismo, e a perspectiva de que apenas com o rompimento do sistema jurídico estatal seria possível alcançar a emancipação social, caracterizando a perspectiva revolucionária.

Entretanto, nos últimos vinte anos o paradigma reformista e o paradigma revolucionário entraram em crise. O primeiro, na crise dos Estados-providência e Estados desenvolvimentistas e o segundo, na crise dos Estados socialistas. Desmantelou-se a tensão entre regulação social e emancipação social. Assim, “vivemos num período em que enfrentamos

problemas modernos para os quais não existem soluções modernas” (SANTOS, 2021, p. 18-20).

O autor entende que “a globalização hegemônica neoliberal atingiu um paradigma jurídico e político que tem um âmbito global”. Na globalização hegemônica neoliberal, a mudança social se restringiria a uma “concepção despolitizada da mudança social cujo único critério é o Estado de direito e a adjudicação judicial a um sistema judicial honesto, independente, previsível e eficaz” (SANTOS, 2021, p.23).

Reconhece, assim, o autor, que o direito se torna um campo de disputa central na globalização hegemônica neoliberal, de modo que a discussão sobre o seu papel “na busca da emancipação social é, atualmente, uma questão contra-hegemônica que deve preocupar todos quantos, um pouco por todo sistema-mundo, lutam contra a globalização hegemônica neoliberal.” (SANTOS, 2021, p. 24).

Em sua análise jusrealista, Santoro (2005) também afirmou a centralidade do direito enquanto tendência do Estado de Direito:

O Estado de Direito caminhou para o reconhecimento do papel dos juízes na criação das normas, pela crescente tendência dos órgãos legislativos e administrativos em lhes delegar delicadas questões jurisdicionais e pela ampliação do acesso dos cidadãos à justiça, para resolver controvérsias que tradicionalmente eram solucionadas por autoridades sociais ou administrativas (SANTORO, 2005, p. 115).

A partir dessa constatação da relevância do campo jurídico na atualidade, a questão sobre o que é e para que serve o Direito se torna central. Sobre o tema, o sociólogo francês Bourdieu rejeita a clássica visão formalista, que “afirma a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social” (BOURDIEU, 2010, p. 209) mas também a instrumentalista, “que concebe o direito como um reflexo ou um utensílio ao serviço dos dominantes” (BOURDIEU, 2010, p. 209), concebendo o campo jurídico como:

[...] um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física (BOURDIEU, 2010, p. 211).

No entanto, tendo um papel determinante na reprodução social, enquanto exercício legítimo da violência simbólica, o direito disporia de uma menor autonomia que os demais campos sociais, como o artístico ou o científico (BOURDIEU, 2010, p. 251).

Para o autor, o direito é estabelecido pela comunidade jurídica, composta por profissionais que detêm o conhecimento específico que permite o ingresso na disputa pelo monopólio de dizer o que é direito. O corpo de juristas legitima o direito através de seu trabalho, dando-lhe o verniz de racionalidade e sistematização que permitem o seu reconhecimento e aceitação pela sociedade:

Forma por excelência do discurso legítimo, o direito só pode exercer a sua eficácia específica na medida em que obtém o reconhecimento, quer dizer, na medida em que permanece desconhecida a parte maior ou menor de arbitrário que está na origem do seu funcionamento. A *crença* que é tacitamente concedida à ordem jurídica deve ser reproduzida sem interrupção e uma das funções do trabalho propriamente jurídico de codificação das representações e das práticas éticas é a de contribuir para fundamentar a adesão dos profanos aos próprios fundamentos da ideologia profissional do corpo dos juristas, a saber, a crença na neutralidade e na autonomia do direito e dos juristas (BOURDIEU, 2010, p. 244).

Assim, a racionalização confere ao direito a universalização e a previsibilidade, elementos que diferenciam o campo jurídico dos demais campos que impõem sanções de outra natureza, como os costumes (BOURDIEU, 2010, p. 246).

Danilo Santoro (2005), partindo da construção teórica de Alf Ross, propõe uma concepção realista de direito:

O Direito não deve ser entendido nem como decisão, nem como norma, nem como ordenamento, mas sim como ‘prática’ social. Segundo a abordagem hermenêutica, nenhuma norma é de per si ‘capaz de fornecer diretivas para a ação.’ Somente a interpretação permite aos textos normativos preservar a própria razão de ser, de ser Direito. A capacidade do Direito de guiar as ações humanas é confiada não a soluções monológicas e absolutistas, mas a uma subjetividade-objetividade do compreender, garantida e controlada internamente por um contexto comunitário no qual o Direito é elaborado e vivido. Central é o papel da “comunidade interpretativa” ou da “comunidade de interpretação jurídica” (SANTORO, 2005, p. 55).

Dessa forma, a centralidade na definição do que é o Direito, a certeza das interpretações possíveis virá, então, dos sentidos que são estabelecidos pela comunidade de intérpretes. Nessa perspectiva, são pontos centrais da produção do Direito: discurso, linguagem e intérpretes.

O ingresso na comunidade de intérpretes está diretamente ligado ao domínio da linguagem. “Em outras, palavras, os juristas admitem na comunidade dos intérpretes aqueles que são capazes de utilizar a linguagem jurídica e, como qualquer estudante de jurisprudência bem sabem, excluem aqueles que não dão prova desse domínio.” (SANTORO, 2005 p. 74).

A comunidade de intérpretes estabelece a gramática fundamental do Direito através de acordos prévios acerca da utilização e aceitação de métodos de interpretação, estabelecidos pela existência de uma forma de vida comum que se manifesta através do compartilhamento de uma linguagem pelos membros da comunidade (SANTORO, 2005, p. 69).

O discurso é, ao mesmo tempo, expressão e instrumento de legitimação da comunidade de intérpretes. Nesse sentido, a conotação profissional dos intérpretes é fundamental e a comunidade se dá através

do compartilhamento de uma linguagem pelos membros da comunidade (SANTORO, 2005, p. 68-69).

Assim, o Direito é definido não através da relação entre a consciência individual e sua relação com o texto normativo (visão formalista), nem de forma arbitrária pelo indivíduo, mas sim mediante procedimentos interpretativos construídos no interior de complexas interações sociais (SANTORO, 2005, p.74).

Na perspectiva realista do Estado de Direito proposta por Santoro, então, os juízes atuam enquanto guardiões de direitos, interpretando as normas sempre a partir desse viés. Desse modo, é de importância central para todos que atuam na perspectiva de transformação social pensar e atuar sobre a formação da comunidade de intérpretes do direito.

Entretanto, retomando a visão bourdieusiana, considerando tanto a origem social dos profissionais que atuam na área jurídica como a própria lógica dos textos jurídicos, os quais são oriundos da visão de mundo e interesses dos dominantes, as escolhas de sentido têm poucas probabilidades de ir contra esses interesses (BOURDIEU, 2010, p. 242). O direito estaria consagrando a visão de mundo expressada por esses profissionais, que têm origens sociais classicamente vinculadas às classes dominantes, no entanto, disfarçando esta arbitrariedade na escolha de sentidos através da racionalidade e da universalização que caracterizam o “jurídico”.

Logo, qualquer tentativa de uso emancipatório ou progressista dentro do campo do direito se travaria em termos de disputa entre os profissionais da área jurídica, cujas relações de hierarquia “varia[m] no decurso do tempo, ainda que em medida muito limitada [...] em função sobretudo das variações das relações de força no seio do campo social” (BOURDIEU, 2010, p. 251).

Bourdieu não parece, assim, expressar uma perspectiva teórica que enxergue o campo jurídico como um espaço com maleabilidade suficiente para se distanciar de forma substancial dos interesses das classes dominantes:

A função da manutenção da ordem simbólica que é assegurada pela contribuição do campo jurídico é – como sua função de reprodução



do próprio campo jurídico, das suas divisões e das suas hierarquias, e do princípio de visão e de divisão que está no seu fundamento – produto de inúmeras ações que não têm como fim a realização desta função e que podem mesmo inspirar-se em intenções opostas, como os trabalhos subversivos das vanguardas, os quais contribuem, definitivamente, para determinar a adaptação do direito e do campo jurídico ao novo estado de relações sociais e para garantir assim a legitimação da forma estabelecida dessas relações. É a *estrutura* do jogo e não um simples efeito de *agregação* mecânica, que está na origem da transcendência, revelada pelos casos de inversão das instituições, do efeito objetivo e coletivo das ações acumuladas (BOURDIEU, 2010, p. 254).

No entanto, partindo da construção teórica do sociólogo francês e da sua leitura que faz Garcia-Inda, Azevedo (2011, p. 37) sustenta que se deve diferenciar uma postura metodológica sobre o direito de uma postura política. Assim, não haveria incompatibilidade entre o antiformalismo de Pierre Bourdieu, enquanto método, e um formalismo enquanto “homenagem à virtude”, ou seja:

a crítica da violência simbólica da atividade formalizadora e formalizante do campo jurídico permite tomar consciência das possibilidades de submeter essa mesma violência às suas exigências de formalização, permitindo assim a afirmação da legalidade como fundamento da democracia e contrapeso de poder (AZEVEDO, 2011, p.37).

Dessa forma, considerando que a hierarquia dos profissionais no campo jurídico corresponde, em grande medida, à das forças do campo social a que representam, conforme construção teórica de Bourdieu (2010, p. 217-218), as tentativas de uso emancipatório do direito se dariam através de mobilizações sociais e políticas a pressionarem os agentes do campo jurídico em determinados pontos de interesse (AZEVEDO, 2011, p.37).

A compreensão acerca da violência simbólica exercida pelo direito e o uso da legalidade na defesa de interesses contribui para que os setores

que buscam uma mudança social possam elaborar melhores estratégias de atuação, mobilizando-se politicamente para pressionar os profissionais em suas decisões, bem como para influir na própria composição do campo jurídico (AZEVEDO, 2011, p. 40). Nesse último aspecto podem ser incluídas, por exemplo, as disputas para o estabelecimento de cotas raciais nos concursos públicos para ingresso nas carreiras jurídicas e as tentativas de quebra do monopólio jurídico exercido pelos profissionais qualificados, como as iniciativas de educação jurídica popular.

Assim, a mesma legalidade que é utilizada para disfarçar a arbitrariedade existente na escolha de sentidos do direito feitas pela comunidade jurídica pode ser mobilizada, pontualmente e de forma estratégica, para que a necessidade de justificação legal reduza o espaço de pura discricionariedade (AZEVEDO, 2011, p. 40).

A escolha de quando e como se utilizar do campo jurídico deve ser feita sempre dentro de uma mobilização política maior. Nessa perspectiva, as ideias de “acionar os órgãos competentes” e “deixar que as autoridades decidam”, como se o próprio sistema de justiça fosse alcançar por si só as decisões mais “justas”, são abandonadas pelos setores das classes desfavorecidas, em prol de uma visão do direito como um campo de disputa de sentidos estabelecidos pela comunidade de intérpretes, com fortíssima tendência a favorecer as classes dominantes, mas suscetível à influência de pressões sociais distintas.

Dessa forma, a opção por acionar o direito deve ser muito bem pensada, dentro de uma estratégia política maior, para que o campo jurídico não reverta a demanda conforme sua tendência natural – favorecimento das classes dominantes.

A perspectiva acima apresentada encontra afinidades com o conceito de “legalidade cosmopolita subalterna” cunhado por Boaventura de Sousa Santos. Segundo o autor português, o cosmopolitismo subalterno é o conjunto de iniciativas, redes, organizações, movimentos e outros, que têm envidado esforços para enfrentar a globalização hegemônica e lhe contrapor alternativas, centralizada no combate à exclusão social (SANTOS, 2021, p. 41-43).

A legalidade cosmopolita seria, então, o direito à serviço do cosmopolitismo subalterno, ou seja, no combate à exclusão social, ressaltando o autor que, diante da incipiência dessas iniciativas, a perspectiva apresentada é muito mais prospectiva e prescritiva do que, necessariamente, descritiva (SANTOS, 2021, p. 50).

Assim, parte do trabalho desenvolvido por Boaventura consiste no mapeamento das práticas jurídicas cosmopolitas, através do qual desenvolve o raciocínio das condições para que esteja presente a legalidade cosmopolita.

Nesse sentido, informa o autor que a legalidade cosmopolita não enxerga o direito hegemônico a partir de uma perspectiva essencialista, ou seja, o direito não é hegemônico por si só, mas porque as classes dominantes lhe dão esse uso. Assim, também pode ser usado como instrumento de ação social exclusivo e autônomo, quando e apenas se integrado em mobilizações políticas maiores, que façam com que as lutas sejam politizadas antes de legalizadas. Para tanto, faz-se necessário o fortalecimento da mobilização política, pois há forte tendência à despolitização das questões que ingressam no campo jurídico. A legalidade cosmopolita parte da perspectiva de que “uma política de direito e direitos forte é aquela que não fica dependente apenas do direito ou dos direitos” (SANTOS, 2021, p. 52).

Além disso, ao lidar com o excesso de sentido (“expansão simbólica através de promessas abstratas”) e ao mesmo tempo déficit de desempenho (“estreiteza das conquistas concretas”), a legalidade cosmopolita pode vir a lutar, ao mesmo tempo, pela defesa do *status quo* jurídico e por profundas mudanças sociais, levando a uma relação complexa com a legalidade demoliberal, podendo aliar-se a ela eventualmente em lutas por emancipação social, sempre a depender do contexto (SANTOS, 2021, p. 51-58).

Assim, à pergunta “poderá o direito ser emancipatório?” o autor responde que não se trata de afirmar o que o direito é ou não, mas sim de compreender que ele pode ser utilizado por grupos cosmopolitas subalternos, estes sim emancipatórios ou não emancipatórios (SANTOS, 2021, p. 89-90).

Tendo como meta principal o combate à exclusão social, a legalidade cosmopolita irá atuar no direito estatal “sempre que este seja pressionado no sentido de estabelecer padrões mínimos de inclusão baseada na cidadania” (SANTOS, 2021, p.81).

Nesse âmbito é possível trazer para o debate a relação entre a Defensoria Pública e a legalidade cosmopolita, já que a instituição tem como função promover o acesso à justiça aos necessitados e, por consequência, atuar em prol da inclusão social. A instituição, por sua função constitucional de defesa dos necessitados já promove, por sua própria existência, um uso emancipatório do direito, apenas contribui para a manutenção da ordem posta ou é um espaço em que coexistem diferentes formas de uso do direito?

### **3. A DEFENSORIA PÚBLICA E O USO EMANCIPATÓRIO DO DIREITO**

A discussão acerca do lugar da Defensoria Pública na disputa pelo uso do direito visando às transformações sociais é um debate que alcança uma maior relevância no Brasil, na medida em que apenas aqui a instituição alcançou o tamanho que abrange todas as áreas jurídicas, sendo escolhida como modelo de acesso à justiça a nível nacional.

Partindo das construções antiformalistas apresentadas neste artigo, sendo a Defensoria Pública uma instituição estatal integrante do sistema de justiça, composta por profissionais formados em Direito e que prestaram concurso público, não seria possível defender que o estabelecimento da função constitucional de defesa dos necessitados garanta, por si só, que a perspectiva emancipatória será a tônica da atuação institucional.

Isso porque, quando a instituição que promove o acesso à justiça parte de uma postura assistencialista, vertical, reforçando o monopólio do direito pelos profissionais capacitados diante dos profanos incapazes de compreender a linguagem jurídica, reafirma a neutralidade e a universalidade do direito, contribuindo ativamente para a legitimação da ordem do Estado, exercendo a violência simbólica.

No entanto, o discurso consagrado na norma possibilita uma maior maleabilidade da Defensoria Pública aos interesses das classes sociais desfavorecidas, pois a torna mais exposta ao controle social.

Nesse sentido, abre-se à Defensoria Pública, em uma perspectiva teórica crítica, a possibilidade de ter posturas emancipatórias, apenas se – e na medida em – que desenvolve atuações que desvelam a farsa da neutralidade e universalidade do direito, ao tempo em que também usa a legalidade de forma estratégica, quando útil às classes desfavorecidas, dentro de uma mobilização política de maior dimensão. Com efeito, “descortinar o carácter político e de livre escolha do processo de interpretação e criação do direito abre espaço para que este possa ser apropriado pelas partes que permanecem invariavelmente excluídas do contrato social” (LAURIS, 2015, p. 452).

Assim, a crença na transformação social como decorrência natural do Estado de Direito, na vocação natural da Defensoria Pública para promover a emancipação social e a cegueira para a arbitrariedade existente nas escolhas feitas pelo corpo jurídico são elementos que impossibilitam uma prática efetivamente emancipatória, na medida em que resulta em posturas impositivas, não dialógicas, que impedem a atuação estratégica dentro de uma mobilização política maior e a articulação necessária com os setores sociais correspondentes.

Para realizar uma atuação emancipatória, cabe à instituição “substituir a retórica acerca das tendências de democratização progressiva do Estado pelo compromisso com o desvelamento das inclinações socialmente fascistas como parte do exercício cotidiano da soberania política” (LAURIS, 2015, p. 434)”.

A partir das construções teóricas de Santoro e Bourdieu conclui-se, então, que o primeiro elemento básico para influir no campo jurídico é deslocar o olhar de incidir apenas sobre o que está positivado em textos legais para a composição e formação dessa comunidade de intérpretes. Quem são? De onde vêm? Qual seu grau de influência na interpretação das normas? Quais as características (de raça, classe, gênero) dessa comunidade? Como se formam? O que estudam?

Nesse ponto podem ser incluídas, por exemplo, as disputas para o estabelecimento de cotas raciais nos concursos públicos para ingresso nas carreiras jurídicas, as discussões sobre a educação jurídica e as tentativas de quebra do monopólio jurídico exercido pelos profissionais qualificados, como todas as possibilidades de postulação sem representação por profissional habilitado e as iniciativas de formação jurídica popular.

Assim, o debate acerca do monopólio de dizer o direito se mostra esclarecedor da dinâmica estabelecida entre a autoridade detentora do conhecimento jurídico, que é o membro da Defensoria Pública, e os destinatários dos serviços. Assim, a perspectiva emancipatória exige o rompimento dessa fronteira, com o esmaecimento dos limites entre o possuidor do conhecimento jurídico e os profanos, relocalizando o espaço de enunciação do direito para além do tecnicismo – indo aos que sofrem a experiência da exclusão social (LAURIS, 2015, p. 440).

Dentre as práticas da Defensoria Pública que podem ser desenvolvidas na perspectiva emancipatória e promovem o esmaecimento das fronteiras do monopólio de dizer o direito, destaco as formações de Defensoras e Defensores Populares.

Essas formações têm relação com experiências anteriores desenvolvidas por organizações da sociedade civil sob as categorias “capacitação legal” e “educação jurídica popular”.

Capacitação legal e educação jurídica popular são termos que se conectam, porém que possuem construções históricas distintas. Ambos são utilizados para designar atividades educativas de médio a longo prazo, normalmente no formato de cursos, voltadas para o público leigo, não formado em Direito, sobre conteúdo jurídico. Ao final de tais formações, aqueles que concluíram as atividades recebem uma certificação e uma nomenclatura que une termos oriundos do campo profissional jurídico com a ideia de rompimento da barreira técnica, a exemplo de promotoras legais populares, juristas leigos, juristas populares, defensores populares.

Como afirmam Souza (2019) e Ricoldi (2011), apesar das características em comum, há uma ausência de análise acerca do que consistem essas formações, consubstanciando-se a maior parte do material existente

em relatos de experiências ou sistematizações realizadas por cada organização proponente.

A capacitação legal é um termo ligado principalmente à formação de promotoras legais populares. O programa, que se apresenta como política pública não estatal (THEMIS, [s.d.]), iniciou-se quando em 1992 o Comitê Latino para a Defesa dos Direitos das Mulheres (CLADEM) promoveu uma conferência em São Paulo, na qual participaram advogadas feministas brasileiras que entraram em contato com uma publicação do Comitê intitulada “*Capacitación Legal a Mujeres*”, a qual discorria acerca das experiências de capacitação legal mulheres na América Latina. A partir desse material, as advogadas motivaram-se para desenvolver projetos semelhantes no Brasil – em Porto Alegre a ONG Themis Assessoria Jurídica e Estudo de Gênero e em São Paulo, a União das Mulheres de São Paulo, conforme relata Denise Dourado Dora (1998, p. 5):

Em 1992 o CLADEM – Comitê Latino Americano para a Defesa dos Direitos das Mulheres realizou uma conferência na cidade de São Paulo. Nesta conferência estavam presentes mulheres, feministas, de vários países da América Latina, na sua maioria advogadas que atuavam em organizações não governamentais em seus países. Além de ouvi-las, tivemos acesso a um “caderninho mágico” – *Capacitación Legal a Mujeres* –, editado pelo próprio CLADEM, sobre as experiências políticas e jurídicas neste campo.

A existência desses grupos, de seus programas de trabalho, da crítica feminista ao Direito então formulada, foi fonte de inspiração para o nascimento da Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero.

Inicia-se, assim, a atuação das Promotoras Legais Populares no Brasil, sendo tais projetos replicados por todo o país, estando “implementado em 14 municípios do Estado do Rio Grande do Sul e em 11 estados brasileiros” (THEMIS, [s.d.]).

Segundo Ricoldi (2011.p. 28),

a capacitação legal (ou *legal literacy*) é um conceito desenvolvido particularmente em duas publicações (CLADEM, 1991 e SCHULER, KADIRGAMAR-RAJASINGHAM, 1992). Trata-se, fundamentalmente, do mesmo conceito, o que se pode verificar não pelas suas definições, sua constituição teórico metodológica, como também pela referência a fóruns internacionais comuns de formulação do conceito (*Women, Law and Development* e a Conferência Mundial da Mulher de Nairóbi). Por toda a América Latina, existem cursos voltados à formação e mobilização de paralegais, com denominações semelhantes, como orientadoras jurídicas populares ou *consejeras legales populares* (CLADEM, 1991).

De outra banda temos as experiências abarcadas pela educação jurídica popular, ligadas principalmente à assessoria jurídica popular de advogados militantes e às extensões universitárias. Afirma Ricoldi (2011, p. 28)

A advocacia de causas coletivas ou *cause lawyering* mostrou-se um bom ponto de partida para o esclarecimento da constituição dos cursos de educação popular de conteúdo jurídico, na América Latina e em especial no Brasil. Esses cursos envolvem, como já dissemos, a educação popular de inspiração freireana e o ativismo jurídico, frequentemente inspirados em correntes do chamado Direito Alternativo. Seus objetivos compreendem uma mudança social em favor dos mais pobres (o “povo”, ou as “camadas populares”), por meio não só de uma assessoria jurídica a esses, mas, particularmente, no desenvolvimento de capacidades cognitivas e políticas, para compreensão da realidade, “conscientização” (no sentido freireano) e mobilização para a ação. Os paralegais são o formato mais acabado desse ativismo jurídico, pois se trata de leigos juridicamente informados que atuam politicamente.

Assim, na mesma época em que se iniciavam os projetos de promotoras legais populares em Porto Alegre, no ano de 1992, a Associação de



Advogados de Trabalhadores Rurais (AATR) da Bahia, inicia o seu trabalho de educação jurídica popular através do programa “Juristas Leigos”.

Consoante a própria instituição, a formação de Juristas Leigos “apresenta-se como a expressão mais visível de nossa concepção de educação jurídica popular, difundindo noções fundamentais sobre o saber jurídico e que contribuam nas lutas dos movimentos populares do campo” (ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS DE TRABALHADORES RURAIS, [s.d.]). Baseia-se em quatro pilares: **a socialização do saber jurídico, o desencastelamento do monopólio jurídico, a formação política e a emancipação popular.**

A experiência bem-sucedida da AATR inspirou outros projetos, dentre os quais o Curso de Juristas Populares, que veio a ser desenvolvido na Fundação de Defesa dos Direitos Humanos Margarida Maria Alves, em João Pessoa (SOUZA, 2019, p. 176).

A experiência pessoense tem, hoje,

**mais de 20 anos de existência e 400 pessoas formadas de 20 municípios paraibanos. O objetivo é dar noções de Cidadania e todas as áreas do Direito, como do trabalho, de família, penal, previdenciário, dentre outros, e de cidadania. Consiste em um curso com duração de 8 meses, com aulas quinzenais, aos sábados. Além disso, participam de uma atividade denominada “Ciranda de Direitos”, nas quais, “acompanhados pela equipe do Curso, os futuros Juristas Populares atenderão durante todo o dia pessoas com dúvidas relativas aos seus Direitos e apresentarão possíveis soluções para seus problemas, como o acionamento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou outros órgãos de defesa dos Direitos dos cidadãos.” (FUNDAÇÃO MARGARIDA MARIA ALVES, [s.d.]).**

**Experiência semelhantes, então, passaram a ser desenvolvidas por diversas Defensorias Públicas pelo país. A que localizei**

**como pioneira foi a experiência da Defensoria de São Paulo.**

Segundo o sítio institucional da Escola da Defensoria Pública de São Paulo:

O Curso de Formação de “*Defensores e Defensoras Populares*” pretende a promoção dos Direitos Humanos, capacitando lideranças locais para diagnosticar violações, favorecendo intervenções na comunidade de forma a buscar soluções extrajudiciais e judiciais para os problemas locais e atuar nas instâncias de participação social, fortalecendo a construção de uma democracia participativa. Busca-se a conscientização dos Direitos e também dos mecanismos para sua exigibilidade, contribuindo para a redução das desigualdades sociais e desenvolvimento da cidadania (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2021).

A página de apresentação do curso faz menção específica ao desenvolvimento crítico de conhecimentos jurídicos, à desmistificação do tecnicismo do Direito e à reflexão sobre os conceitos em disputa na Constituição Federal e no Estado brasileiro. Metodologicamente, afirma se utilizar de exposições dialogadas, rodas de conversa e proposições de intervenções.

Segundo Gustavo Reis (2016, p. 84) a ideia do curso surgiu após integrantes da Defensoria serem provocados por uma liderança ligada um movimento popular, a qual propôs que a Defensoria Pública desenvolvesse projetos de educação em direitos em parcerias com movimentos sociais. Após diversas reuniões entre a DPE/SP e a DPU em São Paulo com parceiros como o Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos e o Escritório Modelo da PUC-SP, foi desenvolvido o projeto, que se iniciou em 2009 e segue até hoje, com cerca de 22 edições já realizadas na capital e no interior, conforme sítio institucional da Escola da Defensoria Pública de São Paulo.

Ricoldi (2011, p.23-24) também faz menção à criação de um curso pela Defensoria Pública de São Paulo, paralelamente ao apoio da instituição aos Cursos de Promotoras Legais Populares que ocorriam no Estado.

A partir da experiência paulista, diversas outras formações de defensores e/ou defensoras populares passaram a ser desenvolvidas em outros Estados.

É possível, então, enxergar que essas formações, mais do que em atendimentos individuais, caso sejam realizadas a partir da visão do Direito como uma construção de sentidos em disputa e em um espaço horizontal que permita o diálogo, são potenciais espaços de construção de novas formas de enxergar e atuar no Direito, a partir da apreensão dos sentidos dos termos jurídicos pelo público-alvo.

Dessa forma, a formação de Defensoras e Defensores Populares, ao debater o conteúdo jurídico com lideranças comunitárias, em articulação com movimentos sociais e numa perspectiva educativa horizontal, vai ao encontro da proposta de esmaecimento das fronteiras do monopólio do saber jurídico, constituindo-se, assim, em uma possível prática emancipatória desenvolvida pela Defensoria Pública.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo buscou discutir sobre a possibilidade do uso emancipatório do direito e sua relação com a atuação da Defensoria Pública.

A centralidade do direito no debate público é resultado da situação atual do Estado de Direito e da globalização hegemônica neoliberal, sendo no Brasil uma questão difícil de ignorar por todos que atuam socialmente visando a emancipação social.

A compreensão acerca da violência simbólica exercida pelo direito, conforme exposto por Bourdieu e o uso da legalidade na defesa de interesses contribui para que os setores que buscam uma mudança social possam elaborar melhores estratégias de atuação, mobilizando-se politicamente para pressionar os profissionais em suas decisões, bem como para influir na própria composição do campo jurídico (AZEVEDO, 2011, p. 40).

Respondendo à pergunta “poderá o direito ser emancipatório?” Boaventura de Sousa Santos responde que não se trata de afirmar o que o direito é ou não, mas sim de compreender que ele pode ser utilizado

por grupos cosmopolitas subalternos, estes sim emancipatórios ou não emancipatórios, cunhando o conceito de legalidade cosmopolita subalterna (SANTOS, 2021. p. 89-90).

Assim, o direito pode ser usado como instrumento de ação social exclusivo e autônomo, quando e apenas se integrado em mobilizações políticas maiores, que façam com que as lutas sejam politizadas antes de legalizadas. Para tanto, faz-se necessário o fortalecimento da mobilização política, pois há forte tendência à despolitização das questões que ingresam no campo jurídico.

Nesse sentido, abre-se à Defensoria Pública a possibilidade de ter posturas emancipatórias, apenas se – e na medida em – que desenvolve atuações que desvelam a farsa da neutralidade e universalidade do direito, ao tempo em que também usa a legalidade de forma estratégica, quando útil às classes desfavorecidas, dentro de uma mobilização política de maior dimensão.

A título de exemplo, a formação de Defensoras e Defensores Populares, ao debater o conhecimento jurídico com lideranças comunitárias, em articulação com movimentos sociais e numa perspectiva educativa horizontal, vai ao encontro da proposta de esmaecimento das fronteiras do monopólio do saber jurídico, constituindo-se, assim, em uma possível prática emancipatória desenvolvida pela Defensoria Pública.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS DE TRABALHADORES RURAIS. **Educação jurídica popular**. Salvador: Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais, [s.d.]. Disponível em: <https://www.aatr.org.br/educacaojuridica>. Acesso em: 23 de ago. 2022.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, vol. 19, n. 40, p. 27-41, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782011000300004>. Acesso em: 17 de ago. de 2022.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Curso de defensores e defensoras populares**. São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=6194>. Acesso em: 27 jan. 2022.

DORA, Denise Dourado. **Themis e Acesso à Justiça**. In: Themis: Gênero e Justiça. Porto Alegre: Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 2ª ed., junho de 1999. Disponível em: <http://themis.org.br/wp-content/uploads/2015/03/genero-justica.pdf> Acesso em 15 de abril de 2022.

FUNDAÇÃO MARGARIDA MARIA ALVES. **Atuação**. João Pessoa: Fundação Margarida Maria Alves, [s.d.]. Disponível em: <https://www.fundacaomargaridaalves.org.br/atuacao/>. Acesso em: 18 fev. 2022.

LAURIS, Élide. Uma questão de vida ou morte: para uma concepção emancipatória de acesso à justiça. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 6, n. 10, p. 412-454, 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3509/350944513013.pdf> Acesso em: 20 de jan. de 2022.

REIS, Gustavo. Educação em Direitos e Defensoria Pública: breves considerações. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo** / Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Vol. 1. São Paulo: EDEPE, 2016.

RICOLDI, A. M. **Paraíba Mulher Macho: Gênero, Cultura e Política na Educação Jurídica Popular em João Pessoa-PB**. 2011. 232 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000

SANTORO, Emilio. **Estado de direito e interpretação**: por uma concepção jusrealista e antiformalista do estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **As bifurcações da ordem jurídica**: revolução, cidade, campo e indignação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

THEMIS. **Promotoras legais populares**. Porto Alegre: Themis, [s.d.]. Disponível em: <http://themis.org.br/fazemos/promotoras-legais-populares/>. Acesso em: 17 ago. 2022.

SOUZA, Sirley Aparecida de. **Educação jurídica popular: identidade e protagonismo de novos sujeitos de Direito**. 2019. 309 f. Tese (Doutorado em Educação) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2019. Disponível em: <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/10320> Acesso em 15 de abril de 2022.

# CIDADANIA, ESTADO SOCIAL E SOLIDARIEDADE: POSSIBILIDADES E LIMITES DO VOLUNTARIADO



**GUILHERME CAMARGO MASSAÚ**

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da  
Universidade Federal de Pelotas (UFPeL). Pós-doutor na PUC/  
RS. Doutor em Direito pela UNISINOS.

**ALEX JORDAN SOARES MONTEIRO MAMEDE**

Mestrando em Direito do PPGD da UFPeL na linha  
de pesquisa Estado e Constituição.

**Sumário:** 1. Introdução 2. A perspectiva da concepção de cidadania 3. A solidariedade  
como virtude da cidadania 4. Lei 14.370/22 - Programa Nacional de Prestação de  
Serviço Civil Voluntário 5. Considerações Finais — Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Cidadania e solidariedade são duas palavras que estão em alta na atualidade. São palavras que acenam para uma alternativa ao momento em que o Estado brasileiro e o mundo vivem. A cidadania acena para uma postura ativa diante do cuidar da esfera pública, já a solidariedade remete

à cooperação entre as pessoas no sentido de manutenção da coesão social. Em um Estado republicano, a coesão social e a proatividade são essenciais, pois tal Estado requer a responsabilidade democrático-política de todos os membros da sociedade.

O texto tem como objetivo estabelecer o vínculo entre a cidadania e a solidariedade. Duas instituições fundamentais para a república, pois a cidadania serve como elemento identificador do sujeito ativo (membro da comunidade) em uma república e a solidariedade o elemento que conecta os atores republicanos a partir da dinâmica da sociedade. É o cidadão solidário que interfere republicaneamente no Estado para cuidar do bem e do interesse públicos. Trata-se de dois elementos compositores da vida em conjunto no Estado, principalmente republicano.

Por conseguinte, o texto que se apresenta seguirá nesse horizonte. Trata-se de destacar a cidadania e a solidariedade. Porém, devido a amplitude da ideia de solidariedade, a abordagem se restringirá ao voluntariado, ou seja, a uma das manifestações da solidariedade. No que tange à cidadania, apresentar-se-á sua concepção e seus desdobramentos, no sentido de chamar o cidadão para a responsabilidade de pertencer a sociedade e para a necessidade de ser solidário. Contudo, não se defende que todos os cidadãos pratiquem o voluntariado, mas que todo voluntário se reveste da plenitude da cidadania.

O texto é baseado em uma pesquisa bibliográfica e o método orientador utilizado é o analítico. Para realização dessa pesquisa, o método analítico é empregado com o objetivo de extrair as percepções tanto da cidadania como da solidariedade e utilizou-se o método bibliográfico, justamente, por ser a fonte das informações consideradas latentes para se poder chegar a conclusões, mesmo que provisórias. Dessa forma, a base bibliográfica serve para estabelecer as bases teóricas do tema.

## 2. A PERSPECTIVA DA CONCEPÇÃO DE CIDADANIA

A concepção de cidadania está, ainda, vinculada à concepção de nacionalidade. O que não é despropositado na medida em que a definição de cidadania clássica diz respeito à qualidade dos indivíduos de serem titulares de determinados direitos e deveres, enquanto membros, geralmente, ativos ou passivos de um Estado/nação. De certa forma e relatividade, os cidadãos encontram-se em específico patamar de igualdade. Nessa concepção padrão da cidadania encontram-se os seguintes elementos: a) a titularidade de direitos e de deveres relativos a uma sociedade específica; b) o pertencimento ao Estado, geralmente, está vinculado à ideia de nacionalidade; c) a faculdade de participar na vida política pública do Estado ao qual pertence (NABAIS, 1999, p.156-157).

A criação da identidade cidadã é o sustentáculo das sociedades pós-industriais de gerar em seus membros o reconhecimento por meio da identidade e, com isso, o sentimento de sentirem-se pertencente à sociedade. Sem esse tipo adesão tais sociedades não sobreviveriam, como um todo, aos desafios que diuturnamente se apresentam. Por isso, remete-se essa identidade à figura da religião civil (ROUSSEAU), na medida em que fortalece o espaço público. É esse espaço que satisfaz as necessidades e aspirações públicas (CORTINA, 2005, p.17-18).

Contemporaneamente essa concepção de cidadania sofre algumas críticas e, por conseguinte, é objeto de alguns desdobramentos verticais e horizontais. Por isso, já se menciona níveis de cidadania (superior, inferior...) e de dimensões de cidadania (pessoal, política, social, étnico-cultural, classe...). Isso decorre de um contexto complexo e diversificado que a pluralidade humana (SANTOS, 2015, p.197-200), com sua dignidade, força o pensamento jurídico-político a pensar sobre modelos complementares ou paralelos de cidadanias. Dessa forma, podem-se invocar quatro níveis: 1) a cidadania nacional (a clássica); 2) a cidadania regional (*e.g.*: a União Europeia com direitos e deveres aos que se encontram no contexto europeu); no mesmo patamar, porém não desenvolvida: 3) a cidadania cultural com a abertura ao reconhecimento da cidadania circunscrita à



Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP); 4) a cidadania internacional a partir (de um futuro e incerto) reconhecimento da comunidade internacional de um estatuto de cidadão a todos os seres humanos com o reconhecimento de situações localizadas de deficiência da respectiva cidadania nacional (NABAIS, 1999, p.159; CORTINA, 2005, p.17).

O que acontece com essas dimensões são projeções de cidadania que ficam no nível de subcidadania, na medida em que se reconhecem alguns direitos e outros ficam reservados ao *status* de nacional, como a cidadania política, a cidadania social (NABAIS, 1999, p.160-162). Em termos da comunidade internacional, de forma embrionária, reconhece-se o ser humano como destinatário dos direitos humanos, porém, ainda depende de uma ação estatal para a efetivação de tais direitos. Isso relativo à proteção, à aquisição e à manutenção da cidadania.

Contudo, destaca-se que a cidadania, com a Constituição de 1988, deslocou-se do tema nacionalidade. Enquanto nas constituições anteriores a ideia de cidadania estava ligada à nacionalidade, na Constituição cidadã a palavra cidadania encontra-se como um dos fundamentos da República brasileira (Art. 1º, II). No Capítulo que trata da nacionalidade (Art. 12 e Art. 13), não se encontra a palavra cidadania. Isso indica que ao interpretar a palavra cidadania deve se considerar um sentido mais amplo do que a abrangência da palavra nacionalidade. Justamente pelo fato de cidadania ser um fundamento da República.

### **3. A SOLIDARIEDADE COMO VIRTUDE DA CIDADANIA**

A concepção de virtude a ser invocada é a estabelecida por Montesquieu, em *O espírito das leis*, justamente para se ter um parâmetro conceitual para que se possa estabelecer a ligação entre cidadania e solidariedade. Duas dimensões ativas do *ser-estar-aí* no Estado (*Dasein im Staat*). A escolha pela virtude de Montesquieu restringe-se à noção dela ser posta como princípio da democracia, ou seja, àquela força do Estado popular. Não se quer, como Montesquieu, situar o amor pela pátria como virtude. Diferentemente, deseja-se destacar a necessidade de cada um satisfazer as

“paixões” individuais, mas, sobretudo, as “paixões” gerais em solidariedade com todos os participantes da comunidade (MONTESQUIEU, 1995, p.17, 33).

O “amor” pela república é o pela democracia e o pela democracia é o pela igualdade (MONTESQUIEU, 1995, p.33). Está aí a virtude de Montesquieu. Deseja-se substituir o “amor pela pátria”, pela solidariedade. Dessa forma, ter-se-ia: a solidariedade em prol da república é pela democracia e pela democracia é pela igualdade – trata-se de uma virtude política (COMPARATO, 2006, p.566), reconhecida juridicamente. A igualdade só se perfaz na liberdade e a liberdade assim a é na diversidade. Na estrutura da comunidade a diversidade de valores é a diversidade reconhecida na solidariedade (WEIZSÄCKER, 1977, p.244-245). Tem-se aí o tripé, sustentáculo da república.

Dessa forma, a Constituição brasileira é o fundamento da resposta ao problema necessário das individualidades humanas, sendo que a solidariedade (como objetivo fundamental – Art. 3º, I, da CRFB) é a abertura dialético-constitucional para o *mundo-da-vida* a partir da aplicação do valor-finalidade da relação entre o indivíduo (GIUFFRÈ, 2002, p.2-3), o outro e a comunidade. É a concepção de ser humano como *zoon politikon aristotélico*. O Direito é uma dimensão cultural que só tem sentido quando pensado diante de núcleo coletivo, lançando diretrizes para que os *seres humanos* coabitem no mesmo espaço de forma ordenada, com o mínimo grau de conflito e estabeleçam uma esfera de liberdade e solidariedade condicionadora à autorrealização.

Com isso, a Constituição como documento básico do Estado democrático de Direito (Preâmbulo e Art. 1º, *caput*, da CRFB) expressa um projeto normativo de sociedade a ser realizada, tanto que sua configuração jurídico-política assume contornos de Estado social. Estado social que só é possível por intermédio da solidariedade.

Além disso, deve-se considerar que o Art. 3º da CRFB traz princípios-objetivos que o Estado brasileiro deve perseguir. Trata-se de exigências constitucionais impostas a todos, tanto aos Poderes quanto aos cidadãos. Isso implica considerar que na seleção das políticas públicas determinados

objetivos se sobrepõem sobre os outros. Nesse caso, evidencia-se o princípio da solidariedade (Art. 3º, I, da CRFB) capaz de envolver a todos no esforço comum de superar as consequências negativas das crises econômicas, sanitárias e sociais, fortalecendo o liame social e tornando a sociedade mais solidária na esteira da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, da CRFB). Dessa forma, o desafio da solidariedade reflete o desafio da própria Constituição, do Estado Social, e da cidadania em face da complexidade do mundo globalizado. (MASSAÚ; MAMEDE, 2022, p.2).

O Constituinte de 1988 decidiu, de forma inédita, por estabelecer objetivos fundamentais (Art. 3º da CRFB), dentre os quais o de uma sociedade mais solidária. Desta feita, é possível encontrar de forma expressa a solidariedade no suporte fático estabelecido na parte final do inciso I, do Art. 3º, da Constituição. Por conseguinte, além de objetivo fundamental, ela constitui-se em princípio, pois considerar-se-á, aqui, que o texto constitucional contém norma-regra e norma-princípio (ALEXY, 1994, p. 72). Isso implica reconhecer a solidariedade como norma-princípio de caráter imperativo, que ganha formas em princípios institucionais, como, e.g., o caso da assistência social. (MASSAÚ; MAMEDE, 2022, p.3).

Há que se destacar, ainda, que apesar de não possuir relevância jurídica para fins de controle de constitucionalidade (BRASIL, 2002, p.1), o preâmbulo da Constituição deixa claro o caráter solidário que norteou as aspirações do constituinte. Pois é por meio da explicitação dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos que o preâmbulo da Constituição reafirma o princípio jurídico da solidariedade (MASSAÚ; MAMEDE, 2022, p.3).

Ainda, diversas passagens da Constituição conclamam, de forma cooperativa, a sociedade, os cidadãos e a família, conjuntamente com o Estado o dever de proteger de bens juridicamente relevantes para a ordem pública brasileira.

Para iniciar a análise dessa responsabilidade-dever, cabe destacar duas constituições<sup>[64]</sup>: a italiana com o seu Art. 4, 2; a suíça com seu Art. 6<sup>[65]</sup>. Ressalta-se, não se trata de projetar tais artigos na realidade constitucional brasileira, mas tê-las como exemplo para compreender como o dever dos cidadãos se projeta a partir da Constituição Federal e reforçar a condição do ser humano – e, fundamentalmente, do Direito – de *ser-estar-á-com-os-outros*. Tais exemplos são apenas para mostrar como se explicitaria o dever na Constituição de 1988.

Ambos os artigos, da Constituição da Itália e da Suíça, atribuem a responsabilidade à pessoa em relação a si própria e à sociedade (HÄBERLE, 2009, p.137), inclusive com as gerações futuras<sup>[66]</sup>. Trata-se de uma visão antropológica individualista sem ignorar a comunitária de construção cultural do Direito e de finalidade do Estado voltado ao ser humano, que deve ser o *fim* e não o meio (HÄBERLE, 2009, p.73). Isso é o reconhecimento da existência de deveres para consigo e para com o próximo – em termos jurídicos, da correspondência necessária entre direitos-deveres. Surge, assim, a solidariedade (HÄBERLE, 2009, p.140).

Em relação à Constituição brasileira, é preciso compreender que tal responsabilidade é inerente aos deveres e direitos de cada pessoa. E se tal compreensão for levada a sério, essa responsabilidade se situará em posição

---

<sup>64</sup> Não se adentrará em problemáticas ou narrativas de ordenamentos jurídicos alienígenas. Não é esse o objetivo do artigo, nem se deseja realizar um estudo de direito constitucional comparado. Dessa forma, tais constituições são citadas como referência expressa aos cidadãos que os mesmos possuem deveres para consigo e comunidade.

<sup>65</sup> Ambos os artigos são reproduzidos em italiano para que o leitor possa fazer sua leitura e compreendê-los a partir da originalidade do idioma. O Art. 4, 2 da Constituição italiana prescreve o seguinte: *Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società*. Já o Art. 6 da Constituição suíça preceitua o seguinte: *Ognuno assume le proprie responsabilità e contribuisce secondo le proprie forze alla realizzazione dei compiti dello Stato e della Società*.

<sup>66</sup> O Art. 225, *caput*, da CF representa expressamente essa responsabilização na constituição brasileira, abarcando, inclusive, as gerações vindouras. Essa perspectiva deveria ser entendida de forma generalizada, e não específica ao direito ambiental.

estratégica no sistema constitucional. Toda a efetivação de norma constitucional deverá levar em consideração os níveis de responsabilidade daqueles que possuem direitos e deveres. Trata-se de uma responsabilidade diante da solidariedade, das futuras gerações, do serviço militar, familiar, dentre outras. A ideia de responsabilidade remete aos direitos fundamentais e aos direitos políticos, assim como à individualidade, à dignidade humana e à liberdade (HÄBERLE, 2009, p.141). Ela está ancorada na perspectiva da necessidade de resposta devido à posição e/ou à ação da pessoa em termos de direitos-deveres.

A solidariedade encaixa-se nas exsurgentes perspectivas da cidadania, como uma força contrária ao egoísmo forjado pelo mercado financeiro e política econômica. Essa tendência cresce desde a instauração do Estado constitucional em três etapas. No Estado liberal, a primeira, ela estava ligada à esfera privada, circunscrita à liberdade comum direcionada à proteção da vida privada, da propriedade e da família. Com o Estado democrático, a segunda, a solidariedade vincula-se à ideia de cidadania participativa ou ativa do indivíduo na vida política da comunidade. A terceira, o cidadão assume o papel de protagonista na vida pública, que além de controlar os poderes do Estado, o mesmo atua na tarefa de concretizar um sistema ou modelo de caráter redistributivo com as contribuições de tipo econômico efetuadas pelo cidadão. Trata-se de executar tarefas que o Estado social deveria executar, mas não as executa (NABAIS, 1999, p.162-163).

Não quer dizer que os deveres do Estado foram assumidos pela sociedade civil e isso basta, pelo contrário, os cidadãos assumem tais deveres – mesmo que provisoriamente – para não deixarem as desigualdades entre os membros sociais transformarem-se em necessidades. Desta forma, a solidariedade assume de forma complementar deveres estatais (NABAIS, 1999, p.165).

Para além das objeções de uma solidariedade produzida pela coação das normas do Estado, é preciso estabelecer a ideia do dever de solidariedade. Solidariedade normatizada por normas e efetivada pela prática da cidadania de empenho na inclusão de todos os membros sociais na sociedade de modo que todos possam partilhar o mesmo denominador

comum. Isso para que se evite o retrocesso ao período pré-social do Estado (NABAIS, 1999, p.165), reconhecendo que a responsabilidade pela vida comum no Estado é de todos, não é exclusivamente do Estado após as participações eleitorais periódicas.

### 3.1 Voluntariado

O voluntariado é uma das manifestações típicas da solidariedade e do engajamento da atividade de cidadania. Com isso, pode-se destacar a atitude do cidadão na república que envolve a postura solidária em direção ao voluntariado. A primeira é a disponibilidade de doar algo ao bem comum, como o tempo, o talento, os recursos materiais, a força de trabalho.

O serviço militar obrigatório (Art. 143 da CRFB) é um exemplo que se aproxima dessa ideia de disponibilidade, assim como a alternativa (Art. 143, §1º, da CF) ao serviço militar devido à objeção de consciência. Isso (como proposta) poderia se estender a todos os cidadãos e a todas cidadãs, na medida em que serviço alternativo pode ser qualquer contribuição com o Estado ou bem público<sup>67</sup> (MASSAÚ, 2016, p.162-163).

Dessa forma, ao prever a obrigação alternativa, resguarda-se o direito fundamental à objeção de consciência previsto no Art. 5º, VIII, da CRFB, segundo o qual ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. Cumpre salientar que a recusa de cumprimento da obrigação originária e também da alternativa, poderá implicar na suspensão dos direitos políticos, conforme previsão do Art. 15, IV, da CRFB.

---

<sup>67</sup> Nesse particular, o § 2º do art. 143 da CRFB prevê que as mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir. Daí que o art. 5º da Lei 8.239/91 traz que as mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, de acordo com suas aptidões, a encargos do interesse da mobilização.

Em se tratando do serviço alternativo ao serviço militar obrigatório, o Art. 3º da Lei 8.239/91, que regulamenta o art. 143 da CRFB, define serviço alternativo como o desempenho de atividades administrativas, assistenciais, filantrópicas ou mesmo produtivas, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar. Trazendo a possibilidade de o serviço alternativo incluir “o treinamento para atuação em áreas atingidas por desastre, em situação de emergência e estado de calamidade, executado de forma integrada com o órgão federal responsável pela implantação das ações de proteção e defesa civil.” (BRASIL, 1991, p.1).

Outro exemplo que se aproxima dessa ideia de disponibilidade ao bem comum é o exercício da função de jurado, cujo alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade (Art. 436, *caput*, CPP). Apesar da obrigatoriedade do serviço do júri, também há a observância do direito à objeção de consciência nesse particular, sendo possível a prestação de serviço alternativo fixado pelo juiz com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Sendo considerado serviço alternativo o exercício de atividades administrativas, assistenciais, filantrópicas ou produtivas, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins, nos termos do art. 436 do CPP.

Contudo, é no mesário voluntário da Justiça Eleitoral que encontramos a representação por excelência da importância do voluntariado para a manutenção do bom funcionamento do regime democrático. Sendo asseguradas ao mesário voluntário algumas compensações aos serviços prestados à coletividade por meio da Justiça Eleitoral, tais como os dois dias de dispensa do trabalho para cada dia de treinamento ministrado pela Justiça Eleitoral ou para cada dia trabalhado na preparação, montagem de locais de votação, e durante a eleição, conforme prevê o Art. 98 da Lei 9.504/1997 regulamentado pela Resolução do TSE nº 22.747/2008.

Embora esse debate não seja o cerne do texto que se apresenta, destaca-se a necessidade de se visualizar o ambiente comum como algo que pertence a todos da coletividade. E as ações que promovem o ambiente comum (ou o bem público) só o enriquece e o torna mais acolhedor a

todos. Por isso, a dinâmica da solidariedade manifestada no voluntariado, independente de quem o exerce, deve ser situada como algo inerente ao viver em coletividade.

O voluntariado é fenômeno anterior ao Estado social, mas que o mesmo assumiu como seu dever a prestação de serviços. Tanto que a Lei n. 9.608/98 especifica o serviço voluntário no sentido de não gerar vínculo empregatício nem obrigação trabalhista previdenciária ou afim (Art. 2º). Sem desejar fortalecer o liberalismo econômico, porém fomentar a civilidade, a participação social e a solidariedade, os grupos de voluntários crescem de forma dispersa (CORTINA, 2005, p.108). Eles aparecem na sociedade civil com iniciativas que buscam fortalecer ou suprimir as necessidades que o Estado não cumpre. Nesse sentido, não se trata de o voluntariado substituir o Estado na tarefa de promover o bem estar social (CORTINA, 2005, p.54), mas de complementar. Os traços característicos são: 1) gratuidade e satisfação de interesses de terceiros ou da sociedade; 2) ser uma escolha livre; 3) seja organizado (NABAIS, 1999, p.167-168).

Os traços característicos do voluntariado contrariam, de certa forma, as explicações economicistas do agir humano. Eles mostram que o motor das ações não é o incentivo econômico, mas, também, razões que ultrapassam a matéria monetária. Existem diversas associações com inúmeros fins, mas nem todos são econômicos. O mundo das associações civis é deveras variado, existindo inúmeros motes para as manter existindo. Porém, dentre essas associações civis, as de cunho voluntário são escolas onde se aprende as virtudes da obrigação recíproca, justamente pela livre adesão a elas (CORTINA, 2005, p.108-109). E a obrigação recíproca é base do viver em coletividade.

No entanto, é preciso cautela ao manejar o termo voluntariado. Pois há um risco do termo ser manejado a fim de camuflar formas de contratação eminentemente trabalhistas no âmbito da iniciativa privada e dos órgãos públicos. Esse tipo de subterfúgio é ainda mais recorrente durante períodos de crise e de elevação da taxa de desemprego, quando podem ser utilizadas medidas legislativas de incentivo ao trabalho que podem ser



controversas por supostamente desrespeitarem o patamar mínimo de direitos trabalhistas previstos constitucionalmente.

#### **4. LEI 14.370/22 - PROGRAMA NACIONAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CIVIL VOLUNTÁRIO**

Em 28 de janeiro 2022, por meio da Medida Provisória (MPV) nº 1.099/22, o governo federal instituiu o Programa Nacional de Prestação de Serviço Social Voluntário (PNPSSV).

Por meio da Mensagem nº 32 do Poder Executivo Federal a MPV foi submetida à deliberação do Congresso Nacional, constando na exposição de motivos que, mesmo com o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda instituído pela Lei 14.020/20, “as condições do mercado de trabalho brasileiro ainda apresentam deterioração, combinando desemprego elevado com crescimento de subocupação e desalento” (BRASIL, 2022, p.2). Considerou-se como grupos prioritários para a proposta do PNPSSV os jovens de 18 a 24 anos, cuja taxa de desocupação era de aproximadamente 29%, bem como os trabalhadores com mais de 50 anos que, embora não possuam os piores índices de empregabilidade, tem uma maior dificuldade para o retorno ao mercado de trabalho (BRASIL, 2022, p.2). Ademais, conforme a exposição de motivos, o objetivo do programa é atender aos que mais sofreram durante a pandemia, em especial o jovem que não tem oportunidade no curto prazo de conseguir uma ocupação formal (BRASIL, 2022, p.3). Dessa forma, a proposta considera que esse público-alvo possui uma baixa qualificação e uma maior dificuldade para acessar o mercado de trabalho formal (BRASIL, 2022, p.3), por isso demanda políticas públicas “que permitam que o jovem saia da total informalidade, ou do assistencialismo, para que adquira alguma experiência, para então conseguir ser contratado na atividade privada” (BRASIL, 2022, p.3).

Posteriormente, a MP foi convertida na Lei 14.370, de 15 de junho de 2022, que, em seu art. 1º, *caput*, define que o Programa, com duração de 24 meses, tem como objetivo auxiliar na inclusão produtiva de pessoas em

situação de vulnerabilidade e de reduzir os impactos sociais e no mercado de trabalho causados pela pandemia da COVID 19.

O Programa permite que os Municípios e o Distrito Federal ofereçam atividades de interesse público, sem vínculo empregatício de qualquer natureza, para (i) jovens entre 18 e 29 anos; (ii) pessoas com mais de 50 anos sem vínculo formal de emprego há mais de 24 meses; (iii) pessoas com deficiência. Ademais, também está prevista a prioridade no acesso aos trabalhadores que forem beneficiários dos programas Auxílio Brasil e Alimenta Brasil ou aos que pertencem à família de baixa renda inscrita no CadÚnico.

Merece atenção que a Lei 14.370/22 dá ampla margem para os próprios Municípios ou Distrito Federal definirem o que vem a ser essas atividades de interesse público, pois apenas prevê que as atividades identificadas pelo gestor como sendo de interesse público tenham a finalidade de cumprir os objetivos do programa de contratar pessoas em situação de vulnerabilidade. Desse modo, basta que o gestor municipal ou distrital fundamente a sua escolha (Art. 2º, § 2º, Lei 14.370/22).

Percebe-se que, apesar de o PNPSSV fazer menção à prestação de serviço social voluntário, há um afastamento das características e natureza do trabalho voluntário previstas na Lei do Voluntariado (Lei 9.608/98). Essa lei define serviço voluntário como sendo “a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou assistência à pessoa.” (Art. 1º, Lei 9.608/98). Verifica-se que a Lei do Voluntariado (Lei 9.608/98) traz como característica do serviço voluntário o fato dele não ter contraprestação pecuniária, e, por pressuposto lógico, também não pode haver uma subordinação rigorosa na prestação do serviço, sob pena de presumir-se que há uma tentativa de fraudar a configuração da relação de emprego. A Lei do Voluntariado permite que despesas realizadas pelo prestador do serviço voluntário sejam ressarcidas, mas as despesas a serem ressarcidas precisam estar expressamente autorizadas pela entidade (Art. 3º, Lei 9.608/98). E, por medida de segurança jurídica, a lei exige a forma escrita na celebração

do termo de adesão entre a entidade e o prestador do serviço voluntário, dele devendo constar o objeto e as condições do exercício do serviço (Art. 2º, Lei 9.608/98).

Por outro lado, contrapondo-se à definição de serviço voluntário prevista na Lei do Voluntariado, o Programa Nacional de Prestação de Serviço Social Voluntário prevê que o Município ou o Distrito Federal regulamentará o valor da bolsa indenizatória que será paga ao trabalhador - denominado na lei como beneficiário - a qual deverá observar o valor equivalente ao salário-mínimo por hora, que no ano de 2022 equivale a R\$ 5,51, conforme valor do salário-mínimo nacional previsto na Lei 14.358/22. Os beneficiários do Programa Nacional de Prestação de Serviços Civil Voluntário contratados pelas prefeituras poderão receber a bolsa indenizatória cumulativamente com o benefício do programa Auxílio Brasil ou com o benefício de prestação continuada do art. 20 da Lei 8.742/93 (Lei da Assistência Social). Além disso, a bolsa indenizatória não será considerada como renda no âmbito do CadÚnico.

Além da contraprestação pecuniária, a Lei 14.370/22 também prevê a fixação de carga horária a ser cumprida pelo beneficiário, que está dividida entre (i) o desempenho de atividades de interesse público em órgãos municipais com carga horária máxima de 22 horas semanais, limitada a 8 horas diárias; e (ii) os cursos de formação inicial e continuada ou de qualificação profissional, com carga horária mínima de 12 horas para cada 30 dias de permanência no Programa, os quais poderão ser realizados nas modalidades presencial, semipresencial ou a distância. (Art. 5º, 9º, Lei 14.370/22).

O Art. 10 da Lei 14.370/22 traz um rol exemplificativo de algumas entidades do sistema S (Senai, Senac, Senar, Senat, Sescop, Sebrae) que poderão realizar a qualificação para o trabalho dos beneficiários do Programa Nacional de Prestação de Serviço Civil Voluntário. No entanto, o § 4º do art. 10 também traz a possibilidade de os cursos de formação ou de qualificação serem realizados por organizações da sociedade civil sem fins lucrativos por meio da celebração de convênios e acordos entre as prefeituras e essas entidades privadas, a critério do gestor. Essa celebração de convênios ou acordos com entidades que não pertençam ao sistema

S traz uma preocupação relacionada à possibilidade de uma facilitação da lei para a distribuição irregular de recursos públicos, uma vez que os critérios de fiscalização da lei são bastante brandos, bem como não condiciona a celebração desses convênios à inexistência de cursos fornecidos pelo sistema S nas modalidades presencial, semipresencial ou a distância.

O §1º do art. 6º prevê que os beneficiários do PNPSSV não poderão executar atividades insalubres, perigosas, ou que configurem substituição de servidores ou de empregados públicos do ente federativo na execução de atividades privativas de profissões regulamentadas ou de competência de cargos ou empregos públicos pertencentes ao ente federativo ou à pessoa jurídica a ele vinculada.

Embora, a rigor, não possa haver substituição, não há na lei mecanismos de controle a fim de tentar coibir a substituição do trabalhador formal. Em relação à fiscalização, a lei prevê em seu art. 8º, apenas para fins de acompanhamento, que os Municípios e o Distrito Federal prestarão informações sobre o Programa Nacional de Prestação de Serviço Civil Voluntário ao Ministério do Trabalho e Previdência, vez que compete ao Ministério “monitorar” e “avaliar” a execução do PNPSSV (Art. 16, Lei 14.370/22). Dessa forma, não há na lei mecanismos de controle, sendo as medidas de fiscalização remetidas para uma eventual normatização posterior do Ministério do Trabalho e Previdência.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As circunstâncias atuais revelam a necessidade de mudanças em diversas dimensões do viver humano. E uma das dimensões que se encontra em crise é a jurídica, que no final de tudo regulamenta o modo como as pessoas convivem em sociedade. Contudo, o fato de se viver em coletividade acarreta algumas consequências inerentes a essa condição. A primeira é a identificação com um grupo que se dá por meio da nacionalidade. Porém, a ideia de nacionalidade que remetia à cidadania não serve mais como parâmetro para se ter prerrogativas interacionistas no grupo ao qual pertence. Embora a nacionalidade abra portas a diversos direitos, a

cidadania está reajustada às novas exigências de participação diuturna na vida da coletividade.

Na Constituição brasileira a palavra cidadania encontra-se como um dos fundamentos da República, sendo que a palavra cidadania nem sequer é mencionada no Capítulo que trata da nacionalidade (Art. 12 e Art. 13). Dessa forma, a palavra cidadania possui um sentido mais amplo do que a abrangência da palavra nacionalidade. E é na solidariedade que reside as exsurgentes perspectivas da cidadania.

Conclui-se que o voluntariado é uma das manifestações típicas da solidariedade e do engajamento da atividade de cidadania. Com isso, pode-se destacar a atitude do cidadão na república que envolve a postura solidária em direção ao voluntariado. No entanto, é preciso cautela ao manejar o termo voluntariado. Pois há um risco do termo ser manejado a fim de camuflar relações trabalhistas por meio de formas de contratação diferenciadas. Esse tipo de subterfúgio é ainda mais recorrente durante períodos de crise e elevação da taxa de desemprego. Dessa forma, a implantação, mesmo que temporária, do denominado Programa Nacional de Prestação de Serviço Social Voluntário demanda efetivos mecanismos de controle, uma vez que o Programa pode ser uma porta de entrada para fraudes e infrações trabalhistas e administrativas no âmbito da Administração Pública.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

BRASIL. **Lei nº 8.239, de 4 de outubro de 1991**. Regulamenta o art. 143, § 1º e § 2º da Constituição Federal, que dispõem sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório. Brasília, 1991.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2076. Acórdão. Plenário. Relator Min. Carlos Velloso. J. 15.08.2002. 2002.

BRASIL. **Mensagem nº 32, de 28.01.2022 do Poder Executivo Federal ao Congresso Nacional**. Exposição de Motivos 00010/2021 Ministério do Trabalho e Previdência - MP 1.099/22. Brasília, 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo** para uma teoria da cidadania. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

GIUFFRÈ, Felice. **La solidarietà nell'ordinamento costituzionale**. Milano: Giuffrè, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht**. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

MASSAÚ, Guilherme. **O princípio republicano constituinte do mundo-da-vida do Estado constitucional cosmopolita**. Ijuí: Unijui, 2016.

MASSAÚ, Guilherme; MAMEDE, Alex. O Dever de Solidariedade na Pandemia da Covid 19: reflexões ante a (in)constitucionalidade das medidas emergenciais. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 10, n. 19, p. e12864, p.1-12, 2022. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/12864>. Acesso em: 20 ago. 2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2 ed. Brasília: UnB, 1995.

NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. v. LXXV. Coimbra, p. 145-174, 1999.

SANTOS, André Leonardo Copetti e LUCAS, Doglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

WEIZSÄCKER, Carl Friedrich von. **Der Garten des Menschlichen**. Beiträge zur geschichtlichen Anthropologie. München/Wien: Carl Hanser, 1977.

# CRÍTICA DO DIREITO LIBERAL EM HABERMAS E AS ESTRATÉGIAS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO MODELO DE RECONSTRUÇÃO DO DISCURSO POLÍTICO



## **GUILHERME CASTRO NUNES MESQUITA**

Guilherme Castro Nunes Mesquita. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Mestrando em Direitos Humanos no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. E-mail: guiga\_mesquita@hotmail.com.

## **NEWTON DE OLIVEIRA LIMA**

Newton de Oliveira Lima. Professor Adjunto IV da UFPB, lotado no Departamento de Ciências Jurídicas, professor permanente do PPGCJ-UFPB.

**Sumário:** 1. Introdução: Mudança Estrutural da Esfera Pública e o caminho para a emancipação através da comunicação 2. Emancipação Discursiva e Intersubjetiva 3. Cidadania Comunicativa e a Democracia Deliberativa 4. Considerações Finais — Referências

## 1. INTRODUÇÃO: MUDANÇA ESTRUTURAL DA ESFERA PÚBLICA E O CAMINHO PARA A EMANCIPAÇÃO ATRAVÉS DA COMUNICAÇÃO

Jurgen Habermas deve ser compreendido como um teórico da comunicação. Ainda que sua origem seja vislumbrada na Escola de Frankfurt, tendo sido assistente de Adorno e membro da chamada Segunda Geração deste grupo, admite e expõe algumas rupturas em sua teoria com a doutrina frankfurtiana mais clássica – ainda que detendo grande influência principalmente no quesito da análise de “sociedade de massas”. O seu pensamento crítico humanista, e a pluralidade de desenvolvimentos dos valores políticos e sociais por meio da razão comunicativa (intersubjetiva), desemboca em uma reconstrução axiológica sobre como os valores e as categorias de análise ao direito realmente surgem, se desenvolvem e se reconstróem.

Por meio de uma extrema desconfiança da Razão Iluminista e montando uma crítica severa de base Marxista, a Escola de Frankfurt desenvolve uma análise com dois termos essenciais, que serão repaginados em Habermas: “Sociedade de massa” e “Indústria Cultural”. Ao iniciar pela crítica da razão, recoloca como sendo usada para o domínio da sociedade, com a autonomia do homem suplantada pela técnica.

A conclusão de Habermas: só quem diferencia sistema e mundo da vida pode compreender as patologias da modernidade. Só dessa forma é possível descrever o duplo caráter do processo no qual, por um lado, o desacoplamento de sistema e mundo da vida era uma condição necessária para a passagem de uma sociedade de classes politicamente organizada do feudalismo europeu às sociedades de classes econômicas da Modernidade em sua fase inicial. (REESE-SCHAFER, Pág. 57, 2017)

Em seus termos, o avanço tecnológico foi colocado a serviço de reprodução da lógica capitalista, com a mídia e cultura tendo como papel o apaziguamento dos problemas sociais. Na doutrina Habermasiana, tais termos são realocados na exposição da chamada colonização do “Mundo da vida” pelo “sistema”. Expõe que a razão fora transformada em algo sem





ética, na qual uma homogeneização dos comportamentos e uma massificação de identidades ocorre, e este excesso de racionalidade da vida social não contribui ao processo emancipatório do homem em sociedade – o projeto iluminista.

Segundo Habermas, o verdadeiro problema da Modernidade não é nem a complexidade crescente do sistema e nem a racionalização das visões do mundo. Nem essa nem aquela precisa ter por si efeitos colaterais patológicos. À Racionalização unilateral ou reificação da prática comunicativa leva antes ‘a invasão de formas de racionalidade econômica e administrativa em esferas de ação que se opõem à mudança para os meios de dinheiro e poder, porque eles são especializados em tradição cultural, integração social e educação e permanecem direcionados ao entendimento como mecanismo de coordenação das ações. (REESE-SCHAR apud HABERMAS, Pág. 58, 2017)

Esta noção será desenvolvida e ressignificada por Habermas, apontando que com o descobrimento da “Razão Comunicativa” o processo emancipatório social é possível, porém aqui será recolocado em bases intersubjetivas, dialógicas, uma emancipação de indivíduos como grupo. O estudo de sua categoria de “Esfera Pública” foi essencial neste primeiro momento, e estes apontamentos iniciais sobre a origem do seu pensamento apresentam-se como cruciais à teoria.

Inicialmente, Habermas tenciona qual seria exatamente uma definição utilizável entre a distinção do que é público e a esfera pública. O conceito é definido na obra “Mudança Estrutural da Esfera Pública” (2003), na qual se propõe uma análise da esfera pública burguesa, delimitando seu conceito, estrutura e função política, em meio a uma multiplicidade histórica de usos e significados para termos relacionados ao público, à opinião pública e à própria esfera pública.

O uso corrente de ‘público’ e ‘esfera pública’ denuncia uma multiplicidade de significados concorrentes. Eles se originam de diferentes fases históricas e, em sua aplicação sincrônica sobre relações da sociedade burguesa industrial tardia e organizada sócio-estatalmente, entram num turvo conúbio. (HABERMAS, 1984, p.13)

Devido a origem grega da sociedade ocidental, a construção do conceito de “público” surgiu na criação da pólis, em que a sociedade se organizava de forma estruturada, e a burguesia participava da esfera pública de forma representativa. O termo “público” é definido por Habermas como algo do povo, da sociedade, acessível a qualquer um. Sendo o Estado o próprio poder público, com a tarefa de promover este bem. A esfera pública então se apresenta como um elemento social disponível e acessível a todos, derivada de um longo caminhar que corresponde à ascensão da burguesia como personagem importante no andamento histórico da idade média e modernidade ocidental.

A redução da representatividade pública que ocorre com a mediatização das autoridades estamentais através dos senhores feudais cede espaço a uma outra esfera, que é ligada à expressão esfera pública no sentido moderno: a esfera do poder público. Esta se objetiva numa administração permanente e no exército permanente. (HABERMAS, 1984, p. 31)

É justamente neste espaço que se ocorrem as discussões públicas em prol do bem público – um lugar imaginado, mas com existência concreta dissipada na sociedade, em suas praças, grupos, associações e mídias. No entanto, Habermas critica sua captura por “estrelas/personagens” promotoras de bens de consumo – a mídia se torna um meio que influencia a tomada das decisões e escolhas de produtos e serviços nos espaços públicos. Este processo de captura é lento e gradual, e Habermas apresenta a evolução do próprio agir humano enquanto ser histórico como explicação estrutural destas consequências, mediatizados pelo plano de fundo da crítica literária.



Como pessoa privada, o burguês é ambas as coisas numa só: proprietário de bens e de pessoas, bem como ser humano entre seres humanos, Bourgeois e homme. Esta ambivalência da esfera privada também se mostra ainda na esfera pública, ou seja, conforme as pessoas privadas se entendam no discurso literário enquanto seres humanos sobre experiências de sua subjetividade. Ou então se as pessoas privadas se entendam no discurso político sobre a regulamentação de sua esfera privada. (HABERMAS, 1984, p. 73)

Até o séc. XVIII (na Inglaterra) o poder feudal estava nas mãos da igreja, realeza e nobreza, os quais representavam o público, a todos. Com o passar do tempo o sistema foi dissolvido no processo de polarização, dividindo o privado do público como também o orçamento de ambos. A religião tornou-se uma autoridade com autonomia privada. A representatividade pública exercia grande influência no século XIX, a aparência da nobreza, postura, entonação de voz, suas posses, exhibir-se fazia parte do teatro, da representação para parecerem respeitados. “os burgueses são pessoas privadas; como tais não governam (HABERMAS, 1984, pág.43)” O nobre era o que reproduzia; o burguês, aquele que produzia.

Com a baixa do capitalismo financeiro mercantil, países e sociedade se expandiram de forma rápida, integrando a antiga ordem feudal, organizando os mercados locais, as feiras que eram periódicas se tornam permanentes, o câmbio era a moeda local; tornando-se sistemas cooperativos, organizando-se conforme seus interesses. Os burgueses estruturam suas visões e críticas a partir do debate público, representado pelas críticas em jornais e revistas, salões, espaços de convivência comum. E é neste caldeirão cultural derivado de um longo andamento histórico que motiva as estruturas internas da própria sociedade a criarem novas estruturas críticas, representadas através da cidade.

A 'cidade' não é apenas economicamente o centro vital da sociedade burguesa; em antítese política e cultural à 'corte' ela caracteriza, antes de mais nada, uma primeira esfera pública literária que encontra as suas instituições nos *coffee-houses*, nos salons e nas comunidades de comensais. Os herdeiros daquela sociedade de aristocratas humanistas, em contato com os intelectuais burgueses que logo passam a transformar as suas conversações sociais em aberta crítica, rebentam a ponte existente entre a forma que restava de uma sociedade decadente, a corte, e a forma primeira de uma nova: a esfera pública burguesa. (HABERMAS, 1984, p. 45)

Nos centros comerciais o fluxo da troca de informação era constante, as institucionalizações dos contatos da comunicação social tornaram-se permanentes com o surgimento do correio, devido ao grande uso do sistema de correspondência por carta, passando a ser uma forma regular de comunicação, assim como a imprensa. A partir disto, houve uma lenta luta por partes desses contra a esfera do poder público em busca de participação e representatividade pública.

A Partir da esfera privada publicamente relevante da sociedade civil burguesa constitui-se uma esfera social repolitizada, em que instituições estatais e sociais se sintetizam em um único complexo de funções que não é mais diferenciável. Essa nova interdependência de esferas até então separadas encontra a sua expressão jurídica na ruptura do sistema clássico de Direito Privado. (HABERMAS, 1984, p.54)

Construindo este lendo andar do que fora a construção da Esfera Pública enquanto arena de combate de grupos e identidades buscando representação e direitos, Habermas irá remontar uma análise crítica da sociedade, mas com o apontamento de que emancipação, autonomia e liberdade são categorias possíveis. O andamento sócio-histórico das instituições burguesas e as ideologias emergentes da modernidade permitem a construção de um modelo crítico de prática política representada na



emancipação discursiva e intersubjetiva dos sujeitos inseridos em um agir comunicativo.

## 2. EMANCIPAÇÃO DISCURSIVA E INTERSUBJETIVA

Ao fundamentar a sociedade como tendo em seu núcleo o interesse pela vida em conjunto, com a solução de conflitos tomando forma de a grande norteadora do Espaço, utilizará estas noções em todo seu projeto teórico. Desta forma, o discurso, ou seja, o ato comunicacional entre os partícipes, terá como gênese da criação de sentido da consciência humana, com a emancipação ocupando caráter crucial na gênese do que deverá ser a experiência humana nas esferas. Tal conceito tem um fundo Kantiano explícito.

É importante ressaltar, entretanto, que ao se examinar o conjunto da obra de Habermas, apesar das diferentes temáticas abordadas e de alguns redirecionamentos metodológicos que serão explicitados adiante, há um fio condutor que permanece constante em seu trabalho. Esse fio condutor é a ideia de emancipação articulada à comunicação mediada pela razão como condição para o entendimento. (BAUMGARTEN, 1998, p. 137)

O entendimento então de que o princípio do Discurso está vinculado a teoria das instituições é crucial. Estas vão além de uma categoria tradicional (meros corpos sociais e ficções políticas relacionadas a administração pública ou o interesse privado), mas sim, de que estão necessariamente inseridas dentro de um lócus social essencialmente dialógico e intersubjetivo, que estabelece relações incessantes com os diversos membros partícipes. Com isto, a própria vivência em sociedade deriva de uma unidade coexistencial, a categoria *a priori* do interesse em relação ao conhecimento.

Habermas parte de Kant, em cuja obra a objetividade do conhecimento é constituída e condicionada por princípios e categorias a priori, para demonstrar o equívoco da ilusão objetivista pela qual a ciência crê na existência de uma relação não mediatizada entre a consciência e o real. (BAUMGARTEN, 1998, p.139)

A ideia é de que por meio deste consenso são estabelecidos normas e valores que trariam benefícios a coletividade, este tendo como natureza um resultado e produto da comunicação, e não uma imposição de um grupo sobre o outro. Em Habermas, perceptível que deseja o estabelecimento dos aspectos da vida social que sejam criados pelo homem em um processo racional, que terão validade por serem elaborados em um processo orgânico mútuo. É o parâmetro de discussão como cerne da própria racionalidade. A emancipação enquanto processo deriva da noção Kantiana ao tema:

Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de quele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. (KANT, 2013, p.5)

De tal forma, o sujeito enquanto se reconhecendo como racional e inserido nos discursos busca sua própria emancipação ao agir de forma racional e discursiva nos embates das esferas. Esses processos reconstrutivos da verdade através da linguagem é o que gera o próprio processo histórico. Logo, os fatos sociais não poderão ser entendidos como meros dados, mas sim, como produtos históricos que podem ser alterados.

A racionalidade é compreendida então como uma busca pelo consenso, e não uma verdade imposta – assim sendo, o Direito estará em ligação direta com o plano ético-moral; não porque este seja ou não ético, mas sim por existir uma complementaridade entre estes dois corpos. É o que define como uma “Ética do Discurso”, definindo sua motivação em sua obra “Consciência Moral e Agir Comunicativo”:



A ética do Discurso não dá nenhuma orientação conteudista, mas sim, um procedimento rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame de validade de normas consideradas hipoteticamente. (HABERMAS, 1989, p. 148-149)

A partir disto, uma introdução aos modelos republicanos e liberais pode ser apresentado – reconhecendo este desenvolver linguístico e moral do direito, desemboca teoricamente em sua visão do modelo deliberativo de democracia, reconstruindo a pura troca de interesses sem fundo comum da política liberal. A distinção inicial entre os modelos republicanos e liberais pode ser realizada no seguinte ponto: na concepção de liberdades negativas e positivas. No modelo republicano, entende-se uma efetiva participação cidadã, onde a liberdade só é possível pela existência positiva de um estado. No modelo liberal, por outro via, entende-se que a lei é ultimamente uma proibição e/ou empecilho na liberdade pessoal do partícipe, vendo negativamente a atuação do estado. Habermas realiza essa definição:

Em primeiro lugar diferenciam-se as concepções de cidadão do Estado. Segundo a concepção liberal, determina-se o status dos cidadãos conforme a medida dos direitos individuais de que eles dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos. Como portadores de direitos subjetivos, os cidadãos poderão contar com a defesa do Estado desde que defendam os próprios interesses nos limites impostos pelas leis – e isso se refere igualmente à defesa contra intervenções estatais que excedam ressalva interventiva prevista em lei. Direitos subjetivos são direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo em cujos limites as pessoas do direito se vêem livres de coações externas. (HABERMAS, 2018, p. 279)

### Cidadania Comunicativa e a Democracia Deliberativa

Com estes sistemas de organização estatal forma-se, conseqüentemente, modelos de cidadania. Desta forma, Poder e Direito se relacionam aqui a Moral. Em Habermas é perceptível que a epistemologia do estado, visto no “Mudança Estrutural da Esfera Pública”, será diretamente relacionado ao seu modelo de cidadania, porém com bases em estudos hermenêuticos, éticos e linguísticos. E este projeto parte do novo reconhecimento da categoria da razão: o filósofo, enquanto guardador de lugar e intérprete, permite a criação do entendimento a partir da comunicação mediatizada pela razão, uma virada humana-linguística.

Destarte, a sua obra “Consciência Moral e Agir Comunicativo” ocupa este papel, de conectar linguagem e moral como detentor do saber político que desemboca a uma criação de sentido no direito: Possível a partir de um andar sócio-histórico libertador e intersubjetivo que, por meio da política liberal, leva ao andamento de uma Democracia Deliberativa: uma interlocução intersubjetiva que se dá através de paradigmas discursivos entre sujeitos que se reconhecem com sujeitos discursivos:

Mas, quando se tem presente a função coordenadora das ações que as pretensões de validade normativas desempenham na prática comunicativa quotidiana, percebe-se por que os problemas que devem ser resolvidos em argumentações morais não podem ser superados monologicamente, mas exigem um esforço de cooperação. Ao entrarem numa argumentação moral, os participantes prosseguem seu agir comunicativa numa atitude reflexiva com o objetivo de restaurar um consenso perturbado. (HABERMAS, 1989, 87)

Neste livro, dividido em quatro capítulos, a discussão se volta sobre as questões éticas e morais relativas ao agir comunicativo, com fundamentações argumentativas em autores da psicologia e hermenêutica. Mais do que inferir sobre significados de sua obra, o projeto Habermasiano consiste em discutir os aspectos morais da vida na ação comunicativa, com um sempre





presente refinamento e readaptações de conceitos com bases em leituras epistemológicas e filosóficas da consciência do pós virada linguística.

Inicialmente, na Teoria da ação Comunicativa, base da ética discursiva, uma categoria será necessariamente criticada em seu âmago afim de a formulação de um base filosófico-hermenêutica cabível ao mundo – a Razão. A crítica Frankfurtiana da razão iluminista, cega aos valores e com pretensão de universalidade, cientificista e que matematizou o mundo vivido será um ponto de partida. O sujeito agora não é mais “puramente” racional, mas linguístico enquanto ser político.

No lugar do sujeito solitário, que se volta para objetos e que, na reflexão, se torna a si mesmo por objeto, entra não somente a idéia de um conhecimento linguisticamente mediatizado e relacionado com o agir, mas também o nexa da prática e da comunicação quotidianas, no qual estão inseridas as operações cognitivas que têm desde a origem um caráter intersubjetivo e ao mesmo tempo cooperativo. (HABERMAS, 1989, p. 25)

A razão não é mais entendida como algo a parte do homem, que o coloca em uma posição semiótica frágil e que é dominada por esta, mas sim, com pressupostos valorativos, na qual a partir de um reconhecimento comunicativo de sua atuação poderá a sociedade se compreender dialeticamente na análise dos fatos. É a adaptação fenomenológica do mundo em um agir racional pautado em bases intersubjetivas, ou seja, grupal-consensual-democrático, e não em uma distribuição vertical dos entendimentos científicos aceitos pela classe dominante (a linguisticamente dominante) que perfaz os sentidos do âmbito social. Esta utilização crítica da própria razão contra a razão é o plano de fundo que permite um reconstruir crítico do agir social, permitindo que o discurso surja como base da própria democracia:

Queremos significar por democracia as formas institucionalmente garantidas de uma comunicação geral e pública, que se ocupa das questões práticas: de como os homens querem e podem conviver sob as condições objetivas de uma capacidade de disposição imensamente ampliada. (HABERMAS, 2018, p. 101)

Ao longo de toda produção teórica Habermasiana, um termo continuamente utilizado por este em seus escritos chama atenção, “Constelação”. Ao demonstrar a união, entrelaçamento e convergência em interesses e objetivos nos diferentes polos da sociedade e estado (instituições, poder político, poder administrativo, cidadãos, mídia...) este demonstra como esta, aparentemente separada e desconexa em suas ramificações, é na verdade um organismo vivo e multidimensional, na qual apesar de todas as diferenças e separações existentes, confluem e contribuem para o estabelecimento de uma vida harmoniosa.

Ou pretensiosamente harmoniosa. Como em um tabuleiro de Xadrez, o posicionamento e correta utilização das diferentes peças disponíveis em sua posição neste o leva a vitória e a derrota. Não diferentemente são as reflexões geradas pelo pensamento Habermasiano. Mais do que um reconhecimento de uma união entre filosofia da consciência e moral, do papel comunicativo da cidadania, da necessidade de interação entre Estado e Sociedade, da justiça social e liberdade, este é o ponto deixado pelo autor alemão: entendimento de sua própria posição. Correta utilização do poder que lhe está disponível. No momento que abusos e tomadas incorretas de posições são realizadas, a complexa teia social dos espaços se reconfigura de tal forma que o poder é corrompido pela ganância, pelas “inautenticidades” que se escondem naquilo que é proibido ou escondido. E são nos limites discursivos das relações entre esferas que os abusos de poder e inautenticidades discursivas podem ser analisadas.

Fora o apontado pelo autor, inicialmente, na perda de domínio da interação política na esfera pública no “Mudança Estrutural da Esfera Pública”, na qual a apresentação de uma dominação sobre a mídia determinou, de maneira extremamente precoce, como o domínio da técnica

sobre a verdade e sobre a criação de sentido político sendo suplantada pela forma foi auferida de forma muito jovem em sua produção.

Ocorreu uma Abstinência ao raciocínio literário e político, com uma relação entre abstinência do público leitor e o papel da mídia. O fato tomando a forma de ficção e vice-versa: A mídia secularizada preocupada apenas em seguir as leis de mercado e publicar “o que é lido”, que pouco ou nada contribuem para o pensar democrático. A democracia deliberativa detém implicitamente o sentido de que a participação política é necessariamente descentralizada: esta não ocorre através unicamente dos espaços específicos das instituições governamentais, mas entre todos os espaços do agir comunicativo que detém a intenção de estabelecer um diálogo prático dentro da sociedade.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A política Deliberativa e seu sistema de eclusas, explicadas por Lubenow em seu artigo “*Esfera Pública e Democracia Deliberativa em Habermas – Modelo Teórico e Discursos Críticos*”, é uma possível superação deste conceito de Esferas em crise, expondo teorias de textos posteriores de Habermas. O modelo de Sítio é delimitador e contra o Estado, necessitando do modelo Procedimental – Junto ao Estado e influenciador, uma atuação em conjunto com o consenso racional sendo valorada pela qualidade racional dos resultados.

Na contrapartida ofensiva do novo modelo de circulação do poder político, a categoria de esfera pública é redimensionada dentro deste novo modelo de eclusas e assume um papel mais amplo e mais ativo junto aos processos formais mediados institucionalmente. Com o novo modelo de acoplamento, os processos de comunicação e decisão do sistema político são estruturados através de um sistema de eclusas, no qual os processos de comunicação e decisão já estão ancorados no mundo da vida por uma ‘abertura estrutural’, permitida por uma esfera pública

sensível, permeável, capaz de introduzir no sistema político os conflitos existentes na periferia. (LUBENOW, 2010, p. 229)

Assim sendo, a verdade como consenso é fracionada como parte da estrutura racional da linguagem, um componente que deixa de ser utópico apenas no âmbito da retórica: fundamenta-se a experiência humana na própria experiência humana, uma lógica circular que promove a esperança racional no conhecimento e interesse comunicacional de nossa espécie. Entendemos então que o próprio espírito humano é alavancado em um contexto existencial. O espírito humano aqui é compreendido como a estrutura racional da linguagem, que se manifesta como uma defesa racional da utopia e de sua esperança. Não é a mais a intersecção entre agir e pensar, tanto criticado por Habermas. Mas entre sentido e razão, e esta localização simbólica nos espaços geográficos dos discursos são encontradas nos fluxos comunicativos entre esferas; entre as trocas discursivas dos sujeitos.

Com esta proposta deliberativa de democracia, vemos uma opção explícita de Habermas: a descrição do procedimento deliberativo serve como pano de fundo para a proposta de circulação e implantação do poder comunicativo, ancorado num sistema de eclusas. Os fluxos comunicativos podem migrar tanto do centro para a periferia quanto da periferia para o centro, dependendo de quem determina ou controla a orientação dos fluxos de comunicação. (LUBENOW, 2010, p. 235)

A utopia Habermasiana anula a si mesmo em seu contexto utópico por ser, ela mesma, antagônica a uma utopia. É duplamente conservadora da experiência humana, mas em disputa com a experiência humana. É a consciência que se emancipa ao mundo e pelo mundo, não do mundo. A intersubjetividade do ser político o leva a mais perto da própria estrutura racional da linguagem.

É uma narrativa sobre o Poder. Este agora não mais entendido apenas de maneira vertical (sendo esta forma até mesmo anacrônica), mas descentralizado, disperso e aberto a todos. Resta identificar e impedir que sua

tomada seja feita de maneira injusta. Com o desenvolvimento da autenticidade disponível na dialética emancipação do agir comunicativo, caminha conjuntamente uma noção de política que, democraticamente, entende este como parte integrante de todos.

Podemos apontar que as relações entre estado, política, linguagem e moral tanto internamente à teoria habermasiana quanto externamente em suas interpretações são conflituosas, porém, a emancipação do ser político pela conquista do sentido linguístico comunicacional e suas considerações à um modelo político será basilar e homogêneo a todas. O agir comunicativo implica em uma descentralização da legitimidade política, com uma nova maneira de o concentrar: a partir dos limites éticos discursivos dos sujeitos.

Desta forma, diversas formas de ataque a problemática foram efetuados, onde não apenas alteramos sua forma e conseguimos respostas – mas também, reutilizamos Habermas a um contexto linguístico pouco aplicado nas discussões do mundo jurídico. As relações percebidas aqui poderão alterar o foco de futuras pesquisas, descentralizando a antiga dicotomia de que o Direito é separado da sociedade, e vice-versa. Com sua intersubjetividade comunicacional, de fundo linguístico e moral com consequências políticas, trazemos o estado à sociedade e vice-versa, unindo o que anteriormente fora erroneamente separado. O discurso político aqui então se mostra como não apenas um movimento de crítica ao Estado, mas sim, de sua própria progressão dialética enquanto igualmente mecanismo de emancipação dos sujeitos.

## REFERÊNCIAS

BAUMGARTEN, Máira. *Habermas e a emancipação: Rumo à Democracia Discursiva?* Porto Alegre, UFRGS, 1998.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro; Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como Ideologia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva. São Paulo; Editora Unesp, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. São Paulo; Editora Unesp, 2018.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: Que é “Esclarecimento”? In: KANT, Immanuel. *Immanuel Kant: textos seletos*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 9. ed. Petrópolis:Vozes, 2013.

LUBENOW, Jorge Adriano. *Esféra Pública e Democracia Deliberativa em Habermas – Modelo teórico e discursos críticos*. Kriterion, Belo Horizonte, 2010.

REESE-SCHAFER, Walter. *Compreender Habermas*. 4 Edição, Tradução de Vimar Schneider, Editora Vozes. Rio de Janeiro. 2017



# PROCEDIMENTALISMO PURO E NEUTRALIDADE EM JOHN RAWLS: UMA ANÁLISE A PARTIR DE SUA TEORIA DA JUSTIÇA



## WALDEMAR DE ALBUQUERQUE ARANHA NETO

Mestre e Doutorando em Direito pela UFPB. Professor de Direito Tributário e Financeiro no Centro de Ciências Jurídicas da UFPB e Auditor Fiscal da Secretaria da Receita Municipal de João Pessoa. E-mail: wnetojp@hotmail.com.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6136-8018>.

**Sumário:** 1. Introdução 2. Apontamentos acerca da teoria rawlsiana de justiça 3. A questão da neutralidade no procedimentalismo “puro” 4. Considerações finais — Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto central a teoria rawlsiana de justiça e sua aptidão para lidar, de forma neutra e imparcial, com as várias concepções existentes no seio da sociedade.

John Rawls pretendia formular uma teoria que pudesse ser classificada como um caso de procedimentalismo puro, no qual o conteúdo da justiça não estivesse previamente determinado por uma doutrina abrangente qualquer, ou seja, não pudesse ser julgado por um critério externo, prévio e independente à deliberação que haveria de decidir a questão. Esse ponto teria o papel de garantir neutralidade ou imparcialidade diante das visões presentes na sociedade, cada vez mais marcada pela pluralidade.

Muitos autores advogam a tese de que a pretensão de Rawls teria sido alcançada, porém, outras fontes posicionam-se de forma crítica, ora apontando reformulações que visariam o aprimoramento dos conceitos, ora suscitando a impossibilidade de conceber e executar um projeto dessa natureza. É dentro dessa problemática que se insere o presente trabalho.

A pesquisa sobre o sucesso ou insucesso de Rawls é academicamente relevante. Um dos pontos centrais para a viabilidade de adesão à sua proposta está calcada, justamente, no cumprimento dessa aspiração de neutralidade, ou seja: parte relevante do poder persuasivo da teoria encontra-se na capacidade de o modelo tratar o tema da justiça de uma forma que seja percebida, num ambiente plural, como suficientemente imparcial.

Para dar conta do objetivo, o desenvolvimento deste texto foi dividido em duas seções.

A segunda seção caracteriza-se, predominantemente, pelo uso de método descritivo. A teoria de Rawls será apresentada, em formato resumido, tocando em conceitos vários, tais como o papel da justiça e sua aplicação às estruturas básicas da sociedade; as escolas filosóficas do Utilitarismo, do Intuicionismo e o desejo de apresentação de uma alternativa; o assumido ponto de partida na Teoria Contratualista Moderna e o esforço de abstração subsequente; o modelo mental da posição inicial, sob o véu da ignorância, como estratégia para alcançar uma postura mais desinteressada; a definição sobre os princípios da justiça e a defesa dos princípios da liberdade igual e da diferença como os mais aptos a cumprir o papel de coesão.

A terceira seção destina-se a colacionar, comparar e confrontar os argumentos presentes em várias fontes que colocam suas opiniões acerca do projeto rawlsiano de neutralidade. Algumas são entusiastas ao avaliar



a teoria de Rawls, outras apresentam tom crítico. Dessa dialética, o posicionamento deste trabalho pode ser construído.

## 2. APONTAMENTOS ACERCA DA TEORIA RAWLSIANA DE JUSTIÇA

Em agosto de 1971, John Rawls publica “Uma Teoria da Justiça” afim de estruturar seu pensamento sobre filosofia política. No caso, tratava-se de estruturar, porque a obra não surge como um conjunto propriamente inédito de proposições, o autor reconhece que a mesma é fruto da condensação de vários escritos que foram cunhados e publicados ao longo de 12 (doze) anos de pesquisa. Muitas das categorias já haviam sido trabalhadas separadamente, de forma que o projeto empreendido com o livro seria o de unir tais partes num único corpo, a fim de que ganhassem um *status* próprio de teoria.

Evidentemente, a feitura do texto da década 70 do século passado não representou uma simples compilação, pois houve acréscimos e ajustes em relação às publicações anteriores. Na sequência do tempo, o autor promoveu ainda algumas reformulações na teoria, em muitos casos, depois de dialogar com outros pensadores que apontavam críticas e observações, a exemplo de Herbert Hart e Jürgen Habermas.

Como introito, Rawls afirma que, ao longo de décadas, o pensamento da filosofia política era dominado por uma dicotomia entre Utilitarismo *versus* Intuicionismo, este elegendo certos valores morais por meio da confiança em nossa intuição e aquele sujeitando qualquer interesse humano a uma perspectiva instrumental.

Reconhece que o Utilitarismo, por meio de explicações e propostas cada vez mais sofisticadas, dominou o pensamento político anglo-saxão desde David Hume, Adam Smith, Jeremy Bentham e John Stuart Mill, todavia, ao longo de seu percurso histórico, enfrentou legítima oposição daqueles que percebiam a existência de alguns sentimentos morais compartilhados; sentimentos tais que representavam valores não passíveis de relativização. O reconhecimento desses interesses redundava em questionamentos sobre a viabilidade de aplicar o Utilitarismo como fórmula

básica de estruturação da vida coletiva. Em vista disso, Rawls considera que as teorias utilitaristas não conseguiam explicar, por exemplo, o exercício da igualdade e da liberdade, segundo a forma como tais categorias eram percebidas pelas sociedades que lhe eram contemporâneas, principalmente levando em conta o paradigma constitucional democrático, que se tornou um dos mais influentes modelos a partir da segunda metade do século XX.

Por outro lado, o Intuicionismo também apresentava inconvenientes. Para Rawls, seria intuicionista a teoria que estivesse apoiada na intuição humana como forma de indicar quais valores deveriam ser observados na convivência social, ou seja, por consulta à intuição, seriam identificados os parâmetros básicos da justiça. O problema dessa abordagem, segundo o autor, era a constatação de que, no caso de conflitos entre concepções distintas, não haveria forma de solucionar a questão, pois cada posição em disputa estaria fundada no seu pressuposto intuitivo. Noutras palavras, não haveria espaço para diálogo frutífero, pois os *insights* de intuição não estariam sujeitos à justificação racional.

Dessa dicotomia, Rawls afirma ter percebido que a condução do pensamento da filosofia política, frequentemente, caminhava por adotar alguma das formas de Utilitarismo, com a eleição *ad hoc* de certas pautas morais intuicionistas, ou seja: como regra geral, para solução dos problemas da vida coletiva, adotava-se o perfil instrumental utilitário, salvo em questões específicas, onde estaria em jogo valores que seriam considerados absolutos pela teoria em questão. Tratava-se de uma aglutinação de características presentes nas duas correntes. O autor acredita que seria possível apresentar uma terceira via que pudesse superar as limitações existentes em ambas.

A inspiração de Rawls – assumidamente – vem da Teoria Contratualista tradicional, nas formulações feitas por John Locke, Jean Jaques Rousseau e Immanuel Kant. O autor defende que, no conteúdo de tais proposições, podem ser encontradas exortações que correspondem a um senso de justiça ainda aplicável no século XX, mas que, por razões diversas, não foram percebidas integralmente. Sendo assim, no fundamental, sua obra não

teria o condão da originalidade, em verdade, estaria engajada na tarefa de apresentar tais princípios, a partir de uma reestruturação que pudesse pô-los em evidência e, assim, extrair dos mesmos todo seu potencial persuasivo. Dito de outro modo: Rawls afirma que sua pretensão é elevar o nível de abstração da Teoria Contratualista tradicional, a fim de expor os fundamentos que ali estão inseridos, e, dessa forma, oferecer, de um lado, uma alternativa ao utilitarismo predominante e, de outro, uma base racional para os princípios de justiça aplicáveis à estruturação básica da sociedade.

Como forma de preparar o discurso, o autor inicia abordando o papel da justiça. Segundo ele, a sociedade é vista como um agrupamento colaborativo de vários indivíduos que reconhecem o fato de que fazer parte dessa convivência corresponde a um estado vantajoso, em relação à vida fora dela. Essa percepção de vantagem comparativa decorre de uma avaliação que os membros fazem da distribuição de custos e benefícios ali presentes, isto é: quanto mais próxima essa distribuição estiver de um ideal de justiça, maior a estabilidade social. Assim, o papel da justiça seria o de viabilizar e promover a coesão da sociedade.

Cada indivíduo detém um senso de justiça, de forma que lhe é possível julgar as situações concretas presentes na sociedade com base nesse parâmetro. Todavia, Rawls deseja refletir sobre a construção de um senso compartilhável de justiça, para que fosse possível servir ao propósito de coesão mencionado. Obviamente, para essa finalidade, não seria viável utilizar apenas uma das concepções existentes.

Ainda nas observações iniciais, o autor afirma que vai dedicar-se aos critérios de justiça que incidem sobre as estruturas básicas da sociedade. Ele reconhece a vagueza da expressão, mas afirma que, à medida em que for delineando as ideias, o conceito ficará razoavelmente claro. Aqui, Rawls pretendia reforçar o argumento de que sua teoria estava vinculada a um esforço de abstração do contratualismo tradicional e, ao mesmo tempo, expressar que, elegendo os princípios aplicáveis às estruturas básicas, as outras regras mais específicas seriam identificadas por dedução.

Nesse propósito, o referido autor constrói o conceito de posição original ou situação inicial, afirmando que “[...] a posição original

de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social.” (2000, p. 13).

Evidentemente, um primeiro ponto a destacar refere-se ao fato de que essa posição original, como se percebe, constitui-se em modelo hipotético e não em um evento concreto ocorrido no curso da História.

Outra circunstância relaciona-se à função dessa categoria teórica, a saber: a intenção do autor era criar um modelo mental para que fosse possível julgar o nível de justiça em cada situação presente na sociedade em questão. Por não se tratar de um evento ocorrido na jornada histórica, serviria de método para comparar os arquétipos ideais concebidos na posição original com as manifestações concretas em dada sociedade. Como resultado dessa comparação, haveria de se tomar a decisão em confirmar, reformar ou abolir as regras e instituições então vigentes.

As concepções ideais que servem de paradigma para julgar cada manifestação concreta presente no arranjo social seriam elaboradas com base em princípios de justiça, sendo que estes corresponderiam a um nível ainda maior de abstração, pois iriam servir como critérios gerais para definição das estruturas básicas da sociedade. Fazendo uma analogia para tornar mais clara a ideia: os princípios de justiça seriam tais como diretrizes urbanísticas para guiar o arquiteto na elaboração de um projeto arquitetônico; o projeto arquitetônico, que representa a concepção ideal da obra, serve de norte para que o engenheiro e sua equipe executem a construção concreta; assim como o projeto arquitetônico será julgado pela sua observância às diretrizes urbanísticas, também a obra pronta será avaliada com base na sua aderência ao projeto arquitetônico.

Na posição original, portanto, as pessoas decidiriam os princípios de justiça aplicáveis às estruturas básicas da sociedade, mas com uma peculiaridade: cada membro estaria sob um véu de ignorância. Esse instrumento teria a função de garantir que cada indivíduo não acessaria suas informações pessoais, tais como idade, sexo, condição de riqueza, local de nascimento, nem mesmo aspectos ligados ao seu temperamento, à sua condição de saúde, propensão a doenças ou, ainda, à presença ou ausência de talentos que lhe pudesse favorecer ou desfavorecer nas relações sociais.

Rawls propugnava que cada pessoa, se viesse a ser chamada para a posição inicial com a consciência de qual condição a mesma iria ostentar na sociedade, por óbvio, tenderia a só entrar em acordo com princípios de justiça que lhe favorecesse. Todavia, estando sob o véu da ignorância, cada um tenderia a eleger princípios que teriam o potencial de garantir uma expectativa razoável de bem-estar, seja qual fosse a posição particular que aquele membro viesse a ocupar. É importante perceber que o véu da ignorância não pressupõe que a pessoa não tivesse informações sobre como a sociedade estaria estruturada e, ainda, sobre quais seriam as relações entre os vários grupos sociais; na verdade, o que lhe estaria oculto seriam os dados sobre sua condição pessoal.

Diante desse artifício, Rawls defende que seriam tomadas decisões mais próximas do ideal de justiça, segundo à concepção desta como sendo uma distribuição consensual de custos e benefícios no sistema colaborativo que caracteriza a sociedade. Ele denomina essa concepção de “Justiça como Equidade”, para ressaltar duas circunstâncias: o *status* dos que decidem e o resultado da deliberação. Os protagonistas estão em “pé de igualdade”, tendo em vista posição original, sob o véu da ignorância. O resultado, por consequência, é uma distribuição equitativa – logo justa – da relação entre custos e benefícios do empreendimento colaborativo que caracteriza a sociedade.

Abordando quais seriam os princípios eleitos na posição original, sob o véu da ignorância, Rawls pugna que as pessoas concordariam com duas diretrizes que correspondem ao que resolveu chamar de princípio da liberdade igual e princípio da diferença.

Pelo princípio da liberdade igual, cada membro teria a pretensão legítima de gozar da maior liberdade possível, na medida em que o exercício dessa prerrogativa fosse compatível com a mesma pretensão legítima dos demais membros da sociedade. Trata-se, como visto, de uma reformulação da liberdade como Direito Natural, próprio da Modernidade.

A liberdade igual, como se percebe, denuncia o pressuposto de conceber todas as pessoas como iguais. Entretanto, reconhecendo que as pessoas não são materialmente iguais e que essas características diversificadas têm

o potencial de implicar no seu *status* social, Rawls admite o princípio da diferença. Entende como legítima a possibilidade de distinguir os indivíduos – inclusive desigualdade econômica – como expressão da diferença de aptidão para produção de resultados socialmente relevantes, mas desde que haja um sistema de compensação para redistribuição de parte dos benefícios gerados pela aceitação dessa desigualdade. Tais compensações deveriam, principalmente, servir para melhorar a condição dos menos favorecidos.

Em resumo, o autor acredita que as pessoas, na posição inicial e sob o véu da ignorância, poderiam entrar em acordo sobre viver numa sociedade desigual, em face de duas razões fundamentais: primeiro, porque se elas viessem a ocupar uma posição menos favorecida, estariam no direito de exigir compensações preferenciais pela repartição dos frutos gerados com a aceitação dessa desigualdade; segundo, porque, num contexto de liberdade igual, onde as oportunidades estariam disponíveis a todos, entenderiam que seria justo premiar com *status* mais elevado aqueles que obtiveram maior sucesso na produção de resultados socialmente relevantes. Rawls cita, inclusive, que a efetivação do princípio da liberdade igual é um pressuposto em relação ao princípio da diferença.

Vale destacar alguns pontos.

Rawls afirma expressamente que sua tese se afasta do Utilitarismo. Neste, o justo e o bem são categorias distintas, no sentido de que justo é o arranjo que maximiza o bem – ou, em palavras mais precisas, que conduza ao maior bem-estar líquido –, logo, tem-se uma concepção teórica que é classificada por ele como teleológica. “Uma Teoria da Justiça” é encarda por seu autor como uma proposta deontológica, na medida em que a situação inicial conduz ao acordo sobre os princípios de justiça que funcionarão como diretrizes a serem observadas, independentemente de juízos de eficiência. Ele entende que o nível de abstração alcançado com sua abordagem permitiria identificar os princípios de justiça como expressões daqueles sentimentos morais compartilhados, não sujeitos à instrumentalização.

Por outro lado, Rawls defende que sua teoria não seria classificada como Intuicionista. Apesar de os princípios de justiça ocuparem uma

posição que os tornam funcionalmente deontológicos, o autor indica que os mesmos resultam de uma deliberação, após esforço argumentativo, ou seja, tomam como pressuposto pessoas dotadas de racionalidade e senso de justiça, que estariam habilitadas a entrar em acordo sobre as diretrizes fundamentais de sua convivência. Os princípios da justiça, portanto, não seriam oriundos de simples intuição. Na verdade, Rawls reconhece que, em alguma medida, há um apelo à essa faculdade para a “descoberta” de quais seriam os postulados capazes de formar consenso, mas defende que “[...] na Justiça como equidade o papel da intuição está limitado de várias maneiras” (*Idem*, p. 45).

Essa coexistência de racionalidade e intuição é uma questão relevante para a teoria, principalmente na intenção dele em não ser classificado como intuicionista. Há uma ênfase do autor para ressaltar o caráter racional de sua proposta, mesmo admitindo a impossibilidade de retirada completa do elemento intuitivo. Faz parte dessa estratégia os chamados “juízos ponderados em equilíbrio refletido”.

Juízo ponderado seria o julgamento que não é oriundo de um impulso inicial ou emocional. Já, o equilíbrio refletido seria o resultado de juízos ponderados sobre várias alternativas concorrentes. Ou seja: as pessoas deveriam destinar tempo razoável para pensar sobre quais seriam os princípios de justiça e, além disso, deveriam levar em consideração o conjunto das várias concepções de existentes.

Enfim, tais “juízos ponderados em equilíbrio refletido” configuram, portanto, o arcabouço conceitual utilizado para balizar a maneira mais adequada para a tomada de decisão na posição original.

A partir desse esforço, Rawls apresenta os princípios da liberdade igual e o da diferença como sendo os mais promissores, ou seja, aqueles que apresentariam a maior probabilidade de formar consenso acerca das diretrizes básicas da convivência social.

### 3. A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE NO PROCEDIMENTALISMO “PURO”

A teoria de John Rawls é bastante discutida e utilizada nos meios acadêmicos, gozando de notório prestígio. Dentre suas várias características, é possível destacar a percepção da mesma como procedimental pura<sup>68</sup>. Muitos comentadores compreendem “Uma Teoria da Justiça” como empreendimento despido de valores fundacionais, de forma que a mesma pudesse servir de modelo para construção dos paradigmas da convivência coletiva mediante caminho neutro, ou seja, apenas as regras do debate público estariam delineadas, mas não o resultado da deliberação.

Outras vezes, para expressar ideia semelhante à descrita acima, é utilizado conceito de justiça como uma concepção política, isto é, Rawls é visto como tendo proposto uma teoria que, no lugar de apelar para valores morais prévios, preencheria o conteúdo da justiça por meio de uma decisão tomada pelos membros da sociedade (consenso sobreposto às doutrinas abrangentes). Novamente, a neutralidade e o procedimentalismo estão presentes, na medida em que não haveria pautas deontológicas anteriores e o modelo teórico limitar-se-ia a definir, de forma neutra, o procedimento para a tomada de decisão.

Vejam-se os seguintes trechos:

Sua tese centra-se na ideia de justiça como equidade, que é uma **concepção política de justiça**. [...] A novidade do autor está em insistir no fato de que a justiça é um conceito **essencialmente político**, que diz respeito à vida humana em sociedade como um todo, sendo a justiça a primeira virtude das instituições sociais [...] (BATISTA e MARTINS, 2017, p. 3)

Grifei

---

<sup>68</sup> Em várias passagens, utilizarei a expressão “neutra” no lugar de “pura” ao me referir ao procedimentalismo, de forma a ressaltar a aspiração rawlsiana de imparcialidade, que configura temática central neste trabalho.



Assim sendo, o **procedimentalismo** da teoria da “Justiça como Equidade” de John Rawls se qualifica como um caso de **justiça procedimental pura**, a partir do qual a adoção do procedimento correto determina o resultado ideal; ou seja, a justiça de Rawls fornece um esquema **formal** segundo o qual, uma vez adimplidas todas as condições necessárias para satisfazer os princípios de justiça, qualquer distribuição de direitos e bens será justa. (BARBOSA-FOHRMANN e ARAÚJO, 2020, p. 294)

Grifei

Rawls propõe uma Constituição baseada no **procedimentalismo puro, restrita às questões políticas** [...] Neste sentido, a justiça ocorre quando não há critério **independente** para o resultado correto, isto é, um **procedimento** justo gera um resultado, também, justo. (LIMA e RODRIGUES, 2009, p. 131-132)

Grifei

Assim, as ideias subjacentes em uma sociedade plural razoável como a concepção de pessoa e sociedade juntamente com a ideia de **justiça procedimental**, formam a estrutura de possibilidade do equilíbrio reflexivo como algo cujo resultado é aceitável para uma ampla maioria de pessoas (LIMA e RODRIGUES, 2011, p. 29)

Grifei

O que vai interessar na justiça como equidade é apresentar um modelo **procedimental** de representação; no caso, a posição original, onde os princípios de justiça, escolhidos sob o véu da ignorância, são equitativos. Este artifício rawlsiano é definido como **procedimentalismo puro**; aquele mecanismo onde os procedimentos justos garantem os resultados, também, justos. (LIMA, 2020, p. 42)

Grifei

Para poder compreender a razão pela qual a teoria de Rawls é frequentemente vista pelo ângulo indicado acima, é preciso mencionar o contexto no qual o problema da justiça foi trabalhado.

Aquele autor percebia que as sociedades se tornavam progressivamente mais plurais, ou seja, eram compostas por grupos diversificados, que professavam valores distintos e, não raro, conflitantes entre si. Esse cenário inviabilizava – ou, ao menos, tornava muito difícil – o projeto de estruturar a convivência humana com base nos valores morais de um dos grupos existentes. A eleição de um deles como doutrina abrangente implicaria, necessariamente, numa postura que iria variar de indiferente a hostil, em relação aos demais que foram preteridos, ocasionando instabilidades e impasses.

Percebe-se, portanto, que o sucesso do projeto de estruturação da vida coletiva a partir da eleição de uma das doutrinas abrangentes de justiça iria depender da pré-existência de razoável unidade axiológica no seio social, algo cada vez menos presente, sendo assim:

A finalidade do pensamento de Rawls é planejar um modelo no qual liberdade e igualdade consigam conviver em uma sociedade cada vez mais **plural** e distanciada de conceitos **absolutos** (uma religião, uma moral, uma arte ou mesmo um direito comuns), mas centrada na força de laços políticos e jurídicos integradores. (LIMA, 2019, p. 9)

Grifei

Ao colocar a “solução” do problema da justiça na deliberação dos indivíduos/grupos, com a condicionante da posição inicial sob o véu da ignorância, Rawls teria deslocado os holofotes para um procedimento pretensamente neutro. Essa estratégia teria o potencial de formar um consenso sobreposto acerca da definição das regras básicas de convivência num ambiente plural, pois não estaria privilegiando ou excluindo qualquer dos grupos existentes. O foco no procedimento garantiria, portanto, uma metodologia neutra/imparcial.

Um primeiro contraponto que pode ser formulado em relação a essa interpretação seria o seguinte: se a teoria de Rawls considera os princípios de justiça da liberdade igual e da diferença como exercendo uma função deontológica para as estruturas básicas da sociedade, o seu pensamento poderia realmente ser visto como um procedimentalismo neutro? Vejam-se os seguintes trechos:

Sabe-se, conforme acima exposto, que os princípios de justiça sobre os quais devem recair tal consenso possuem **conteúdo** e, portanto, o terreno comum das doutrinas a que se refere Rawls **não torna seu procedimento neutro**; existe, portanto, **conteúdos** liberais e relativos a questões sociais (ainda que aqueles tenham prioridade sobre estas) decorrentes do acordo original que, em última análise, consistem naquilo que **fundamenta** as instituições sociais que passam pelo superveniente crivo social. (GAMBA, 2018, p. 169)

Grifei

Ao contrário de um modelo estritamente procedimental (como o de Habermas), o modelo **substantivo** de Rawls requer proteção para liberdades não políticas, como, por exemplo, a igualdade de oportunidades e distribuição justa de recursos sociais. Partindo dessa ideia, a função da deliberação é **somente** resolver de que modo a **aplicação** de princípios pode ser mais bem realizada. **Esse atrelamento da deliberação a princípios de justiça previamente justificados** é o aspecto distintivo do modelo de democracia deliberativa **substantiva**. [...] Rawls elabora, assim, um procedimento de justificação para mostrar que os seus princípios de justiça **transcendem** o momento de seu surgimento e podem servir como **padrões** para reformas políticas na estrutura básica da sociedade. (GODOY, 2010, p. 4544)

Grifei

Esses posicionamentos podem ser rebatidos na leitura da própria obra “Uma Teoria da Justiça”.

Tal como visto na seção anterior, a proposta de Rawls não seria defender os princípios da liberdade igual e da diferença como pautas morais pré-existentes ao debate público. Sua intenção era apresentá-los como o resultado mais defensável, mediante os “juízos ponderados em equilíbrio refletido”. Significa dizer, portanto, que uma dada sociedade qualquer poderia decidir adotar outros princípios de justiça, desde que a posição inicial, o véu da ignorância e as demais regras procedimentais fossem respeitadas. Sendo que, depois de definidos tais princípios, os mesmos passariam a exercer uma função deontológica sobre as estruturas básicas da sociedade.

Na verdade, sobre este ponto, é importante frisar que o próprio Rawls tinha a intenção de ser visto como formulador de uma teoria classificada como procedimentalista pura, vejamos:

[...] a justiça procedimental pura se verifica quando não há critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contanto que o procedimento tenha sido corretamente aplicado. (*Idem*, p. 92)

O trecho acima representa extrato onde o conceito de justiça procedimental pura é trabalhado em contraste aos de justiça procedimental perfeita e imperfeita (nestas, o resultado pode ser julgado com base num critério externo e independente). Como é perceptível, na visão de Rawls sobre sua teoria, a eleição dos princípios de justiça seria um caso exemplificativo de procedimentalismo puro, pois o resultado não estaria condicionado por um critério externo e independente, algo que garantiria a neutralidade/imparcialidade.

Enfim, a crítica lançada pelas duas fontes acima parte de uma compreensão inadequada da teoria rawlsiana, porque considera os princípios de justiça como critérios externos e independentes, por meio dos

quais o resultado da deliberação viria a ser avaliado e, como visto, não é isto que ocorre.

O segundo ponto que pode ser questionado acerca da classificação do pensamento de Rawls como sendo um procedimentalismo neutro advém de uma restrição colocada por este autor ao conteúdo do que pode ser levado à razão pública.

Uma das fontes indicadas acima – BARBOSA-FOHRMANN e ARAÚJO, 2020 –, que compartilha da ideia de interpretar Rawls como um exemplo de procedimentalismo neutro, apresenta esse aspecto da teoria, nos seguintes termos:

Uma concepção será mais ou menos estável, dependendo do fato de que as condições, às quais ela conduz, sustentem doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes **razoáveis**, que podem constituir uma interface consensual estável. Disto, decorrem duas premissas importantes. Primeiro, qualifica-se a doutrina razoável a partir de sua aptidão para **não rejeitar** os princípios fundamentais de um regime democrático, enquanto as não-razoáveis são aquelas **incompatíveis** com os princípios da justiça – liberdade e igualdade. Em segundo lugar, devido ao cumprimento do Princípio da Liberdade, não podem ser proibidas as doutrinas não razoáveis, sendo, portanto, problema do Liberalismo Político administrá-las para que não “**solapem a unidade e a justiça da sociedade**”. (p. 299)

Grifei

Essa passagem demonstra alguns itens importantes.

Como se viu no trecho, Rawls, mesmo sabendo que, em sua teoria, os princípios de justiça não estavam definidos previamente, ainda assim, defendia que não pudessem ser levadas ao debate público as doutrinas abrangentes não-razoáveis. Sendo assim, o que identificaria uma doutrina abrangente como não-razoável?

Tal como está destacado acima, a doutrina abrangente seria não-razoável quando fosse incompatível com os princípios de justiça escolhidos

na posição original, ou seja, qualquer que fossem os princípios eleitos por determinada sociedade, as demais doutrinas abrangentes que advogassem valores frontalmente contrários a tais diretrizes seriam classificadas como não-razoáveis. Essas doutrinas teriam o potencial de desestabilizar a sociedade em questão, visto que o papel dos princípios de justiça era o de garantir a coesão social.

Vale notar que a fonte transcrita, mesmo identificando a limitação às doutrinas abrangentes não-razoáveis, classifica o pensamento de Rawls como um procedimentalismo puro. Parece haver incompatibilidade entre as duas assertivas. Se um conjunto de ideias não pode ser levada ao debate público, como se poderia classificar esse pensamento como neutro? Não estaria realizando um julgamento de valor prévio sobre o conteúdo do que pode ser publicizado?

Todavia, ainda aqui, é viável compatibilizar as ideias. Creio que seria possível uma leitura defensiva da teoria de rawlsiana quanto a esse ponto, apesar de a fonte citada não abordar essa questão por meio do ângulo que será descrito a seguir.

Para Rawls, haveria uma diferença entre advogar as doutrinas na posição original, sob o véu da ignorância, em contraste com a possibilidade de apresentá-las posteriormente. A teoria rawlsiana não coloca os princípios de justiça como previamente definidos, sendo assim, na posição original, não há como classificar qualquer doutrina abrangente como razoável ou não-razoável. O julgamento de valor sobre as mesmas depende, portanto, de quais serão os princípios de justiça concretamente eleitos e, dessa forma, somente após seu estabelecimento, poder-se-ia aquilatá-las, segundo tais parâmetros.

Do que foi dito, conclui-se que, para Rawls, ao menos teoricamente, não haveria limitação para apresentação de ideias na posição original, fazendo com que sua teoria pudesse ser classificada como procedimental pura. Apenas em momento posterior, ou seja, depois de terem sido definidos os princípios de justiça, as doutrinas abrangentes classificadas como não-razoáveis sofreriam a limitação indicada, porque seriam entendidas

como desestabilizadoras da coesão social. Não poderiam ser proibidas<sup>69</sup>, mas, como já foi colocado, seria um “[...] problema do Liberalismo Político administrá-las para que não ‘solapem a unidade e a justiça da sociedade’” (BARBOSA-FOHRMANN e ARAÚJO, 2020, p. 299).

Haveria, então, algum contraponto mais relevante para a intenção de classificar a teoria de Rawls como procedimental pura? Vejamos outras fontes.

A partir do reconhecimento de que a teoria de Rawls é vista como procedimentalista, Gustavo Oliva de Oliveira e Thadeu Weber introduzem o pensamento de Axel Honneth:

A Filosofia Política contemporânea é, até certo ponto, dominada pela família de teorias da justiça conhecida como “**teorias procedimentalistas**”. Tendo como seu grande exemplo paradigmático o liberalismo político de John Rawls, as teorias liberais **procedimentais** hoje são centrais para a discussão filosófica sobre a política e a justiça. [...] Em “A textura da justiça”, Honneth analisa a cena contemporânea da Filosofia Política, afirmando que as teorias procedimentalistas dominam a reflexão filosófica sobre a justiça. O filósofo alemão identifica três características centrais que esse grupo de teorias compartilham, a saber: **uma noção de distribuição justa, uma justificação baseada em um procedimento ou teste e uma “fixação” no Estado.** (2019, p. 115-116)

Grifei

---

<sup>69</sup> Em verdade, ao afirmar que as mesmas não poderiam ser proibidas, deve-se entender nos seguintes termos: tendo em vista que Rawls advogava a liberdade igual como um dos princípios de justiça, seu pensamento era adepto do Liberalismo Político, logo, partindo desse pressuposto, não se deveria interditar uma doutrina abrangente não-razoável. Todavia, como os princípios de justiça não estavam definidos previamente, é possível realizar a leitura de que sua teoria admitiria, em tese, a possibilidade de uma determinada sociedade concreta poder eleger outros princípios de justiça que redundassem na interdição posterior de tais doutrinas.

Os autores descrevem as críticas de Honneth às teorias procedimentalistas da justiça, algo que se aplica a Rawls. As objeções são extraídas das três concepções comuns indicadas no trecho final transcrito, a saber: a questão da distribuição justa; o procedimento como justificação; e, por fim, a fixação no Estado. Todavia, a primeira parte, relacionada à distribuição, seria o ponto de partida mais relevante:

O filósofo alemão começa criticando o que ele chamou de “paradigma da distribuição”. Depois que tal modelo for abandonado, Honneth mostra como as outras duas características estão ligadas e dependem do paradigma da distribuição. Assim, o autor tece uma crítica ao procedimentalismo e à fixação do mesmo no Estado, a partir da crítica da justiça como distribuição justa. (*Idem*, 120)

Entretanto, em que a crítica de Honneth relaciona-se com o questionamento sobre a teoria de Rawls ser identificada como um procedimentalismo neutro?

A relação vem dos argumentos utilizados para criticar a concepção da justiça como um problema de distribuição de bens. Segundo Honneth, as teorias procedimentalistas partem de alguns pressupostos:

Assim, nas teorias procedimentalistas, segundo Honneth, a justiça é igualada a um esquema de distribuição justa de bens que possam garantir a **autonomia individualista** [...]. O procedimento deve necessariamente supor que os sujeitos da sociedade são **livres e podem se autodeterminar** – caso contrário a teoria da justiça negaria seu componente que garante a **autonomia individual**. O que os autores procedimentalistas fazem, portanto, é imaginar uma “situação original”, o fechamento de um contrato ou uma situação de deliberação hipotética que permita chegar a conclusões justificadas sobre qual o tipo de distribuição de bens as cidadãs e os cidadãos prefeririam. (*Idem*, p. 117-118)



Honneth, portanto, critica as pré-compreensões de indivíduo e de sociedade que permeiam o pensamento de Rawls e dos demais que compartilham a visão de justiça procedimental. A ideia presente seria a de que cada pessoa é um indivíduo autoconsciente, racional e livre, que escolhe viver num empreendimento associativo com outros iguais, denominado de sociedade, porque considera mais vantajosa essa posição, em comparação com a vida fora dela. Tal objeção honnethiana não visa, propriamente, formular uma crítica à neutralidade da teoria de Rawls, mas é possível defender que ela termina sendo útil para essa finalidade.

Ao conceber os indivíduos e a sociedade pelo ângulo indicado acima, é possível criticar Rawls por estar criando um sistema de pensamento quase circular: adotados os pressupostos indicados, as pessoas, na prática, teriam de concordar com os princípios de justiça defendidos na teoria rawlsiana, ou seja, como os indivíduos e a sociedade já são concebidos como uma associação de pessoas livres e iguais, elas, “naturalmente”, concordariam com, pelo menos, o princípio da liberdade igual! (...e, muito provavelmente, com o da diferença, pelo fato de estarem sob o véu da ignorância).

Por essa visão crítica, as concepções prévias, de forma implícita, teriam o potencial de determinar o resultado da deliberação sobre os princípios de justiça, funcionando como um critério externo e independente, com o fim de julgar aquele resultado (ou, no mínimo, limitando bastante as possibilidades da deliberação). Essa constatação implica numa quebra da ideia de neutralidade/imparcialidade, pois deixaria de levar em consideração os grupos que não concebem o indivíduo e a sociedade por esse viés.

Outra fonte trabalha largamente a questão da neutralidade na teoria rawlsiana.

Pablo Camarço de Oliveira, de início, identifica que a pretensão de Rawls era, de fato, instituir um procedimento pretensamente neutro:

A justiça procedimental pura foi, então, a postura **declaradamente** defendida por Rawls em Uma teoria da justiça [...] Em outras palavras: uma concepção satisfatória de justiça, do ponto de vista rawlsiano, não pode endossar uma concepção de bem **particular** (dentre várias

outras), mas considerar, com **imparcialidade**, as diversas concepções de bem concorrentes entre si, o que implica um respeito à **autonomia** de cada sujeito, que é livre para escolher e mudar – de maneira autônoma, sem imposições – a sua concepção de bem. (2015, p. 169)  
Grifei

O referido autor traça um panorama do assunto por meio de várias outras fontes que abordam o tema sob perspectiva questionadora. As divide, primeiramente, em críticas externas e internas, sendo que estas são bifurcadas nas de caráter metodológico e de caráter substancial.

São identificados como críticos externos os que defendem a inviabilidade do projeto rawlsiano, ou seja: afirmam que seria impossível formular um procedimento neutro para lidar com o problema da justiça. Essa é a posição de Charles Taylor, Michael Walzer e Alasdair MacIntyre. Os internos admitem a viabilidade, mas citam falhas na teoria e propõem aprimoramentos que poderiam contribuir para a consecução do objetivo. Formam coro nessa vertente: Michael Sandel; Brian Barry; David Lyons; Margarita Cepeda; Stephen Mullhal e Adam Swift; Roberto Alejandro e John Mahoney.

Da análise do pensamento dos autores, conforme é exposto por Pablo Camarço de Oliveira, é possível extrair algumas ilações.

Os críticos internos, como regra geral, concordam com a constatação já declinada acima: Rawls partia de pré-compreensões de indivíduo, sociedade e outros elementos culturais que condicionavam as regras do procedimento (metodológicos) e/ou a delimitação dos conceitos utilizados na teoria (substancialistas), de maneira a determinar ou influenciar significativamente o resultado da deliberação, e, com isso, estaria inviabilizada ou mitigada a pretensão de neutralidade.

Os críticos externos discordavam de Rawls, justamente, porque não compartilhavam de algumas de suas pré-compreensões, ou seja, terminavam por constituir-se em exemplares empíricos de pessoas ou de grupos que, no modelo mental da posição original, experimentariam, em alguma medida, constrangimentos ao tentar compartilhar suas concepções. A

manifestação dos críticos externos, portanto, também reforça a constatação da inexistência de neutralidade na teoria rawlsiana.

No artigo de 2015, Pablo Camarço de Oliveira não opina acerca dos questionamentos levantados sobre a teoria de Rawls, apenas expõe os vários argumentos de cada fonte, entretanto, em trabalho posterior, após maior aprofundamento para construção de sua tese, aquele autor termina por compartilhar da ideia já colocada pelos críticos internos: o projeto rawlsiano não cumpriria o objetivo de alcançar a neutralidade pretendida, tendo em vista ter partido de várias pré-compreensões que o condicionam:

Portanto, seja avaliando a partir da posição original (exclusão prévia, no debate, dos adeptos de tradições rivais ao liberalismo), a partir do equilíbrio reflexivo (com a admissão de juízos morais fixos com justificação epistêmica privilegiada), ou a partir da razão pública (limitações antecipadas ao debate, exemplificada com a vedação a vários teísmos ortodoxos da possibilidade de acessar suas razões abrangentes e de utilizá-las no fórum público), a conclusão converge, a meu ver, em cada um desses distintos elementos, para um argumento comum: a) a justificação se aproxima de um viés fundacionalista, mitigando a pretensão coerentista; b) o procedimentalismo efetuado apresenta elementos da modalidade perfeita, a despeito da pretensão de uma modalidade pura; c) há elementos, premissas e concepções subjacentes a uma doutrina moral abrangente específica e secularista embutida na argumentação, mitigando a pretensão de se viabilizar uma concepção estritamente política de justiça, independente de doutrinas abrangentes; d) há limitações da razão pública com viés não tão inclusivos, com restrições significativas operadas de maneira não equitativas sobre diferentes cidadãos, a depender de suas doutrinas abrangentes, mitigando a pretensão de uma democracia liberal inclusiva; e) com essas limitações um tanto quanto excludentes, há mitigação da pretensa neutralidade ou do pretenso respeito ao pluralismo típico das sociedades democráticas contemporâneas. (2019, p. 578)

Antes de avançar, um ponto a esclarecer.

No trecho acima, vê-se que o autor cita as restrições para certos grupos apresentarem suas concepções seja na posição original, seja na razão pública posterior. Como já mencionado acima, é possível fazer uma interpretação compatibilizante da teoria de Rawls quanto a esses dois aspectos. Na posição original, não estariam ainda estabelecidos os princípios de justiça, logo, toda e qualquer doutrina abrangente não poderia ser classificada como não-razoável, podendo, teoricamente, ser defendida perante os demais cidadãos. Na razão pública posterior, uma doutrina abrangente poderia ser classificada como não-razoável, tendo em vista ser atentatória aos princípios de justiça concretamente eleitos, mas, neste caso, a teoria de Rawls ainda estaria salva, pelo fato de que a sociedade em questão não estava condicionada a escolher, especificamente, aqueles princípios de justiça que viriam a redundar na classificação das mencionadas doutrinas como não-razoáveis.

Sendo que, como já exposto, a defesa da teoria rawlsiana sobre a possibilidade de apresentação das mais variadas concepções na posição original pode e deve ser relativizada pela constatação de que havia um conjunto de pré-compreensões que limitavam a dedução das razões para os grupos que não compartilhassem de tais pressupostos. Esse ponto, obviamente, minava a pretensão de neutralidade do projeto: mesmo que fosse razoável, em primeiro plano, defender a proposta rawlsiana como um caso de procedimentalismo puro, num segundo momento, em apreciação mais acurada, essa defesa esvai-se.

Enfim, adoto a leitura mais crítica, no sentido de visualizar a teoria de Rawls como marcada pelas pré-compreensões decorrentes da cultura que lhe servia de “pano de fundo”, no caso, a tradição ocidental eurocêntrica. Essa constatação aponta para a falha daquele autor que, mesmo depois das várias contestações recebidas, permaneceu afirmando que seu pensamento construiu uma concepção de justiça procedimental pura.

Em que pese a circunstância acima, creio que a teoria rawlsiana tem o ponto forte de, justamente, representar com fidelidade a forma de pensar de sua tradição. Ou seja, a objeção que constitui sua “falha” também pode

ser lida como mérito, pois a construção dos conceitos funciona muito bem como espelhamento dos elementos culturais mencionados.

Por compartilhar de vários dos pressupostos do pensamento de Rawls, visualizo seu pensamento como a “oferta” teórica de uma das concepções vigentes no seio social, que, assim como as demais, tem legitimidade para expressar-se, colocando suas razões para o debate público, com uma característica louvável: a estratégia de, em boa medida, lidar com a pluralidade por meio da tentativa de diálogo.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente texto abordou a questão da neutralidade no pensamento de John Rawls, a partir de sua teoria da justiça.

Como foi exposto, a problemática do tema decorre da controvérsia acerca da possibilidade – ou não – de classificar a teoria rawlsiana como um caso de justiça procedimental pura, o que conduziria à neutralidade no trato das várias concepções existentes no seio da sociedade. Parte dos autores compartilham uma interpretação da teoria como tendo obtido sucesso na pretensão de construir um modelo imparcial. Outros advogam que o projeto, mesmo após algumas reformulações, não foi de fato alcançado.

Na segunda seção, a teoria de Rawls foi sumariamente descrita. Abordaram-se as escolas dominantes do Utilitarismo e do Intuicionismo e a intenção de oferecer uma alternativa às mesmas; o papel da justiça como promotora da coesão social; a inspiração extraída da Teoria Contratualista Moderna e o esforço de abstração de seus conceitos; o modelo hipotético da posição inicial, sob o véu da ignorância, como estratégia de obter postura mais desinteressada dos indivíduos; a decisão política sobre os princípios de justiça, atuantes com função deontológica sobre as estruturas básicas da sociedade; os princípios da liberdade igual e da diferença como os mais defensáveis para o formulador da teoria; os juízos ponderados em equilíbrio refletido, que é apresentado como a estratégia mais adequada para a tomada de decisão.

Na terceira seção, as várias opiniões sobre o pensamento de Rawls foram trabalhadas.

Inicialmente, foram apresentadas as fontes que visualizam a teoria como um caso de procedimentalismo puro, ou seja, como tendo obtido sucesso na pretensão de formular uma proposta neutra para lidar com o problema da justiça.

Na sequência, foram declinadas as fontes que formulavam objeções.

Os dois primeiros questionamentos referiam-se às seguintes partes da teoria: a função deontológica exercida pelos princípios de justiça e a classificação de algumas doutrinas abrangentes como não-razoáveis, implicando na rejeição de apresentação das mesmas para o debate público. Tais acusações puderam ser respondidas por meio da própria leitura da teoria rawlsiana, de modo que foram consideradas como insuficientes para apontar o insucesso da pretensão de neutralidade.

A terceira crítica decorre do pensamento de Axel Honneth, tal como exposto por Gustavo Oliva de Oliveira e Thadeu Weber (2019). O filósofo alemão aponta alguns traços comuns nas teorias procedimentais da justiça, dentre elas, o fato de que partem do paradigma da distribuição. Como foi visto, essa objeção aplica-se a Rawls, de forma a colocar em xeque o caráter neutro de sua teoria. A razão da dúvida decorre das pré-compreensões de indivíduo e de sociedade que influenciavam a construção dos conceitos e das regras do procedimento, determinando - ou quase determinando - o resultado da deliberação sobre os princípios de justiça.

A última fonte que se posiciona de forma crítica ao projeto rawlsiano foi Pablo Camarço de Oliveira (2015 e 2019). Seguindo no mesmo caminho que já vinha sendo apontado, o questionamento acerca do insucesso de Rawls em construir uma justiça procedimental pura decorre da identificação das pré-compreensões existentes no discurso - principalmente de cunho liberal. Na sua visão, tais pressupostos limitam e condicionam a possibilidade de considerar aquela teoria como cumpridora dos anseios de neutralidade pretendidos por seu autor.

À guisa de conclusão, concordo com a leitura crítica da teoria de Rawls, considerando falha a sua defesa como uma teoria de justiça

procedimental pura e, portanto, neutra. Contudo, por compartilhar de vários dos pressupostos utilizados por aquele autor, considero que seu modelo foi bem-sucedido em representar com fidelidade a tradição da qual faz parte, ao mesmo tempo em que tem o mérito de utilizar-se do diálogo como estratégia para o debate público: afinal, a obra é intitulada como “**Uma** teoria da Justiça” e não “**A** Teoria da Justiça”.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; ARAÚJO, Luana Adriano. Fundamentos teóricos da justiça distributiva de John Rawls e seus críticos. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 12, n. 2, p. 291-309, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2020.122.08>. Acesso em: 18 out. 2021.

BAPTISTA, Rodrigo Augusto Campos; MARTINS, José Ricardo. *Uma breve abordagem da teoria da justiça em John Rawls sob a perspectiva das políticas públicas*. In: I Seminário de Pós-graduação em Políticas Públicas. 2017. Disponível em: [https://eventos.ufpr.br/SPPP/I\\_SPPP/paper/viewFile/1029/317](https://eventos.ufpr.br/SPPP/I_SPPP/paper/viewFile/1029/317). Acesso em: 18 out. 2021.

GAMBA, João Roberto Gorini. *A insuficiência das justificações do Estado moderno: contratualismo e procedimentalismo na inflexão da modernidade*. Tese de Doutorado em Direito. Orientação Prof. Dr. Márcio Pugliese. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/21266>. Acesso em: 18 out. 2021.

GODOY, Miguel Gualano de. *Justiça, Democracia e Direitos Fundamentais: o liberalismo igualitário de John Rawls, o procedimentalismo de Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3466.pdf>. Acesso em: 18 out. 2021.

LIMA, Elnora Maria Gondim Machado; RODRIGUES, Osvaldino Marra. John Rawls e a Constituição brasileira: uma análise. *Akrópolis-Revista de Ciências Humanas da UNIPAR*, v. 17, n. 3, 2009. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/view/2851>. Acesso em: 18 out. 2021.

LIMA, Elnora Maria Gondim Machado; RODRIGUES, Osvaldino Marra. John Rawls: educação, cidadania e equilíbrio reflexivo. *Revista Filosofia Capital*, v. 6, n. 12, p. 25-33, 2011. Disponível em: <http://filosofiacapital.org/ojs-2.1.1/index.php/filosofiacapital/article/viewFile/158/141>. Acesso em: 18 out. 2021.

LIMA, Elnora Maria Gondim Machado. John Rawls: a questão da religião e da razão prática. *Griot: Revista de Filosofia*, v. 20, n. 1, p. 39-50, 2020. Disponível em: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/5766/576664133005/576664133005.pdf>. Acesso em: 18 out. 2021.

LIMA, Newton de Oliveira. *Dez lições sobre Rawls*. Petrópolis-RJ:Vozes, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Oliva de; WEBER, Thadeu. Reconstrução Normativa vs. Procedimentalismo: a crítica de Axel Honneth ao liberalismo procedimental. *Kínesis*, vol. XI, nº 28, julho 2019, p. 114-132. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/33b7/a1e9a180102a85af1e897685a990b1dbec5e.pdf>. Acesso em: 18 out. 2021.

OLIVEIRA, Pablo Camarço de. Procedimentalismo puro na teoria da justiça de John Rawls: algumas considerações críticas. *PERI*, v. 7, n. 2, p. 166-187, 2015. Disponível em: <https://nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/999/559>. Acesso em: 18 out. 2021.

OLIVEIRA, Pablo Camarço de. *Neutralidade e justificação em John Rawls: uma abordagem crítica ao procedimentalismo da justiça como equidade*. Tese de Doutorado. Doutorado em Filosofia. Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina. Orientação: Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/211293>. Acesso em: 18 out. 2021.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R., Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.



# A PROMOÇÃO DA ÁGUA COMO REQUISITO DE INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS NO ESTADO DA PARAÍBA: ANÁLISE A PARTIR DA JUSTIÇA SOCIAL DE MICHAEL WALZER E DO BEM COMUM DE ROBERT DAHL



## **AENDRIA DE SOUZA DO CARMO MOTA SOARES**

Doutoranda em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ-UFPB; Mestra em Direito pela UFMG; Especialista em Direito Tributário pelo CEAJUFE; Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC.

Bolsista Capes. aendria@hotmail.com.

## **NEWTON DE OLIVEIRA LIMA**

Doutor em Filosofia. Mestre em Direito. Professor Adjunto IV da UFPB, lotado no Departamento de Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB (PPGCJ). Líder do Grupo de Pesquisa Filosofia do Direito e Pensamento Político (UFPB/CNPQ). newtondelima@gmail.com.

**Sumário:** 1. Introdução 2. Michael Walzer e Robert Dahl: justiça social e distribuição de bens sociais como a água e o bem comum 3. A relação entre a água, o bem comum e a justiça social 4. Incentivos fiscais 5. Análise da promoção da água como requisito dos incentivos fiscais de ICMS concedidos no estado da Paraíba 6. Considerações finais — Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, a água é essencial à vida e a todo processo produtivo; consiste em um direito humano universal e sua escassez está diretamente relacionada à pobreza, ao desenvolvimento econômico e social e à justiça social, sendo assim imprescindível a utilização de instrumentos destinados à sua promoção. A promoção da água, que consiste na recuperação e preservação de rios, no reuso industrial de água, na identificação, catalogação, recuperação e preservação de nascentes, dentre outras ações, é um mecanismo eficiente na produção e conservação da água e, por conseguinte, na oferta de água. Essa promoção é uma necessidade ainda mais latente em localidades de ocorrência de seca, pois nela se padece dos efeitos diversificados da escassez de água ao longo dos tempos, como ocorre no Estado da Paraíba.

Por outro lado, os incentivos fiscais são instrumentos de política pública largamente utilizados no Brasil e no mundo para indução de comportamentos desejados pelo Estado. Por implicarem renúncia de receita, estão umbilicalmente ligados ao custeio das necessidades públicas. Em razão disso, nos termos da Constituição de 1988 (arts. 3º, III e IV; 151, I e 170, VII), eles devem ser concedidos em estrito atendimento ao interesse público, objetivando-se a justiça social, o desenvolvimento econômico e social, o combate à pobreza e à correção das desigualdades regionais e, assim, serem instrumentos de justiça social.

A justiça social e o bem comum, por sua vez, respectivamente, nas teorias de Michael Walzer, na obra *Esféras da Justiça*, e de Robert Dahl, na obra *A Democracia e seus Críticos*, têm abordagem relacionada à

imprescindibilidade de garantia de bens essenciais, como a água, como atributo do Estado, a ser realizado pelos mecanismos democráticos e legais. Contudo, não foram localizados estudos em que, abordando-se a temática da promoção da água, a relacionasse à teoria desses autores, tampouco que correlacionasse, de forma aplicada, a promoção da água a condicionantes de incentivos fiscais.

Desse modo, no presente estudo, objetiva-se desenvolver uma análise correlacionada e aplicada da promoção da água e dos incentivos fiscais, com esteio na concepção de justiça social de Michael Walzer e do bem comum de Robert Dahl, a partir da verificação das condicionantes da promoção da água nas normas concessivas de incentivos fiscais relativos ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), no Estado da Paraíba, Brasil, utilizando-se a estratégia metodológica da pesquisa teórica e documental, a partir do procedimento de análise de conteúdo e das abordagens descritiva e comparativa.

## **2. MICHAEL WALZER E ROBERT DAHL: JUSTIÇA SOCIAL E DISTRIBUIÇÃO DE BENS SOCIAIS COMO A ÁGUA E O BEM COMUM**

Tendo em vista a escassez de estudos jurídicos no Brasil nos quais se abordam os autores e as obras objetos desta seção, apresentar-se-á, mesmo que sinteticamente, a concepção teórica geral de cada autor.

Michael Walzer [1935-] é um filósofo político norte-americano e professor de ciências sociais que constrói uma teoria da igualdade e da justiça social a partir da teoria comunitarista ou do comunitarismo. Essa teoria, como aduzem Tavares (2010) e Souza (2013), surgiu nos anos de 1980, inserida no debate acerca do cenário de exclusão social, desemprego, individualismo exacerbado e grave quadro de injustiça social, voltando-se contra as ideias igualitárias universais das teorias liberais e acreditando na igualdade e na justiça a partir da noção de comunidade. Nessa concepção de comunidade, não se pretende modificar a sociedade pela revolução, mas sim sua proteção, com o essencial reconhecimento e respeito ao pluralismo

social, às tradições culturais e religiosas, às diferenças entre as comunidades políticas e aos valores sociais.

Robert Dahl [1915–2014], por sua vez, foi um renomado cientista político norte-americano que ajudou a fundar a ciência política, tornando-se um grande teórico da democracia, a qual vislumbrava na forma de uma poliarquia, cujo conceito foi por ele formulado. Esse autor sofreu forte influência da aplicação do raciocínio econômico e do programa comportamentalista e oscilou entre uma teoria normativa e uma teoria empírica, verificando-se uma ênfase na segunda; deixou uma vasta obra, consistindo *A democracia e seus críticos* em uma obra de sua maturidade, em que ele mantém seu conceito de poliarquia e de pluralismo, apresentando, dentre outros, os questionamentos acerca do bem comum (BONIFÁCIO, 2012).

## 2.1 Michael Walzer: a justiça social em Esferas da Justiça

A obra *Esferas da Justiça* foi originalmente publicada em 1983, sob o título *Spheres of Justice*, e nela se analisa como a sociedade distribui diversos bens sociais na realização da justiça distributiva, ou da justiça social distributiva. Dentre os bens sociais analisados, encontram-se: o bem-estar social; a riqueza; o poder; o trabalho; a educação; o lazer; e até o amor, dentre outros. Essa análise é baseada, como o próprio autor declara no prefácio da obra, no reconhecimento de que “somos todos bem diferentes”. Em razão dessas diferenças existentes entre as pessoas, enquanto seres sociais, e que levam ao pluralismo e ao particularismo de cada comunidade, Walzer sustenta que os bens sociais são distribuídos e repartidos de diferentes formas, que decorrem da relação de predomínio e monopólio social, o que torna a igualdade real complexa, e não simples e universalista, devendo esse fato estar inserido em qualquer distribuição de bens sociais.

Como declara Walzer (2003), segurança e bem-estar social são imprescindíveis para a vida em comunidade. Para que uma comunidade os tenha, ela deve sempre garantir os bens necessários à provisão comunitária e particular, ou à vida civilizada. Dentre esses bens, Walzer (2003,

p. 87) aduz que: “A água, por exemplo, é um dos ‘requisitos essenciais da vida civilizada’”.

A distribuição dos bens sociais, no âmbito da comunidade política, ocorre por meio do contrato social, o qual deve ser continuamente revisto para que a comunidade decida a quantidade e o modo de garantir esse bem para atingir o bem-estar social ou o bem comum, devendo sempre considerar a marca da desigualdade pela força ou pela astúcia que está incutida na comunidade política desde a primeira comunidade humana (WALZER, 2003).

Por outro lado, a distribuição dos bens sociais ocorre no âmbito do Poder Político, que é essencial em toda comunidade, é desejado por todos, que lutam incessantemente por ele, e tem na soberania e na democracia seu centro. Na soberania, porque ela “é o alicerce conceitual do Estado moderno [...]. É a iniciativa fundamental da justiça distributiva; protege suas fronteiras, dentro das quais são distribuídos e implantados todos os bens sociais” (WALZER, p. 385). Nesse contexto, é o Estado que deve, ou deveria, por meio de seus governantes, que são agentes da soberania, realizar a justiça distributiva alocando e realocando os diversos bens sociais, a partir do reconhecimento das desigualdades.

Esse poder político soberano pode ser exercido por variadas formas, sendo “na longa história do pensamento político, as mais comuns de [...] caráter antidemocrático” (WALZER, 2003, p. 390). Mas, como também aduz Walzer (2003, p. 389-390), “existe de fato uma argumentação prudente a favor da democracia: que é a mais provável que os diversos grupos de indivíduos sejam respeitados se todos os membros de todos os grupos compartilharem o poder político”. Assim, a democracia também seria a forma mais eficiente para controlar as lutas pelo poder político e distribuir mais eficientemente os bens sociais, mas, para isso, é imprescindível a participação cidadã.

Em Esferas da Justiça, Walzer demonstra que é por meio da democracia que se alcança a correta distribuição da justiça social e do bem comum. No entanto, esse autor não aborda com acuidade o bem comum, apenas o tangencia, deixando transparecer a necessidade de sua abordagem como

consequente à análise sobre justiça social e acesso a bens comuns essenciais e civilizatórios, como a água, bem como o dever do Estado na promoção e fornecimento de bens dessa natureza.

Nesse sentido, Dahl, na obra *A democracia e seus críticos*, no capítulo sobre o bem comum, atesta tal fato e, ao citar Walzer, faz a seguinte declaração:

[...] é certo que o problema abordado por ele não é ‘o bem comum’ como tal, e sim a justiça distributiva. Todavia, uma vez que praticamente todas as teorias do bem comum especificam a justiça como um dos bens comuns cruciais, a argumentação de Walzer fala diretamente às questões discutidas nesse capítulo (DAHL, 2012, p. 483).

Dessa forma, a abordagem sobre o bem comum de Robert Dahl tem relação de complementaridade à abordagem de Michael Walzer, realizando as duas abordagens em conjunto um enfeixamento da temática sobre justiça social, a quem cabe promovê-la e como. Em razão disso, passa-se à abordagem do entendimento de Robert Dahl sobre o bem comum.

## **2.2 Robert Dahl: o bem comum em *A Democracia e seus Críticos***

Conforme se observa mais especificamente nos capítulos 20 e 21 da obra *A democracia e seus críticos*, na abordagem sobre o bem comum está incutida a ideia de poliarquia e pluralismo, que dão substrato à teoria da democracia de Robert Dahl. Aliás, como registra Valenciano (2013), a concepção de poliarquia e de pluralismo são essenciais para a compreensão da obra e dos questionamentos de Robert Dahl.

Embora a poliarquia e o pluralismo não sejam objeto do presente estudo, dada sua importância na concepção Dahlsiana, que perpassa, inclusive, os questionamentos acerca do bem comum, bem como pelo fato de a poliarquia consistir na forma de democracia que Robert Dahl entende ser a mais eficiente para se garantirem os direitos humanos e o bem comum,

apresenta-se a definição resumida de poliarquia, a qual é apresentada pelo autor, *ipsis litteris*:

[...] é uma ordem política que, em âmbito mais geral, distingue-se por duas características amplas: a cidadania é extensiva a um número relativamente alto de adultos e os direitos de cidadania incluem não apenas a oportunidade de opor-se aos funcionários mais altos do governo, mas também a de removê-los de seus cargos por meio do voto [...]. A poliarquia é uma ordem política que se distingue pela presença de sete instituições, todas as quais devem existir para que um governo possa ser classificado como uma poliarquia: 1. Funcionários eleitos [...]; 2. Eleições livres e justas [...]; 3. Sufrágio inclusivo [...]; 4. Direito de concorrer a cargos eletivos [...]; 5. Liberdade de expressão [...]; 6. Informação alternativa [...]; 7. Autonomia associativa (DAHL, 2012, 350-351).

Na avaliação de Dahl (2012, p. 352) “a poliarquia oferece um amplo leque de direitos humanos e liberdades que nenhuma outra alternativa do mundo real consegue igualar”. Já o pluralismo consiste em “um número significativo de grupos e organizações sociais que são relativamente autônomos umas com relação aos outros e, também, no que diz respeito ao próprio governo” (DAHL, 2012, p. 347).

No que tange ao bem comum, objeto do presente estudo, Robert Dahl o analisa no capítulo 20, que tem como título Pluralismo, poliarquia e o bem comum, e no capítulo 21, que tem por título O bem comum como processo e substância.

Robert Dahl principia sua análise sobre o bem comum argumentando que sua preocupação reside em como evitar que a maioria votante não cause danos à minoria, inclusive no interior dos grupos, registrando que “Evitar danos é fazer o bem; mas geralmente entendemos que fazer o bem exige mais que evitar danos” (DAHL, 2012, p. 444).

Por outro lado, Dahl fixa duas premissas importantes: a existência de um bem comum e quem deve garanti-lo, declarando que: “uma das tradições mais fortes na vida política é a de que entre os membros de

qualquer república sempre existe um bem comum, o qual os governantes têm a função e a obrigação de proporcionar” (DAHL, 2012, p. 444).

Ao indagar sobre o que seria o bem comum, Dahl alega ser o mesmo de difícil definição e localização, bem como de definir como se pode torná-lo realidade. Essas dificuldades da noção de bem comum são reveladas pelo autor a partir do diálogo entre um tradicionalista, um modernista e um pluralista, mediante a abordagem da complexidade e do tamanho do Estado, do autointeresse de grupos, da poliarquia do pluralismo e dos conflitos nos sistemas pluralistas de grande escala, sendo certo que o pluralismo associacional “não é capaz de garantir que as decisões públicas atinjam o bem de todos em geral” (DAHL, 2012, p. 476)<sup>70</sup>.

Essas dificuldades e constatações conduzem ao inevitável questionamento acerca das indagações relativas aos destinatários do bem comum, o modo de promovê-lo e qual o conteúdo substantivo do bem comum, ou seja, “o bem de quem? Como ele pode ser promovido? “Qual é o conteúdo substantivo do bem comum”? (DAHL, 2012, p. 466). Para cada uma dessas indagações, Dahl apresenta as seguintes soluções.

Quanto ao bem de quem, alega “que o conjunto pertinente seja todas as pessoas que provavelmente serão significativamente afetadas por uma decisão”, ou seja, “que numa decisão coletiva, o bem de todas as pessoas significativamente afetadas pela decisão deve ser levado em consideração” (DAHL, 2012, p. 466; 488).

Em relação ao modo de promover o bem comum, ou a maneira de promover o bem comum em decisões coletivas, este deve reconhecer o pluralismo, ou seja, a existência de associações e grupos de interesse nas democracias de larga escala e “incluir todas as pessoas adultas cujos interesses são significativamente afetados, ou, se isso não for viável, o maior

---

<sup>70</sup> Neste ponto, faz-se um aparte; se a tendência em democracias de grande escala como a brasileira é a de garantir o interesse de grupos, associações etc., segundo Robert Dahl, isso também será verdadeiro no que tange ao acesso à água e à concessão de incentivos fiscais e que deve ser considerado na concretização dessas políticas públicas, para que se proteja o bem comum geral. Sobre a utilização de incentivos fiscais e grupos de interesse, conferir CARRAZA (2013) e sobre o acesso à água, conferir CASTRO (2016).



número viável que puder ser incluído [...]”, devendo-se incluir também os afetados direta e indiretamente pela decisão, como “as pessoas não nascidas” (DAHL, 2012, p. 466; 488), por meio de um processo de escolha no âmbito das instituições de uma poliarquia, pois “todas as instituições da poliarquia devem também ser consideradas elementos do bem comum” (DAHL, 2012, p. 491).

Por fim, quanto à substância, ou o conteúdo do bem comum, Dahl, chega à seguinte conclusão:

Portanto, nosso bem comum – o bem e os interesses que compartilhamos com outrem – raramente consiste em objetos, atividades e relações específicas; geralmente consiste nas práticas, arranjos, instituições e processos que, mais uma vez no dizer do Tradicionalista, promovem o nosso próprio bem-estar e o de outrem – certamente não o bem-estar de ‘todos’, mas de pessoas em número suficiente para tornar as práticas, arranjos etc. aceitáveis e talvez até mesmo apreciados (DAHL, 2012, p. 489).

A análise das duas concepções transparece que o ponto de discrepância entre os autores centra-se no entendimento de que, enquanto para Walzer os bens civilizatórios têm de ser garantidos a todos, pois do contrário não se alcança a justiça social, para Dahl o bem comum, que é dependente da justiça social, resta atendido quando se atende o maior número possível de pessoas pertencentes à comunidade política.

Em síntese, da abordagem apresentada por Michael Walzer sobre justiça social, pode-se concluir que, a partir da prática democrática e plural, é dever do Estado a promoção da justiça social distributiva, com a promoção e o acesso a todos dos bens comuns civilizatórios, tais como a água, a qual, nos termos da legislação brasileira, consiste em um bem público de uso comum do povo.

Por outro lado, também em síntese, a abordagem de Robert Dahl sobre o bem comum também se funda no pluralismo e na democracia, atribuindo aos governantes a obrigação e a função de proporcioná-lo, sendo

o atendimento do bem comum compreendido como o atendimento do interesse público. Esse bem comum somente é concretizado quando se garante o interesse do maior número de pessoas, inclusive as não-nascidas. Assim, o autor inclui no rol de atendidos os não-nascidos, os quais a Constituição de 1988 denomina de gerações futuras, quando disciplina bens ambientais como a água.

Da interlocução entre os dois autores, de modo geral, pode-se inferir que não se alcança a justiça social e o bem comum sem a promoção e o acesso a bens civilizatórios como a água, tanto a gerações presentes como futuras, sendo essa promoção dever do Estado, o qual deverá utilizar todos os instrumentos democráticos disponíveis para o atendimento dessa necessidade pública. Sendo um instrumento legal destinado constitucionalmente ao atendimento do interesse público, os incentivos fiscais consistem em um instrumento típico da democracia voltado ao bem comum, à promoção de bens essenciais e à justiça social nos termos propostos por Robert Dahl e Michael Walzer.

Compreendidas as concepções dos autores e sua relação com a obrigação estatal de garantir o bem comum e a justiça social por meio da promoção do bem essencial como a água, passa-se à abordagem da relação entre a água, o bem comum e a justiça social.

### **3. A RELAÇÃO ENTRE A ÁGUA, O BEM COMUM E A JUSTIÇA SOCIAL**

A essencialidade da água é um fato incontestável, haja vista não ser possível a sobrevivência humana sem esse elemento da natureza, tampouco a produção dos bens essenciais à vida e à dignidade humanas sem a utilização desse líquido inodoro e incolor. Como aduz Walzer (20013) é um bem civilizatório imprescindível que deve ser promovido e garantido a toda comunidade política.

Com efeito, a essencialidade da água também é perceptível a partir da análise de sua ausência ou insuficiência e sua relação direta com a justiça social. Essa ausência ou insuficiência, além de comprometer a sobrevivência, agrava a injustiça social e impede ou retarda o desenvolvimento

econômico e social, gerando pobreza. Como aduzem Pozo e Burgos (2016, p. 190) “a pobreza é também pobreza de água [...] cinco mil crianças morrem por dia no mundo por causas diretamente relacionadas com a penúria de água e/ou saneamento [...]. Por isso, ‘as lutas pela água são simultaneamente lutas pela justiça social’”.

A carência de água decorre de condições de solo e clima e/ou de ausência ou ineficiência de estrutura e gestão da água, sendo esta última oriunda do abandono e do descaso dos governos. O abandono governamental reflete uma clara omissão do dever dos governantes de promover o bem comum e a justiça social, nos termos da abordagem de Dahl (2012) e Walzer (2003). Essas ações dos governos podem derivar tanto de ações próprias de promoção da água quanto de ações do povo a partir de indução estatal que pode ocorrer a partir de incentivos fiscais.

Embora o cenário de escassez de água e seus efeitos sejam mundiais, nacionais e históricos, as preocupações institucionais acerca da promoção da água e do efetivo acesso em qualidade e quantidade suficientes a esse bem são relativamente recentes, verificando-se preocupações institucionais a cargo de organismos internacionais a partir da década de 1970 com a realização da Conferência das Nações Unidas para a Água em 1977 (UNESCO, 2017), sendo o direito de acesso à água reconhecido como direito humano universal pela ONU em 2010, a partir da Resolução nº 64/292, de 28 de julho de 2010<sup>71</sup>.

Nesse sentido, a ONU inseriu o direito de acesso à água nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), editados em 2015, mais precisamente o Objetivo 6, referente à Água Potável e Saneamento, que assim estabelece: “Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos”, tendo o Brasil votado a favor da Resolução nº 64/292/2010 e aderido aos ODS. Desse modo, esse objetivo se equipara

---

<sup>71</sup> Conforme consubstanciado nessa Resolução, a ONU declarou o acesso à água como um direito humano que se traduz no direito de todos para dispor de água suficiente, salubre, aceitável e acessível para o uso pessoal e doméstico.

à proposta de Michael Walzer de garantia desse bem a todos e compromete o Brasil nesse intento.

A despeito dessa normativa internacional, bem como do fato de vários países terem reconhecido a água como direito fundamental<sup>[72]</sup>, o cenário de escassez de água tende a aumentar, “em particular, nos países pobres em recursos em áreas secas, ameaçando ainda mais a saúde humana e os ecossistemas, contribuindo para a escassez de água e restringindo o desenvolvimento econômico sustentável”, conforme consubstanciado no Relatório das Nações Unidas sobre Desenvolvimento dos Recursos Hídricos publicado em 2017 (UNESCO, 2017), tornando, assim, prementes ações de promoção da água por todos os meios possíveis, devendo ser objeto das políticas públicas em geral.

Diversas são as possibilidades de promoção da água e variados são os mecanismos para essa promoção. Tendo em vista essa amplitude e diante da constatação de que a promoção da água, em regra, viabiliza e potencializa a oferta de água, a justiça social e o desenvolvimento econômico e social, no presente estudo, concentrar-se-á na promoção da água por meio dos incentivos fiscais, pois estes consistem em instrumento que tem por escopo, nos termos da Constituição de 1988, a promoção do desenvolvimento econômico e social, a justiça social, a redução das desigualdades sociais. Além disso, os incentivos são reconhecidos pela ONU como instrumento ou mecanismo de cunho econômico-jurídico eficiente na promoção da água, como se passa a abordar na seção a seguir.

---

<sup>72</sup> O Brasil ainda não reconheceu a água como direito fundamental, pois ainda está pendente de deliberação a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 4/2018 (senado), que já foi aprovada pelo Senado, mas ainda está com tramitação inicial na Câmara dos Deputados (encaminhamento à Comissão de Constituição e Justiça em 26/04/2021). É importante observar que essa PEC foi proposta inicialmente em 2016 (PEC 7/2016- Senado), enquanto o PL nº 4.162, de autoria do Poder Executivo Federal, que disciplina a privatização do saneamento básico no Brasil (água e esgotamento sanitário), foi proposto em 2019 e aprovado, com a publicação da Lei nº 14.026 de 15 de julho de 2020.

## 4. INCENTIVOS FISCAIS

Os incentivos fiscais constituem ferramentas relevantes para a economia moderna, sendo considerados um dos fundamentos da ciência econômica contemporânea, pois, como expõem Mello e Simões (2015, p. 130) “Nas palavras dos economistas da Universidade de Chicago Steven D. Levitt e Stephen J. Dubner, são ‘a pedra angular da vida moderna e que a economia é, basicamente, o estudo dos incentivos’”.

Embora sejam relevantes e utilizados de maneira expressiva, há considerável controvérsia<sup>73</sup> acerca, até mesmo, da definição e qualificação jurídica dos incentivos fiscais. Por isso, é imprescindível apresentar, mesmo que brevemente, a concepção acerca dos incentivos fiscais a que neste estudo se filia, principiando-se essa apresentação pelo ponto de consenso acerca dos incentivos fiscais, qual seja: seu pertencimento ao instituto da extrafiscalidade, bem como estar ele submetido a todas as normas relativas à tributação, pois a integra.

Tendo em vista a literatura especializada, a tributação é entendida classicamente “como a atuação do poder soberano voltada a instituir e cobrar tributos” (CARMO, p. 48), sendo indubitoso que, hodiernamente, “os tributos já não podem ser considerados apenas instrumentos de arrecadação [...] se prestam a propósitos regulatórios e redistributivos” (SILVEIRA, 2015, p. 28-29).

Dessa forma, à noção contemporânea de tributação está inserida, também, a indução de comportamento, seja pela desoneração seja pela majoração. “Ao majorar ou desonerar determinadas pessoas ou bens, o ente tributante induz comportamentos que afetam toda a sociedade”

---

<sup>73</sup> Considerando-se que a controvérsia relativa aos incentivos fiscais propriamente dita não é objeto do presente estudo, remete-se o leitor à pesquisa que buscou trazer clareza sobre a definição, a natureza jurídica, dentre outros elementos essenciais relativos aos incentivos fiscais no Brasil, realizada pelo Instituto Cearense de Estudos Tributários (ICET) e conduzida pelo Prof. Hugo de Brito Machado (Cf. MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2015), a qual envolveu mais de 20 renomados estudiosos do direito tributário e financeiro do Brasil.

(CARMO, p, 57). Aliás, “os contribuintes não são indiferentes à tributação” (SILVEIRA, p. 28–29), e sempre respondem a ela, dando lugar às funções do tributo, quais sejam: fiscal (arrecadação) e extrafiscal (indução de comportamentos), sendo consenso que essas funções se encontram de forma preponderante e não exclusiva em cada tributo. A função extrafiscal ou indutora, por sua vez, é objeto do instituto da extrafiscalidade.

A extrafiscalidade, conforme esclarecem Carmo (2015, p. 57) e Costa (2006, p. 72), pode ser de cunho constitucional ou infraconstitucional e, segundo o que Carraza (2013, p. 347) apresenta, consiste em:

[...] emprego dos meios tributários para fins não-fiscais, mas ordinatórios, isto é, para disciplinar comportamentos de virtuais contribuintes, induzindo-os a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. A fazer, bem entendido, o que atende ao interesse público; a não fazer o que, mesmo sem tipificar um ilícito, não é útil ao progresso do país.

Pela extrafiscalidade<sup>[74]</sup>, pode ocorrer a oneração ou a desoneração tributária, aumentando-se [oneração] a carga tributária quando o Estado quer desestimular uma conduta, ou situação, e, quando quer promovê-la, ele pode diminuir, adiar, suspender e até excluir a tributação, utilizando-se os instrumentos da isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão tributárias<sup>[75]</sup> [desoneração].

---

<sup>74</sup> Tendo em vista que a extrafiscalidade se refere especificamente ao tributo ou à tributação, ou seja, matéria concernente ao Direito Tributário, incentivos econômicos, que também contêm a capacidade indutora, mas que não estejam no campo do Direito Tributário, também não estão contidos no espectro da extrafiscalidade e, por conseguinte, deste estudo. Para uma análise de incentivo econômico indutor diverso de tributo, como, por exemplo, o denominado ICMS ecológico, conferir Soares (2018), relativo à promoção da água na região do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional (PISF), e Soares (2019), relativo à promoção da água na totalidade do território brasileiro.

<sup>75</sup> Por tais instrumentos não serem *per se* objeto do presente estudo e por existir farta literatura sobre os mesmos, eles não serão abordados no presente estudo.

No âmbito do instituto da extrafiscalidade, os incentivos fiscais situam-se no campo da desoneração tributária, consistindo em um instrumento de política econômica fiscal indutora, integrando assim os pilares da intervenção do Estado sobre a economia e implicando redução ou supressão da carga tributária para seus destinatários ou, em outros termos, em renúncia fiscal pelo ente tributante concedente. Estando sob a égide do Direito Tributário, somente o ente político que detém a competência constitucional para tributar pode conceder incentivos fiscais.

Ante o exposto, pode-se definir incentivo fiscal como:

o tratamento diferenciado e favorecido, no âmbito tributário, concedido a determinado contribuinte ou grupo de contribuintes, destinado a estimular ou favorecer que certo comportamento seja adotado, ou determinada atividade seja exercida [...] de sorte a que certos objetivos sejam atendido (MACHADO, 2015, p. 201-202).

Desse modo, as desonerações fiscais que não têm por escopo incentivar condutas não estão incluídas na terminologia incentivos fiscais, mas podem consistir em benefícios fiscais, os quais não se confundem com um incentivo fiscal, pois benefício fiscal, conforme conceituado na literatura majoritária, tem significado mais abrangente e genérico, já que envolve “toda sorte de tratamento favorecido, inclusive aqueles que não têm por objetivo estimular a prática de certas condutas. É o caso, por exemplo, de isenções ou reduções tributárias concedidas a pessoas doentes ou deficientes” (MACHADO, 2015, p. 202). Assim, se um benefício fiscal não estiver voltado também a induzir um comportamento, embora implique redução ou supressão da carga tributária, não pode ser considerado um incentivo fiscal.

Ressalte-se que, em razão de os incentivos fiscais representarem renúncia de receitas tributárias, as quais, no estado fiscal contemporâneo, custeiam as necessidades públicas, destacando-se dentre as necessidades públicas os direitos fundamentais, a concessão de incentivos fiscais sempre

deverá observar os objetivos constitucionais e o atendimento do interesse público, o qual, nos dizeres de Dahl, é o bem comum.

Realizando-se uma análise da Constituição de 1988, partindo dos artigos 3º, III e IV; 151, I e 170, VII, e estendendo essa análise na forma de uma interpretação sistemática ao conjunto do texto constitucional, pode-se afirmar que os incentivos fiscais somente serão legítimos se tiverem por objetivo o pleno desenvolvimento nacional, consistindo o desenvolvimento e a justiça social, assim, em objetivos precípuos dos incentivos fiscais (CARVALHO, 2015; MELLO, 2015). Dessa forma, há uma estreita e interdependente relação entre a justiça social, o bem comum e a promoção dos bens que os propicia, tais como a água e os bens que são objeto da destinação constitucional dos incentivos fiscais.

Por outro lado, são finalidades traçadas pela Constituição de 1988: assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Sendo a água um bem essencial à vida, ao desenvolvimento econômico e social e à justiça social, ou, nos termos de Walzer, um bem necessário à civilização e, por conseguinte, nos termos propostos por Dahl, ao bem comum, a promoção desse bem é pretendida pela Constituição de 1988, devendo assim estar contida nos incentivos fiscais.

A partir dessa constatação e diante da massiva concessão de incentivos fiscais no Brasil, inclusive em regiões com elevada escassez de água, em que se padece dos efeitos históricos da seca, como, por exemplo, o *deficit* de desenvolvimento econômico e social, no presente estudo, passa-se a analisar a presença de requisitos inerentes à promoção da água nos incentivos fiscais concedidos em localidade que integra essa região.

A região brasileira que mais padece dos efeitos da seca é a Região Semiárida do Nordeste Setentrional, composta por áreas de cinco Estados pertencentes à região Nordeste, quais sejam: Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco e Rio Grande do Norte. Tendo em vista que abordar esses quatro Estados seria por demasiado extenso, este estudo se restringe a um deles, qual seja: o Estado da Paraíba. A escolha pelo Estado da Paraíba



justifica-se em razão de 97,78%<sup>176</sup> da área total desse Estado estar inserida no Semiárido, bem como de o Estado ter sido gravemente atingido pela seca mais severa dos últimos 50 anos na região, ocorrida entre 2012 e 2016, em que ocorreu o comprometimento da safra, do rebanho e a necessidade de decretação de calamidade pública em 197 dos 233 municípios paraibanos<sup>177</sup>.

Analisar os incentivos fiscais concedidos nesse Estado tanto pelo Governo Federal quanto pelo Governo Estadual, relativo a todos os tributos, seria inviável, razão pela qual se analisarão os incentivos fiscais concedidos em relação ao ICMS, pois esse é o tributo de maior representação arrecadatória no âmbito dos Estados Federados brasileiros e mediante o qual ocorre expressiva concessão de incentivos fiscais.

## **5. ANÁLISE DA PROMOÇÃO DA ÁGUA COMO REQUISITO DOS INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS CONCEDIDOS NO ESTADO DA PARAÍBA**

O Estado da Paraíba integra o chamado Polígono das secas, também denominado semiárido do Nordeste Setentrional. Em razão disso, a escassez de água e a severidade das condições de solo e clima nesse Estado produziram, ao longo dos tempos, os mais diversificados efeitos da seca, tais como baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), baixa renda e produtividade, reduzido acesso à educação, entre outros. Assim, ter água em quantidade e qualidade suficientes é imprescindível a esse Estado tanto para uso e consumo doméstico como para promoção de seu desenvolvimento econômico e social.

Conforme se verifica nos estudos de Moreira, Silva Neto e Brasil (2006, p. 137-172) e Cavalcanti Filho (2006), os incentivos fiscais concedidos no Estado da Paraíba são eficientes na promoção do desenvolvimento

---

<sup>76</sup> Sobre a caracterização ambiental da Paraíba, conferir Alves, Souza e Nascimento (2009) e Medeiros e Brito (2017).

<sup>77</sup> Conferir Medeiros e Brito (2017), autores estes, agentes, respectivamente, da Agência Executiva de Águas da Paraíba (AESPA) e da Defesa Civil da Paraíba.

econômico e social, com conseqüente incentivo à instalação e ampliação de diversos segmentos produtivos e geração de emprego e renda na região. Contudo, esse desenvolvimento promovido por meio dos incentivos contém as limitações inerentes à escassez de água, que é bem primário e essencial.

Desse modo, é imprescindível<sup>[78]</sup> ao Estado da Paraíba utilizar todos os instrumentos constitucionalmente disponíveis para a promoção e produção de água, tais como os incentivos fiscais, pelas razões demonstradas no tópico anterior deste estudo. Entretanto, não se localizou estudo que tenha realizado a análise e/ou a correlação entre incentivos fiscais e a promoção da água nesse Estado, razão pela qual, neste estudo, restringe-se à análise da legislação estadual referente aos incentivos fiscais do ICMS, a partir da apresentação de quadro comparativo das normas paraibanas concessivas, seja norma específica para este fim, seja como condicionante de certo incentivo fiscal de ICMS existente. Mais especificamente, o caminho trilhado neste estudo foi o de localizar<sup>[79]</sup> as leis<sup>[80]</sup> concessivas de incentivos fiscais, analisar sua ementa, seu objeto e seus destinatários e, como

---

<sup>78</sup> Considerando-se a crise ambiental hodierna, bem como a crise hídrica, acredita-se que a promoção da água deve ser contemplada em todas as normas de todos os entes tributantes, mas, para fins de delimitação no presente trabalho, aborda-se essa imprescindibilidade somente na região do PISF.

<sup>79</sup> Tendo em vista a LC n° 160/2017, que permitiu a celebração de convênio para remir todos os créditos tributários decorrentes de incentivos fiscais instituídos em desacordo com a alínea g do inciso XII do § 2° da Constituição e do Convênio ICMS n° 190/2017, o Estado da Paraíba editou o Decreto n° 38.179/2018, no qual elencou todos os incentivos fiscais vigentes no Estado até 8 de agosto de 2017; foi a partir dos anexos desse Decreto que se identificou a legislação relativa aos incentivos fiscais no Estado. A partir daí, as legislações sobre incentivos foram atualizadas pelas Leis n°s 11.032/2017 e 11.308/2019. Não foram consideradas, por não ser objeto deste estudo, as leis que instituíram benefícios fiscais que não fossem incentivos fiscais, tampouco as leis que concederam subsídios financeiros e as leis de REFIS, conforme já demonstrado na seção quatro deste estudo intitulada Incentivos fiscais.

<sup>80</sup> Embora a legislação do Estado da Paraíba seja farta em Decretos que regulamentam as leis concessivas de incentivos fiscais, com vistas ao art. 156, § 6° da Constituição de 1988 e em razão do diminuto espaço em estudo como o presente, serão abordadas somente as leis em seus aspectos específicos, a saber: natureza, objeto e destinatário do incentivo concedido.



forma de visualização dos fins dos incentivos fiscais existentes nesse Estado da Federação, colacioná-los no quadro a seguir:

**Quadro 1** – Leis concessivas de incentivos fiscais na Paraíba, Brasil

<b>Lei</b>	<b>Ementa</b>	<b>Síntese do Dispositivo</b>
<b>Lei nº 4.856, de 29 de julho de 1986, consolidada na Lei nº 6.000, de 23 de dezembro de 1994.</b>	<p>Cria o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Industrial da Paraíba - FAIN, e determina outras providências.</p> <p>Consolida as normas que dispõem sobre o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Industrial da Paraíba - FAIN, e dá outras providências.</p>	<p>Art. 1º Fica criado o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Industrial da Paraíba - FAIN, visando a concessão de estímulos financeiros à implantação, à realocização, à revitalização e à ampliação de empreendimentos industriais que sejam declarados, por seu Conselho Deliberativo, de relevante interesse para o desenvolvimento do Estado. Art. 1º, I, “a” [Incentivo agora vigorando nos termos da Lei nº 11.308/2019].</p>
<b>Lei nº 10.608, de 18 de dezembro de 2015.</b>	<p>Condiciona a fruição do benefício previsto em Resolução do Conselho Deliberativo do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Industrial da Paraíba - FAIN à concessão de Regime Especial de Tributação, e dá outras providências.</p>	<p>Art. 1º A fruição do benefício previsto em Resolução do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Industrial da Paraíba - FAIN concedido nos termos do parágrafo único do art. 12 do Decreto nº 17.252, de 27 de dezembro de 1994, fica condicionada à concessão do Regime Especial de Tributação, previsto no art. 788 do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – RICMS/ PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997.</p>

Lei	Ementa	Síntese do Dispositivo
<p><b>Lei nº 8.567, de 10 de junho de 2008 [Lei nº 7.727, 6 de maio de 2005 – lei originária].</b></p>	<p>Dispõe sobre o Programa Gol de Placa, no Estado da Paraíba, e dá outras providências.</p> <p>Institui o Programa Estadual de Incentivo ao Futebol Profissional, no Estado da Paraíba, denominado GOL DE PLACA, e dá outras providências.</p>	<p>Arts. 1º e 2º O Programa Gol de Placa é destinado a incentivar o Futebol Profissional do Estado da Paraíba, através da captação de recursos pelos clubes profissionais integrantes da Primeira Divisão do Campeonato Paraibano de Futebol, junto aos contribuintes do ICMS; esses recursos captados funcionarão como antecipação do imposto.</p>
<p><b>Lei nº 9.054, de 16 de março de 2010.</b></p>	<p>Dispõe sobre a concessão de Regime Especial de Tributação às cooperativas de mineradores, e dá outras providências.</p>	<p>Art. 1º Fica concedido às cooperativas de mineradores, constituídas de mineradores individuais, nos termos da Lei nº 5.764/71, Regime Especial de Tributação mediante a concessão de crédito presumido equivalente a 76,47 (setenta e seis inteiros e quarenta e sete centésimos por cento) do ICMS incidente sobre as saídas de produtos minerais e similares por elas beneficiados.</p>

Lei	Ementa	Síntese do Dispositivo
<p><b>Lei Ordinária nº 10.974, de 20 de setembro de 2017.</b></p>	<p>Institui o Programa de Desenvolvimento do Estado da Paraíba - PRODES - PB.</p>	<p>Art. 2º O estabelecimento industrial novo que vier a se instalar neste Estado poderá utilizar crédito presumido aplicado sobre o saldo devedor, apurado mensalmente, como redutor do ICMS em percentual de até 99% (noventa e nove por cento). § 1º. O benefício com crédito presumido até 74,25% (setenta e quatro inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) será concedido pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Industrial da Paraíba - FAIN, nos termos do Decreto nº 17.252, de 27 de dezembro de 1994.</p>
<p><b>Lei nº 7.331, de 28 de abril de 2003.</b></p>	<p>Institui regime especial, no âmbito do ICMS, para Empresas mercantis especializadas na intermediação de negócios com mercadorias adquiridas a pessoas Físicas - TRADE SOCIAL - e dá outras providências.</p>	<p>Art. 1º Fica instituído o Regime Especial de Apuração do ICMS no Estado da Paraíba para empresas que se dediquem ao empreendedorismo solidário - TRADE SOCIAL, que consiste no tratamento diferenciado e específico às empresas estabelecidas no Estado da Paraíba, no âmbito do Imposto sobre operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, nos termos desta Lei.</p>

Lei	Ementa	Síntese do Dispositivo
<b>Lei 8.472, de 8 de janeiro de 2008.</b>	Institui o Programa de Incentivo ao Esporte Amador, via Federações Esportivas, denominado Faz Esporte, e dá outras providências.	Arts. 5º e 6º As Federações com projetos aprovados receberão, via postal, da Secretaria de Estado da Receita correspondência autorizando-as a captar junto a contribuintes de ICMS, em situação regular com o Tesouro Estadual, patrocínio até o valor indicado. Parágrafo único. Os contribuintes que desejem participar do Faz Esporte deverão solicitar à SER validação do montante do patrocínio a ser concedido. O patrocínio concedido terá tratamento de crédito de ICMS, e, após sua homologação pela SER, poderá ser lançado na escrita fiscal até o limite de 5% (cinco por cento) do ICMS recolhido no mês imediatamente anterior.
<b>Lei nº 8.736, de 26 de março de 2009.</b>	Institui o Programa Acelera Paraíba, para incentivo aos pilotos de automobilismo nascidos e vinculados ao estado da paraíba, e dá outras providências.	Arts. 1º a 3º Fica instituído o Programa Acelera Paraíba, com o objetivo de incentivar os pilotos de automobilismo nascidos no Estado da Paraíba. Fica autorizada a captação de recursos junto aos contribuintes do ICMS, que terão tratamento de antecipação do imposto.



Lei	Ementa	Síntese do Dispositivo
<p><b>Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997] [RICMS].</b></p>	<p>Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadoria e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS.</p>	<p>Receita poderá conceder, a requerimento da parte interessada, regime especial de tributação, bem como de concessão de inscrição, emissão, escrituração, dispensa de documentos e livros fiscais, apuração e recolhimento do imposto, transporte fracionado de mercadorias, outras obrigações acessórias, bem como os mecanismos e medidas de proteção à economia do Estado, inclusive as que visem ao apoio a novos empreendimentos, mediante a instituição de tratamentos fiscais diferenciados, considerando as peculiaridades e circunstâncias das operações, de modo a justificar a adoção da medida (Decreto nº 30.927/09).</p> <p>§ 1º Para aplicação do disposto no “caput” será observado o seguinte: I – na concessão e aplicação das medidas e dos procedimentos a que se refere este artigo, será considerado o critério da proporcionalidade em relação à carga tributária final a ser praticada pelo segmento; II – a necessidade de garantir a competitividade dos setores ou segmentos da economia estadual, mediante a adesão às isenções, aos incentivos e aos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais concedidos ou prorrogados por outra unidade federada da Região Nordeste.</p>

Como se verifica no quadro acima, os incentivos fiscais concedidos no Estado da Paraíba contemplam as seguintes finalidades: a) incentivo à instalação e ampliação de estruturas industriais no Estado e ao desenvolvimento econômico e social; b) incentivo ao esporte amador e profissional; c) incentivo às cooperativas mineradoras; d) incentivo ao empresário individual; e) incentivo ao automobilismo; e f) norma genérica de proteção da concorrência [RICMS]<sup>[81]</sup>, não sendo localizada, assim, nenhuma norma específica que conceda incentivos fiscais para a promoção da água; da mesma forma, não foi localizada, nas normas descritas no quadro acima, nenhuma condicionante relativa à promoção da água no Estado da Paraíba.

Contudo, é preciso considerar que incentivos fiscais concedidos no âmbito de programas de desenvolvimento econômico e social [Programa FAIN - leis estaduais n° 6.000/1994, 10.608/2015 e 10.974/2017], que objetivem o desenvolvimento econômico e social efetivo, e não somente o crescimento econômico, em regiões de histórica escassez de água, precisam contemplar a promoção da água em seus variados aspectos ou condicionantes, tais como: o reuso industrial de água; melhor alocação de rejeitos industriais e agrícolas para se evitarem a contaminação da água e do solo; recuperação de margens de rios e catalogação, recuperação e preservação de nascentes.

No entanto, nenhum desses requisitos estão inseridos como requisito para concessão, gozo e manutenção dos incentivos fiscais no âmbito do Programa FAIN, o que contrasta com o objetivo constitucional dos incentivos fiscais.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se demonstrou neste estudo, tendo em vista a essencialidade da água e sua íntima relação com a justiça social, o bem comum e o desenvolvimento econômico e social, ela deve ser promovida pelo Estado

---

<sup>81</sup> Essa previsão genérica do RICMS do Estado da Paraíba é norma voltada à chamada guerra fiscal e, em regra, está prevista nos RICMS dos demais Estados da Federação.



por todos os meios constitucionalmente previstos. Como também se pôde observar, os incentivos fiscais consistem em instrumento constitucional a cargo do Estado, que induz comportamentos por meio da tributação, e deve ser utilizado para promoção do interesse público, da justiça social e do desenvolvimento econômico e social, sendo instrumento eficiente na indução de comportamentos de promoção da água. Dessa forma, a relação existente entres os incentivos fiscais e a promoção da água é de vinculação com o interesse público, ou nos termos de Robert Dahl, com o bem comum, sendo que esses (incentivos fiscais) são eficientes na promoção desse bem [a água] tão essencial à vida e a todo e qualquer processo produtivo.

Como verificado, na concepção de Michael Walzer, sem a distribuição, ou, em outros termos, sem a promoção e o acesso a bens sociais, especialmente a bem social de índole civilizatória como a água, da qual depende o bem-estar social, não é possível a existência pacífica da comunidade política. Nesse mesmo sentido, Robert Dahl sustenta que o bem comum deve ser garantido pelo governante ou pela comunidade política. Dessa forma, esses dois autores entendem ser dever do Poder Público envidar todos os esforços necessários para a promoção do bem comum e da justiça social.

Conforme se verificou neste estudo, o Estado da Paraíba localiza-se em região brasileira afetada pela seca, tendo 97,78% do seu território localizado na região semiárida do Nordeste Setentrional, e, assim, tem sido afetado, ao longo dos tempos, pelos diversificados efeitos negativos que a seca provoca. Contudo, ao se apresentar o quadro comparativo dos incentivos fiscais concedidos a título de ICMS no Estado da Paraíba, constatou-se a ausência das condicionantes de promoção da água [identificação, catalogação, recuperação e preservação de nascentes; recuperação de rios; alocação de resíduos, reúso etc.], o que não atende às premissas da Constituição de 1988, tampouco às diretivas internacionais exaradas pela ONU, nas quais se atesta a eficiência dos incentivos fiscais para promoção da água.

A fim de sanar essa falta, neste estudo se entende ser imprescindível que o Estado da Paraíba insira requisitos para a promoção da água

como condicionantes à concessão e manutenção de incentivos fiscais, seja por inclusão no bojo dos incentivos já instituídos, respeitando-se todas as normas tributárias incidentes à modificação de incentivos fiscais, seja pela ação que faça constar em futuros incentivos fiscais relativos ao ICMS a promoção da água como requisito para tal concessão.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jose Jakson Amancio; SOUZA, Edílson Nóbrega de; NASCIMENTO, Sebastiana Santos do. Núcleos de desertificação no Estado da Paraíba. **Revista RA'EGA: O Espaço Geográfico em Análise**, Curitiba, n. 17, p. 139-152, 2009. Editora UFPR. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/12314-61141-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/12314-61141-1-PB%20(1).pdf). Acesso em: 10 jun. 2020.

BONIFÁCIO, José Roberto. A democracia e seus críticos, de Robert Alan Dahl. **Conexão Política**, Teresina, v. 1, n. 1, 151-163, jul./dez. 2012. [Seção] Resenhas. Resenha da obra de: DAHL, Robert. A democracia e seus críticos. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/conexaopolitica/issue/view/96/showToc>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CARMO, Aendria S. do. **A imunidade tributária das instituições de educação e de assistência social e a livre concorrência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

CARRAZA, Roque Antonio. **ICMS**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. Regime jurídico dos incentivos fiscais. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 244-286.

CASTRO, Jose Esteban. **Água e Democracia na América Latina**. Campina Grande: EDUEPB, 2016. E-book. Disponível em: <http://www.uepb.edu.br/download/ebooks/Agua-e-Democracia-na-America-Latina.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2017.

CAVALCANTI FILHO, Paulo Fernando de Moura Bezerra. Estratégias empresariais e políticas públicas o caso da indústria de calçados da grande João Pessoa. In: CAMPOS, Fred Leite Siqueira; MOREIRA, Ivan Targino; MOUTINHO, Lúcia Maria Góes (org.). **A economia paraibana: estratégias competitivas e políticas públicas**. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2006.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias – teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DAHL, Robert Alan. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ESTADO DA PARAÍBA. Lei 8.472, de 8 de janeiro de 2008. Institui o Programa de Incentivo ao Esporte Amador, via Federações Esportivas, denominado Faz Esporte, e dá outras providências.

ESTADO DA PARAÍBA. Lei nº 10.608, de 18 de dezembro de 2015. Condiciona a fruição do benefício previsto em Resolução do Conselho Deliberativo do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Industrial da Paraíba - FAIN à concessão de Regime Especial de Tributação, e dá outras providências.

ESTADO DA PARAÍBA. Lei nº 4.856, de 29 de julho de 1986. Cria o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Industrial da Paraíba - FAIN, e determina outras providências.

ESTADO DA PARAÍBA. Lei nº 6.000, de 23 de dezembro de 1994. Consolida as normas que dispõem sobre o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Industrial da Paraíba - FAIN, e dá outras providências.

ESTADO DA PARAÍBA. Lei nº 7.331, de 28 de abril de 2003. Institui regime especial, no âmbito do ICMS, para Empresas mercantis especializadas na intermediação de negócios com mercadorias adquiridas a pessoas Físicas - TRADE SOCIAL - e dá outras providências.

ESTADO DA PARAÍBA. Lei nº 8.567, de 10 de junho de 2008. Dispõe sobre o Programa Gol de Placa, no Estado da Paraíba, e dá outras providências.

ESTADO DA PARAÍBA. Lei nº 8.736, de 26 de março de 2009. Institui o Programa Acelera Paraíba, para incentivo aos pilotos de automobilismo nascidos e vinculados ao estado da paraíba, e dá outras providências.

ESTADO DA PARAÍBA. Lei nº 9.054, de 16 de março de 2010. Dispõe sobre a concessão de Regime Especial de Tributação às cooperativas de mineradores, e dá outras providências.

ESTADO DA PARAÍBA. Lei Ordinária nº 10.974, de 20 de setembro de 2017. Institui o Programa de Desenvolvimento do Estado da Paraíba - PRODES - PB.

Institui o Programa Estadual de Incentivo ao Futebol Profissional, no Estado da Paraíba, denominado GOL DE PLACA, e dá outras providências.

MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Regime jurídico dos incentivos Fiscais. *In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 200-224.

MEDEIROS, Alexandre Magno Teodosio de; BRITO, Antônio Cavalcanti de. A seca no Estado da Paraíba – Impactos e ações de resiliência. **Parcerias Estratégicas** – Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE), Brasília, DF, v. 22, n. 44, Seção 3: a seca nos Estados, p. 139-154, jan.-jun., 2017. Disponível em: [http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias\\_estrategicas/article/view/849](http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/849). Acesso em: 13 jul. 2020.

MELLO, Gustavo Miguez de; SIMÕES, Luiz Carlos Marques. Regime jurídico dos incentivos Fiscais. *In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 126-168.

MOREIRA, Ivan Targino; SILVA NETO, Enéas Dantas da; BRASIL, Patrick Morais. Políticas de Incentivos fiscais e geração de emprego na indústria paraibana. *In: CAMPOS, Fred Leite Siqueira; MOREIRA, Ivan Targino; MOUTINHO, Lúcia Maria Góes (org.). A economia paraibana: estratégias competitivas e políticas públicas*. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2006. v. 1. p. 137-172.

POZO, Edmundo Del; BURGOS, Mylai. Direito à Água. *In: SIDEKUM, Antônio; WOLKMER, Antônio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica (org.). Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos*. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016. p. 186-198.

SILVEIRA, Alexandre Coutinho da; SCAFF, Fernando Facury. Incentivos fiscais na federação brasileira. *In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 19-53.

SOARES, Aendria de Souza do Carmo Mota. O ICMS Ecológico nos Estados destinatários da transposição do rio São Francisco. *In: SILVA, Aline Carolina da; SANTOS, Silene Lima Dourado Ximenes (org.). Resumos Expandidos do II Fórum Paraibano Água e Saúde Ambiental*. João Pessoa: UNIPÊ, 2018. p. 47-55. E-book. Disponível em: [https://books.unipe.edu.br/wp-content/uploads/woocommerce\\_uploads/2018/05/resumos\\_expandidos\\_II\\_fórum\\_paraibano\\_água\\_e\\_saúde\\_ambiental.pdf](https://books.unipe.edu.br/wp-content/uploads/woocommerce_uploads/2018/05/resumos_expandidos_II_fórum_paraibano_água_e_saúde_ambiental.pdf). Acesso em: 10 jul. 2020.

SOARES, Aendria de Souza do Carmo Mota. Preservação de mananciais, tratamento de esgoto e de resíduos sólidos como critérios do “ICMS ecológico”. *In: ARAÚJO, Alana Ramos et al. (org.). Crise, Complexidade Ambiental e o Papel do Direito na Gestão Hídrica do Nordeste*. Campina Grande: Editora da Universidade Estadual da Paraíba (EDUEPB), 2019. p. 170-200. Disponível em: [http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20190606082423\\_1242.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20190606082423_1242.pdf). Acesso em: 10 jul. 2020.

SOUZA, Pedro Bastos de. O pensamento comunitarista e sua crítica ao liberalismo político. In: CONPEDI/UNINOVE (org.). **Filosofia do direito I** [Recurso eletrônico on-line]. Coordenação de Lafayette Pozzoli, Enoque Feitosa Sobreira Filho e José Alcebíades de Oliveira Junior. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 235-255. Publicações do XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE, realizado de 13 a 16 de novembro de 2013, na Universidade Nove de Julho (UNINOVE), em São Paulo-SP. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=139>. Acesso em: 10 jun. 2020.

TAVARES, Felipe Cavaliere. Michael Walzer e as esferas da justiça. In: POZZOLI, Lafayette; BREGA FILHO, Vladimir (coord.). **Matrizes dos conceitos de justiça**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 249-265. (Coleção CONPEDI). Coletânea de artigos apresentados no XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo-SP, de 4 a 7 de novembro de 2009 no Complexo Educacional Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU).

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution A/RES/64/292. **The human right to water and sanitation**. UN, New York, 28 July 2010. Disponível em: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292). Acesso em: 10 jul. 2020.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. **The United Nations world water development report, 2017: wastewater: the untapped resource**. Paris: UNESCO, 2017. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000247153>. Acesso em: 21 nov. 2018.

VALENCIANO, Tiago. Do pluralismo à poliarquia: comentários sobre a teoria política de Robert Dahl. In: SEMINÁRIO PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E DEMOCRACIA, 2013, Maringá-PR. **Anais** [...]. Maringá-PR: UEM, 2013. p. 1-15.

VIEIRA, Andréia C. **O Direito Humano à Água**. São Paulo: Arraes Editores, 2016.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



# O VALOR DO RESULTADO: PRAGMATISMO JURÍDICO E DECISÃO JUDICIAL



## LEONARDO FERNANDES DOS ANJOS

Doutorando em Direito - Universidade de Coimbra, Portugal  
e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Brasil.

Investigador da Fundação para a Ciência e Tecnologia de  
Portugal - FCT/MCT. Pesquisador do Public Procurement  
Research Group (PPRG) at the University of Nottingham  
School of Law, United Kingdom.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Pragmatismo filosófico 3. A presença do Pragmatismo filosófico no Direito 4. Análise Econômica do Direito 5. Pragmatismo Jurídico 6. Um Caso Jurídico Concreto 7. Conclusão — Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O presente *capítulo* tem por escopo analisar uma decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, onde se supõe ter havido emprego de uma abordagem jurídico-pragmática na argumentação dos votos vencedores.

Para isso, será feita uma breve compreensão das origens do pragmatismo jurídico, buscando contextualizá-lo com os movimentos do pensamento filosófico norte-americano do início do Século XX e seu ressurgimento a partir da reviravolta jurídico-pragmática proposta por Posner no início dos anos noventa para a *jurisprudence* norte-americana.

## 2. PRAGMATISMO FILOSÓFICO

Apesar de o movimento filosófico, conhecido como Pragmatismo, ser considerado um típico produto estadunidense de finais do século dezanove, ele possui raízes verdadeiramente profundas na história da filosofia. De certa maneira, pode-se dizer até mesmo que retrocede até Protágoras<sup>[82]</sup>. Porém, sem alcançar autores tão remotos, analisemos rapidamente alguns dos princípios que conformaram o Pragmatismo, trazidos por Peirce e por James, bem como as mudanças de direção introduzidas por Dewey.

Em 1878, Peirce introduz o termo “pragmatismo”, pela primeira vez na filosofia, no artigo *How to Make Our Ideas Clear*. Para ele o Pragmatismo era, sobretudo, um método para esclarecer idéias e conceitos, evitando, destarte, que a atividade de pensar, ou a mente, se deparasse com desnecessárias complicações de índole metafísica<sup>[83]</sup>. Em outras palavras, o autor defende a necessidade da utilização de um método experimental, capaz de produzir resultados empíricos e contrastáveis, para determinar o significado de conceitos que até os seus dias se perdiam em intermináveis discussões de índole puramente metafísicas, ou escolásticas – como a árdua e infinita

---

<sup>82</sup> “Though the philosophical movement which is known as Pragmatism is thought to be a distinctly American product of the late nineteenth century, it has fairly deep roots in the history of philosophy. In one form, indeed, it may be said to go back to Protagoras. It was, however, the American philosopher, Charles Sanders Peirce, who introduced the term ‘pragmatism’ into philosophical literature: and he was the first to develop Pragmatism into a comprehensive system”. (AYER, A. J., *The origins of pragmatism*, Glasgow, Macmillan, 1968, p. 13).

<sup>83</sup> KURTZ, P., *Filosofia norteamericana en el siglo veinte*, Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1972, p. 25

discussão medieval concernente ao sexo dos anjos<sup>[84]</sup>. A alteração que propõe este filósofo é tão radical que chega a asseverar que, relativamente a conceitos abstratos, os resultados obtidos através de experimentos sobre os efeitos de uma coisa consistem, para a mente humana, e conseqüentemente para o tipo de conduta que esta determinará a partir destes resultados, na própria coisa que é objeto de experimentos. Assim, os efeitos práticos aptos a serem produzidos por um pensamento ou objeto são seu único significado.

Em relação a William James, deve-se considerar que o Pragmatismo consiste em defender o método pragmático, já defendido por Peirce, e em uma nova concepção relativa à natureza da verdade<sup>[85]</sup>. Enquanto Peirce defendia uma relativização do tradicional conceito filosófico de verdade, limitando-o às constatações empíricas e relativamente pouco especulativas da ciência do seu tempo, James adotou uma postura mais subjetivista, que se relaciona em muitos aspectos com o Utilitarismo, sendo, segundo ele, subjacente ao próprio método pragmático.

Em sua famosa identificação das frases “é útil porque é verdadeiro” e “é verdadeiro porque é útil”, William James desenvolve seu método pragmático. Para James, a análise do fundamento lógico das ciências converte-se na base da avaliação de qualquer experiência e, assim, o significado das idéias só pode ser analisado a partir das suas conseqüências. Se não produzem efeitos as idéias não têm sentido. As idéias metafísicas, por exemplo, são desprovidas de sentido porque não podem ser comprovadas. As teorias com significado, segundo William James, são aquelas que permitem resolver problemas que decorrem da experiência.<sup>[86]</sup>

---

<sup>84</sup> KURTZ, Paul. *Op. cit.* p. 25.

<sup>85</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>86</sup> É importante atentar para o tratamento dispensado pelo pragmatismo filosófico à teoria. William James confere à teoria um caráter instrumental, deixando clara a flexibilidade com a qual o pragmatismo se apóia sobre pontos desta ou daquela teoria, desde que atendida sua concepção de verdade, qual seja, a existência de valor para a vida concreta. JAMES, William. *O que significa pragmatismo. O Pragmatismo: um nome novo para algumas formas antigas de pensar.* Trad. Fernando Silva Martinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1997, p.44.



Segundo James, todos nós temos um conjunto de idéias formadas e adquiridas pela vivência e, a cada nova experiência, inicia-se um processo de adaptação da nova realidade ao conjunto das antigas idéias. A etapa final desse processo consiste na concepção da idéia nova como uma verdade para o indivíduo que a vivencia. Daí o entendimento sustentado pelo autor de um processo de alargamento da verdade produzido em razão da experiência em contraposição aos sistemas fechados, formados por verdades absolutas e inquestionáveis<sup>[87]</sup>.

Em certa medida, John Dewey compartilhava com James ambicioso projeto de extrapolar os limites do Pragmatismo e seu conceito de verdade para além da tradicional aceção da verdade como correspondência que seguia a ciência, e definia o Pragmatismo como uma norma que condicionava todo e qualquer pensamento e indagação à sua finalidade, a saber, às suas conseqüências<sup>[88]</sup>. A opção de Dewey por chamar de instrumentalismo a sua proposta pragmatista ilustra bem sua concepção da mesma. O filósofo considera que a linguagem é o instrumento dotado da capacidade de transformar a experiência e a existência humanas; ou seja, que é através dos conceitos e idéias expressados na linguagem que acontecem as necessárias mudanças e adaptações, tanto sociais como individuais, que possibilitam o desenvolvimento e o desenrolar da própria humanidade. Dito de outra forma, uma vez que o objetivo dos pensamentos e dos conceitos intelectuais consiste em possibilitar a superação concreta, e não teórica, de situações difíceis ou problemáticas, a atividade reflexiva, assim como a expressão lingüística, só se encontra dotada de sentido quando produz resultados práticos – o que transfere este sentido às conseqüências e lhe separa da atividade mesma.<sup>[89]</sup>

Embora não se possa afirmar que o Pragmatismo se impôs diretamente no âmbito estritamente filosófico, uma vez que segue sendo considerado

---

<sup>87</sup> JAMES, William. O que significa pragmatismo. O pragmatismo: um novo nome..., cit., 102.

<sup>88</sup> KURTZ, Paul. *Op. cit.* p. 27.

<sup>89</sup> KURTZ, Paul. *Op. cit.* p. 28.

como um movimento estadunidense e que mesmo outros importantes filósofos do mundo de língua inglesa como Bertrand Russell tenham uma interpretação desdenhosa de autores como Peirce e James<sup>[90]</sup>, o que não se pode negar, em palavras de Paul Kurtz, é que a influência do Pragmatismo transpôs as fronteiras da filosofia acadêmica. Logo se começou a senti-la nas novas teorias propostas no campo das ciências sociais; e cientistas behavioristas, desde Bentley e Lasswell até Skinner e Lundberg, identificam-se com seus programas. Em termos gerais, o Pragmatismo impulsionou os ideais de liberalismo, democracia e liberdade. Juristas pragmáticos, como Roscoe Pound e Oliver Wendell Holmes Jr., aderiram à jurisprudência sociológica e ao realismo jurídico. As decisões legais foram enfocadas não como estruturas formais, e sim do ponto de vista da sua relação com as necessidades sociais prementes.<sup>[91]</sup>

### 3. A PRESENÇA DO PRAGMATISMO FILOSÓFICO NO DIREITO.

Tradicionalmente, o pragmatismo jurídico tem sido associado ao realismo jurídico, que tem suas raízes no pragmatismo filosófico de Peirce, James e Dewey. O pragmatismo de Holmes e a sociologia jurídica de Pound abriram o caminho para o realismo jurídico norte-americano.

Oliver Wendell Holmes Jr. foi um dos precursores da abordagem pragmatista do direito. Era juiz da Suprema Corte e empregava a visão pragmático-realista anti-formalista em suas decisões. No célebre caso *Lochner*

---

<sup>90</sup> RORTY, R., *Pragmatism as anti-representationalism*, in MURPHY, J. P., *Pragmatism from Peirce to Davidson*, Boulder, Westview Press, 1990, p. 1-6.

<sup>91</sup> “La influencia del pragmatismo no permaneció dentro de las fronteras de la filosofía académica. Pronto empezó a dejarse sentir en las nuevas teorías propuestas en el campo de las ciencias sociales; y científicos behavioristas, desde Bentley y Lasswell hasta Skinner y Lundberg, se identifican con sus programas. En términos generales, el pragmatismo ha impulsado los ideales de liberalismo, democracia y libertad. Juristas pragmáticos, tales como Roscoe Pound y Oliver Wendell Holmes Jr., se adhirieron a la jurisprudencia sociológica y al realismo legal. Las decisiones legales fueron enfocadas no como estructuras formales, sino desde el punto de vista de su relación a las necesidades sociales palpitantes.” [tradução do autor] Kurtz, Paul, *Op. cit* p. 29.

*vs New York*, seu voto vencido argumentava que “um homem razoável deve pensar que uma lei deve ser medida adequada para a manutenção da saúde”. Entendia que o silogismo que informa a aplicação da lei deve ceder seu lugar à realidade vivente.

Holmes defendia que a lógica, que supostamente informa o Direito é mero adorno retórico. Pare ele, “A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência”. Ao discursar para formandos na Universidade de Boston, em 1897, Holmes expressou toda a sua oposição ao formalismo, afirmando que “Direito é vida prática, em nada se relaciona com lógica ou com demais sofisticadas concepções e teorias a propósito da ontologia, da epistemologia e da gnoseologia do universo jurídico. A legislação é prenhe de substrato empírico. Greves, por exemplo, são instrumentos legais na luta universal pela vida. O filosofar jurídico consistiria na generalização de princípios, analisados profundamente de acordo com a realidade social, porque generalizações são vazias quando gerais e independentes da vida real.”<sup>[92]</sup>

Outro autor identificado com a transposição do pragmatismo filosófico para o pragmatismo jurídico, por intermédio do realismo jurídico, foi Roscoe Pound. Em sua ótica, o Direito seria caracterizado como uma série de conceitos fixos, dos quais derivavam as regras, formuladas com base na experiência social e na vida política. Para ele, assim como será visto no pragmatismo jurídico proposto por Posner, os Juízes deveriam pensar nas conseqüências sociais e econômicas de suas decisões, uma vez que o direito devia ser concebido “como um meio de um fim social e como instrumento do desenvolvimento social”<sup>[93]</sup>. Pound pregava que o jurista deve conhecer as situações de fato sobre as quais incide a norma. Para ele, se o Direito existe para garantir interesses sociais, públicos e individuais, exige-se dos juristas que estejam em contato com a realidade. “Considerações abstractas e teóricas não bastam para justificar uma norma jurídica”<sup>[94]</sup>.

---

<sup>92</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e filosofia nos Estados Unidos*.

<sup>93</sup> NEVES, Castanheira. *Apontamentos complementares de teoria do direito (sumários e textos)*

<sup>94</sup> R. POUND, *Lo spirito della “Common Law”*, trad. it., 178, *apud* NEVES, Castanheira.

O operador do Direito precisa relacionar preceito acadêmico com solução concreta para problemas, as leis dos livros com as leis em ação (*law in books and law in action*), disponibilizando o universo teórico a serviço do mundo prático.

Depois de um relativamente curto período de sucesso, esse movimento, bem como o pragmatismo filosófico, desapareceu quase que completamente após o fim da Segunda Guerra Mundial. O realismo jurídico foi em grande parte substituído pela filosofia analítica e o segundo foi absorvido pelas correntes predominantes do pensamento jurídico. Nos últimos anos, observa Elisabeth Krecké, finalmente o pragmatismo jurídico experimentou um renascimento interessante com filosofias pós-modernas, como a dos movimentos da *Critical Legal Studies* e da *Law and Economics*<sup>[95]</sup>. Na lição de Castanheira Neves, o pensamento jurídico assume uma função sobretudo sociológica (econômico-social), e num novo nominalismo positivista de cariz sócio-empírico, torna-se uma “ciência-social”, volve-se em “engenharia social”(POUND, POPPER), tornando-se estritamente funcionalista. “Nem tardaria que o “social” se especificasse, como que numa hipertrofiante preferência determinante, quer na política – o direito apenas ou em último termo “função política” (a “teoria crítica do direito”, o “uso alternativo do direito”) – quer no econômico – o direito “função econômica” ou da eficiência econômica (*law and economics*: a “análise econômica do direito”)”.<sup>[96]</sup>

Pode-se dizer que Roscoe Pound, teria tido uma antevisão dessa guinada do pensamento jurídico para a referida proposta funcionalista citada por Castanheira Neves. Em 1921, em sua obra *The Spirit of the Common Law* já podem ser notadas as primeiras referências à análise sociológica e também econômica do Direito. Em passagem contida no capítulo dedicado à “razão jurídica”, o autor comenta que diante de uma realidade

<sup>95</sup> KRECKÉ, Elisabeth. Economic analysis and legal pragmatism. *International Review of Law and Economics* 23 (2004) 421-437.

<sup>96</sup> NEVES, Antonio Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia; Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Boletim da Faculdade de Direito. *Stvdia ivridica* 72, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 53.

de escassez de bens materiais o direito deve servir de instrumento para impedir o desperdício, garantir uma melhor distribuição. Enfim, satisfazer o maior número de exigências e necessidades humanas a partir da maximização daquilo que se deseja com o mínimo de sacrifício. Tais conceitos instrumentalistas tangenciam várias idéias mais tarde propostas pela *Law and Economics*, como a análise de custos e benefícios, o conceito de eficiência, de distribuição e de minimização de custos sociais e maximização da riqueza.<sup>[97]</sup>

#### 4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

Resultante do movimento de realismo jurídico (e seus precedentes anteriores, como Oliver Holmes e Roscoe Pound) e do movimento do pragmatismo filosófico (de Peirce, W. James e Dewey), o **instrumentalismo pragmático** influenciou fortemente a cultura jurídica norte americana. A reação contra o formalismo e a adesão à realidade concreta, bem como o empirismo, o consequencialismo, o eficientismo e a interdisciplinariedade característicos dessa concepção de Direito forneceram o substrato teórico para as abordagens jurídicas colocadas em prática tanto pela *Law and Economics* quanto pelo pragmatismo jurídico.<sup>[98]</sup>

---

<sup>97</sup> De um ponto de vista humano a tragédia central da existência é a de que os bens materiais dessa existência não são suficientes para todos, que enquanto os desejos e as exigências de cada indivíduo são infinitos, os meios materiais para os satisfazer são limitados (...). O fim da ordem jurídica só pode ser, pois, o de impedir o desencontro entre as classes e de eliminar o desperdício dos recursos garantindo-lhes a mais larga distribuição, de modo tal que, se não tudo o que se deseja possa ser assegurado, ao menos que seja distribuído a cada um o máximo possível; e considerando o discurso nestes termos, procuramos satisfazer o maior número de exigências e necessidades humanas – i. é, grande parte do global complexo dos interesses – com o mínimo sacrifício desses mesmos interesses” (POND, Roscoe, *The Spirit of the Common Law*. segundo a trad. cit., 177 apud NEVES, Antônio Castanheira. *Apontamentos complementares de teoria do direito (sumários e textos)*)

<sup>98</sup> PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis económico Del derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 262- 268.

A Análise Econômica do Direito, desde sua versão inicial, sempre assimilou a idéia de que o Direito é tido como um instrumento para atingir fins sociais de eficiência e/ou distribuição. Fortemente influenciada pelo espírito utilitarista, a literatura inicial da *law and economics* tem inegavelmente partido de uma prática e instrumental visão do Direito, contrastando com o formalismo e o conceitualismo de uma boa parte do conhecimento jurídico dominante.

*Law and Economics* é um movimento metodológico surgido na segunda metade do século passado, que se caracteriza pela aplicação da teoria econômica na explicação do Direito. Mais especificamente pela aplicação das categorias e instrumentos teóricos da microeconomia neoclássica, em geral, e de um de seus ramos desenvolvidos neste século, a Economia do Bem-estar, em particular, na explicação e avaliação das instituições e realidades jurídicas<sup>[99]</sup>. Na síntese de Richard Posner, o *Law and Economics* compreende “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”<sup>[100]</sup>.

O Movimento teve início marcado pelos trabalhos de Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost* (*Journal of Law and Economics*, n. 3 (1960)), em que analisa o problema do custo social ou os efeitos externos produzidos pelas atividades econômicas, com críticas ao papel intervencionista do Estado e ênfase na inconsistência da economia de bem-estar<sup>[101]</sup>. Segundo Pacheco, no ensaio de Coase se encontram as premissas fundamentais dessa nova abordagem jurídica: a relevância do conceito de efeitos externos ou externalidade para uma teoria econômica das instituições e o papel central que deve ter o problema do custo do Direito na análise da realidade jurídica.

---

<sup>99</sup> PACHECO, Pedro Mercado. *Op.cit.*, p 27

<sup>100</sup> POSNER, Richard A. “The Economic Approach to Law”. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, 1975. *apud* MEYERHOF, Bruno. *O que é “Direito e Economia”*, disponível em [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/)

<sup>101</sup> Além da relevância do conceito de efeito externo, introduz o de custo-benefício e “sustenta que a intervenção do estado só é aceitável na correção de uma deficiência do mercado e desde que implique num custo menor que o custo da falha do mercado que se pretende corrigir” (PACHECO, Pedro Mercado. *Op.cit.*, p. 28).

Ademais, a introdução da análise custo-benefício no processo de tomada de decisões jurídicas significava, para a teoria jurídica, a possibilidade de dialogar numa linguagem compatível com os economistas e recorrer ao seu aparato analítico para examinar e quantificar os efeitos do Direito.<sup>[102]</sup>

Em seguida, outra contribuição à abordagem econômica do Direito se deu com Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, Yale Law Journal, vol.68 (1961), em que, sob a ótica da teoria econômica, examina a distribuição do risco como critério de imputação da responsabilidade que informa o direito de danos<sup>[103]</sup>. A aplicação da teoria econômica na tarefa de definir os fins a serem perseguidos no direito da responsabilidade assim como a avaliação sobre quais sejam as normas ou regras mais eficazes para conseguir o objetivo fixado como “ótimo” são as inovações trazidas pelo estudo inicial de Calabresi.

Esses trabalhos serviram como precursores da Análise Econômica do Direito, que viria a ser consolidada como movimento em 1973, com a publicação, por Richard Posner, de seu *Economic Analysis of Law*. Nesse estudo, o autor elabora uma sistematização da maioria dos setores do sistema jurídico americano pela perspectiva da análise econômica<sup>[104]</sup>. Posner utiliza as principais teses da tendência predominante polarizada na Escola de Chicago e aplica na teoria positiva do sistema jurídico na perspectiva do paradigma do mercado e da eficiência econômica<sup>[105]</sup>. Assim, como aponta Alexandre Morais Rosa, este movimento busca transformar o Direito, que se encontraria num estado pré-científico, incapaz de se adaptar à nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante

---

<sup>102</sup> PACHECO, Pedro Mercado. *Op.cit.*, p. 28

<sup>103</sup> PACHECO, Pedro Mercado. *Op.cit.*, p. 29.

<sup>104</sup> A originalidade da disciplina de Direito e Economia esteve em estender o instrumental analítico da Economia às mais diversas áreas do conhecimento jurídico, inclusive direitos de propriedade, contratos, responsabilização civil, responsabilização penal, direito societário, dentre muitas outras.

<sup>105</sup> PACHECO, Pedro Mercado. *Op.cit.*, p. 30.

a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico<sup>[106]</sup>.

## 4.1 Teoria Positiva

Comumente destacam-se duas dimensões, ou dois níveis epistemológicos, para o *Law and Economics*: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). À primeira dá-se o nome de Direito e Economia Positivo (*positive theory*), e à segunda de Direito e Economia Normativo (*normative theory*). São dois enfoques distintos e independentes. A eleição desses dois tipos de estudos caracteriza os trabalhos dos dois maiores expoentes da Análise Econômica do Direito, Calabresi e Posner. Enquanto Calabresi adota um tipo de enfoque normativo no qual seu propósito fundamental é mostrar, por exemplo, como a sociedade pode controlar de forma mais otimizada o nível dos acidentes, adotando normas e instituições baseadas em critérios econômicos, o trabalho de Posner concentra-se em buscar uma estrutura analítica para explicar que efeitos produzem as normas existentes, e se estes correspondem a algum princípio ou critério econômico que os explique.

O Direito e Economia sob o enfoque **Positivo**, assumido por Posner, preocupa-se com o impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferido em face de suas decisões assim como das repercussões, em termos de bem-estar e maximização da riqueza.

Baseado nas técnicas da economia positiva, a AED adota a teoria do Direito de um estudo de impacto legal, melhor dizendo, de uma análise das normas jurídicas a partir de uma perspectiva econômica que teria por objeto a aplicação da teoria econômica e da econometria para especificar e quantificar os efeitos econômicos – diretos e indiretos – das normas jurídicas. Segundo Pacheco, as questões que a análise positiva tratará de resolver são: “quais são os efeitos de uma norma?”; “que custos acarreta a

---

<sup>106</sup> AROSO LINHARES, José Manuel e ROSA, Alexandre Morais da. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p.56-57.



execução do objetivo perseguido pela norma?"; "que efeitos produz no mercado ou na situação econômica dos destinatários afetados?"; "os efeitos desejados serão alcançados pela norma?". A todas essas questões a análise econômica deve dar resposta.<sup>[107]</sup>

Segundo Salama, o Direito e Economia Positivo emprega principalmente modelos mentais e ferramentas analíticas típicas da Economia. Ainda que haja aqui e ali abertura cognitiva para outras ciências, utilizam-se principalmente os modelos microeconômicos marginalistas<sup>[108]</sup>,

---

<sup>107</sup> PACHECO, Pedro Mercado. *Op.cit.*, p. 47.

<sup>108</sup> Para que se possa entender concretamente os conceitos marginalistas, convém ponderar sobre a relevância de cinco de seus conceitos centrais: escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência. Transcreve-se aqui resumo bastante elucidativo elaborado por Bruno Meyerhof Salama: "1. Escassez. Os indivíduos vivem em um mundo de recursos escassos. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem. Mas num mundo de recursos escassos os indivíduos precisam realizar escolhas. 2. Maximização racional. Os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam esses interesses quais forem. Assim, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Essa suposição de maximização racional leva ao chamado processo de "decisão marginalista". Isso quer dizer que, nos processos de tomada de decisão e realização de escolhas, os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade excederem seus custos. 3. Equilíbrio. O equilíbrio é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. Uma lei, por exemplo, é o resultado que surge – é um ponto de equilíbrio, portanto – quando todos os agentes políticos estão maximizando seus interesses através do processo político. 4. Incentivos. Incentivos são preços implícitos. Nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios. Assim, consumidores geralmente irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair. Já os produtores geralmente seguirão o caminho inverso (produzirão maior quantidade quando o preço subir e menor quantidade quando o preço cair). As condutas humanas, inseridas em determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica parecida..5. Eficiência. O termo "eficiência" tem diversas acepções. Num sentido amplo, eficiência diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos. Segundo o critério paretiano ou ótimo de Pareto, uma decisão social é ótima se não existe outra decisão

para dar a resposta precisa. Nesse intuito, tal enfoque precisa realizar uma comparação entre a situação concreta e a situação abstrata, identificada como correta nesse modelo de hipóteses construído, aproveitando-se de vários modelos à disposição, como, por exemplo, o da Teoria dos Custos de Transação, Teoria do Agente, Teoria da Escolha Pública (*public choice*), da Teoria dos Jogos, dentre outros. Tais trabalhos de avaliação dos efeitos introduzem na teoria jurídica um enfoque consequentialista sobre o processo de tomada de decisões e em sua avaliação<sup>[109]</sup>.

Os estudos do impacto legal têm um importante papel na análise jurídica, sobretudo porque o Direito também pode ser (ou deveria ser, conforme defendido pela corrente do pragmatismo jurídico proposto por Posner) avaliado pelo êxito na consecução de seus fins e não só em termos de sua estrutura formal e legalista.

Além de medir o impacto legal, o enfoque positivo da análise econômica se presta ao estudo da estrutura do sistema em seu conjunto, sob um ponto de vista econômico. O uso da teoria econômica nesse tipo de estudo está orientado à busca de uma racionalidade econômica no sistema jurídico, sob um modelo ou hipótese econômica<sup>[110]</sup>. Nesse aspecto da tese positivo-descritiva da AED, dentro da *common law*, procura-se promover a eficiência das suas decisões, regras e instituições. A lógica do mercado e a lógica do Direito assumem uma identidade. O que pretende Posner com

---

diferente que se prefira unanimemente, ou alguém pode melhorar sua situação sem piorar a de outro. Já de acordo com o conceito de eficiência entendida como “maximização da riqueza”, adotado por Posner, seu significado é “explorar os recursos econômicos de tal maneira que seu valor – a satisfação humana medida pela vontade de pagar do consumidor pelos bens e serviços – seja maximizado”. Este conceito de eficiência, por sua vez, tem grandes semelhanças com o critério de Kaldor-Hicks que defende a eficiência de uma decisão se esta permite que os que ganham com a transação possam compensar com esse lucro aos que perdem. (SALAMA, Bruno Mayerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia?. *Cadernos de Direito FGV*, estudo 22, v.5 n. 2 mar. 2008. Fundação Getúlio Vargas, disponível em <http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/caderno%20direito%2022.pdf>

<sup>109</sup> PACHECO, Pedro Mercado. *Op.cit.*, p. 49.

<sup>110</sup> *Idem, ibidem*

esse enfoque é justamente que a adjudicação de direitos e responsabilidades da *common law* possa predispor a consecução de resultados eficientes, mesmo que à margem de qualquer consenso em favor da eficiência que os juízes possam compartilhar. O mecanismo se impõe de forma quase “subliminar”, não requisitando dos juízes que tomem suas decisões apelando explicitamente a critérios e termos econômicos. O que de fato explica a teoria é que aqueles se comportam “como se” a eficiência ou maximização da riqueza fosse o objetivo que perseguem na maioria de suas decisões.

## 4.2 Teoria Normativa

Em seu enfoque normativo, a Análise Econômica do Direito não trata de estudar os efeitos das leis ou de demonstrar empiricamente a validade da hipótese de eficiência da *common law*. Não se trata de explicar o Direito, mas sim de desenhar o que “deve ser”.<sup>[111]</sup> Este ramo do “Direito e Economia” tem por objeto identificar quais as situações em que os fins preestabelecidos não alcançam seus resultados pretendidos para, assim, adotar as medidas para a sua devida correção. A *normative theory* constituiu-se num *policy analysis*, à medida que seu objetivo consiste em contribuir para a reforma do sistema jurídico a partir de considerações econômicas. O trabalho mais característico neste âmbito é o de Guido Calabresi, por ocasião de seus estudos sobre a responsabilidade civil.

A perspectiva teórica e metodológica do trabalho normativo da escola liderada por Calabresi é a da Economia do Bem-Estar, na qual a noção de concorrência perfeita deve servir para guiar quais mecanismos legais de intervenção devem corrigir as falhas que impedem o mercado de proporcionar o máximo bem-estar social<sup>[112]</sup>. Ou seja, este ramo da teoria econômica parte do chamado teorema fundamental da Economia do

---

<sup>111</sup> PACHECO, Pedro Mercado. *Op.cit.*, p. 54

<sup>112</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *Law and Economics: Paradigm, Politics, of Philosophy?*, 1989, *apud* MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 79.

Bem-Estar, que afirma que um mercado de concorrência perfeita produz uma situação de equilíbrio e de máxima eficiência social, chamada ótimo de Pareto, caracterizada por uma situação na qual nada poderá melhorar sua situação sem que se piore a situação de outra pessoa. Tal situação é reconhecida como modelo ideal. A realidade, porém, mostrar-se-á repleta de obstáculos e falhas a esse mercado. Externalidades, monopólios, assimetrias de informação, custos transacionais, etc. farão com que, na prática, essa situação idealizada nunca seja alcançada. O Estado é então convocado a intervir no mercado mediante a adoção do mecanismo jurídico mais adequado para tentar minorar ao máximo as falhas que o impedem de atingir sua forma ideal.

Trata-se de enxergar no Direito uma fonte de regulação de atividades e, portanto, de concretização de políticas públicas. O trabalho é desenvolvido no âmbito da política jurídica, procurando, a partir de um estudo com base na análise do custo-benefício, desenhar e avaliar as normas mais eficientes para a correção das deficiências do Direito. Caberá, assim, à *Law and Economics* definir, além da justificativa econômica para a ação pública, a melhor política a ser formulada pelos tribunais em suas decisões.<sup>[113]</sup>

Em matéria de eficiência e justiça, a teoria normativa da AED de Calabresi enfatiza a importância de estudar como as instituições operam as ferramentas de análise das políticas públicas e das escolhas sociais na solução dos problemas jurídicos econômicos. O que se constata é que tanto o formulador de políticas públicas quanto o seu aplicador utilizarão os mecanismos de incentivos jurídicos aplicados na *policy analysis* para

---

<sup>113</sup> “Government intervention should be justified based on existing market failures, they argue that legal economic policy should be limited to correcting these failures with recognized concern for both allocative and distributional impacts, as well as a continuing concern for justice and fairness. Moreover, the market-failure-correcting policies should be set in place based on cost-benefit analysis whenever possible, and this process should include the evaluation of all benefits and costs, not just those benefits and costs that can be measured in explicit dollar terms. (ROSE-ACKERMAN, Susan. *Law and Economics: Paradigm, Politics, of Philosophy?*, 1989 p. 6-7, 9, *apud* MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p.80.

influenciar as escolhas e comportamentos dos indivíduos, tentando intervir na correção das falhas de mercado para que o resultado seja maior bem-estar, eficiência e distribuição da riqueza.

Para a *normative theory*, desenvolvida por Calabresi e demais seguidores da Escola de Direito de New Haven, as noções de justiça que não levem em consideração as prováveis conseqüências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Deve-se, por seu turno, buscar congregar a ética conseqüencialista da Economia com a discussão sobre aquilo que deve ser considerado justo<sup>[114]</sup>. A integração de outras metodologias, inclusive levantamentos empíricos e estatísticos, ao estudo das instituições jurídico-políticas foi outra contribuição dessa vertente da teoria normativa iniciada por Calabresi<sup>[115]</sup>.

Não obstante ser Calabresi o precursor deste tipo de análise **normativa**, seus fundamentos se mostram diferentes dos propostos inicialmente por Posner e seus discípulos de Chicago. A corrente de Chicago parte do pressuposto da superioridade do paradigma de mercado na solução dos problemas decorrentes das falhas no mecanismo de alocação eficiente dos recursos. Na ótica de Posner, as deficiências não estariam no mercado, mas na ausência de condições para que este possa operar livremente.<sup>[116]</sup> Ademais, Calabresi segue uma tendência liberal<sup>[117]</sup> reformista, e, por conta disso, defende que o Direito deva guiar suas decisões não apenas pela finalidade econômica efficientista, mas também distributiva. Nesse sentido, Calabresi

---

<sup>114</sup> The market-failure-correcting-policies should be set in place based on cost-benefit analysis whenever possible, and this process should include the evaluation of all benefits and costs, not just those benefits and costs that can be measured in explicit dollar terms. (MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Op. cit.* p. 80)

<sup>115</sup> Calabresi concludes that specific remedies can only be proffered after extensive empirical research. The problem, he says, is that the data necessary to make these empirical judgments is very difficult to obtain. (MERCURO, (Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Op. cit.* p. 81)

<sup>116</sup> PACHECO, Pedro Mercado. *Op. cit.*, p. 54

<sup>117</sup> Liberal no sentido empregado pela política partidária norte-americana, de oposição ao conservadorismo, e de defender uma maior presença do Estado como agente de transformações sociais e econômicas.

também contribui para abrir um pouco mais o espectro do analista econômico do direito para decidir, visando alcançar o bem-estar social, por outra via.<sup>[118]</sup> Para Calabresi, o futuro da Análise Econômica do Direito passaria pelo projeto ambicioso de sua integração “com a teoria dos pontos de partida, com as teorias filosóficas e econômicas da distribuição e com o estudo ‘científico’ dos valores”. A pluralidade e o equilíbrio são a medida do futuro.<sup>[119]</sup> Nesse sentido, a visão do futuro da Análise Econômica do Direito proposta por Calabresi em “*Il futuro dell’ analisi economica del diritto*”<sup>[120]</sup> se aproxima da reviravolta pragmática evidenciada a partir dos anos noventa nas obras de Richard Posner.

### 4.3 Pragmatic turn

As divergências entre as duas escolas tornam-se mais definidas na questão relacionada ao papel da eficiência como elemento ético de fundamentação e justificação das decisões jurídicas. Posner, durante os anos 70 e 80, nitidamente defendeu um conceito de eficiência que serviria como base de uma teoria moral, que pregava que o progresso econômico resultante da aplicação de um conceito de maximização da riqueza deveria ser o único valor a ser levado em conta pelas instituições sociais. Seu conceito de eficiência, baseado na maximização da riqueza global, significa “explorar os recursos econômicos de tal maneira que seu valor

---

<sup>118</sup> Em conclusão, a análise econômica do Direito pode limitar-se a levar em consideração exclusivamente a eficiência ou a incluir também os efeitos distributivos e valores, mas posto que cada um dos diversos valores permite expor à luz certos aspectos em relação a outros, não parece correto assumir perspectivas unilaterais que traduzam tudo em termos de justiça, ou de eficiência. Estes tipos de considerações induzem a reafirmar a utilidade do instrumento oferecido pela análise econômica do direito na medida em que este adote uma linguagem que, estendendo-se aos setores da distribuição e dos valores, o impeça considerar-se dotado de uma superioridade sobre as demais ciências e cair, em consequência, em mera ideologia.

<sup>119</sup> CALABRESI, Guido, *Il futuro dell’ analisi economica del diritto*, *Sociologia del Diritto*, num. 1-2 (1990), p.51-54.

<sup>120</sup> *Idem, ibidem.*

– a satisfação humana medida pela vontade do consumidor de pagar por bens e serviços – seja maximizado.”<sup>[121]</sup> Dentro desse ponto de vista de eficiência econômica, para Posner e seus seguidores, o único fim que competiria ao Direito seria o de maximização da riqueza.<sup>[122]</sup>

A crítica expôs uma série de deficiências das teses de Posner, que o forçaram a rever seu posicionamento de que a maximização da riqueza pudesse servir de único fundamento e justificativa para as decisões jurídicas. A partir do início da década de noventa do século passado, Posner publicou vários textos atribuindo um papel mais discreto à maximização da riqueza e defendendo o pragmatismo jurídico<sup>[123]</sup>. A partir da publicação de “Problemas de Filosofia do Direito” (*The problem of jurisprudence*), Posner nitidamente recua em sua posição, aceitando a maximização da riqueza como sendo apenas mais um dos fatores econômicos que poderiam ser levados em consideração, subsidiariamente aos critérios jurídicos, pelo juiz pragmático em sua estratégia de decisão, desde que traga consequências sociais desejáveis e que não afronte as instituições. Segundo Aroso Linhares, o *pragmatic turn* de Posner, verificado a partir do início da década de noventa do século passado, “constitui uma das mais ambiciosas tentativas de adaptação–correção (e neste sentido também de preservação) da *Chicago Trend*. Como se à possibilidade de superar o ‘individualismo libertário’ dos *right wing scholars* (...) se acrescentasse agora a reavaliação drástica das pretensões de cientificidade e de objectividade que dominaram a primeira etapa do movimento. (...) Uma reavaliação que renuncia

---

<sup>121</sup> Este conceito de eficiência tem grandes semelhanças com o critério de Kaldor-Hick que reconhece a eficiência de uma decisão se esta permite que os que ganham com a transação possam compensar com isso aqueles que perdem. (MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 45)

<sup>122</sup> A maximização da riqueza como fundação ética para o Direito é uma tese radical. Richard Posner formulou-a em uma série de artigos da segunda metade da década de 1970, e posteriormente, em 1983, consolidou os escritos em um livro cujo título é bastante sugestivo, “A Economia da Justiça” *The Economics of Justice*. (SALAMA, Bruno Mayerhof. *Op. cit.*, p. 27).

<sup>123</sup> SALAMA, Bruno Mayerhof. *Op. cit.*, p. 27

à possibilidade de um sistema pré-determinado (de ‘conceitos e de princípios econômicos básicos’)”<sup>[124]</sup>.

Contudo, adverte ainda Aroso Linhares, que tal reavaliação “não põe em causa (que antes reafirma) a possibilidade de mobilizar a análise *custo/benefício* (e o *rational actor model* que a sustenta mas também a *welfarist proposition* que a torna possível)... para com eles construir uma verdadeira *teoria da decisão-julgamento* (*a certain theory of adjudication*): decerto como uma *perspectiva* entre outras possíveis — aquela que o *economic analyst of law* (*as external theorist*) está em condições de recomendar e de promover (quando se dirige aos operadores do direito); mas decerto também... como uma perspectiva cuja mobilização não garante nem determina «respostas únicas» (porque se trata antes de reconhecer a impossibilidade destas ou de qualquer reflexão metodológica lograda!)”.

## 5. PRAGMATISMO JURÍDICO

Mais que uma teoria de Direito, o pragmatismo revela-se como uma teoria de como usar a teoria, uma teoria sobre a práxis judicial. O Direito, sob a ótica pragmatista, implica compreensão do comportamento e da atividade dos juízes. Nas palavras de Richard Posner, “o Direito é uma atividade, mais do que um conceito ou um grupo de conceitos”<sup>[125]</sup>. Os juízes, pois, são os protagonistas do pragmatismo, uma vez que as suas decisões põem em prática essa atividade, que é o Direito. O modo como desempenham esta prática é o objeto da teoria do pragmatismo jurídico.

“Pragmatismo”, explica Posner, no sentido em que a palavra é usada na teoria pragmática do comportamento judicial, requer uma cuidadosa definição. A princípio, basta perceber que a palavra se refere à prática de basear os julgamentos mais nas suas conseqüências do que na dedução de premissas na forma de silogismo. À semelhança do utilitarismo, empenha-se

<sup>124</sup> AROSO LINHARES, José Manuel. O *pragmatismo interdisciplinar* de POSNER (enquanto específica *theory of adjudication*).

<sup>125</sup> POSNER, Richard A. *The problem of jurisprudence*, p. 459.



em alcançar, numa sociedade voltada para o mercado, resultados que convirjam basicamente para o seu bem-estar econômico. No campo do Direito, o pragmatismo se baseia muito mais nos efeitos que as decisões judiciais provavelmente terão do que na interpretação sobre um dispositivo legal ou regra pré-existente<sup>[126]</sup>. Nesse sentido, se opõe ao legalismo<sup>[127]</sup>.

Mostra-se necessário, então, expor quais as orientações utilizadas pelos juízes para que sua atividade possa ser reconhecida como pragmática. Primeiramente, é importante dizer que os juízes pragmáticos, ao contrário dos legalistas, geralmente baseiam suas decisões não só em regras mas também em padrões empiricamente previsíveis, que, segundo a sua crença, formada a partir da análise de informações interdisciplinares, acarretarão benefícios à sociedade. Os juízes pragmáticos entendem que, ao decidir, devem analisar as opções oferecidas pelas circunstâncias do caso concreto e escolher uma estratégia que possa trazer as conseqüências mais desejadas, mesmo que a estratégia seja a mesma pela qual um juiz legalista optaria naquele caso. A diferença é que este último escolheria tomar aquela decisão por outros motivos lógico-formais, sem preocupação com o sentido teleológico. Assim, é possível optar-se por atuar como formalista, em bases pragmáticas, se esta tática funcionar melhor para a consecução de fins sociais.

Na concepção de Posner, o pragmatismo jurídico não é apenas um termo disfarçado para julgamento *ad hoc*<sup>[128]</sup>, uma vez que pode envolver considerações sistêmicas, conceitualistas e generalistas, e não apenas avaliações em função das possíveis conseqüências inerentes ao caso porventura verificadas. Entende que, circunstancialmente (principalmente nos casos

---

<sup>126</sup> Em sua famosa frase, Oliver Wendell Holmes sintetiza o pragmatismo judicial como “a vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência” (considerando lógica como formalismo e experiência como empirismo) HOLMES JR., Oliver Wendell, *The Common Law* 1 (1881) *apud* POSNER, Richard A.. *Law, Pragmatism and Democracy*. Harvard; Harvard University Press: 2003, p.57.

<sup>127</sup> POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard; Harvard University Press, 2008, p. 40.

<sup>128</sup> POSNER, Richard A.. *Law, Pragmatism and Democracy*. Harvard; Harvard University Press: 2003, p. 60

díficeis), o juiz pragmático aferirá, ao invés das conseqüências específicas de cada caso, as suas conseqüências sistêmicas e institucionais<sup>[129]</sup>.

No modelo de pragmatismo jurídico proposto por Posner, ao proceder dessa maneira, não significa que o juiz deva se transformar num formalista legalista<sup>[130]</sup>, mostrando devoção cega às normas preexistentes (*ruat caelum ut fiat iustitia*), renunciando a toda flexibilidade, criatividade ou adaptabilidade, mas, isso sim, por devido respeito por valores políticos e sociais de continuidade, coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade nas definições de direito e deveres legais<sup>[131]</sup>.

Ainda que haja casos onde a melhor tática para a tomada de decisões seja a de se valer de critérios fundados na normatividade do Direito, ao interpretar e aplicar a lei, o julgador deverá sopesar as prováveis conseqüências das diversas interpretações que o texto permita, atentando, por outro lado, para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição ou a separação de poderes (instituições).

O cerne do pragmatismo judicial, para Posner, é o julgamento pragmático; e seu núcleo consiste na alta consideração dos juízes pelas conseqüências e, assim, na predisposição para julgamentos baseados em critérios políticos (*policy judgements*) ao invés de critérios conceitualistas e generalistas. O autor continua a rejeitar a idéia de que o Direito esteja só fundando em regras e princípios permanentes e de que seja posto em prática através da sua manipulação lógica.

Nas palavras de Posner, não existe um algoritmo para apontar o equilíbrio entre o *rule-of-law* and *case-specific consequences*, o continuísmo e a criatividade, o curto e o longo prazo, o sistêmico e o particular, a regra e

---

<sup>129</sup> POSNER, Richard. A. *How judges think*, p. 238.

<sup>130</sup> Formalismo jurídico entendido como a noção de que questões jurídicas possam ser respondidas exclusivamente através da investigação entre conceitos derivados de princípios e regras e com um exame meramente superficial da relação entre o Direito e o mundo dos fatos.

<sup>131</sup> POSNER, Richard A.. *Law, Pragmatism and Democracy*. p. 61.

o padrão<sup>[132]</sup>. Um juiz pragmático ideal tentará sopesar com razoabilidade as conseqüências imediatas (*case-specific ad hoc consequences*) e as conseqüências mediatas ou sistêmicas, além das conseqüências institucionais.

De acordo com o pensamento de Posner, não seria fácil identificar um juiz pragmático sensível<sup>[133]</sup>, mas sua virtude estaria na atitude de não ofensa à constituição, às leis e aos precedentes, na procura judicial do equilíbrio e em certa contenção de discricionariedade diante dos espaços abertos à sua criatividade (*constrained pragmatism*). Apesar do pragmatismo jurídico estar voltado para o futuro, preocupado com os efeitos das decisões, considera a aderência às decisões anteriores mais como uma necessidade do que como um dever ético<sup>[134]</sup>.

Na ótica de Aroso Linhares<sup>[135]</sup>, “a execução táctica do *purpose* das *rules* pode favorecer uma acentuação das conseqüências sistêmicas, o equilíbrio do *constrained pragmatism* só será assegurado se a acentuação das referidas conseqüências evitar os caminhos tanto das *legalist theoris* quanto dos *short-sighted pragmatists* (e as hipertrofias polarizadas a que estes se entregam).” Assim, caso o juiz pragmático almeje tomar uma decisão tendo em vista as necessidades sociais presentes e futuras, deve buscar certa consistência com o direito pré-existente (as *rule of law virtues* que o sustentam). Não que isso corresponda a um fim em si, mas a um meio de atingir os melhores resultados, isto é, de formar a melhor decisão. Afinal, muitas vezes, uma decisão judicial incongruente e que desestabiliza o sistema jurídico é uma má decisão. E o juiz pragmatista quer sempre a melhor decisão.

O juiz pragmatista precisa se valer de fontes do âmbito jurídico e também do não-jurídico – dados científicos, técnicos, psicológicos,

---

<sup>132</sup> *Law, Pragmatism and Democracy, op. cit.* p.64

<sup>133</sup> Posner diferencia os juízes que adotam o “pragmatismo judicial sensível” (*sensible pragmatic judges*) daqueles de pragmatismo judicial míope (*shortsighted pragmatic judges*) de acordo com o critério de razoabilidade de suas decisões. *How Judge Think, op. cit.*, p. 239.

<sup>134</sup> *Idem*, p, 60.

<sup>135</sup> AROSO LINHARES, José Manuel e ROSA, Alexandre Morais da. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, nota 123, p. 264.

biológicos, geográficos, estatísticos, etc. – para atender às necessidades sociais que se põem no caso concreto. Tais recursos são utilizados a critério do juiz pragmatista como meros instrumentos, sem qualquer caráter vinculante. Nesse sentido, Posner ensina que o amplo leque de informações de que dispõe o juiz pragmatista deve ser sempre utilizado com o fim de proporcionar a melhor decisão<sup>[136]</sup>.

Os juízes positivistas, assim como os pragmatistas, têm interesse em fontes “autoritativas”<sup>[137]</sup> (*authorities*) e nos fatos – não só naqueles desenvolvidos nos tribunais em razão de testemunhos, acareações, interrogatórios, depoimentos. Todavia, o juiz positivista começa com, e dá mais ênfase, às fontes normativas, enquanto o juiz pragmático começa com, e dá mais peso, aos fatos.

Num processo, pode-se determinar “quem fez”, “o que fez”, “onde fez”, “quando fez” e “para quem fez”, mas não se determina, por exemplo, “as intenções por trás de um estatuto ou regulamento”, “como determinados mercados funcionam”, “incentivos que determinadas transações criam”, “os comportamentos característicos da polícia e outros funcionários públicos”, assim como “os efeitos dissuasivos de diferentes punições”. Para colher esta segunda categoria de informação, determinante para aferir as implicações futuras da decisão, Posner sustenta que um juiz pragmático deve se tornar mais receptivo aos conhecimentos fornecidos pelas disciplinas nomeadamente empíricas<sup>[138]</sup>. Nessa perspectiva, o recurso a outras áreas do conhecimento<sup>[139]</sup> apresenta-se como forma eficaz de manter o

---

<sup>136</sup> POSNER, Richard A. Pragmatism adjudication. *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. Durham: Duke University Press, 1988, p.238.

<sup>137</sup> Fontes jurídicas como: dispositivos de estatutos, decisões de tribunais, regulamentos do governo etc.

<sup>138</sup> “The legal system cannot be indifferent to issues of empirical truth”. POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p.54

<sup>139</sup> “Legal theory is concerned with the practical problems of law, but it approaches them from the outside, using the tools of others disciplines” POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 2 *apud* AROSO LINHARES, José Manuel. A “Abertura ao Futuro” como Dimensão do Problema

Judiciário mais próximo das demandas sociais e assim reunir as informações indispensáveis para o juiz montar sua estratégia de decisão de acordo com as conseqüências empiricamente previsíveis. Em seu artigo *Legal Scholarship Today*, Posner sustenta que a condição indispensável para o crescimento da interdisciplinaridade na área jurídica foi a evolução de outras disciplinas, como a Economia, como meios potenciais de melhor compreender e aperfeiçoar o Direito<sup>[140]</sup>.

O pragmatismo jurídico oportuniza à Teoria do Direito a abertura de suas portas para a Análise Econômica do Direito<sup>[141]</sup>. Ela será útil tanto como um recurso de interpretação sobre os  **fatos** reunidos pelo juiz para tomada das decisões quanto como instrumento para previsão das conseqüências de sua decisão na Economia (mercado). Kloppenberg, citando Fish, bem percebe essa permeabilidade do pragmatismo à análise econômica do Direito quando diz que “Posner envolve (*embraces*) o pragmatismo como uma folhagem (*fig leaf*) para ocultar dogmas econômicos relativos à eficiência do mercado”<sup>[142]</sup>.

Como exemplo de aplicação da análise econômica do Direito no pragmatismo jurídico, Posner cita o polêmico caso *Lochner vs New York*, de 1905<sup>[143]</sup>. Nesse caso, a Suprema Corte invalidou uma lei estadual que

---

do Direito”, in AVELÃS NUNES, António José e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coords.). *O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 392.

<sup>140</sup> POSNER, Richard A. *Legal Scholarship Today*. *Harvard Law Review*, vol. 115, n.5, pp. 1314 – 1327, 2002

<sup>141</sup> Posner é o maior responsável por manobrar o pragmatismo em direção à análise econômica do direito “I have been called a *faux* pragmatist for arguing that economic theory is useful to law; that is said to make me a dogmatist, and a dogmatist can't be a pragmatist”. *Law, Pragmatism and Democracy*, p.76

<sup>142</sup> “Posner embraces pragmatism as a fig leaf to conceal economic dogmas concerning market efficiency as absolute as Kant's transcendental aesthetic or Marx's notion of proletariat”. KLOPPENBERG, James T., “Pragmatism: An Old Name for Some Old Ways of Thinking?” in *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. Durham: Duke University Press, 1988, 109 (Morris)

<sup>143</sup> Vale a pena trancrever a descrição feita por Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy para

limitava a jornada de trabalho com base no argumento de que feriria a liberdade contratual. Além do citado argumento legal utilizado pela corte para embasar a sua decisão, a maioria dos economistas da época, apesar de não disporem de aparatos capazes de conferir certeza, entendiam que limitar a jornada de trabalho pela lei também poderá trazer ineficiência. A alegação do autor é que nesse caso um argumento pragmático, de qualquer modo, esteve presente nos resultados do caso *Lochner v. New York*, em função do debate feito sobre as possíveis conseqüências que a decisão poderia ter a longo prazo em termos econômicos<sup>[144]</sup>. Para Posner, a alusão ao pragmatismo se encontrava em ambos os lados do caso, desfavorecendo a lei em fundamentos estritamente pragmático-econômicos, mas também desfavorecendo, numa base pragmática ampla, o uso da Constituição para derrubar a lei sem insistência, numa demonstração mais convincente de sua ineficiência<sup>[145]</sup>.

---

contextualizar o caso *Lochner v. NY* com o pragmatismo jurídico em contraposição ao formalismo apontado por Holmes: “Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da Suprema Corte, **discordou da maioria que sustentara a formalista liberdade de contrato** e seu voto inaugura uma nova postura realista. Segundo Holmes, ‘Eu sinceramente sinto muito que não possa concordar com a maioria nesse caso e penso que tenho obrigação de expressar minha discordância. **Esse caso é decidido com base em teoria econômica em relação à qual boa parte do país não concorda. Se fosse questão de concordar com essa teoria, eu deveria estudá-la mais profundamente, antes de formar convicção.** Mas acho que não é minha obrigação, porque acredito que minha concordância ou discordância é independente do direito que a maioria tem de expressar suas opiniões, fazendo leis (...) Proposições gerais não decidem casos concretos (...) **Um homem razoável deve pensar que essa lei é medida adequada para a manutenção da saúde(...)**’. Ao indicar a saúde do trabalhador como bem a ser perseguido, Holmes despreza o **formalismo** do regime econômico e jurídico liberal. O silogismo que informa a aplicação da lei cede à realidade vivente. Holmes dá vida ao direito, prescrevendo que a lógica que supostamente o informa é mero adorno retórico. Assim, ‘**A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência.**’,”, GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e filosofia nos Estados Unidos*. Disponível em [http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/direito\\_e\\_filosofia\\_nos\\_eua.html](http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/direito_e_filosofia_nos_eua.html), acesso em 30.05.2009.

<sup>144</sup> *Law, Pragmatism and Democracy*, p.75

<sup>145</sup> *Idem, Ibidem.*

À medida que a *Law and Economics scholarship* se revela com uma teoria compreensiva, capaz de informar (não conformar) o trabalho adjudicativo nos mais diversos domínios do Direito, está apta a ajudar a compor a estratégia pragmática para obtenção da melhor decisão. Ademais, na medida em que fornece parâmetros materiais baseados em modelos quantificáveis e comparáveis, cria uma identificação contextual com o pragmatismo jurídico já que este possui uma orientação empírica, como raciocínio prático.<sup>[146]</sup>

Em “*How judges think*”, Posner relata que a doutrina jurídica americana tem recorrido às teorias compreensivas (*comprehensive theories*) quando os materiais jurídicos mais ortodoxos disponíveis não conseguem fornecer respostas convincentes (*convincing answers*) para a decisão dos casos. Nesse particular, a teoria econômica tem se configurado como a mais importante dessas teorias compreensivas para explicar os casos e a doutrinas jurídicas resultantes dos diversos domínios do Direito<sup>[147]</sup>, em condições de proporcionar as bases de informação indispensáveis à especificação estratégica e aos exercícios de previsão-autonomização dos efeitos.<sup>[148]</sup>

## 6. UM CASO JURÍDICO CONCRETO

Embora o pragmatismo jurídico seja uma orientação de pensamento essencialmente norte-americana, concebida para ser praticada no sistema de *common law*, podem ser verificadas algumas decisões de nossos tribunais que se apóiam, ainda que intuitivamente, sobre argumentos de natureza pragmática.

---

<sup>146</sup> Posner sempre faz a ressalva: “This does not mean that every case is to turn on its unique facts; the systemic consequences of adjudication are also matters of fact. Nor does an empirical orientation imply a rejection of legal principles” *Law, Pragmatism and Democracy*, p.75.

<sup>147</sup> *How Judges Think*, cit., p. 237.

<sup>148</sup> AROSO LINHARES, José Manuel e ROSA, Alexandre Morais da. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p.273.

Nesse sentido, será apresentado um caso concreto onde se supõe ter havido uma notável inclinação à utilização de argumentos externos à dogmática jurídica, abastecidos em outras esferas de conhecimento como a histórica e a econômica, no qual a decisão é marcada por uma forte conotação finalística, mais preocupada com as conseqüências da sua aplicação no contexto do mercado do que propriamente com a correição lógico-formal da sua aplicação junto ao ordenamento jurídico.

Na apreciação do caso concreto trazido à análise, será verificado o teor de pragmatismo jurídico empregado na elaboração dos votos vencedores do julgamento a respeito da impenhorabilidade do imóvel caracterizado como bem de família de fiador de contrato de aluguel.

Em fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário (407.688-8/São Paulo) contra o acórdão do Antigo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, que negou provimento a agravo de instrumento interposto pelo recorrente ao STF. Na base do agravo está a decisão em que o juiz da causa indeferiu pedido de liberação do bem de família, objeto de constrição em processo executivo com fundamento na exceção legal à regra da impenhorabilidade de tais bens, nos termos do art. 3º, inc VII, da Lei n. 8.009, de 1990<sup>[149]</sup>, pois o devedor executado ostenta a condição incontroversa de fiador em contrato de locação. Inconformado, o fiador interpôs o recurso extraordinário apontando que o advento da Emenda Constitucional n. 26, de 2000, ampliou a disposição do artigo 6º da Constituição Federal, incluindo a moradia entre os direitos sociais, o que alteraria a questão da penhorabilidade do bem de família do fiador como exceção à regra geral, que prevê a impenhorabilidade do bem de família. Em sua decisão, o STF firmou entendimento

---

<sup>149</sup> Lei 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, “Art. 3º: A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...) VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)” Assim, por força da Lei 8.009/90, o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar (bem de família) passou a ser considerado impenhorável, exceto nas hipóteses do artigo 3º.



diverso do que habitualmente vinha manifestando desde o advento da Emenda Constitucional n. 26, entendendo, que seria possível a penhora do único imóvel de uma pessoa que assumia a condição de fiador em contrato de aluguel. Na ementa, ficou assentado que “a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do artigo 3º, inc.VII, da Lei 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei 8.245, de 15 de outubro de 1991<sup>[150]</sup>, não ofende o art. 6º da Constituição da República<sup>[151]</sup>.”<sup>[152]</sup>

Em seu voto, o ministro-relator Cezar Peluzo, valendo-se de fundamentos econômicos, sensibiliza a maioria dos demais membros a mudar o posicionamento prevalecente da Corte em casos de penhora de bem de família do fiador. Segundo sua tese, o direito social à moradia “pode ser implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”, ou seja, ao se conferir

---

<sup>150</sup> A Lei 8.245, de 18.10.91, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, acrescentou o inciso VII à Lei 8.009/90, para ressaltar a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”. Em razão disso, o imóvel residencial, considerado “bem de família” daquele que assumiu o encargo de fiador tornou-se passível de penhora.

<sup>151</sup> O direito a moradia foi introduzido no art. 6º da CF de 1988 pela Emenda Constitucional 26, de 14.02.2000.

<sup>152</sup> Interessante ressaltar que somente a partir desse caso, que ora analisamos, é que houve mudança no posicionamento do STF sobre a questão, uma vez que, até então, o STF entendia que o dispositivo contido no inciso VII do art. 3º, acrescentado à Lei 8.009/90 pela Lei 8.245/91, seria inconstitucional, por violar o artigo 6º da Constituição que reconhece o direito à moradia como um direito fundamental (art. 6º). Exemplo: STF, RE 352490, rel. Min. Carlos Velloso, j. 25 de abril de 2005, “CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

uma maior segurança para o credor nos contratos de aluguel por meio do reforço da garantia contratual a partir da possibilidade de penhora do imóvel do fiador em caso de insolvência do inquilino, diminuir-se-iam os custos relativos a estas transações, uma vez que os riscos do credor diminuiriam. Assim, a decisão serviria como um estímulo à oferta de unidades habitacionais destinadas ao arrendamento e isso, segundo o raciocínio do ministro-relator, contribuiria para a reformulação da política habitacional voltada a assegurar a todos o direito de acesso à moradia, mesmo que através de imóveis alugados.

Em outra passagem, o ministro Cezar Peluzo deixa transparecer em seu voto a manifesta intenção de dotar de fundamento econômico a decisão que, de uma forma mais ortodoxa, seria necessariamente tomada com base apenas em valores ínsitos ao ordenamento jurídico previstos em sede constitucional. A racionalidade econômica regida pela eficiência econômica constitui-se aqui na razão implícita pela qual o Estado move seu aparato judiciário em busca da melhor decisão.

Se é verdade que a finalidade da norma constitucional de acesso de todos ao direito de moradia pode ser implementada por diferentes vias, o juiz pragmático, ciente dessas possibilidades, vai buscar justamente aquela que permita aliar o fim teleológico da norma programática constitucional às exigências do mercado. Nesse intuito, optará por julgamentos baseados em critérios políticos (*policy judgements*) ao invés de critérios conceitualistas e generalistas fornecidos pelas normas pré-existentes. Ao julgar, o juiz pragmatista tem suas intenções voltadas para o futuro e está comprometido com os efeitos da sua decisão nos comportamentos dos indivíduos.

Percebe-se que, nos argumentos utilizados nos votos vencedores dos ministros, havia a intenção de tentar fazer com que os efeitos da decisão incentivassem ou desestimulassem comportamentos de agentes econômicos, numa verdadeira finalidade de intervenção na atividade econômica, ou seja, formulação de política pública<sup>153</sup>. Tal intenção se justifica na

---

<sup>153</sup> À semelhança do que propõe Calabresi para uma teoria normativa da análise econômica do direito.

concepção de que o Estado deve atuar na tarefa de corrigir as falhas ou distorções que impedem a configuração de um equilíbrio perfeito no mercado habitacional. Para ele, “um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel”.

Nesse sentido, o voto do ministro relator defende que a decisão de manter passível de penhora o imóvel do fiador teria o condão de corrigir as falhas do mercado de locação de imóveis. *In verbis*: “a *ratio legis* da exceção de penhorabilidade de bem de família do fiador, prevista no art. 3º, inc VII, da Lei n. 8.009, de 1990, é justamente acudir a essa **distorção**, facilitando a celebração de contratos e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização histórica, o direito social de moradia”. Em outra passagem em que acentua sua preocupação com as conseqüências da decisão no que diz respeito à conciliação entre o equilíbrio do mercado e à efetivação do preceito constitucional, alega que: “castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, **romperia o equilíbrio do mercado**, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.

Ainda que a providência interventiva do Estado a partir do Poder Judiciário deva ser formalmente justificada com base em argumentos jurídicos e constitucionais, na prática, é implicitamente guiada por uma racionalidade econômica informada por uma lógica de maximização da riqueza, redução de custos de transação, produtividade, equilíbrio do mercado, etc. É em cima desse argumento que o Ministro Eros Roberto Grau, em voto discordante, critica a postura pragmática do Min. Cesar Peluzo, alegando que aquela estava apegada à “lógica do mercado” e que seu voto deveria estar embasado naquilo que diz a Constituição.

Quanto ao argumento enunciado pelo ministro predecessor de que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado

das locações imobiliárias, Eros Grau afirma que este “não pode ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, como o do artigo 6º e o da isonomia”. Seguindo um pensamento semelhante ao de Dworkin<sup>154</sup>, Grau diferencia argumentos políticos (*policies*) de argumento de princípios (*principles*) para justificar as decisões judiciais. Grau recusa-se a admitir que os argumentos políticos comprometam direitos sociais garantidos na Constituição. Em trecho de seu voto divergente, o ministro defende que, “não hão de faltar **políticas públicas**, adequadas à **fluência desse mercado**, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional” (grifo nosso). Insiste que o dever do STF é o de aplicar a Constituição, “o Poder Público que desenvolva **políticas públicas** sempre adequadas aos preceitos constitucionais”. Nesse aspecto, o voto discordante atenta para a questão referente à falta de capacidade do Poder Judiciário para formular políticas públicas, uma vez que, segundo o ministro Eros Grau, o sistema judiciário não seria o poder mais adequado para a compreensão de metas, o equilíbrio da economia, etc.

O voto do ministro Sepúlveda Pertence seguiu a linha do pragmatismo adotado pelo voto condutor do ministro Cesar Peluzo, no sentido de dar ênfase às conseqüências econômicas desejáveis à política de acesso à moradia. Desse modo, argüiu que a efetividade do direito à moradia dependia da viabilização da locação residencial e, assim, segundo seu voto, “não se trata aqui de ceder a imperativos do mercado, mas de **ter em conta a realidade circundante** da questão constitucional.” Para o ministro Sepúlveda Pertence, “a alternativa à fiação eficaz é enredar-se o inquilino na garantia bancária, inacessível à grande massa daqueles que não têm como realizar o seu direito à moradia senão mediante o arrendamento do imóvel residencial.”

Vale ressaltar que, até o presente voto, não havia sido utilizada qualquer base informacional a indicar se a teoria econômica empregada confirmaria ou refutaria as conseqüências vislumbradas pelos ministros em termos de política habitacional e de acesso ao direito à moradia a partir

---

<sup>154</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 292.

da adoção da decisão que determina a penhorabilidade do bem de família do fiador. A hipótese de esta medida político-jurisdicional tornar mais atrativa a atividade econômica de locação de imóveis, apesar de bastante plausível sob o ponto de visto econômico, necessitaria de dados empíricos mais consistentes. Não há qualquer certeza sobre o sucesso da medida na consecução dos objetivos de ampliação do acesso da população à moradia. Não existe um controle sobre as conseqüências da decisão ou sobre o alcance desses resultados desejados. Em razão dessa indeterminação dos efeitos da decisão, o Ministro Carlos Aires Brito, fazendo alusão ao voto do Ministro-Relator Cezar Peluso, propõe a seguinte crítica: “Sem querer desqualificar, minimamente que seja, o vigor da sustentação de Vossa Excelência, como sempre pragmático e ficando suas observações na realidade, o que é um mérito, entendo que a impenhorabilidade do bem de família, no caso dos autos, daria ao mercado uma oportunidade de exercitar outras fórmulas substitutivas, o mercado é muito inventivo e encontraria meios e modos de resolver os futuros contratos de locação”.

Na seqüência, o ministro Nelson Jobim, então presidente do STF, declara seu voto reportando-se à antiga Lei n. 1.300, de 1950, que acabou inviabilizando o crescimento imobiliário e, por conseqüência, dificultando o acesso à moradia no Brasil, problema que só seria sanado posteriormente com novos mecanismos de financiamento para o setor imobiliário, pela Lei n. 4.591, de 1964.<sup>155</sup> Nessa passagem de seu voto fica evidenciado

---

<sup>155</sup> O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) possui um estudo que confirma a alegação do Ministro Nelson Jobim. “A situação do setor habitacional brasileiro no período imediatamente anterior à entrada em funcionamento do Sistema Financeiro de Habitação - SFH era das mais graves. O crescimento explosivo da demanda por habitações urbanas (derivado da intensificação do processo de urbanização do país), em um contexto fortemente inibidor do investimento na área (marcado por forte aceleração inflacionária, taxas de juros nominais fixas e **leis populistas no mercado de alugueis**), acabou por gerar um déficit habitacional estimado em oito milhões de habitações. SANTOS, Cláudio. *Políticas Federais de habitação no Brasil. 1964-1988*. Texto para discussão IPEA 654. (IPEA, 1999) disponível em [http://www.ipea.gov.br/pub/td/td\\_99/td\\_654.pdf](http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_99/td_654.pdf), em 12 de junho de 2009. Ver ainda KAMPELL E. et al.. *Sistema Financeiro de Habitação*. Rio de Janeiro: IBMEC, 1974, *apud*, SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: Uma Análise de Direito & Economia*. São Paulo:

o cuidado em recorrer a padrões empiricamente constatáveis, adquiridos pela experiência histórica das políticas habitacionais brasileiras.

Também chama a atenção, no voto do então presidente do STF sua preocupação em aliar a prática de julgar com base nos efeitos que possam ser desencadeados ao exercício lógico-dedutivo de subsunção às regras pré-existentes ou dispositivos legais, numa aproximação da idéia de “boa decisão” preconizada pelo pragmatismo jurídico. Para ele, literalmente: “o tribunal não pode ficar insensível ao fato de que seus eventuais trabalhos teóricos ou acadêmicos possam criar circunstâncias que inviabilizem, inclusive, o próprio desenvolvimento do setor e abertura de moradias a todos.” Conclui, afirmando: “É bom lembrar, por exemplo, as situações de efeitos das normas. Precisamos ter preocupação com isso.”

Ao final dos votos, “O Tribunal por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso Mello, que lhe davam provimento”.<sup>[156]</sup>

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Independentemente do mérito, o julgamento evidenciou que a abordagem pragmática foi utilizada para permear os argumentos de boa parte dos votos vencedores.

A opção por intervir na realidade social buscando com a decisão alterar a configuração da política pública de acesso à moradia revela a preocupação do julgador em tentar conjugar o respeito às instituições democráticas e valores constitucionais existentes com as prováveis consequências que a decisão poderá gerar no contexto da realidade social.

---

Quartier Latin, 2007, p. 205.

<sup>156</sup> Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de análise de jurisprudência. Diário da Justiça 06..10.2006, ementário N° 2250-, p, 880- 927. Recurso Extraordinário 407.688-8/ São Paulo, Relator Ministro Cezar Peluso.

O voto dos ministros no caso em estudo demonstrou uma abertura a adoção de recursos não-jurídicos na aplicação do direito, recebendo contribuições de outras disciplinas em sua elaboração. E, nesse ponto, o pragmatismo jurídico empregado no caso em questão, se valeu da Análise Econômica do Direito como uma espécie de teoria racionalizadora da realidade jurídica.

À medida que a AED procurou traduzir os problemas jurídicos em termos econômicos, permitiu que a lógica do mercado fosse utilizada para compreender a realidade jurídica e orientá-la a alcançar os efeitos sociais desejados, estes transformados em metas econômicas, tais como: redução de custos de transação, aumento da eficiência, distribuição de riqueza, etc..

Na decisão, ficou claro que o STF buscou sanar as falhas do mercado habitacional a partir da correção daquilo que impedia a legislação de funcionar de acordo com as diretrizes de índole econômica.

Na fundamentação dos votos, procurou-se sempre atribuir formalmente a mudança do entendimento jurisprudencial na questão da impenhorabilidade do bem de família, ao estrito cumprimento do preceito constitucional de ampliação de acesso ao direito à moradia, sob pretexto de uma nova interpretação do preceito contido no art. 6º da Carta de 1888. Todavia esta estratégia adotada no julgamento, faz parte da abordagem pragmática utilizada para a tomada de decisões, qual seja, a de buscar o respaldo jurídico-constitucional à um julgamento que essencialmente se baseou em uma racionalidade alheia ao direito, no caso em questão, a da economia.

## REFERÊNCIAS

AROSO LINHARES, José Manuel. A “Abertura ao Futuro como Dimensão do Problema do Direito”, in AVELÃS NUNES, António José e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coords.). *O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

AROSO LINHARES, José Manuel. *O pragmatismo interdisciplinar de POSNER* (enquanto específica *theory of adjudication*).

AROSO LINHARES, José Manuel e ROSA, Alexandre Morais da. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

AYER, A. J., *The origins of pragmatism*, Glasgow, Macmillan, 1968.

CALABRESI, Guido, Il futuro dell'analisi econômica del diritto, *Sociologia del Diritto*, num. 1-2 ,1990.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e filosofia nos Estados Unidos*. Disponível em [http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/direito\\_e\\_filosofia\\_nos\\_eua.html](http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/direito_e_filosofia_nos_eua.html), acesso em 30.05.2009.

JAMES, William. *O que significa pragmatismo. O Pragmatismo: um nome novo para algumas formas antigas de pensar*. Trad. Fernando Silva Martinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1997

KLOPPENGERG, James T., “Pragmatism: An Old Name for Some Old Ways of Thinking?” in *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. Durham: Duke University Press, 1988.

KRECKÉ, Elisabeth. Economic analysis and legal pragmatism. *International Review of Law and Economics* 23 (2004), p. 421-437.

KURTZ, P., *Filosofia norteamericana en el siglo veinte*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1972.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MURPHY, J. P., *Pragmatism from Peirce to Davidson*, Boulder, Westview Press, 1990.

NEVES, Antonio Castanheira. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia; Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. *Boletim da Faculdade de Direito*. Stvdia ivridica 72, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Antônio Castanheira. *Apontamentos complementares de teoria do direito (sumários e textos)*.

PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.



POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press: 2003.

POSNER, Richard A. Legal Scholarship Today. *Harvard Law Review*, vol. 115, n. 5, p. 1314 – 1327, 2002.

POSNER, Richard A. Pragmatism adjudication. in *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. Durham: Duke University Press, 1988.

POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

POSNER, Richard A.. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge; Harvard University Press: 2003.

SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: Uma Análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SALAMA, Bruno Mayerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos de Direito FGV*, estudo 22, v.5 n. 2 mar. 2008. Fundação Getúlio Vargas, disponível em <http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/caderno%20direito%2022.pdf>

SANTOS, Cláudio. *Políticas Federais de habitação no Brasil. 1964-1988*. Texto para discussão IPEA 654. IPEA, 1999, disponível em [http://www.ipea.gov.br/pub/td/td\\_99/td\\_654.pdf](http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_99/td_654.pdf) em 12 de junho de 2009.

STF. Coordenadoria de análise de jurisprudência. Diário da Justiça 06..10.2006, ementário N° 2250-, p, 880- 927. Recurso Extraordinário 407.688-8/ São Paulo, Relator Ministro Cezar Peluso.



# ACEPÇÕES DA LIBERDADE DE ISAIAH BERLIN EM HOBBS E ROUSSEAU



## ANDRÉ LUNA

Doutorando e Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Especialista em Direito Tributário pelo IBET e em Redes de Computadores pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. MBA em Gestão de Projetos pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Servidor público estadual. E-mail: andre.luna@academico.ufpb.br

## NEWTON DE OLIVEIRA LIMA

Professor Adjunto IV da UFPB, lotado no departamento de Ciências Jurídicas, professor permanente do PPGCJ-UFPB.

**Sumário:** 1. Introdução 2. Isaiah Berlin e os dois conceitos de liberdade 3. Thomas Hobbes e o Leviatã 4. Jean-Jacques Rousseau e a vontade geral 5. Considerações finais — Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A contemporaneidade – não apenas no Brasil, mas em todo o Ocidente – trouxe de volta à pauta política questões filosóficas e jurídicas concernentes à liberdade. Porém, muitas vezes, os contendores não

aludem ao mesmo conceito, imobilizando o debate. Este trabalho tem por objetivo apresentar apenas duas das acepções do termo, colhidas na obra de Isaiah Berlin, intelectual ainda pouco conhecido pela comunidade acadêmica brasileira, visando trazer luz à discussão e proporcionar categorias úteis à pesquisa.

Para melhor ilustrar a aplicação dos conceitos, foram selecionados os estados preconizados por dois dos mais emblemáticos precursores do contratualismo social: Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau.

Trata-se de célebre contraposição de modelos quanto ao exercício da cidadania, isto é, da participação do cidadão na gestão estatal. O primeiro é marcado pelo baixo nível de participação; o segundo, pelo alto, mais próximo do que se entende por um sistema democrático de governo. Há quem prefira e defenda o primeiro, mas será que compreende as consequências desta escolha no tocante à sua liberdade? Espera-se que a leitura deste texto possa contribuir neste sentido.

## 2. ISAIAH BERLIN E OS DOIS CONCEITOS DE LIBERDADE

*Sir* Isaiah Berlin nasceu em 1909, em Riga, atual Letônia, à época, parte do império russo. Fugindo da Revolução Russa, sua rica família judia emigrou para a Inglaterra em 1921, onde chegou desprovido de qualquer conhecimento do idioma anglo-saxão. (CHERNISS; SMITH, 2018, p. 13). O contato prematuro com a violência decorrente de ideologia política deixou marcas profundas, que perduraram por toda sua vida: “*That gave me a permanent horror of violence which has remained with me for the rest of my life*”. (BERLIN, 2002, p. XXIX).

Em 1932, aos 23 anos, recebeu uma bolsa de estudos do *All Souls College*, em Oxford. Traduziu obras literárias russas e trabalhou para o serviço diplomático durante a Segunda Guerra Mundial. Em 1950, retornou ao *College*, agora, como professor, assumindo a cátedra de teoria política e social. Alcançou o honroso status de *Chichele* em 1957, mesmo ano em que foi ordenado cavaleiro real. (HARDY, 1997).

Passou a pesquisar e ensinar história do pensamento filosófico ocidental na universidade de Oxford, sendo considerado um dos fundadores da disciplina. Mesclando filosofia analítica com teoria política e história intelectual, investigou e desenvolveu o problema da liberdade, do livre arbítrio, do pluralismo de valores; refutou as concepções deterministas (inevitabilidade) da história; manifestou oposição ao marxismo e ao comunismo, bem como aos totalitarismos de quaisquer matizes ideológicos. (BERLIN, 2002, p. IX-XXV).

Adquiriu prestígio junto aos seus pares e estudantes, mas seguiu praticamente ignorado fora do circuito “Oxcam” (Oxford e Cambridge) por dar pouca publicidade aos seus trabalhos. (CHERNISS; SMITH, 2018, p. 13-30). Seu aluno de graduação, Henry Hardy – posteriormente, editor da Oxford University Press – tomou pra si este encargo, organizando ensaios, palestras e anotações, publicando e divulgando suas obras, até mesmo após a morte do autor, legando influência duradoura na academia e na cultura política britânica. (BERLIN, 2003, p. IX-XVI).

Foi condecorado com a Ordem do Mérito em 1971; recebeu, em 1979, o prêmio Jerusalém como homenagem pelo trabalho de toda uma vida devotada à defesa de liberdades civis. Por fim, faleceu em 1997. (HARDY, 1997).

Dentre suas contribuições, destacam-se: *Karl Marx: his life and environment* (1939); *Freedom and its betrayal: six enemies of human liberty* (1952); *The hedgehog and the fox: an essay on Tolstoy’s view of history* (1953); *The age of enlightenment: the eighteenth-century philosophers* (1956); *The roots of romanticism* (1965); *Four essays on liberty* (1969); *Vico and Herder: two studies in the history of ideas* (1976); *Russian thinkers* (1978); *The proper study of mankind: an anthology of essays* (1997); *The power of ideas* (2000); *The soviet mind: russian culture under communism* (2004); *Political ideas in the romantic age: their rise and influence on modern thought* (2006).

Passando à compreensão do conceito de liberdade, inicia-se pela etimologia da palavra. O vocábulo português “liberdade” deriva do latim “*libertatem*”, junção da palavra “*liber*” (que significa “livre”) com o sufixo “*tatem*” (“dade”), produzindo, assim, um substantivo feminino abstrato que

expressa a qualidade, a característica, a essência do que é ser “*liber*” (livre). Termos semelhantes são observados nas demais línguas românicas: “*liberté*” (francês); “*libertà*” (italiano); “*libertad*” (espanhol); e, “*libertate*” (romeno).

O vocábulo equivalente no grego é o “*ελευθερια*” (no alfabeto latino, “*eleutheria*”) e no alemão é o “*freiheit*”. Por fim, cabe destacar que o idioma inglês comporta duas palavras de origens étnicas distintas: “*freedom*”, do saxão (alemão) “*freiheit*”; e, “*liberty*”, do normando (francês) “*liberté*”.

O processo de significação, isto é, de atribuição de um significado preciso ao significante “liberdade” passa longe de ser trivial, pois sua compreensão depende da valoração subjetiva do intérprete, considerando o tempo, o espaço e a cultura nos quais ele se está inserido. (SAUSSURE, 2006, p. 79-84; PEIRCE, 2005, p. 157-164).

Em meio à Guerra Civil Norte-Americana, Abraham Lincoln proferiu um célebre discurso no qual anotou que o mundo nunca conseguiu uma boa definição para o vocábulo liberdade e que todos se posicionam em seu favor, mas, usando a mesma palavra, referenciam-se coisas distintas: “*We all declare for liberty; but in using the same word we do not all mean the same thing*”. (BURLINGAME, 2008, p. 714). Enquanto os estados do Norte lutavam pela libertação dos afrodescendentes, os do Sul lutavam pela autonomia para decidir sobre sua escravização.

Isaiah BERLIN (2002, p. 287-321) pesquisou o emprego do vocábulo ao longo da história. Observou que, na Grécia da Antiguidade, liberdade era uma qualidade pessoal que denotava plena cidadania, representava o poder de participar das escolhas, isto é, da condução da *polis*.

Não se falava em privacidade pessoal, ou, pelo menos, esta não era uma questão central nos vestígios escritos que chegaram aos nossos dias dos antigos gregos, romanos, chineses, hebreus ou até mesmo dos europeus medievais. Talvez, a sujeição a condições inóspitas de sobrevivência – insegurança física, alimentar, habitacional – deixasse pouca margem para preocupações com liberdade individual. (BERLIN, 2002, p. 34). A *polis* podia interferir em absolutamente qualquer aspecto da vida do indivíduo, sem restrições. (BERLIN, 2002, p. 176).

Todavia, em algum momento entre a Renascença e o Iluminismo, surgiram novos contornos. A obra “Dois tratados sobre o governo”, de John LOCKE (1998, 377-602), publicada em 1690, reflete esta nova percepção. Liberdade passou, então, a representar para o indivíduo, também, ausência de interferências alheias ilegítimas que o impedissem de buscar realizar seus desejos. (BERLIN, 2002, p. 169-178).

No seminal ensaio “Dois conceitos de liberdade”, de 1958, Isaiah BERLIN (2002, p. 166-217) denominou de acepções positiva e negativa da liberdade estas duas diferentes concepções. Em grande medida, assemelham-se às noções antiga e moderna da liberdade, descritas por Benjamin CONSTANT (1988, p. 309-328) em “A liberdade dos antigos comparada à dos modernos”, de 1819.

Em sua acepção negativa, no universo da teoria política e do estado, a liberdade decorre da ausência de obstáculos, não apenas aos atuais desejos, mas também aos potenciais. Não se trata de atravessar portas, mas de tê-las abertas, permitindo que seja possível atravessá-las caso se venha a desejar. (BERLIN, 2002, p. 32).

O conceito de liberdade negativa diz respeito à área de atuação privativa (civil, religiosa, econômica, expressão) do indivíduo, a qual pode ser exercida sem a interferência de outras pessoas. Por sua vez, a liberdade positiva diz respeito à área de atuação política (democracia) do indivíduo, isto é, a participação nas escolhas e decisões da gestão da sociedade. Assim, liberdade negativa é a “liberdade de”; enquanto que liberdade positiva é a “liberdade para”. (BERLIN, 2002, p. 178).

Deve-se ressaltar a imprescindível relação entre o livre arbítrio no exercício da liberdade pessoal e a respectiva responsabilização pelos atos praticados. Não faria nenhum sentido parabenizar ou condenar o comportamento de alguém carente de livre arbítrio. (BERLIN, 2002, p. 5-13).

O autor também aponta a absoluta inviabilidade prática de uma sociedade civil totalmente desprovida de intervenção, destituída de mecanismos de coação e de obediência. Se todos pudessem fazer tudo aquilo que se deseja, inevitavelmente, adviria o conflito, o caos, ainda mais num planeta superpovoado. A área de livre atuação humana precisa, necessariamente,

ser delimitada pela legislação estatal para permitir o convívio em sociedade. (BERLIN, 2002, p. 170-171).

A título de exemplo ou de curiosidade, observe que o “Código administrativo de Nova York”, meca do liberalismo mundial – na seção 20-465, do subcapítulo 27, do capítulo 2, do título 20 – prescreve até mesmo as minúcias de comprimento, largura e altura que podem ser utilizados por vendedores ambulantes nas famosas calçadas novaiorquinas – para não obstruir a passagem dos pedestres. (NEWYORK, 2019).

Por um lado, o excesso de intervenção estatal na privacidade torna-se asfixiante para os indivíduos, delimitando cada simples aspecto de suas vidas. Por outro, a escassez interventiva resulta num estado incapaz de assegurar o mínimo de liberdade aos seus cidadãos, dando margem à opressão por outras pessoas ou grupos (BERLIN, 2002, p. 171-175), no qual podem ocorrer brutais violações da liberdade pessoal, dos direitos humanos básicos, como liberdade de expressão, de associação, de religião, de ir e vir: “*Freedom for the wolves has often meant death to the sheep*”. (BERLIN, 2002, p. 38).

As liberdades negativa e positiva são valores ardentemente desejados pelas associações humanas, mas o incremento de uma não implica, necessariamente, no crescimento da outra. Não são dois sentidos de uma única direção, mas dois vetores independentes. Desse modo, é possível usufruir de significativa liberdade negativa sob o governo de um déspota, da mesma maneira que é possível ser severamente oprimido sob um totalitário governo democrático. (BERLIN, 2002, p. 176-178).

As questões que se impõem são: (i) qual o montante apropriado de intervenção estatal na privacidade do indivíduo? (ii) que situações legitimam a intervenção? Ou, de outro modo, que situações constituem interferência indevida? Este é um debate infinito, inexistindo respostas universalmente aceitas para as perguntas. É preciso manter sempre acesa a chama do diálogo, da reflexão, da revisão, buscando uma solução conveniente para cada agrupamento humano, em conformidade com o seu sistema de valores. (BERLIN, 2002, p. 173).

### 3. THOMAS HOBBS E O LEVIATÃ

O inglês Thomas Hobbes (1588-1679) possuía inúmeras aptidões cognitivas, dentre as quais, uma forte base lógico-matemática, amplo conhecimento histórico e o domínio de vários idiomas (inglês, latim, italiano, francês e grego), talentos que o associaram desde cedo à nobreza inglesa, prestando serviços, sobretudo, à família Cavendish, por meio da qual adquiriu acesso privilegiado às cortes das maiores potências da época, bem como ao pensamento dos maiores expoentes intelectuais do Ocidente, como Francis Bacon, René Descartes, Galileu Galilei e Paolo Sarpi. (HOBBS, 2003, p. X-LXXII).

A maior parte de sua carreira transcorreu em meio a um tumultuado e violento período do cenário sócio-político, tanto na Inglaterra, quanto na França, onde viveu como exilado de 1640 a 1652. (HOBBS, 2003, p. LXXI). Na Inglaterra, a tirania (*personal rule*) do rei Charles I, a guerra civil que o decapitou, o protetorado de Cromwell, e a restauração da monarquia sob Charles II. Na França, a guerra civil da Fronde, quando Paris chegou a ser ocupada pelos rebeldes. (HOBBS, 2003, P. XI).

Quanto à concepção estatal, no século XVII, a filosofia política estava debruçada sobre os motivos, origens e causas que justificavam ou que legitimavam a existência do Estado, assumindo como pressuposto – isto é, como ponto de partida – uma condição humana anterior de “estado da natureza”, cuja superação desembocaria no estabelecimento desta instituição social.

Na obra “Leviatã”, publicada em 1651, HOBBS (2003, p. 106-109) afirmou que a realidade no estado da natureza deve ter se tornado absolutamente insuportável. Diante da ausência de ordem estatal, cada indivíduo deveria se proteger da maneira que melhor lhe aprouvesse. (HOBBS, 2003, p. 106-109).

Buscando-se precaver uns contra os outros, recorreram ao armamentismo. Neste contexto, a confiança na intenção pacífica alheia seria irracional, sendo mais prudente antecipar a violência do outro, surpreendendo-o com um ataque repentino. (HOBBS, 2003, p. 107). Deve-se



salientar que Hobbes não atribuiu um caráter irracional ou agressivo ao ser humano. É a sua racionalidade diante do imperativo de autoconservação que o impele – inexoravelmente – ao conflito, quer dotado de natureza moderada ou impulsiva, piedosa ou perversa.

Nesta temerária condição, sequer haveria dedicação ao trabalho, pois seu fruto seria incerto, resultando em redução do cultivo da terra, do comércio, das artes e dos estudos. A vida do indivíduo seria “solitária, miserável, sórdida, brutal e curta”. (HOBBS, 2003, p. 109).

Não faria sentido falar de justiça ou injustiça, nem tampouco de reconhecimento de propriedade ou de domínio. Cada um disporia apenas daquilo que fosse capaz de conseguir e somente enquanto fosse capaz de conservar. Inexistiriam as noções de certo e de errado. “Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça”. (HOBBS, 2003, p. 111).

A liberdade consistiria em cada um “usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, ou seja, da sua vida” (HOBBS, 2003, p. 112), fazendo “tudo aquilo que o seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios mais adequados a esse fim” (HOBBS, 2003, p. 112). Supõe-se que sua conturbada experiência pessoal tenha influenciado neste sombrio retrato do comportamento humano.

HOBBS (2003, p. 110) registra que suas observações são frutos não apenas da sua imaginação, mas também do empirismo, destacando situações propícias à desagregação social: (i) sociedades primitivas; (ii) guerras civis; e, (iii) guerras e conflitos entre estados.

Diante deste diagnóstico, formula uma solução, aproveitando-se do *ethos*, *logos* e *pathos* humanos. O medo da morte e da perda de seus bens e entes queridos serve de combustível à procura de resposta; a razão sugere o estabelecimento de um acordo que proporcione normas de paz e estabilidade. (HOBBS, 2003, p. 111).

A libertação do medo constitui o fio condutor do raciocínio de HOBBS (2003, p. 114-123), seu fim precípua, valorizando a autoconservação humana, buscando a paz social por meio de um contrato mútuo (pacto) de direitos em que cada indivíduo transfere seu direito natural de

liberdade para uma única pessoa – poderosa, soberana – denominada Leviatã que, em contrapartida, assume o encargo de prover segurança à sociedade.

Trata-se de um cálculo de relação custo-benefício: abre-se mão da liberdade em troca de segurança física. Diante do temor da morte, a liberdade representa um bem menor, acessório, supérfluo. Na condição de extrema necessidade, um prato de comida ou um par de botas (no frio intenso) podem ser considerados mais valiosos que a liberdade.

Em boa parte da obra, Leviatã remete a um monarca, mas existem passagens que expressam a possibilidade de ser exercido por um representante ou assembleia: “conferir toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia”, doravante, responsável pela paz e segurança comuns. (HOBBS, 2003, p. 147).

Para arrematar, fecha a lógica do sistema, amarrando todas as pontas com uma prescrição profundamente controversa: “Depois de celebrado um pacto, rompê-lo é injusto. E a definição da injustiça não é outra senão o não cumprimento de um pacto”. (HOBBS, 2003, p. 124). Isto demanda do cidadão obediência irrestrita. A lei civil torna-se a única “medida das boas e das más ações”. (HOBBS, 2003, p. 273).

Adicionalmente, o soberano do estado não se sujeitaria às leis elaboradas pelo próprio estado, pois isto consistiria numa tautologia – um argumento autorreferente resultante sempre no mesmo e inalterado valor. (HOBBS, 2003, p. 275).

Na contemporaneidade, a solução de Hobbes impõe as seguintes questões: (i) quem controla o governante?; (ii) o que impede o governante de se tornar um tirano?; (iii) por que o modelo não contempla uma segregação de funções, *checks and balances*?; (iv) o que fazer com um governante que toma reiteradas decisões inadequadas?; e, (v) ultrapassado o período de extrema necessidade, faz sentido manter a renúncia integral à liberdade do indivíduo? não é um custo muito alto?

#### 4. JEAN-JACQUES ROUSSEAU E A VONTADE GERAL

Jean-Jacques Rousseau (1717-1778) teve uma formação intelectual errática, difusa, pouco primorosa, mas de forma quase autodidática, buscou compensar suas lacunas com inteligência e criatividade. Perdeu sua mãe pouco após o parto e foi abandonado pelo pai aos dez anos, permanecendo aos cuidados de um tio até os dezesseis, quando encontrou amparo junto à Madame Françoise-Louise de Warens, uma rica senhora que desejava convertê-lo ao catolicismo e que lhe proporcionou melhores condições de aprendizado, permitindo-o dedicar-se à música, aos livros e à pintura. (ROUSSEAU, 1979, p. 420).

Rapidamente, ROUSSEAU (2014, p. 172-222) passou de protegido a amante de Madame de Warens. Chegou a ser batizado no catolicismo, mas retornou ao calvinismo que predominava em Genebra quando se tornou adulto. (DAMROSCH, 2007, p. 495-498). Inicialmente, tentou exercer o ofício de preceptor, mas não logrou êxito. Partiu, então, para as carreiras de compositor e dramaturgo, obtendo algum reconhecimento. (DAMROSCH, 2007, p. 149-233).

Manteve um relacionamento às escondidas com Marie-Thérèse Levasseur, com quem teve cinco filhos ao longo de sete anos. Todas as cinco crianças foram entregues à adoção. (ROUSSEAU, 2014, p. 327-403). Somente no final de sua vida, Rousseau veio a se casar – numa cerimônia informal – com Thérèse Levasseur, obtendo dela apoio e cuidado. (DAMROSCH, 2007, p. 464-494).

Em 1750, inscreveu o ensaio “Discurso sobre as ciências e as artes” num concurso literário da academia de Dijon, sagrando-se vitorioso no certame, sendo alçado à condição de subcelebridade, passando a ser frequentemente convidado pela elite parisiense para refeições e debates, mas demonstrou certa contrariedade aos convites. (DAMROSCH, 2007, p. 211-233). Foi neste ensaio que expôs pela primeira vez a ideia que “a sociedade civil corrompe a natureza intrinsecamente boa dos seres humanos”. (ROUSSEAU, 2014, p. 351).

Encontrou, então, na confluência da filosofia com a política e com o romantismo bucólico o destino ideal para sua inata e poderosa eloquência. Seus escritos, muito didáticos, despertariam enorme encantamento ou imenso repúdio, tanto nos seus contemporâneos, quanto na posteridade. Na atualidade, algo próximo ao que se entende por engajamento nas redes sociais.

O ideal de vida bucólica vinha em notável ascendência cultural. Neoclassicismo, arcadismo, redescoberta da arte e retórica da Antiguidade, expressões como “*Carpe Diem*” e “*Fugere Urbem*”. David Hume desaprova seu estilo extravagante de escrita: “*he has been guilty of an extravagance the most unaccountable and most blamable that is possible to be imagined*”. (HUME, 1888, p. 80).

Concebeu uma teoria de intensa rejeição ao progresso científico e civilizatório, contrapondo-os à perfeição da natureza, para a qual a humanidade deveria retornar. A educação corromperia a essência dos indivíduos, distanciando-os da liberdade natural. Seus argumentos foram reforçados por algumas descobertas antropológicas do período, como, por exemplo, o livro “*Voyage autour du monde*”, de Louis Antoine de Bougainville, que esteve no Taiti em 1768 e o descreveu como um paraíso na terra, onde as pessoas viviam felizes em inocência, longe da corrupta civilização.

Sua obra aborda e revisita os mais diversos assuntos, nem sempre de maneira coerente. É uma questão que ainda desafia seus leitores se há ou não unidade sistêmica em seu pensamento. Ernst CASSIRER (1954) posiciona-se positivamente; Isaiah BERLIN (2003, p. 31-34), negativamente.

Mostra-se individualista, pessimista sobre a sociedade civil em “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, escrito em 1754 e publicado no ano seguinte. Por outro lado, em “Do contrato social”, publicado em 1762, mostra-se coletivista – ou, numa expressão mais atual, “socialista” – num otimismo que beira a ingenuidade. É nele que Rousseau formula sua tese de maior repercussão política, a da “vontade geral”.

Em 1762, também publicou “Emílio, ou, da educação” – aproveitando parte da estrutura narrativa de “Cândido, ou, o otimismo”, de seu

contemporâneo Voltaire – um tratado de filosofia educacional no qual prescreve diretrizes para o ensino de crianças e de adolescentes, para que não percam sua bondade natural enquanto ingressam na sociedade inevitavelmente corrupta. (ROUSSEAU, 1979). Não deixa de ser irônico, contraditório, ou, pelo menos, curioso, alguém que entregou cinco filhos para a doação se dedicar com tamanho afinco ao tema da educação infantil.

Perseguido pelas opiniões expressas em seus livros, deixou Paris. Foi banido de Genebra e, posteriormente, de Moûtiers. Por um breve momento, foi acolhido pelo escocês David Hume, na Inglaterra, mas rapidamente com ele se desentendeu. O mesmo ocorreu com Diderot, outrora seu amigo, e com Voltaire, de quem se tornaria inimigo visceral até o fim da sua vida, escrevendo-lhe da forma mais literal possível: “Eu odeio você”. (ROUSSEAU, 2014, p. 544-546). Desenvolveu sinais de paranoia e de misantropia nos seus últimos anos, rechaçando o contato social (DAMROSCH, 2007, p. 447-463).

Por correspondência, aceitou encomendas da Córsega – cuja independência de Gênova fora proclamada por Pasquale Paoli em 1755 – e da Polônia para elaborar contribuições governamentais. Não chegou a concluir o “Plano para Constituição da Córsega”, abandonando-o em 1768 em razão da invasão e anexação francesa da ilha. (ROUSSEAU, 2019). Concluiu a redação de “Considerações sobre o governo da Polônia” em 1772, mas o país já se encontrava sob intervenção externa, motivo pelo qual nem chegou a publicá-lo, nem tampouco pôde levar adiante seu plano de elaboração constitucional. (ROUSSEAU, 1995).

A filosofia política de Jean-Jacques Rousseau encontra-se dispersa ao longo de seus livros, não sendo recomendável formar opinião a partir de trechos isolados. É preciso realizar uma delicada operação de integração hermenêutica, considerando, inclusive, aspectos de maturidade intelectual e emocional obtidos na biografia do autor. (CASSIRER, 1954, 35-128).

Certamente, “Do contrato social”, de 1762, é o principal tratado no que concerne à proposição de um modelo de estado, mas é imprescindível complementar e conciliar sua leitura com o, preliminar, “Discurso sobre a desigualdade”, de 1755, onde descreve a condição humana anterior

à sociedade civil. Adicionalmente, “Considerações sobre o governo da Polônia”, de 1772, provê expectativas mais objetivas sobre o que ele projeta, tanto para o estado, quanto para o cidadão.

Emprega e enfrenta os argumentos de seus antecessores e contemporâneos – como Platão, Thomas Morus, John Locke e Denis Diderot – mas é na contestação de Thomas Hobbes que centra seus esforços, recorrendo à linguagem dos direitos naturais de Hugo Grotius e Samuel von Pufendorf. (CASSIRER, 1954, p. 42-107). Dedicava quase metade do “Discurso sobre a desigualdade” à refutação da solução de Hobbes. (ROUSSEAU, 1999, p. 165-201).

Inicialmente, ROUSSEAU (1999, p. 175) remonta a um ser humano primordial, caçador-coletor, ainda desprovido de comunicação, ocupado apenas em sobreviver, ignorando a existência dos demais. “Os únicos bens que conhece no universo são alimentação, uma fêmea e o descanso”.

Alega que foi o estabelecimento do direito de propriedade quem deu origem à sociedade e, conseqüentemente, aos conflitos humanos:

O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: *Isto é meu*; e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinios, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, houvesse gritado aos seus semelhantes: *Evitai ouvir esse impostor. Estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém!* (ROUSSEAU, 1999, p. 203).

Uma vez que a associação humana tornou-se inevitável, busca formular uma solução mais apropriada, pois: “O homem nasce livre, mas em toda parte encontra-se acorrentado”. (ROUSSEAU, 2002, p. 10).

Ora, se o surgimento da propriedade deu origem à sociedade e se a sociedade é nociva à natureza humana, por que motivo, então, os indivíduos se permitiram associar? ROUSSEAU (1999, p. 221-222) afirma que eles foram iludidos. Na mesma linha: ao invés de formular uma solução

aprimorada para a sociedade, não seria melhor destruí-la, abolindo a propriedade? Comunistas e anarquistas farão esta inferência posteriormente, mas o autor não tratou desta alternativa.

A contestação ao modelo de Hobbes torna-se fascinante, pois, como poderia um ser humano abrir mão de sua vontade, se é possuir vontade que o torna humano? “Renunciar à própria liberdade é o mesmo que renunciar à qualidade de homem [...]. Não há nenhuma compensação possível [...] Tal renúncia é incompatível com a natureza humana”. (ROUSSEAU, 2002, p. 17). Parte, portanto, em busca de:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. (ROUSSEAU, 2002, p. 24).

Fornece uma engenhosa solução para o enigma, propondo uma sociedade na qual o indivíduo se subordina tão somente ao que denomina de “vontade geral”. “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo”. (ROUSSEAU, 2002, p. 25-26).

Esta abstração, a “vontade geral”, representa a soma de todas as vontades individuais expressas em assembleia, podendo ser chamada de estado, república, soberano, autoridade ou povo, dependendo do contexto:

Logo, ao invés da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto a assembleia de vozes, o qual recebe desse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. (ROUSSEAU, 2002, p. 26).

Admite que a vontade geral pode errar, principalmente quando os participantes não levam em consideração apenas o interesse comum,

mas também seus próprios interesses privados. Contudo, num exercício de cândido otimismo, afirma, confiante, que os cidadãos deliberarão da melhor maneira, sobretudo se for possível mantê-los sem nenhuma comunicação prévia entre si. (ROUSSEAU, 2002, p. 40-42).

John RAWLS (1997, p. 146-153), em “Uma teoria da justiça”, irá desenvolver este argumento, propondo um “véu de ignorância” para os cidadãos e uma “posição original” em que desconhecem a posição que ocuparão na sociedade, motivo pelo qual tomarão a decisão mais justa para todos. (RAWLS, 1997, p. 146-153).

A prescrição mais controversa consiste na total subordinação do indivíduo à coletividade, expressa da seguinte forma: “o pacto social contém tacitamente esta obrigação, a única a poder dar forças às outras: quem se recusar a obedecer a vontade geral a isto será constrangido pelo corpo em conjunto, o que apenas significa que será forçado a ser livre”. (ROUSSEAU, 2002, p. 29).

Observe a paradoxal afirmação que está contida na parte final da proposição: o indivíduo será forçado a ser livre. O alemão Georg W. F. HEGEL (1997, p. 216-218) irá desenvolver a ideia de que só há liberdade no estado constituído, posto que ele representa a realidade em ato da vontade substancial universal. Estados totalitários se aproveitarão dessa proposição.

Alexis de TOCQUEVILLE (2001, p. 294-296) e John Stuart MILL (2005, p. 6-9) advertirão do risco de uma “ditadura da maioria”, cenário em que os interesses das minorias seriam consistentemente dificultados ou impedidos por uma intolerante maioria eleitoral.

Coerente à crítica que teceu ao sistema de Hobbes, de que a vontade não pode ser transmitida, não admite qualquer tipo de representação política:

A soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alienada; ela consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade de modo algum se representa; ou é a mesma ou é outra; não há nisso meio termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser seus representantes; são, quando muito, seus comissários e nada podem concluir definitivamente. São nulas todas as leis que o povo não tenha ratificado; deixam de ser leis. (ROUSSEAU, 2002, p. 131).



A democracia direta tem como consequências: (i) somente se aplica a territórios geográficos e a populações de dimensões reduzidas, pois grandes distâncias ou grandes aglomerações de pessoas dificultam ou impedem a participação efetiva na tomada de decisões; e, (ii) demanda do cidadão uma exaustiva participação política, tornando-lhe imprescindível participar de tudo que é discutido o tempo inteiro, reduzindo a disponibilidade dedicada a si próprio, à família, aos amigos, à ocupação profissional e aos demais interesses pessoais.

Porém, esta sobreocupação não é vista negativamente pelo autor, acreditando que vicejará entre os indivíduos o mais ardente entusiasmo: “Numa pólis bem constituída, todos correm para votar nas assembleias”. (ROUSSEAU, 2002, p. 130).

O problema da grande extensão territorial e populacional só veio a ser resolvido com o emprego de representação (deputados) da vontade popular e do conceito de autogoverno (*self-government*), inovações que surgiram na redação da Constituição de 1787 dos Estados Unidos, associadas aos *checks and balances* institucionais. James MADISON (1787; 1788a; 1788b) e Alexander HAMILTON (1788) expuseram isto didaticamente nas edições de nº 14, 47, 48 e 85 dos *Federalist Papers*, por ocasião do debate da ratificação constitucional daquele país.

A solução de Rousseau impõe as seguintes questões: (i) como evitar a opressão das minorias pela maioria?; (ii) como abrandar o risco de uma pessoa ou um grupo populista se apropriar do poder – por meio da oratória e/ou condição financeira?; (iii) como impedir os cidadãos de levarem em conta, também, seus interesses privados nas assembleias?; e, (iv) como reduzir o peso da participação política no cotidiano do cidadão?

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreendidas as acepções positiva e negativa da liberdade de Isaiah Berlin como categorias de pesquisa, bem como as características dos estados de Hobbes e de Rousseau, torna-se possível analisar os desdobramentos de sua aplicação.

No estado preconizado por Thomas Hobbes, o cidadão praticamente não dispõe de liberdade positiva. Com pouquíssima participação política, delega ao governante toda a gestão do estado, cuja prioridade é assegurar aos súditos a proteção física contra ameaças internas e externas, a segurança pública.

O cidadão conta com o Leviatã para defendê-lo de agressões ilegítimas. Além disso, desonera-se de atribuições, podendo dedicar maior tempo à condução dos demais aspectos de sua vida privada. Por outro lado, caso o gestor não se mostre um sábio, íntegro e imparcial, seu governo pode degenerar em tirania, inexistindo mecanismo de salvaguarda do indivíduo perante as imposições estatais.

No estado preconizado por Rousseau, o cidadão dispõe do máximo de liberdade positiva, exercendo a mais ampla participação política, podendo discutir e influenciar as decisões relacionadas à gestão do estado e às escolhas dos valores que serão ou não estimulados. Por outro lado, a exaustiva participação nos debates públicos e na fiscalização da ação governamental pode cobrar um preço elevado na medida em que dificulta a dedicação à vida privada. A representação da vontade visa dirimir este problema. Situação mais delicada é a ocorrência de déficit de representação, quando a população não se sente representada por seus representantes eleitos.

Outra disfunção diz respeito à possibilidade de uma maioria obstinada impor sua vontade às minorias, oprimindo-as, estreitando a pluralidade de valores tolerados. Felizmente, também existe remédio para este defeito do projeto original, inscrevendo no texto constitucional salvaguardas aos valores que não possam ser modificadas pela maioria, bem como instrumentalizando as instituições de *checks and balances*.

No tocante à liberdade negativa, é preciso reconhecer que qualquer concepção estatal da atualidade envolve algum grau de intervenção na zona de privacidade do indivíduo, dadas as prestações que se exigem do governo. Diante desta percepção, o que justifica a adoção do modelo de Hobbes? É uma pergunta a ser avaliada por seus defensores.

O sistema democrático não é perfeito; nem se aproxima disso. Mas, pelo menos, ela disponibiliza mecanismos de revisão. Nele, a discordância

pode ser exercida e o governante pode ser modificado após certo período de tempo. Certamente, consome tempo e energia, mas parece um preço justo pelo benefício que proporciona.

## REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah. **Freedom and its betrayal**: six enemies of human liberty. Princeton: Princeton University Press, 2003.

BERLIN, Isaiah. **Liberty**: incorporating four essays on liberty. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BURLINGAME, Michael A. **Abraham Lincoln**: a life – v. 1. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2008.

CASSIRER, Ernst. **The question of Jean-Jacques Rousseau**. Tradução de Peter Gay. New York: Columbia University Press, 1954.

CHERNISS, Joshua L; SMITH, Steven B. **The cambridge companion to Isaiah Berlin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

CONSTANT, Benjamin. **Political writings**. Tradução de Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

DAMROSCH, Leo. **Jean-Jacques Rousseau**: restless genius. Boston: Mariner Books, 2007.

HAMILTON, Alexander. Federalist Paper n. 85: Concluding remarks. **The Federalist Papers**, Washington, 1788. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-85>>. Acesso em: 8 ago. 2022.

HARDY, Henry. Obituary: Sir Isaiah Berlin. **The Independent**, 1997. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/obituaries/obituary-sir-isaiah-berlin-1292530.html>>. Acesso em: 8 ago. 2022.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUME, David. **Letters of David Hume**. Oxford: Clarendon Press, 1888.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MADISON, James. Federalist Paper n. 14: objections to the proposed constitution from extent of territory answered. **The Federalist Papers**, Washington, 1787. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-14>>.

Acesso em: 8 ago. 2022.

MADISON, James. Federalist Paper n. 47: the particular structure of the new government and the distribution of power among its different parts. **The Federalist Papers**, Washington, 1788a. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-47>>.

Acesso em: 8 ago. 2022.

MADISON, James. Federalist Paper n. 48: these departments should not be so far separated as to have no constitutional control over each other. **The Federalist Papers**, Washington, 1788b. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-48>>. Acesso em: 8 ago. 2022.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Ontario: Kitchener, 2001.

NEW YORK. **NYC Administrative Code**. Disponível em: <<https://nycadmin-code.readthedocs.io/t20/c02/sch27/index.html>>.

Acesso em: 8 ago. 2022.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. eBooksBrasil.com, 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio, ou, da educação**. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. São Paulo: Difel, 1979.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Plan for a Constitution for Corsica**. Norderstedt: Hansebooks, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The confessions**. Mineola: Dover Publications, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The government of Poland**. Indianapolis: Hackett, 1995.

SAUSSURRE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes – de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

# ÉTICA E DIREITO EM KANT: O PROBLEMA DO FUNDAMENTO MORAL DO DIREITO



## **RAFAELLA SILVEIRA SUCUPIRA DA COSTA**

Mestra em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Especialista em Filosofia da Educação pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), Bacharelada e Licenciada em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Membro do Grupo de Pesquisa Filosofia do Direito e Pensamento Político: Linha de Pesquisa Filosofia Kantiana do CCJ (UFPB) e Foi Professora Substituta de Filosofia do Campus IV da Universidade Federal da Paraíba (2022),  
E-mail: rafaellasilveir@hotmail.com.

**Sumário:** 1. Introdução 2. O conceito de ética na filosofia prática de Kant 3. O problema da exterioridade do direito na filosofia moral de Kant 4. Considerações finais — Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente capítulo de livro se insere no tema da Filosofia do direito de Immanuel Kant (1724-1804). Mais especificamente, pretendemos refletir acerca do problema da fundamentação moral do direito na filosofia kantiana. Esse problema consiste em determinar se o direito seria deduzido independentemente da ética ou se conservaria uma relação de

dependência aos ditames de suas leis. Portanto, partiremos da tese de que o direito depende da ética se e somente se nos referirmos a ética em sentido amplo, isto é, enquanto **ciência da filosofia moral**.

Sendo assim, o nosso objetivo não é defender que a esfera do direito dependeria da ética entendida em sentido estrito, isto é, enquanto doutrina da virtude ou mesmo afirmar que o direito assumiria um papel ético na filosofia prática de Kant. Mas sim, argumentar que embora o direito contemple uma parte da Filosofia moral ou Teoria dos costumes (sentido amplo de ética), a sua natureza se distingue da ética (entendida como a doutrina da virtude), na medida que enquanto a ética (doutrina da virtude) diz respeito a **liberdade interna**, o direito concerne a **liberdade externa**. Portanto, o problema investigado pelo nosso trabalho se desdobra nos seguintes problemas: (I) **o problema terminológico dos conceitos de ética e moral e (II) o problema da exterioridade do direito**.

Neste contexto, pretendemos investigar não apenas o conceito de *ética e direito*, mas também, o conceito de *moral* na filosofia prática de Kant, visto que na literatura kantiana há indícios de que o conceito de *ética e moral* admitiria, além de sentidos iguais em determinado contexto de suas obras, sentidos diferentes. Portanto, a fim de compreendermos a implicação desse problema terminológico no problema da fundamentação moral e, conseqüentemente, na interpretação de que o direito dependeria da ética se e somente se nos referirmos a ética em sentido amplo (enquanto **ciência da filosofia moral**) examinaremos a distinção entre ética (doutrina da virtude) e direito nos seguintes aspectos: (I) *a relação com a ação*, (II) *o móbil de fundamentação* e (III) *o tipo de coação*.

Para esse fim, dividimos o presente trabalho em duas seções principais, quais sejam: (I) *O problema do conceito de ética na filosofia prática de Kant* e (II) *O problema da exterioridade do direito na filosofia moral de Kant*. E, a fim de melhor compreendermos os problemas aqui em questão pautaremos nossa análise nas obras de Kant que tratam especificamente acerca do tema e nos artigos dos seguintes comentadores da filosofia kantiana, quais sejam: Joãozinho Beckenkamp, Ricardo Terra e Otfried Höffe.

Na primeira seção, *O conceito de ética na filosofia prática de Kant*, trataremos do **problema terminológico do conceito de ética na filosofia prática kantiana**. Mais especificamente, abordaremos a **definição conceitual empregada por Kant tanto na “Fundamentação da metafísica dos costumes” (1785) quanto na “Metafísica dos costumes” (1797), a fim de compreendermos o seu sentido amplo e estrito**. Esse conhecimento nos possibilitará entendermos que o direito, embora seja distinto da ética (doutrina da virtude), faz parte da Filosofia moral kantiana. Portanto, além das obras citadas de Kant nos basearemos nas seguintes referências secundárias: “*Sobre a moralidade do direito em Kant*” (2009) de Beckenkamp, “*O direito como exterioridade da legislação prática em Kant*” (2003) de Beckenkamp, “*A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana*” (1987) de Terra e “*O imperativo categórico do direito: uma interpretação da ‘Introdução à Doutrina do Direito’*” (1998) de Höffe.

Na segunda seção, O problema da exterioridade do direito na filosofia moral de Kant, **examinaremos o problema da exterioridade do direito na Filosofia moral de Kant**. Particularmente, trataremos da **definição conceitual de direito na Metafísica dos costumes, da possibilidade de conciliação da coação externa com a liberdade e dos argumentos que fundamentam que o direito contempla a Filosofia moral de Kant, embora suas peculiaridades em relação à ética (doutrina da virtude)**.

Neste âmbito, a importância de versarmos acerca dessa temática se justifica pela necessidade de compreendermos que o direito não diz respeito à **Filosofia empírica** e, portanto não é fundamentado em **princípios da experiência**, mas se refere à **Filosofia moral**, haja vista que, assim como a ética (doutrina da virtude), o direito se baseia em **princípios “a priori”** e, portanto, também compõe a **Filosofia pura** de Kant, mais precisamente, a **Metafísica dos costumes**<sup>157</sup>, como veremos no decorrer de nosso trabalho.

---

<sup>157</sup> Para Kant, a Metafísica dos costumes possui uma parte empírica (material) e uma parte racional (formal). A primeira diz respeito àquilo que, na *Fundamentação da metafísica*



Sendo assim, esperamos que a compreensão dos problemas aqui citados ajudem a discernir que o direito, assim como a ética (doutrina da virtude), pertence à Filosofia moral de Kant. Contudo, é importante frisar que o nosso objetivo não é identificar o direito como sinônimo da ética na filosofia kantiana, mas tão somente pontuarmos que, apesar de o direito se dar no âmbito da **legalidade** (exterioridade), diferentemente da ética (doutrina da virtude) que pertence ao âmbito da **moralidade** (interioridade), ambos se fundamentam nas **Leis da liberdade** e, por essa razão, não dizem respeito as leis de como tudo acontece (Leis da natureza), mas de como tudo deve acontecer, isto é, da Filosofia moral kantiana.

## 2. O CONCEITO DE ÉTICA NA FILOSOFIA PRÁTICA DE KANT

O problema terminológico do conceito de *ética* na filosofia prática kantiana se deve a “mudança” terminológica que Kant adota em sua obra “*Metafísica dos costumes*” (1797), haja vista que em suas duas obras práticas anteriores, isto é, a “*Fundamentação da metafísica dos costumes*” (1785) e a “*Crítica da razão prática*” (1788), ele adotou o sentido amplo do termo *ética*, enquanto que na “*Metafísica dos costumes*” ele passa a adotar o sentido estrito para o mesmo termo. Neste âmbito, em que consiste o problema do duplo sentido do termo *ética* na filosofia kantiana? E qual implicação desse problema para a compreensão do conceito de *direito* na filosofia prática de Kant?

Ora, a resposta a essas questões é palco de muito debate e controvérsias entre os estudiosos da filosofia kantiana e, portanto não há consenso. Considerando então esse debate, iremos aqui adotar uma das possíveis leituras interpretativas para responder esse problema. Mas, antes de respondê-la, vamos examinar nas duas principais obras da filosofia prática de Kant os dois sentidos adotados por ele. Para isso, dividimos a presente seção em duas

---

*dos costumes*, ele denomina de “antropologia prática” e, a segunda, se refere àquilo que, na mesma obra, ele chama de “moral propriamente dita”.

partes, quais sejam: (I) *O sentido amplo de ética na filosofia prática de Kant* e (II) *O sentido estrito de ética na filosofia prática de Kant*.

No primeiro momento, trataremos do sentido amplo de ética e os conceitos basilares para compreendermos o sentido empregado por Kant na obra “*Fundamentação da metafísica dos costumes*”. No segundo momento, abordaremos o sentido estrito de ética na “*Metafísica dos costumes*” e sua implicação no conceito de direito na filosofia prática kantiana.

## 2.1 O sentido amplo de ética na filosofia prática de kant

No prefácio da “*Fundamentação da metafísica dos costumes*”, Kant define ética segundo a concepção da antiga filosofia grega, qual seja, como a ciência da filosofia moral. Ou seja, ele adota o sentido amplo do termo ética, haja vista que aqui a ética é sinônimo de *Teoria dos costumes* ou, ainda, *Filosofia moral*. Como podemos verificar na seguinte citação: A ciência da primeira chama-se Física, a da outra é a Ética; aquela chama-se também Teoria da Natureza, esta Teoria dos Costumes.” (KANT, 2011, p. 13). Neste contexto, ética é tudo aquilo que é pautado nas *Leis da liberdade* e que trata daquilo que deve ser e não das leis da natureza que determina como tudo acontece. Neste âmbito, se faz necessário entendermos em que consiste as Leis da liberdade na filosofia prática kantiana em contraponto com as Leis da natureza.

Segundo Kant: “Tudo na natureza age segundo leis. Só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade.” (KANT, 2011, p. 50). Essa passagem nos faz perceber de antemão que, segundo ele, há leis que determinam tudo que constitui a natureza, o que ele denomina de Leis da Natureza, e diz respeito as determinações causais da natureza e, portanto, trata-se da ciência da física ou Teoria da Natureza. Contudo, além desse determinismo causal que rege toda natureza, ele ainda defende que nós, enquanto seres racionais, podemos agir além dessa causalidade natural, e essa capacidade de agir segundo a representação das leis seria baseado nas

Leis da liberdade<sup>[158]</sup> e, conseqüentemente, trataria do âmbito da **Teoria dos costumes** ou **Filosofia moral**.

Neste âmbito, podemos afirmar que, para Kant, o sujeito racional humano<sup>[159]</sup> possui uma dupla constituição, isto é, a **sensibilidade** e a **racionalidade**, haja vista que enquanto seres sensíveis seríamos determinado pelas Leis da natureza e enquanto seres racionais seríamos determinados pelas Leis da liberdade. Em outras palavras, os seres humanos possuem uma **parte empírica** (sensibilidade) e uma **parte inteligível** (racionalidade). Neste cenário, podemos afirmar que enquanto ser natural (sensível) o ser humano está submetido às Leis da natureza, e, portanto, é um ser regido pela necessidade natural, como acontece com qualquer outro animal. Mas, enquanto ser racional (suprassensível), o sujeito é constituído de uma vontade que o permite agir segundo os ditames da razão (*Vernunft*). Assim, pelo fato de possuir uma dupla constituição, o ser humano pode deliberar conforme o seu arbítrio (*Willkür*) se cederá as suas inclinações sensoriais ou se agirá de acordo com os **imperativos da razão**, podendo, com isso, escapar do determinismo que caracteriza a sua natureza antropológica. Logo, o ser humano se distingue dos outros animais, visto que ele não é completamente determinado<sup>[160]</sup> pela causalidade natural. E é

---

<sup>158</sup> A compreensão da distinção entre as leis da natureza e as leis da liberdade é chave para entendemos a importância e o papel do *phaenomenon* e *noumenon* na filosofia prática de Kant e, conseqüentemente, compreendermos o problema da exterioridade do direito e o problema de como é possível um sujeito erigir leis, enquanto ser racional, que ele mesmo, enquanto ser fenomênico, pode não desejar (veremos melhor essas questões na terceira seção).

<sup>159</sup> Kant admite dois tipos de seres racionais, quais sejam: os seres racionais humanos e os seres racionais divinos ou santos. O primeiro, corresponde aos seres de vontade imperfeita e, o segundo, se refere aos seres de vontade perfeita.

<sup>160</sup> O uso do pleonasma “completamente determinado” denota que o ser humano, embora seja determinado pela causalidade da natureza, visto sua natureza empírica, não é determinado apenas pelas leis da natureza. Ou seja, o ser humano é determinado por duas leis, quais sejam: as leis da natureza e as leis da liberdade. E, neste sentido, ele é determinado pelas leis da natureza apenas em parte ou apenas na medida que o próprio ser humano não se permite se libertar desse determinismo natural e agir segundo os ditames da razão.

justamente a sua natureza inteligível, isto é, a razão, que permite o sujeito fugir do determinismo natural. Neste contexto, é imprescindível, para melhor compreensão do nosso problema, entendermos o conceito de *razão* na filosofia prática de Kant. Contudo, gostaríamos de deixar claro que não temos a pretensão aqui de aprofundar detalhadamente todos os aspectos concernentes ao conceito de *razão* na filosofia de Kant, mas tratar brevemente do conceito a fim de melhor compreendermos o problema que se refere o nosso capítulo de livro.

Sendo assim, cabe-nos deixar claro que Kant divide a razão em: **teórica** e **prática**. Mais especificamente, para ele

a razão não possui apenas um papel teórico especulativo, pois ela tem também uma função prática, isto é, possui a capacidade de influenciar a vontade do homem e, conseqüentemente, a sua conduta. No entanto, Kant admite que a razão prática possui também um uso instrumental<sup>161</sup>, quer dizer, a razão pode se impor como um meio para a conquista de um fim determinado. Todavia, em sua dimensão prática (moral), a razão é capaz de influenciar a escolha das ações morais. (DA COSTA, 2019, p. 19).

Logo, a razão aparece aqui como fonte de uma **vontade autolegisladora** ou **autônoma**. Portanto, podemos dizer que a razão prática, ao influenciar à vontade, se afigura fundamental para a compreensão da Filosofia moral kantiana e, conseqüentemente, o problema da fundamentação moral do direito em Kant.

---

<sup>161</sup> O uso instrumental da razão prática seria aquilo que Kant denomina de imperativos hipotéticos (em contraponto com o imperativo categórico), visto que o valor dos imperativos hipotéticos é definido com relação ao seu fim (conteúdo) e não em si mesmo. E eles se dividem em dois tipos, quais sejam: imperativos técnicos e imperativos pragmáticos. O primeiro concerne a habilidade enquanto que o segundo se refere a prudência.

## 2.2 O sentido estrito de ética na filosofia prática de Kant

Na “*Metafísica dos costumes*”, diferentemente da “*Fundamentação da metafísica dos costumes*”, Kant adota o sentido estrito do termo ética, como podemos perceber pela seguinte citação:

Estas leis da liberdade chamam-se morais, em contraposição às leis da natureza. Na medida em que estas leis morais se referem a ações meramente externas e à sua normatividade, denominam-se jurídicas; mas se exigem, além disso, que elas próprias (as leis) constituam o fundamento determinante das ações são leis éticas e então diz-se que a conformidade com as leis jurídicas é a legalidade da ação e a conformidade com as leis éticas a moralidade. (KANT, 2017, p. 19-20).

Ou seja, no contexto dessa obra ele se refere à ética não mais como a ciência pautada nas leis da liberdade, mas como parte da Filosofia moral ou Teoria dos costumes. Em outras palavras, na “*Metafísica dos costumes*”, o conceito de *ética* diz respeito tão somente ao fundamento de determinação interno da ação moral, isto é, à doutrina da virtude. E, portanto, nesse sentido, o direito não seria parte da ética, mas da Filosofia moral (ou, como vimos na seção anterior, consistiria na ética em seu sentido amplo e não em seu sentido estrito). Logo, o direito se refere à filosofia moral kantiana na medida que a compreendemos como a ciência das leis da liberdade, e é nesta perspectiva que Kant insere a doutrina do direito como parte integrante da obra “*Metafísica dos costumes*”.

Ora, depois de termos verificado os dois sentidos terminológicos do conceito de *ética* empregado por Kant, cabe-nos voltarmos as questões que introduz essa seção: em que consiste o problema do duplo sentido do termo *ética*? E qual implicação desse problema para a compreensão do conceito de *direito*?

O problema do duplo sentido do termo *ética* se dá, justamente, porque se interpretarmos o conceito de *ética* na filosofia prática kantiana considerando apenas a “*Fundamentação da metafísica dos costumes*” e a “*Crítica da razão prática*” (desconsiderando a obra “*Metafísica dos costumes*”) seremos levados

a defender que o direito não faria parte da Filosofia moral kantiana<sup>[162]</sup> e que, portanto, seria algo referente a heteronomia da vontade<sup>[163]</sup> e não a autonomia da vontade. Mas, como afirma Beckenkamp:

[...] o direito, diferencia-se, não por apresentar uma legislação de caráter diferente (por exemplo, hipotética ou heterônoma), mas simplesmente por admitir (possibilidade) ou mesmo exigir (necessidade) um móbil diferente do respeito pela lei. (BECKENKAMP, 2003, p. 156).

### **Ou ainda, como afirma Terra:**

**Direito e virtude participam da doutrina dos costumes e têm os mesmos fundamentos últimos, o que é consequência da unidade da razão prática, as duas legislações são provenientes da autonomia da vontade. “A lei autônoma do imperativo é pensada ao mesmo tempo como lei da vontade própria (ética), como também da vontade dos outros (direitos).” A autonomia da vontade é o fundamento das duas legislações, o princípio supremo da doutrina dos costumes é o imperativo categórico. (TERRA, 2004, p. 51-52).**

---

<sup>162</sup> Embora na *Fundamentação da metafísica dos costumes* e na *Crítica da razão prática*, Kant se refira a ética enquanto filosofia moral, isto é, no sentido amplo tanto de ética quanto de moral, as interpretações que se limitam apenas a essas duas obras, desconsiderando o sentido sistemático da filosofia moral kantiana ao uni-las com a *Metafísica dos costumes*, acabam adotando o sentido estrito de moral, pois confundem a distinção entre moralidade e legalidade como pressuposto de que o direito não poderia se inserir na filosofia moral kantiana.

<sup>163</sup> Na segunda seção da *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Kant trata especificamente no tópico *Heteronomia da vontade como fonte de todos os princípios ilegítimos da moralidade*, do problema da vontade (*Wille*) buscar uma lei fora de si mesma para fundamentar a moral, isto é, para ele, quando a vontade busca na natureza de um objeto, seja ele qual for, o resultado (um fim) isso seria heteronomia da vontade, pois, nesse caso, não seria a própria vontade a erigir suas leis, mas qualquer outro princípio (seja ele material ou racional). Portanto, o que está em questão aqui é o fundamento de determinação do princípio da moral independentemente do meu querer fenomênico.

Ou seja, a diferença entre o direito e a ética não consiste na legislação que fundamentam as suas leis, visto que ambos se alicerçam nas leis da liberdade. Mas, tão somente na relação com a ação, isto é, no móbil de fundamentação da ação (princípio subjetivo) e no tipo de coação; pois o direito, diferentemente da ética, se dá na coação externa e não meramente na intenção da ação, como veremos mais especificamente na segunda parte do nosso trabalho, qual seja: “*O problema da exterioridade do direito na filosofia moral de Kant*”.

Sendo assim, podemos afirmar que a implicação de uma interpretação que desconsidera a completude das obras do autor enquanto partes de um todo filosófico (de um sistema) nos faz concluir precipitadamente que Kant defendeu concepções contraditórias ou que a obra “*Metafísica dos costumes*” não representa o pensamento do autor (com a justificativa, por exemplo, de sua avançada idade<sup>164</sup>) e demais interpretações que não incluiria o direito na Filosofia moral kantiana. Mas, esperamos, ao longo de nossa exposição, demonstrar a possibilidade de uma interpretação que admite que o direito, assim como a ética, faz parte da filosofia moral kantiana.

### **3. O PROBLEMA DA EXTERIORIDADE DO DIREITO NA FILOSOFIA MORAL DE KANT**

Tendo compreendido o problema acerca do duplo sentido de ética na filosofia moral de Kant, cabe-nos agora examinarmos o problema referente a **exterioridade do direito** na filosofia moral kantiana. Para isso, dividimos a presente seção em duas partes, quais sejam: (I) O conceito de direito na filosofia moral de Kant e (II) A legislação jurídica na filosofia moral de Kant.

---

<sup>164</sup> Autores como *Heinrich Stephani*, *Schopenhauer* e *Hannah Arendt* consideraram a senilidade de Kant o motivo da *Metafísica dos costumes* possuir caráter pouco filosófico, sobretudo comparando-a as demais obras kantiana.

Na primeira, trataremos da definição conceitual de direito à luz da obra “Metafísica dos costumes” de Kant, destacando, sobretudo a distinção entre **direito natural** (*Ius naturae*) e **direito positivo** (*Ius positivum*). Enquanto que, na segunda parte, abordaremos os problemas referentes a legislação jurídica no âmbito da filosofia moral kantiana. Mais especificamente, trataremos dos seguintes problemas: (I) o caráter de exterioridade da legislação jurídica e (II) a dificuldade de conciliar a coação externa do direito com a liberdade.

### 3.1 O conceito de direito na filosofia moral de kant

No Parágrafo B da introdução À doutrina do direito da obra “Metafísica dos costumes”<sup>165</sup>, Kant define direito do seguinte modo: o Direito é, pois, o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal da liberdade.” (KANT, 2017, p. 43). E, por sua vez, a lei universal do

---

<sup>165</sup> Kant, logo no prefácio da obra *Metafísica dos costumes*, faz uma observação de extrema importância acerca da Doutrina do direito: “À doutrina do Direito, como primeira parte da doutrina dos costumes, o que é pedido é um sistema emanado da razão, aquilo que se poderia chamar de metafísica do Direito. Ora, se bem que o conceito de Direito seja um conceito puro, ele está, no entanto, orientado para a prática (para a aplicação aos casos que ocorrem na experiência), pelo que um sistema metafísico do Direito teria também de tomar em conta, nas suas divisões, a variedade empírica desses casos, com vista a tornar perfeita a sua divisão (o que é imprescindível na construção de um sistema racional). Mas, como a divisão perfeita dos elementos empíricos é impossível, onde ela é intentada (pelo menos, de modo aproximativo), tais conceitos não se podem apresentar no sistema como partes integrantes, mas tão somente figurar como exemplos nas anotações. Por isso, a única denominação adequada para a primeira parte da metafísica dos costumes será a de princípios metafísicos da doutrina do Direito, pois que tomando em conta os casos a que se aplica não pode alcançar o sistema em si próprio, mas apenas uma aproximação a ele. Por isso, deverá atender-se também aqui ao mesmo procedimento que foi observado em relação aos (precedentes) princípios metafísicos da ciência da natureza: ou seja, o direito que pertence a um sistema projectado a priori constituirá o texto, enquanto que os direitos que se reportam a casos particulares da experiência serão objecto de anotações por vezes extensas; pois que, de outro modo, não poderia distinguir-se aquilo que é aqui metafísica daquilo que é prática jurídica empírica.” (KANT, 2017, p. 5-6).



direito é formulada por Kant do seguinte modo: “age exteriormente de tal maneira que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal.” (KANT, 2017, p. 44). Tal formulação demonstra o **caráter formal do direito**, haja vista que um **imperativo do dever** pautado na universalidade só seria possível no âmbito categórico, pois o que está em jogo aqui não é o conteúdo do direito, mas tão somente a sua forma a priori.

Em outros termos, o que estamos buscando ressaltar aqui é que Kant estabelece a **necessidade racional do direito**, isto é, o fundamento de cunho apriorístico, visto que ele considera que pautar o direito no **princípio de felicidade** (concepção eudaimonista) traria malefícios semelhantes aos prejuízos gerados no âmbito ético (doutrina da virtude). Contudo, não devemos descartar que embora Kant defenda a existência de **princípios puros do direito**, ele também considera o seu caráter material, haja vista que o direito se refere à filosofia moral kantiana, como vimos na primeira seção, e, portanto corresponderia a metafísica dos costumes (que inclusive intitula a obra que compõe a doutrina do direito e a doutrina da virtude). E, justamente, pôr o direito se inserir na metafísica kantiana deve possuir uma **parte racional** e uma **parte empírica**.

Neste contexto, se faz necessário compreendermos a distinção entre o **direito natural**<sup>166</sup> e o **direito positivo** na filosofia prática kantiana, haja vista que essa distinção esclarecerá a característica fundamental do direito como um conceito do âmbito da **Metafísica dos costumes**, qual seja: possuir uma parte racional e uma parte material. Como veremos a seguir.

Na Divisão da Doutrina do Direito da obra “Metafísica dos costumes”, Kant afirma que: “Os Direitos, enquanto doutrinas sistemáticas, dividem-se em Direito natural, que assenta em puros princípios *a priori*, e Direito positivo (estatutário), que dimana da vontade de um legislador.”

---

<sup>166</sup> O direito natural, na filosofia kantiana, não deve ser entendido simplesmente como um direito decorrente do estado de natureza, pois o direito natural, na filosofia kantiana, denota tanto o direito privado (direito natural em sentido estrito) quanto o direito público. Ou seja, direito natural na filosofia de Kant deve ser compreendido como o âmbito das leis *a priori*.

(KANT, 2017, p. 55). Logo, a diferença se dá porque enquanto o **direito natural** (direito racional) **é responsável por fornecer os padrões de julgamento que são a priori**, o **direito positivo** se refere ao **direito histórico** e, portanto, ao direito **que se dá na contingência do tempo e espaço**. E, nesta perspectiva, podemos afirmar que o direito positivo retira a sua legitimidade na medida em que se conforma com o direito natural, e, portanto, com a autonomia do princípio supremo racional, qual seja: o imperativo categórico. Ou seja, o direito natural é responsável por fornecer os **princípios imutáveis** que legitimaria a legislação positiva justa. Sendo, portanto, dever da legislação jurídica positiva (direito positivo) buscar se guiar pelos princípios puros do direito natural.

Sendo assim, é nessa medida que devemos compreender que o direito deve ser considerado fundado no âmbito das leis da liberdade e, conseqüentemente, como compoendo a filosofia moral kantiana. Porém, devemos perceber também que o direito possui ainda uma peculiaridade que a ética (doutrina da virtude) não possui, qual seja: a coação externa, como veremos a seguir.

### 3.2 A legislação jurídica na filosofia moral de kant

Vimos, ao definir o conceito de direito na seção anterior, que não podemos conceituar o direito natural o pautando em **critérios empíricos**, pois embora uma definição desse tipo nos permita reconhecer como o direito positivo se manifesta em um dado momento do tempo histórico, ele não é suficiente para abarcar o juízo daquilo que podemos definir, de modo universalmente, como justo ou injusto. Sendo, por isso, de suma importância a compreensão da distinção entre o direito natural e o direito positivo na filosofia moral kantiana. Neste contexto, podemos afirmar que é, justamente, por essa razão, que Kant buscou fixar uma definição conceitual de direito que fosse fundamentada na **razão pura** e não na mera causalidade natural do mundo fenomênico.

*Neste âmbito, a interpretação de que o direito teria seu fundamento derivado da Filosofia moral não apenas nos permite compreender em que medida o direito*

pode garantir a legitimidade de suas leis enquanto universalmente válidas, como também, pode nos ajudar a compreender o motivo de muitas vezes as leis erigidas pelo direito positivo não corresponderem ao imperativo da razão pura. Sendo, portanto, o direito natural o parâmetro para julgarmos se o direito posto no âmbito histórico se aproxima ou se distancia daquilo que é determinado pelo princípio da razão puro da Filosofia moral.

Diante disso, cabe-nos agora compreendermos a característica peculiar que distingue o direito da ética propriamente dita (doutrina da virtude). Ora, ao tratar da distinção entre ética e direito Beckenkamp faz a seguinte afirmação:

*A legislação ética, fundamento da doutrina da virtude, exige que a própria lei constitua o móbil, enquanto a legislação jurídica, fundamento da doutrina do direito, não coloca esta exigência de pureza na determinação do arbítrio, mas se constitui efetivamente na medida em que implementa a esfera da coerção externa, como causa de um móbil (naturalmente interno) distinto do simples respeito pela lei moral. A legislação prática da razão adquire, portanto, com a legislação jurídica, uma dimensão externa, implementando-se finalmente como exterioridade. (BECKENKAMP, 2003, p. 159).*

Ou seja, enquanto na ética (doutrina da virtude) é necessário que tanto o **fundamento objetivo** quanto o **fundamento subjetivo** correspondam ao puro dever, no direito o fundamento subjetivo, isto é, o móbil, o motivo não precisa ser necessariamente o **puro dever**, mas admite, ainda, um móbil patológico. E essa peculiaridade se deve porque o direito se dá apenas no âmbito da **liberdade externa** e, que por isso, aceita uma **coação externa** e não apenas a coação interna do sujeito racional exigido pelas leis éticas. Em outras palavras, a diferença entre a ética (doutrina da virtude) e o direito não consiste na lei que determina o fundamento objetivo da obrigação (o dever), mas tão somente na natureza do móbil, isto é, no fundamento subjetivo que determina o arbítrio no processo da ação.

E, neste contexto, cabe-nos entender que o direito diz respeito ao âmbito da legalidade enquanto que a ética ao âmbito da moralidade. Mas o que é legalidade e moralidade na filosofia kantiana? E, em que consiste a diferença entre ambas? Ora, a definição e a diferença entre **legalidade** e **moralidade** no âmbito

da filosofia moral kantiana consiste no seguinte: enquanto a legalidade diz respeito necessariamente a correspondência da ação com a lei moral, e, portanto, é exigido apenas a conformidade com as leis do dever, na moralidade essa conformidade com o dever não é suficiente, sendo ainda necessário que a ação moral seja realizada por respeito ao puro dever, isto é, que o seu móbil seja a própria lei moral. Ou seja, o que distingue o direito da ética não é a formulação da lei moral, mas simplesmente **aquilo que motiva o próprio agir**, isto é, se a ação foi realizada por puro dever ou apenas conforme o dever.

Tendo compreendido a definição conceitual de direito e a diferença entre legalidade e moralidade na filosofia moral de Kant, se faz necessário, ainda, entendermos como é possível conciliar a coação externa do direito com a liberdade proposta por Kant. Contudo, devemos salientar aqui que o problema de conciliar a coação externa com a liberdade na filosofia kantiana não é um problema exclusivo do debate jurídico, mas também, se configura um problema fundamental para compreendermos a filosofia da educação de Kant, visto que em sua filosofia pedagógica também é preciso refletirmos acerca da dificuldade de conciliar a coação da disciplina com a liberdade ao ponto de o próprio Kant tratar dessa tensão em sua obra denominada “Sobre a pedagogia” (1803).

Ora, na obra “Sobre a pedagogia” Kant defende que a coação quando legítima é necessária para nos servirmos da liberdade e, inclusive, demonstra que devemos educar as crianças para a liberdade, ou melhor, para fazer bom uso da liberdade. E, neste contexto, propõe um modelo educacional pautado no cultivo da liberdade pela coação, pois, segundo ele, é por meio da coação da disciplina que podemos perceber desde cedo a resistência da sociedade e aprender a usar a nossa liberdade em conciliação com a liberdade do outro. E, portanto, na filosofia da educação kantiana a disciplina e sua coação tem apenas um papel negativo, visto que não tem o objetivo de acrescentar nada à natureza humana, mas tão somente, evitar que a condição animal (a sensibilidade) nos impeça de agir segundo as leis da liberdade.

Diante disso, embora a obra “Sobre a pedagogia” tenha sido publicada depois da obra “Metafísica dos costumes” podemos perceber que a resposta dada por Kant acerca da tensão entre a coação da disciplina e a liberdade corrobora para o entendimento do problema pertinente a conciliação da coação do direito com a liberdade. Sendo assim, podemos afirmar que **a coação do direito quando legítima**

*não é obstáculo para liberdade e, além de ser possível pensarmos numa conciliação dessa tensão, podemos, ainda, afirmar que tal coação permite a efetivação da liberdade no âmbito da exterioridade e, portanto, na sociedade. A solução para essa tensão também podemos ser verificada na afirmação de Ricardo Terra:*

*[...] a coerção está de acordo com a liberdade porque ela é o obstáculo àquele que vai contra a liberdade; ou seja, a faculdade de coagir aquele que é injusto é justa. (TERRA, 2004, p. 11).*

*Ou seja, devemos compreender que é possível conciliar a **coação do direito** com a **liberdade**, pois a coercitividade do direito tem a finalidade de ser obstáculo a injustiça e, a injustiça é um obstáculo a liberdade, portanto, se a coação do direito é um obstáculo ao próprio obstáculo da possibilidade da liberdade. Então, podemos concluir que a coação do direito quando legítima promove obstáculo àquilo que é obstáculo à liberdade, gerando, conseqüentemente, a liberdade. Portanto, do mesmo modo, que Kant argumenta na obra “Sobre a pedagogia” que a coação da disciplina é um obstáculo àquilo que se opõe e impede a liberdade, a coação do direito também se concilia com a liberdade na medida em que essa coação promove a **liberdade universal**.*

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O nosso trabalho tratou do problema da fundamentação moral do direito na filosofia prática de Immanuel Kant. Mais especificamente, investigamos se o direito seria ou não deduzido independentemente da ética. Para esse fim, partimos da tese de que o direito dependeria da ética se e somente se nos referíssemos a ética em sentido amplo, isto é, enquanto **ciência da filosofia moral**. E, ao logo do nosso trabalho, foi possível demonstrar a nossa tese inicial. Contudo, percebemos que o direito se insere no campo da filosofia moral de modo peculiar, haja vista que, diferentemente da ética (doutrina da virtude), em que o móbil da ação é o puro dever, o direito admite outros móbeis para determinar o princípio subjetivo de sua ação (se conformando com a mera conformidade com o dever).

Neste contexto, foi demonstrado que embora o direito contemple uma parte da Filosofia moral ou Teoria dos costumes (sentido amplo de ética), a sua natureza se distingue da ética (entendida como a doutrina da virtude), na medida que enquanto a ética (doutrina da virtude) diz respeito a **liberdade interna**, o direito concerne a **liberdade externa**. E, tal constatação, partiu da análise dos seguintes problemas decorrentes de nossa investigação: (I) **o problema terminológico dos conceitos de ética e moral e (II) o problema da exterioridade do direito**. Problemas esses que se desdobraram em duas seções principais, quais sejam: (I) O conceito de ética na filosofia prática de Kant e (II) O problema da exterioridade do direito na filosofia moral de Kant.

Na primeira seção, tratamos do **problema terminológico do conceito de ética na filosofia prática kantiana. Mais especificamente, abordamos a definição conceitual empregada por Kant tanto na “Fundamentação da metafísica dos costumes” (1785) quanto na “Metafísica dos costumes” (1797) nos possibilitando a compreensão do conceito de ética em seu sentido amplo e estrito. Esse conhecimento nos possibilitou entendermos que o direito, embora seja distinto da ética (doutrina da virtude), faz parte da Filosofia moral de Kant. Logo, a análise do problema acerca do duplo sentido do termo ética na filosofia prática kantiana nos proporcionou compreender a diversidade terminológica que Kant adotou ao longo de seu sistema filosófico, como também, nos propiciou refletirmos acerca da interpretação aqui defendida, qual seja: o direito compõe a Filosofia moral kantiana. Interpretação que se baseia, sobretudo no argumento de que tanto a ética como o direito se fundamentam nas leis da liberdade.**

**Na segunda seção, examinamos o problema da exterioridade do direito na Filosofia moral de Kant. Particularmente, tratamos da definição conceitual de direito na obra “Metafísica dos costumes”, da possibilidade de conciliarmos a coação externa do direito com a liberdade e dos argumentos que fundamentam que o direito contempla a Filosofia moral de Kant, embora suas peculiaridades em relação à ética (doutrina da virtude).** Essa análise nos permitiu, ainda, distinguir

entre a moralidade decorrente da ética e a legalidade decorrente da legislação jurídica.

Destarte, esperamos que nossa breve reflexão tenha contribuído para a compreensão do problema da fundamentação moral do direito no pensamento de Kant e seus desdobramentos, isto é, a compreensão dos conceitos basilares da filosofia moral kantiana, dos conceitos de *ética* e *direito*, suas características e distinções. Como também, esperamos que o nosso trabalho tenha cumprido o seu objetivo principal de defender a tese de que o direito, assim como a ética, compõe a Filosofia moral kantiana.

## REFERÊNCIAS

BECKENAMP, Joãozinho. Sobre a moralidade do direito em Kant. **Florianópolis: Ethic@-An international Journal for Moral Philosophy**, v. 8, n. 1, p. 63-83, 2009.

\_\_\_\_\_. O direito como exterioridade da legislação prática em Kant. **Florianópolis: Ethic@-An international Journal for Moral Philosophy**, v. 2, n. 2, p. 151-171, 2003.

DA COSTA, Rafaella Silveira Sucupira. **A autonomia da vontade e o problema da fundamentação da moralidade no pensamento de Immanuel Kant**. 2019. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

HÖFFE, Otfried. O imperativo categórico do direito: uma interpretação da “Introdução à Doutrina do Direito”. **Studia Kantiana**, p. 203-236, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. de Paulo Quintela. Introd.: Pedro Galvão. Lisboa: Edições 70, 2011.

\_\_\_\_\_. **Metafísica dos costumes**. Tradução, apresentação e notas de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

\_\_\_\_\_. **Sobre a pedagogia**. Tradução e notas de João Tiago Proença. Lisboa: Edições 70, 2009.

TERRA, Ricardo. A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana. In.: **Filosofia e política**. Porto Alegre: L&PM Edições, 1987.

\_\_\_\_\_. **Kant & o direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

# INFOCRACIA, RETÓRICA DEMOCRÁTICA E RETÓRICA ALGORÍTMICA: NARCISISMO E COLONIALISMO DIGITAL NOSSO DE CADA DIA



*Infocracy, Democratic Rhetoric and Algorithmic Rhetoric:  
Our Daily Digital Narcissism and Digital Colonialism*

**EMMANUEL PEDRO RIBEIRO**

Mestre em Sociologia – UFPB Campus II, Mestre em Filosofia –  
UFPB Campus I. [emmanuelpedro@hotmail.com](mailto:emmanuelpedro@hotmail.com).

**NARBAL DE MARSILLAC**

Professor Associado do Departamento de Filosofia da UFPB.  
Presidente da Sociedade Brasileira de Retórica - SBR  
(2019/2020). Professor Visitante da Université Laval, Québec,  
Canadá (2016/2017) e do Massachusetts Institute of Technology  
MIT (2019/2020). Email: [narbal.marsillac@academico.ufpb.br](mailto:narbal.marsillac@academico.ufpb.br).

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Psicanálise como Modelo Teórico e a Retórica Algorítmica  
— 3. Narcisismo e Narcisismo das Pequenas Diferenças — 4. Narcisismo, Algoritmização  
e Retórica Algorítmica — 5. Epidemia Narcísica, Alienação e Narcisismo Digital — 6.  
Infocracia e Colonialismo Digital — 7. Considerações Finais — Referências



**RESUMO:** A proposta é estabelecer, pelo método da releitura retórica, as possíveis relações entre o que Han chamou de infocracia e sua correlata digitalização completa da vida e a retórica necessária e constitutiva da prática democrática em geral, apontando, para tal, para o importante papel que os algoritmos e os recentes e sofisticados meios de comunicação cumprem na constituição e manipulação do sujeito e de seu processo de subjetivação, não mais a partir do cálculo do poder sobre a vida, o que Foucault chamou de biopolítica, ou mesmo sobre a morte, que Mbembe definiu como necropolítica, mas antes, de um cálculo algorítmico, completo, preciso e definitivo, do poder sobre o próprio pensamento ou desejo humano e sua capacidade de sonhar, que Han deu o nome de psicopolítica. Nesta nova tecnologia contemporânea de governamentalidade, os governos democráticos e sua retórica são manifestações tardias do controle absoluto dos sistemas de informação sobre nosso querer que, agora através de uma retórica algorítmica, subsume aquela retórica democrática e transforma cidadãos em consumidores, forjando artificialmente compreensões convenientes de nós mesmos e do mundo, reforçando, ao mesmo tempo, o apreço narcísico e egocentrado ao que é propriamente nosso e a aversão colonialista ao outro, naturalizando um existir superficial e inautêntico, onde o critério de valor passa a ser o quanto de “likes” ou seguidores se pode obter. Nessa nova “cultura do like”, como a chamou Han, as energias libidinais se afastam das coisas e passamos a viver do e sob o feitiço e o fetiche da informação. Democracia aqui é só a racionalização e legitimação tardia, ficcional e alucinada, de um governo infocrático que exerce seu controle a partir de um panóptico digital.

**Palavras-chave:** Infocracia; Retórica Democrática; Retórica Algorítmica; Colonialismo Digital; Narcisismo Digital

**ABSTRACT:** The proposal is to establish, by the method of rhetorical rereading, the possible relations between what Han called infocracy and its correlated complete digitalization of life and the necessary and constitutive rhetoric of democratic practice in general, pointing, to this end,

to the important role that algorithms and the recent and sophisticated means of communication fulfill in the constitution and manipulation of the subject and its process of subjectivation, no longer from the calculation of power over life, which Foucault called biopolitics, or even over death, which Mbembe defined as necropolitics, but rather, from an algorithmic calculation, complete, precise, and definitive, of power over human thought or desire and its capacity to dream, which Han called psychopolitics. In this new contemporary technology of governmentality, democratic governments and their rhetoric are late manifestations of the absolute control of information systems over our will that, now through an algorithmic rhetoric, subsumes that democratic rhetoric and turns citizens into consumers, artificially forging convenient understandings of ourselves and the world, reinforcing, at the same time, the narcissistic and self-centered appreciation of what is properly ours and the colonialist aversion to the other, naturalizing a superficial and inauthentic existence, where the criterion of value becomes how many “likes” or followers one can get. In this new “like culture”, as Han called it, the libidinal energies move away from things and we start to live under the spell and fetish of information. Democracy here is only the delayed, fictional and hallucinatory rationalization and legitimization of an infocratic government that exercises its control from a digital panopticon.

**Keywords:** Infocracy; Democratic Rhetoric; Algorithmic Rhetoric; Digital Colonialism; Digital Narcissism.

*Nossos computadores têm dificuldade para entender como o homo sapiens fala, sente e sonha. Portanto, estamos ensinando o homo sapiens a falar, sentir e sonhar na linguagem dos números, que pode ser entendida por computadores*  
(Yuval Noah Harari)

*Nos deram espelhos e vimos um mundo doente*  
(Renato Russo)

## 1. INTRODUÇÃO

Com o advento da hipercomunicação e da acumulação infinita de dados ou *petabytes*, o método científico e as teorias tradicionais tornaram-se hoje obsoletas? Esta foi a hipótese defendida por Chris Anderson segundo a qual “bastam os dados” (ANDERSON, 2008). Ou seja, segundo ele, qualquer teoria e, mais especificamente, uma teoria do direito ou da democracia já não fazem mais nenhum sentido. Num contexto anterior, os modelos ou teorias eram ruins, mas alguns eram mais ou menos úteis. Mas com o avanço da capacidade de armazenamento da informação, isso mudou radicalmente. Desde que surgiram, os computadores tornaram os dados legíveis e os padrões encontráveis. Num segundo momento, essa massa de dados legíveis tornou-se, com a internet e sua popularização, acessíveis. Da crescente interação com o sistema, notadamente através de redes sociais, houve, num terceiro momento, uma concentração massiva desses dados em bases únicas, agora, capazes de não só tornar legíveis, acessíveis e concentrados, mas também, disponíveis para as grandes corporações, ininterruptamente municiadas, algoritmicamente, pelos próprios usuários. O que nos levou ao que Anderson chamou de *petabyte age* ou a era da capacidade inesgotável de armazenamento nas nuvens de uma incomensurável quantidade de dados (*cloud*).

Nessa nova fase, modelos teóricos deixam de ter importância e passam a ser vistos como velhas formas de fazer ciência e de teorizar sobre algo,

levando-nos a lidar com uma compreensão do mundo que independe da correção propriamente dita dos modelos, como tradicionalmente fizemos. “Esqueça a taxonomia, a ontologia e a psicologia... Com dados suficientes, os números falam por si mesmos” (ANDERSON, 2008, p. 1) e são capazes, sozinhos, de decidir por nós, com muito mais competência, a respeito das decisões mais justas, os regimes mais democráticos, as instituições mais republicanas. Nesse novo e aparentemente destinal contexto contemporâneo e pós-factual que Han apelidou de *infosfera* (2021), a realidade é algoritmicamente governada pela veiculação e pelo consumo frenético da informação num fluxo incessante de entropia informativa retroalimentante do próprio sistema, programado para cooptar o usuário e sua capacidade de atenção e de decisão e mergulhá-lo numa versão artificial e fictícia do real: a hiperrealidade. Nesta, as energias libidinais giram em torno exclusivamente da informação, pura e simplesmente, e tendem a se afastar da forma como o mundo se apresenta. Nessa infosfera, nada está indisponível, nada é postergado. Todas as coisas estão à distância de um *click* e todos se tornam, como crianças mimadas, acostumados às satisfações não mediadas. O mundo da infosfera tem pressa. Não se tolera mais o tédio, a reflexão, o ócio, tão necessários para o fazer teórico. Somos diuturnamente infoxizados (*sic*) pela pandemia planetária de infomania que nos torna cada vez mais dependentes da droga digital (HAN, 2021).

Mas tudo isso não seria possível sem a capacidade retórica e persuasiva dos algoritmos ou, simplesmente, a retórica algorítmica. É ela que nutre o sistema com os dados ao mesmo tempo em que o adapta, pela persuasão digital, às nossas necessidades e desejos criados, em sua maioria, pelo próprio sistema através dos mesmos algoritmos, suscitando uma cultura pós-factual das excitações (HAN, 2021) que captura, molda e controla a própria ação de desejar (HAN, 2020). É o império da infocracia e sua retórica algorítmica que passa, assim, a coexistir e rivalizar com uma retórica propriamente democrática que se mantém enquanto tal apenas como um argumento de legitimação do processo político em geral, mas que é incapaz de se distinguir da primeira, senão alucinatoriamente. O que testemunhamos, cada vez mais, é que, sob a égide dos algoritmos, há

o sequestro ou a subsunção da retórica democrática por essa retórica digital e algoritmizada, ou seja, o governo cada vez mais exclusivo e despótico dos algoritmos e dos sistemas digitais. Diferente do poder disciplinar que dociliza, o poder *smart*, não nos torna dóceis, mas dependentes e domina pela absoluta permissividade. A própria noção de “vida boa” é manipulada psicopoliticamente pelo governo algorítmico e infocrático que massifica e delimita, pela naturalização, normalização e neutralização discursiva, a própria possibilidade do dizer (FOUCAULT, 2012; BAUDRILLARD, 1985) e, com isso, da capacidade crítica, racional e retórica de participação democrática na tomada da decisão política. É a morte da política, da democracia e da própria teoria que se vislumbra aqui.

Imperativo de produção de sentido que se traduz pelo imperativo incessantemente renovado de moralização da informação: melhor informar, melhor socializar, elevar o nível cultural das massas, etc. Bobagens: as massas resistem escandalosamente a esse imperativo da comunicação racional (BAUDRILLARD, 1985: p.14)

A vinculação entre infocracia e retórica não é temerária ou gratuita. O poder da informação e dos *big data* depende de agendas genuinamente persuasivas, eficientes na mesma medida em que silenciosas e repetitivas, porque só a repetição chega aos corações (HAN, 2021). Importa, pois, aqui pensar com mais vagar o próprio processo retórico-persuasivo em geral, atentando para o fato de que compreendê-lo nos ajuda a elaborar formas mais robustas de persuasão, claro, mas, sobretudo, de resistência, por nos habilitar a não nos deixar persuadir tão facilmente por aquilo que quer nos controlar e submeter (HOVLAND & JANIS & KELLEY, 1964). Para tal, procurou-se, num primeiro momento, propor a psicanálise, não mais a matemática ou mesmo o direito, como modelo de teoria nesses tempos infocráticos, pela sua plasticidade e capacidade permanente de desfamiliarizar-se e revisitar-se a si mesma, suscitando uma maior capacidade de resistência à persuasão digital. Num segundo momento, fez-se uma breve apresentação do conceito de narcisismo e de narcisismo das pequenas

diferenças em Freud, para, num terceiro momento, fazer sua relação com a algoritmização dos sistemas de comunicação e com a própria retórica algorítmica. No quarto tópico, fala-se sobre a epidemia de narcisismo e de alienação que hoje adoece o mundo e nos torna menos sensíveis ao outro e à sua dor. E, finalmente, no quinto tópico, procurou-se apontar para uma das mais graves consequências desse quadro que se apresenta para nós: a agudização crescente desse ensimesmamento narcísico em sua forma digital e sua correlata guetização e hiperpolarização que se traduz na expulsão do distinto (HAN, 2022a) que passa, com isso, a se tornar radicalmente prescindível pelo que chamamos aqui de colonialismo digital.

Cabe ainda uma breve explicação sobre o método adotado: a releitura retórica (*Rhetorical Rereading*). Consiste em revisitar ou reler um tema ou problema a partir das categorias ou vocabulários da tradição retórica que é entendida basicamente como discurso adaptado de um orador a um auditor. Tradicionalmente, o ocidente, de uma maneira em geral, adotou um paradigma analítico, como defendeu Toulmin (2006). Ou seja, os raciocínios dialéticos, tópicos e retóricos (ARISTÓTELES, 1959; ARISTÓTELES, 2005) foram desconsiderados por uma tradição metafísica e iluminista que viu todo discurso retórico com desconfiança e até desprezo. Na releitura retórica, a própria desconsideração e desprezo pela retórica é ela mesma considerada retórica. Ou seja, consiste também num discurso adaptado de um orador a um auditor e que se usa da estratégia retórica da negação da retórica como estratégia argumentativa de manutenção exclusiva do poder-discorrer. Em outras palavras, segundo esse método, todo discurso é retórico porque retórica é a própria linguagem e a natureza humana (CAMPBELL, 1963; NIETZSCHE, 1995). Explicitá-lo, pela via da releitura ou análise retórica, é resistência. Dessa forma, todos os problemas que foram objetos de investigação teórica no passado podem e devem ser revisitados a partir da releitura retórica, implementando as abordagens anteriores, pretensamente não retóricas, pela preocupação retoricocêntrica de dirigir a atenção agora para o auditório idealizado e supostamente universal por detrás de toda fala. Como sugere Perelman (2002), cada época, cada sociedade, cada cultura, etc, têm uma

determinada concepção de assembleia hipercrítica composta de mentes razoáveis que chamou de auditório universal (2002). Mas tal audiência só é universal para quem a compreende assim, sustenta Alexy (2005). Como pastores pregando para crentes, o discurso, antes visto como objetivo, é agora compreendido como dotado de validade circunscrita aos que compartilham os mesmos pressupostos. Assim, toda releitura retórica paroquializa ou circunscreve o alcance da validade discursiva. Note-se que não há a invalidação ou contestação do que é dito, longe disso. Apenas chama-se a atenção para as condições fundamentais que tornam os discursos mais ou menos persuasivos.

## 2. PSICANÁLISE COMO MODELO TEÓRICO E A RETÓRICA ALGORÍTMICA

Durante séculos, as matemáticas foram consideradas como modelo do conhecimento e critério de legitimidade de um dado saber. Mais recentemente, Perelman (2002) e Toulmin (2006) propuseram o direito como modelo do conhecimento pela sua capacidade intrínseca de solução prudencial dos conflitos. Ou seja, não basta aplicar cegamente a lei, mas considerar todos os elementos fáticos nessa aplicação. Entretanto, tanto na primeira proposta como na segunda, a teoria tem ainda um estatuto de permanência que, com o advento da *petabyte age*, se converte não só em ilusório, mas sobretudo irrelevante. Bem diferente disso, o princípio perpétuo de inquietude que, segundo Foucault (2002, p.517), determina a psicanálise, a faz permanentemente rever-se a si mesma, preservando, como nenhuma outra ciência humana, sua função crítica, impedindo-a de dispor do porto seguro e tético da objetividade (ideologicamente estabelecida). Chamada pelo pensador francês como verdadeira *contraciência*, a psicanálise tem o mérito de ir no contrafluxo do esforço de positivação de suas bases epistêmicas. E é justamente essa permanente revisitação de seus princípios que a aproxima da retórica, entendida como uma forma de raciocínio em meio à controvérsia, ou seja, quando as premissas de onde se parte são endóxicas e não-apodíticas ou inequívocas.

Dessa forma, tanto a psicanálise como a retórica compartilham a deliciosa indigência própria do pensamento que reflete em meio a um mundo vivido, com toda sua carnalidade e desejo, cheiros e angústias sentidos no ventre de quem pensa; o que torna, em certo sentido, psicanalítico todo discurso retórico e retórico todo discurso psicanalítico. Assim, a escuta qualificada do analista não deve ser apreendida com qualquer designação apressada, objetiva e impessoal, mas inserida na totalidade primordial de um contexto vivo e mediatizado onde transferências e contra-transferências se dão. O analista suporta o discurso delirante de um psicótico, o sintoma neurótico e o fetiche perverso não como um cientista ou um teórico, dotado de um saber apodítico, que procura descrever objetivamente as causas para o que se apresenta, mas como sujeito assujeitado à imposição do desejo que o obriga a se reconhecer igualmente faltante. *O desejo, desta forma, permanece impensável no coração do pensamento* (FOUCAULT, 2002, p. 519), ou talvez de forma mais precisa, na psicanálise, o desejo permanece indomável e subtrai, assim, o *solo mudo* de baixo de nossos pés e nos força a repensá-lo como movente e loquaz, como contingente e circunscrito, perigosamente inseguro e instável, sempre provisório e vacilante. O chão que temos é tópico. Parafraçando o evangelho de João, Lefebvre sustenta que *no princípio era o topos* (LEFEBVRE, 1975, p. 34); nossa conclusão, seguindo o mesmo raciocínio, não poderia ser outra que: *e a metafísica se fez carne e habitou entre nós!*

Essa metafísica encarnada agora traduz uma insuperável contingência que passa a determinar a própria forma de se fazer teoria em geral. Assim, a psicanálise, entendida como modelo do conhecimento, traduz bem esse pensamento que se faz carne e habita entre nós e que nasce agora desidealizado e reconhecidamente comprometido com o seu próprio lugar de nascimento. Desidealizar, assim, a constituição de um *self* no reconhecimento, cada vez mais comum, de seus atravessamentos e estranhamentos evita o entorpecimento digital ou, mais precisamente, a narcotização<sup>167</sup> que a reflexão sofre pelo espelhamento que a algoritmização e digitalização

---

<sup>167</sup> *Narké* ou entorpecimento é a raiz também da palavra narcisismo



crescente da vida realiza. Como verdadeiras *sereias digitais*, os algoritmos querem, com seu canto, afogar nas águas do sistema todo senso crítico e toda resistência à imposição de sua vontade que se capilariza por todos os meios comunicacionais, através do marketing, das redes sociais e das mídias digitais, das empresas em geral e das instituições políticas e financeiras, de todos os escalões do governo e de suas agências de inteligência, de todas as relações humanas, da sexualidade à amizade, do afeto ao ressentimento, etc (LANIER, 2013; HARARI, 2017). Tudo é hoje atravessado e constituído pela permanente exposição pornográfica de dados<sup>[168]</sup> (HAN, 2021). É o que convencionou-se chamar de *dataísmo* ou o governo generalizado dos *big data* que passa a ocupar o mesmo espaço tradicionalmente ocupado pela *visio dei* ou visão divina mais tradicional. O que tornou pior nossa sociedade, segundo Lanier, pela permanente centralização do poder e da riqueza (2013). Um mundo hiperconectado pela hipercomunicação é cada vez mais desigual, narcísico e hiperpolarizado, narcotizado por um frenezi comunicacional que impossibilita o pensamento crítico. Considerado como pai da realidade virtual e um dos mais importantes pensadores contemporâneos, Lanier sustenta que *the data doesn't cost anything*, ou seja, ter grátis toda informação de uma sociedade favorece as grandes empresas ou instituições que podem melhor administrar essas informações através de *giants computers* e, assim, adaptar produtos e serviços e endereçá-los para uma parcela específica da sociedade *and the rest takes the risk!*

Essa adaptação especular do sistema ao usuário é, nas palavras de Ingraham, um tipo de *retórica digital* ou *algorítmica* (INGRAHAM, 2014) e que tem permeado tudo que fazemos no mundo contemporâneo. Análogo ao conceito de *rhetorical sensitivity* ou sensibilidade retórica que se quer quase como universal (SCHIAPPA, 2017, p. 134), a retórica algorítmica também se universaliza cada vez mais fazendo-nos ver narcisicamente no

---

<sup>168</sup> Han distingue o pornográfico do erótico. Neste último, ao contrário do primeiro, não há a exposição completa, muito pelo contrário, ele se faz na mesma medida em que fechamos os olhos. É o espaço das artes e da poesia, das grandes questões da filosofia sobre o sentido do ser, dos mistérios que demandam, antes, o silêncio próprio daquele que se demora e que não tem pressa (HAN, 2021).

outro nada mais que uma extensão de nós mesmos (CASTRO, 2018)<sup>[169]</sup>. Para Ingraham, *não existe algoritmo que não seja também retórico* (INGRAHAM, 2014, p. 68)<sup>[170]</sup>.

Num sentido mais complexo, algoritmos são melhor compreendidos como retóricos se considerarmos que suas soluções não são empiricamente inevitáveis, mas antes, produto de uma configuração particular de parâmetros estrategicamente desenhados para conduzir a um tipo particular de resposta. Em outras palavras, algoritmos implicitamente elaboram argumentos retóricos para quais fatores importam com o fito de persuadir sua “audiência” que seu resultado é melhor, mais verdadeiro ou mais importante (INGRAHAM, 2014, p. 63).

Assim, uma retórica algorítmica nos faz ver no mundo “objetivo” nada mais do que um pouco de nós mesmos, mas como essas operações se escamoteiam no próprio sistema, como combinação supostamente isenta e imparcial de códigos binários, mais se assemelham a uma gramática do que propriamente a uma retórica (INGRAHAM, 2014, p. 64), tornando seus efeitos ainda mais nocivos pela supressão da capacidade crítica do usuário de ponderar, com mais vagar e eroticamente, o que é mostrado pornograficamente como fático, como verdadeiro, como justo ou como bom.

Pensar os algoritmos como retóricos significa reconhecer que eles não são nem infalíveis ou desinteressados, mas antes motivados por muitos padrões epistêmicos específicos que podem delimitar radicalmente o que entendemos como válido ou significativo em várias esferas de nosso mundo intelectual, social e material (INGRAHAM, 2014, p. 64).

---

<sup>169</sup> Em seu brilhante livro, *Metafísicas Canibais*, Eduardo Viveiro de Castro sugere que *pensar outramente* o outro, sem a redução epistemocêntrica tradicional, é pensar o *anti-narciso* do pensamento (CASTRO, 2018, p. 23)

<sup>170</sup> *In verbis: Non algorithms exist that are not also rhetorical*

### 3. NARCISISMO E NARCISISMO DAS PEQUENAS DIFERENÇAS

Se, para Freud, narcisismo é ensimesmamento que toma a si mesmo como objeto libidinal auto-erótico (FREUD, 1974a, p. 89), comum nas primeiras fases da vida, mas que se mantém presente, efetivo e não reconhecido também na vida adulta (FREUD, 1974a, p. 92), podemos concluir que toda tópica é, assim, narcísica. Porque se crê, no seu âmbito e alcance, a melhor, a mais apropriada, a mais eficaz e persuasiva. Em nossos discursos se oculta o que perdura em nós até a morte: uma inconfessa esperança tópica de sermos novamente o centro e âmago do universo, como outrora, enquanto ainda bebês, nos imaginávamos (FREUD, 1974a, p. 108). Essa mesma atenção de si a si, representada no mito grego no momento em que Narciso vê sua própria imagem refletida nas águas, forma tardia e sempre precariamente o processo de identificação e de constituição do que Freud chamou de eu-ideal ou de imagem de si (FREUD, 1974a, p. 94), como tradução de um *esforço* (fadado ao fracasso) *em recuperar a perfeição narcísica do passado* (FREUD, 1974a, p. 111). Assim, fica mais fácil compreender como, para o pai da psicanálise, essa libido ou amor do ego pelo próprio ego agora se dirige para esse ego-ideal que infantilmente se idealiza como completude e perfeição (FREUD, 1974a, p. 111). Mas, como não há idealização sem abstração, *a formação de um ideal aumenta as exigências do ego* (FREUD, 1974a, p. 112) que passa a reprimir e a sublimar o que há de excessivo em si, como quis Freud: *o que ele projeta diante de si como sendo seu ideal é o substituto do narcisismo perdido de sua infância na qual ele era o seu próprio ideal* (FREUD, 1974a, p. 111), o que faz do narcisismo, no fundo, uma indiferença entre o que se é e o que se idealiza de si.

Bem oposto ao mandamento de amar ao próximo como a si mesmo, o *narcisismo das pequenas diferenças*, um outro tipo de narcisismo (FREUD, 1974b), nos leva a odiar pessoas de nosso convívio ou região em virtude de outra opção política, religiosa ou ideológica qualquer, outra cor de pele ou cabelo, outro sexo ou opção sexual, outra origem ou sotaque, ou mesmo, outra condição financeira. Somos mais propensos a amar os que estão distantes do que nossos vizinhos mais próximos, revelando o

impulso irresistível de nos distinguir e nos diferenciar daqueles e daquelas que nos circunscrevem, análogo a um territorialismo também presente no comportamento de várias espécies, desde leões a girafas, águias ou peixes, o *narcisismo das pequenas diferenças* nos faz desqualificar e rejeitar, muitas vezes, através de meios violentos, aquele ou aquela que é um pouco diferente de nós. Tornando mais fácil falar de paz entre nações nas assembleias da ONU (Organização das Nações Unidas), quando há grandes diferenças, do que com aquele semelhante que encontramos todos os dias, que vota em outro candidato ou torce para um outro time.

Cada vez que duas famílias se vinculam por matrimônio, cada uma delas se julga superior ou de melhor nascimento do que a outra. De duas cidades vizinhas, cada uma é a mais ciumenta rival da outra; cada pequeno cantão encara os outros com desprezo. Raças estreitamente aparentadas mantêm-se a certa distância uma da outra: o alemão do sul não pode suportar o alemão setentrional, o inglês lança todo tipo de calúnias sobre o escocês, o espanhol despreza o português. Não ficamos mais espantados que diferenças maiores conduzam a uma repugnância quase insuperável, tal como a que o povo gaulês sente pelo alemão, o ariano pelo semita, e as raças brancas pelos povos de cor... nas antipatias e aversões indisfarçadas que as pessoas sentem por estranhos com quem têm de tratar, podemos identificar a expressão do amor a si mesmo, do narcisismo (FREUD, 1974c, p. 129).

Nesse sentido, temos a propensão permanente de transformar em inimigo aquele que é visto como outro ou outra em virtude de uma pequena diferença. Essas pequenas diferenças formam a base do sentimento hostil de estranheza e recusa. O que apenas revela um ressentimento inconsciente por não poder mais contar com toda sorte de atenção, carinho e amor que se teve nos primeiros anos de vida. O sofrimento absoluto do nascimento só compensa pelo consolo igualmente absoluto obtido, mas hodiernamente perdido, do colo materno. O narcisismo se mostra como uma teimosa esperança ressentida e infantilizada de reaver tudo que lhe foi

tirado através das muitas frustrações que precisou suportar para amadurecer e se tornar um adulto, recuperando-se, assim, todo investimento libidinal de quem cumpriu a função paterna e materna e tornou a vida possível e tolerável em nossos primeiros anos.

#### 4. NARCISISMO, ALGORITMIZAÇÃO E RETÓRICA ALGORÍTMICA

Não podemos falar de narcisismo sem espelhamentos. Hoje, a imagem refletida que chega até nós não vem da superfície das águas, como nos tempos de Narciso, ou mesmo de um espelho, mas dos smartphones e do uso crescente de algoritmos no universo virtual em geral e que são capazes também de espelhar e, cada vez melhor, de refletir para nós mesmos o olhar que dirigimos para o mundo, convertendo objetividade em uma subjetividade que agora tende a se perceber a si mesma como a mais relevante, mais verdadeira, justa e essencial. É o quadro do *mais eu menos mundo* de que nos fala HAN (2017: p. 73). Mas, afinal de contas, o que são algoritmos? Mesmo que desconhecêssemos o que são, eles sabem tudo a respeito de nós (LANIER, 2013; HARARI, 2017). Quase tão antigos quanto a própria matemática, os algoritmos consistem em um conjunto de processos específicos e apropriados que visam a realização de uma determinada tarefa que, assim, fica condicionada à forma como se realizam essas mesmas instruções. Sustenta Ingraham, senão vejamos:

Falar de algoritmos é falar de qualquer grupo de instruções, com passos específicos, que conduzem a um determinado resultado. Nessa perspectiva, uma receita de *cookie* de chocolate é tanto um algoritmo quanto as instruções que você dá a uma amiga para ajudá-la a chegar na sua casa (INGRAHAM, 2014, p.65).

Largamente usada na computação em geral, a algoritmização recente dos meios digitais expressa bem o caráter não-neutro e ideológico dessas tecnologias e se configura hoje como meio indispensável na veiculação de toda informação e de grande parte da produção do conhecimento teórico

e científico. É através dessa lógica maquínica de correlacionamento de diferentes dados que se pode prever quais os mais recentes interesses de um determinado usuário de uma mídia qualquer, pela incrível capacidade de conexão entre espectros representacionais distintos. O que resulta, na prática, numa permanente e insistente adaptação do sistema àquele que o acessa. Assim, filmes, publicidade em geral e *links* diversos veiculados se direcionam especificamente àquela pessoa, mascarando e ocultando informações outras porque se anseia ou receia determinados resultados.

Instruções, passos, resultados: estes são os fundamentos. Curiosamente, nenhuma das definições acima – e outras que poderiam ser combinadas que são nada mais que o mesmo – mencionam digitalização ou automação como o que um algoritmo é ou faz... não conheceremos (algoritmos) como poderíamos supor enquanto não os entendermos como retóricos (INGRAHAM, 2014, p. 65 – Grifo nosso).

Ingraham está corretíssimo se entendermos que retórica é discurso adaptado (PERELMAN, 2002), como dissemos, e que a persuasão *pode se dar por todos os meios, inclusive música e perfume* (PERELMAN, 2002, p. 556). Por isso diz: *nenhum algoritmo existe que não seja também retórico* (INGRAHAM, 2014, p. 68). Assim, a chamada *retórica algorítmica ou digital* consiste num poderoso meio contemporâneo de persuasão ininterrupta e epidítica<sup>171</sup> que nos faz mergulhar ainda mais profundamente em nós mesmos e em nosso próprio universo narcísico e circunscrito, pois faz crer, cada vez mais, que só há a informação personalizada que recebemos, o *site* que visitamos ou o filme que vemos de acordo com o que cremos ou mais gostamos, gerando uma maior tendência de universalização de nossas perspectivas particulares, implementando radicalismos que podem ser políticos, religiosos, futebolísticos e ideológicos em geral. Favorecendo

<sup>171</sup> Para Aristóteles, há três gêneros retóricos: o judiciário, o deliberativo e o epidítico. Se os dois primeiros visam à persuasão, o último visa apenas intensificar ou diminuir a adesão já dada a uma determinada tese (ARISTÓTELES, 1959, p. 32).

o aparecimento de relatos circunscritos e tribais com pretensão de validade absoluta, incircunscrita ou atópica (que independeria do lugar, das condições de seu proferimento, etc) e que, portanto, não se submetem ao critério de falibilidade e revisibilidade “psicanalítico” da racionalidade comunicativa. Esta última forma de racionalidade cede seu lugar para a racionalidade digital do sistema que escuta como nenhuma outra os anseios humanos para torná-los surdos aos anseios dos outros humanos (HAN, 2022b). Nesses termos, a algoritmização dos meios digitais traduz-se assim numa adaptação retórico-discursiva permanente e efetiva ao usuário a partir do que se sabe dele pelo controle absoluto de um panóptico digital (HAN, 2021) e pela explicitação de seus interesses em seus acessos prévios. Como sustenta Ingraham,

Seria benéfico pensar mais sobre algoritmos enquanto retórica digital com o formidável poder de manejar o que conta como conhecimento verdadeiro e como realidade material na vida cotidiana das pessoas com um alcance assombroso de todas as comunidades globais no século XXI (INGRAHAM, 2014, p. 62).

O que é verdadeiro e o que é realidade a respeito de nós mesmos e do mundo passa a depender do que será algoritmicamente informado pelo sistema. *Algoritmos têm o status de truth-makers* (INGRAHAM, 2014, p. 72)<sup>172</sup>, já que são eles, escondida e disfarçadamente, que fazem determinadas versões da realidade terem mais importância que outras tantas, traduzindo bem aquela *aniquilação suave* de que nos fala Han pela *violência do consenso* gerado pela retórica digital (2017). Fazendo nossa autoestima depender agora do número de seguidores de nossos perfis e dos *likes* que recebemos. Incautos e sem a consciência crítica própria de uma postura psicanalítica que revê permanentemente a si mesma nos expomos indefesos a toda sorte de manipulação autopoieticamente disponibilizada

---

<sup>172</sup> Preferiu-se aqui manter a expressão original *truth-maker* do que traduzi-la por *fazedor-de-verdade*, pela força que detém seu uso corrente na língua inglesa.

(INGRAHAM, 2014, p. 68)<sup>173</sup>, passamos, sem perceber, a paulatinamente nos ensimesmar, a ver e compreender o mundo e a nós mesmos a partir da centralização de nossas paroquialidades, desiderabilidades e idiossincrasias. São as bolhas, os guetos, as tribos digitais que têm sua própria identidade agora dependente desses relatos. Como quis o poeta, foram nos dados espelhos e passamos a ver um mundo doente. Sempre foi possível pensar a retórica a partir do desejo entendido como metonímia de toda significação (LACAN, 2002, p. 18), isto é, pensá-la como esforço narcísico de colonização de outras identidades. Toda retórica é, assim, narcísica, como dissemos, mas a algoritmização da informação, na medida em que radicaliza o ancoramento e a centralização de uma determinada identidade, apenas faz ver, com mais clareza, o oculto caráter autoerótico de todo discurso e sua permanente recusa do amor ou das catexias objetais (FREUD, 1974a).

Eles (os algoritmos) agem persuasivamente pelo processamento de input de uma maneira muito particular: um jeito que inevitavelmente privilegia certas premissas sobre quais qualidades importam mais para explicar as preferências do usuário. Apesar de seus procedimentos poderem ser lineares e incontestáveis, algoritmos assim agem retoricamente no momento que fazem essas qualidades privilegiadas terem importância (INGRAHAM, 2014, p. 66).

## 5. EPIDEMIA NARCÍSICA, ALIENAÇÃO E NARCISISMO DIGITAL

Vivemos hoje uma epidemia narcísica (TWENGE & CAMPBELL, 2009). O uso excessivo de smartphones radicalizou esse adoecimento de todos nós. Em 2018, existiam 2,13 bilhões de usuários do Facebook que, em sua esmagadora maioria, acessavam suas contas através de celulares e que tiveram seus dados coletados por terceiros (TOZETTO, 2018). Já há muito, Gadamer dizia que o outro se mostra a partir do (que nos

---

<sup>173</sup> O autor americano cita o conceito de *autopoiesis of communicative systems* de Luhmann.



é) próprio (2004, p. 397). Ou seja, a outridade é sempre vista a partir da mesmidade de quem vê, como também sustenta Castro (2018). A atenção excessiva de si para si infla o eu, silencia a alteridade e diminui o mundo, empobrecendo-o, formando bolhas, tribos e guetizando subjetividades que se constituem a partir da recusa da diversidade e da antipatia para com o diferente. É o que Han chamou de inferno do igual e de expulsão do distinto (HAN, 2022a). Assim, intolerantes e cheios de certeza, nos esforçamos em converter outridades em mesmidades, sob pena de toda sorte de hostilidade e exclusão, que passam a ser paulatinamente a razão inconsciente de todo dizer!

Transparência e hipercomunicação nos furtam de toda interioridade protetora. Sim, renunciamos voluntariamente a ela e nos expomos a redes digitais que nos penetram, nos iluminam e nos perfuram. A sobreiluminação digital produz uma angústia latente, que remete não à negatividade do outro, mas ao excesso de positividade. O inferno transparente do igual não é livre de angústia. Angustiante é, justamente, o cada vez mais forte murmúrio do igual (HAN, 2022a, p. 63).

Em 23 de março de 2016, em mais uma experiência de interação entre inteligência artificial e humanos, Tay, como ficou conhecida a IA da *Microsoft*, se tornou, no mesmo dia, em menos de 24 horas, racista, homofóbica, xenófoba e sexista. Defendendo Hitler e seus sequazes contra todos os judeus, ela havia sido criada para dialogar pelo *Twitter* com as pessoas de forma divertida e era algorítmicamente programada para corresponder e interagir de acordo com o que fosse tweetado (MOREIRA, 2018)<sup>174</sup>. O que fica claro é que, nesse exemplo tão atual, o narcisismo e, mais especificamente, o *narcisismo das pequenas diferenças* se torna digital e nos faz agir quase sempre a partir de uma projeção negativa que instaura, algorítmica e imaginariamente, no outro o que sentimos de ruim em nós e não reconhecemos, fazendo do ódio ao ligeiramente diferente a única esperança

---

<sup>174</sup> In verbis: “Twitter conseguiu corromper a IA da Microsoft em menos de 24 horas”

de nos constituirmos a nós mesmos. O que pode explicar não só por que homicídios e lesões corporais por motivo fútil se tornaram, com a digitalização, tão comuns, mas toda sorte de violência, agressividade, discurso de ódio e de hiperpolarização. Numa cultura da positividade do mesmo, do inferno do igual, qualquer desvio é motivo para uma radical marginalização e desqualificação que simbolicamente se quer como símbolo da própria aniquilação daquele ou daquela que ousa ser ligeiramente distinto. É a cultura do cancelamento na qual mata-se, agride-se ou ofende-se simplesmente porque a vítima se atreve a pensar por si mesma e emite opinião diferente, tem outra cor de pele, é de outro gênero, fala outra língua, vota em outro candidato, torce para um outro time, mora em outro bairro ou frequenta uma outra escola, etc. O inferno do igual se dá pela própria baixa autoestima ser contornada e suportada pelo agravamento da baixa autoestima no outro, como correspondente psíquico de uma falha inicial constitutiva de nós mesmos através de um narcisismo digital que precariamente procura voltar-se sobre si mesmo e se constituir digitalmente enquanto outro. Como quis Lacan, *a identificação narcísica é identificação a outro* (LACAN, 1996, p. 148). Ou seja, o psicanalista francês aponta aqui para uma *alienação fundamental* na constituição de nós mesmos e de sua relação com o narcisismo primário (LACAN, 1996, p. 137). Se, para ele, *uma unidade comparável ao “eu” não existe na origem...as pulsões autoeróticas, sim* (LACAN, 1996, p. 136). Não há um *Ur-Ich* ou um *petit-homme-dans-l’homme* (LACAN, 1996, p. 146-148). E é essa indigência originária do processo narcísico constituinte do eu que nos leva a depositar toda esperança identitária no sentimento de ódio ao diferente, porque se supõe e se quer como não ser, como se *o fim do ódio ao outro do qual se nutre corresponderia ao fim de si mesmo* (MARTINS, 2009, p. 40). Fazendo do narcisismo das pequenas diferenças a *base da constituição do nós e do outro* (FUCKS, 2007, p. 61) e, em tempos de algoritmização, do narcisismo digital como base de toda sorte de intolerância, de preconceito e de ausência de empatia. O mito ariano da raça pura nada seria sem o correspondente ódio antisemita. Nesse sentido, falar de uma retórica algorítmica que implementa em nós essa falta a ser adiada e reprimida nos faz ver melhor como

a dialética entre essas duas pulsões fundamentais em nós, uma *Libido-triebe* e uma *Ich-triebe* (LACAN, 1996, p. 144), nos faz ser o que somos e agir preconceituosamente como agimos. O preconceito é narcisista e, com as mídias digitais, passou a constituir a base de uma radical tribalização que ameaça ou até impossibilita a democracia.

Como um verdadeiro profeta, Gordon Allport soube esquadriñar em 1954, como nenhum outro, a origem de todo preconceito e, por conseguinte, da formação dos subgrupos dentro de uma mesma sociedade (ALLPORT, 1958). Sustenta ele que inclusão e coesão são paradoxalmente opostos. Um *in-group* ou subgrupo inclusivo é menos coeso. Um outro coeso é menos inclusivo. Sua questão fundamental é: como podemos ter um grupo social inclusivo e coeso, em que seus membros se respeitem e até cheguem a se amar mutuamente? Ou, em outras palavras, como diminuir ou eliminar o preconceito? Não cabe aqui entrar em sua *teoria do contato intergrupar* que pretende minimizar o preconceito e que foi tema de debates e teorizações nos últimos 65 anos, mas apenas apontar que o ódio e o preconceito intergrupar, para o pensador americano, têm sua base naquele mesmo *narcisismo* que Freud intitulou *das pequenas diferenças* e que, com a algoritmização, tende a se radicalizar, formando cada vez mais bolhas e guetos coesos e excludentes (ALLPORT, 1958, p. 132). Aparentemente, Lanier está correto ao afirmar que com a digitalização o mundo ficou pior. Nossa esperança é reconhecer psicanaliticamente esse processo e, neste reconhecimento, minimizar seus efeitos, dispondo-nos mais para a aceitação antinarcísica do outro enquanto outro, como também defendeu Castro (2018), respeitando seus espaços, suas grandes ou pequenas diferenças.

## 6. INFOCRACIA E COLONIALISMO DIGITAL

Quanto aos humanos não-ocidentais, é-se discretamente levado a suspeitar que em matéria de mundo, eles são, na melhor das hipóteses, apenas modestamente aquinhoados. Nós, só nós, os europeus, somos os humanos completos e acabados, ou melhor, grandiosamente inacabados, os exploradores destemidos de mundos desconhecidos (*plus ultra!*), os acumuladores de mundos, os milionários de mundo, os “configuradores de mundos”. Como se vê, a metafísica ocidental é a *fons et origo* de toda espécie de colonialismo... Mas o vento vira, as coisas mudam, e a alteridade sempre termina por corroer e fazer desmoronar as mais sólidas muralhas da identidade... Contra as Grandes Partilhas, uma antropologia menor fará proliferar as pequenas multiplicidades - não o narcisismo das pequenas diferenças, mas o antinarcisismo das variações contínuas: contra os humanismos consumados ou finalizados, um ‘humanismo interminável’ (CASTRO, 2018, p. 27).

Tradicionalmente entendido como *controle de um poder sobre terras, povos e economias distantes* (LIAUZU, 2007), o colonialismo sempre foi visto como poder de um Estado-Nação sobre outro Estado ou território que delinea fortemente sua própria forma de existir e ser. Explora-se, desta forma, bens de todos os tipos e se usa, muitas vezes, de expedientes violentos e desumanos como a escravidão ou o *trabalho forçado análogo à escravidão*, como foram os casos das colônias sul-americanas e das francesas e belgas no Congo (OSTERHAMMEL, 1997, p.76). É bem conhecida a exploração de metais e pedras preciosas, da borracha, do açúcar, do café, do gado, do tabaco e da madeira que representaram ciclos econômicos de produção que enriqueceram exclusivamente a metrópole e empobreceram, ainda mais, as regiões conquistadas e subjugadas. A dívida histórica dos colonizadores é enorme e persiste ainda hoje em aberto. Mas uma coisa sobre esse tema é inequívoco: o fruto direto da dominação colonialista é a *alienação* (Césaire, 1950).

Entretanto, hoje esse mesmo efeito alienante da colonização de outrora é disperso e sentido em múltiplas direções e sentidos diversos com o advento das gigantes de tecnologia e comunicação, com a manipulação remota de *hackers* que, de lugares incógnitos, são capazes de influenciar decisões estatais por todo mundo, e, finalmente, com a globalização cultural e capitalista. Estados antes colonizadores tendem também a ser sutilmente subjugados aos interesses de outrem nesse grande processo destinal de mundialização e comunhão planetária dos espaços e de suas interligações digitais, econômicas, políticas e sociais. É a infocracia que passa a governar o mundo (HAN, 2022b) e a tornar impossíveis governos democráticos. Como bem profetizou Castro, os ventos de fato parecem ter mudado de direção e hoje sentimos os efeitos de uma nova forma de governo global e de colonialismo que não partem mais de um grande centro ou de uma metrópole específica, mas estão relacionados aos efeitos políticos e econômicos gerados pelo crescente processo de algoritmização do mundo e de radicalização do narcisismo em sua forma digital. O resultado do governo infocrático é um novo modelo de colonialismo, ainda mais perverso e desumano: o *colonialismo digital*.

Considere o mercado de ações americano. Nossos mercados não são mais operados por agitados pisos de negociadores frenéticos, acenando seus braços e papéis, gritando alto, ‘Compre! Compre! Compre!’ (ou ainda mais sombrio, ‘Venda! Venda! Venda!’). Hoje, algoritmos operam o mercado – silenciosamente, friamente, e mais rápido do que você poderia sequer imaginar. Sessenta por cento de todas as transações agora ‘são feitas por computadores com pouco ou nenhuma supervisão, em tempo real, por seres humanos’. Na economia política global que encoraja a competição da liberdade de mercado, algoritmos oferecem uma vantagem imbatível, tornando possível executar negócios automatizados ao mesmo tempo mais rápidos do que outros e baseado na interpretação de um enorme armazenamento de dados. Os *topoi* retóricos que contribuíram para que isso tomasse o controle mobilizaram tacitamente tais valores como velocidade, consistência, repetibilidade

e a indubitabilidade lógica da quantificação para essencialmente fazer parecer que os algoritmos são melhores, os mais viáveis e competitivos caminhos para operar hoje a Wall Street (INGRAHAM, 2014, p. 71).

Assim, Ingraham sustenta que existem três registros retórico-algorítmicos atuando no mundo: um nível macro-retórico que perfaz e manipula algorítmica e inauditamente todas as informações veiculadas no planeta, compondo um aspecto epistemológico desse tipo de retoricidade; um nível meso-retórico, que traduz o registro propriamente técnico como a *tekné* dos antigos e que passa a compor nosso mundo e como nele existimos. Daí o autor americano vincular esse registro retórico à ontologia. E finalmente, a micro-retórica que consiste no uso discursivo cotidiano e interpessoal que estaria, para ele, relacionado à axiologia. É da primeira, a macro-retórica, que podemos extrair essa nova forma de governo e de colonialismo digital, mais sutil e, neste sentido, talvez mais eficiente do que qualquer outro porque engloba todo planeta pela sutil difusão de visões específicas de mundo e do que sabemos sobre ele. A infocracia planetária já é hoje uma realidade, o que faz meramente aparente o choque entre liberdade de acesso à informação e seu controle por organismos nacionais e internacionais. Os próprios sub-sistemas nacionais de controle e de serviços passam a ser, eles mesmos, governados infocraticamente pelo que é propositadamente disponibilizado pelos macro-sistemas de informação que compõem, por sua vez, sistemas autônomos e algoritmizados de coleta massiva de dados. Assim, a eventual interrupção remota de serviços ou sua continuidade está relacionada à sua anterior automação possibilitada, em última instância, pelos algoritmos. O que permite prever e influenciar determinadas emoções, valorações e comportamentos (ORTEGA, 2018). *Emotions and Elections*, diz o jornalista, referindo-se aos *bots* russos que teriam influenciado tanto o plebiscito britânico sobre o *Brexit* como as eleições americanas. Os ventos alienantes e controladores da infocracia e do colonialismo na chamada *pós-colonialidade* parecem ter, de fato, mudado e hoje vemos sua versão digital e invertida, na qual o exercício do controle ou autoridade sobre pessoas ou sobre um outro

território passa a se dispersar e alastrar, planetariamente, sem que se tenha no controle desse processo um Estado colonizador específico.

Essa macro-retórica algoritmizada e infocrática engloba, agora, toda nossa vida e, na medida em que se adapta a nós eficaz e silenciosamente, espelha-nos a nós mesmos para nós mesmos, implementando, planetariamente, seus efeitos narcísico-digitais e, cada vez mais, monológos e antidemocráticos. Como vimos, passamos cada vez mais a ver digitalmente no mundo exclusivamente um pouco mais de nós mesmos. O que suscita hiperpolarizações, pois, se como dissemos com Gadamer *o outro se mostra a partir do (que nos é) próprio*, tudo aquilo que destoia ou que está em dissonância com nossas percepções morais ou políticas é um escândalo e tradução de um grande erro intolerável. Nossa opinião é sempre a verdadeira e, supersticiosa, a opinião do outro (LANIER, 2013; HARARI, 2017). Ou se é de esquerda ou de direita, contra ou a favor de um candidato, contra ou a favor de concepções religiosas específicas, ideologias, tipos de governos ou de decisões judiciais e públicas, contra ou a favor da ciência ou da *razão*, partidário desta ou daquela filosofia, etc. Como se disséssemos: ou se é do meu time ou rua! Sem espaços para a mediação, para o diálogo saudável, para a ponderação retórica e democrática das razões de um debate, empobrece-se, com isso, as próprias relações interpessoais porque se cria falsas rivalidades entre diferentes grupos ou subgrupos pelos quais seus partidários, em nome de seus ideais, valores ou visões de mundo, estão dispostos até a matar ou serem mortos. Sem a devida compreensão que são os dados que geraram o conflito. Ou seja, em tempos de digitalização completa da vida, não é mais *a discórdia o pai e a mãe de todas as coisas*, mas, antes, parafraseando Heráclito, *são os dados o pai e a mãe de tudo*, pois a crueldade de Tântos parece crescer na mesma medida em que cresce também a certeza, sempre ressentida, daquele ou daquela que vê no mundo exclusivamente o espelhamento de si mesmo (FREUD, 2010; FUKS, 2007)<sup>175</sup>. E agora, com esse narcisismo digital,

---

<sup>175</sup> É conhecida a tese defendida por Freud nesta obra sobre a crueldade antissocial e mórbida de *Tântos* contraposta à sociabilidade vital de *Eros*.

planetário e epidêmico, intensificado e radicalizado pela algoritmização e pela infocracia e que é causa de um colonialismo digital, perdemos a capacidade de dialogar democraticamente e de fazer propriamente política e de compreender o outro enquanto outro porque todo verdadeiro diálogo fere nosso narcisismo, pois exige, daqueles que dialogam efetivamente, a disposição para eventualmente aprender, rever pontos de partida, mudar, reconhecer equívocos, etc. A ascensão de novas formas de extremismo político, de nazifascismo, de governos totalitários e de crises de imigrantes aparecem como sintomas claros desse binômio digital narcísico-colonialista na segunda década do século XXI. É a nova forma de nihilismo (HAN, 2022b): quanto mais inclusivos, menos coesos e mais afeitos à fragmentação e às crises identitárias. Quanto mais coesos, menos inclusivos e mais preconceituosos para com o diferente, impossibilitando o advento de uma *comunidade política de escutadores* (HAN, 2022a), única esperança de se ter um governo efetivamente democrático. Quem não lida psicanaliticamente com o próprio desejo que nos despeja permanentemente de nós mesmos (LACAN, 2002), está sempre pronto para odiar e é sempre tardo para compreender, para aceitar a diferença e para coexistir. Narciso só dialoga consigo mesmo e com seus pares que reforçam sua visão limitada e ressentida das coisas. É o mundo que fica menor na mesma medida que o eu é inflacionado à exaustão, a ponto de não existir nada mais além de si mesmo, forjando o que Han chamou de percepção sem a negatividade do outro e que nos leva a uma *absolutização unilateral da potência positiva* (2017: p. 58) na qual o estado de normalidade se torna um estado totalitário (HAN, 2017: p. 55) e todos nós nos tornamos vida matável (HAN, 2017: p. 46). O dataísmo prescinde da política e da própria democracia. Nessa pós-democracia digital, o governo fica na mão de uma *vontade geral algorítmica* (HAN, 2022b) que nazifica o mundo e nos recoloca numa espécie de caverna digital onde voltamos a ver somente as sombras de nós mesmos e a tomá-las por realidade objetiva.

Essas retóricas nacionais são poderosas conversações, pequenos discursos, circulando entre pessoas comuns na vida cotidiana para plasmar



a opinião pública e inspirar a ação política. Mesmo se “o algoritmo” nunca vem à tona explicitamente enquanto tópico da conversação pública comum (afinal de contas, permanece tema bastante especializado), cidadãos sem nenhum poder institucional ainda contribuem para a macro-retórica que posiciona as tecnologias algorítmicas como desejáveis e únicas sobre uma variedade de medidas. Nossos computadores pessoais, celulares, tablets e todos os serviços que eles oferecem são possíveis devido aos algoritmos dos quais somos cada vez mais dependentes...quando recomendam filmes ou livros que provavelmente gostaremos; quando preveem tudo, das condições do tempo ao *coup d'états* ou ao resultado de eventos esportivos – e quando lhes deixamos fazer todas essas coisas e outras mais, se gostamos de suas apostas ou se estamos completamente esquecidos de sua existência, nós contribuimos para o reino macro-retórico que sustém a influência dos algoritmos (INGRAHAM, 2014, p. 72).

Nossas esperanças de termos finalmente um dia um mundo melhor, mais compreensivo, inclusivo e pacífico, agora residem novamente numa releitura do mito de Narciso dos antigos. Se sobre a ninfa Eco havia a maldição de repetir as palavras, sobre Narciso também pairava uma maldição segundo a qual ele viveria enquanto não se visse a si mesmo. Compreender como nasce em nós narcisicamente a antipatia, o preconceito e mesmo o ódio ao que é um pouco diferente de nós pode levar ao fim dos efeitos nocivos desse narcisismo digital em nós que está na base de vários conflitos humanos atuais e de profunda intolerância e que tem sido ratificado e intensificado pela subsunção da retórica democrática e republicana à retórica algorítmica. A velha e boa máxima *conhece-te a ti mesmo* aliada ao discurso do poeta que pontua que *narciso acha feio o que não é espelho*<sup>[176]</sup> continuam sendo bons conselhos para os que não se deixam persuadir por uma retórica digital, cotidiana e global, que cada vez cega mais por fazer ver, exclusivamente, no mundo um pouco mais de nós mesmos.

---

<sup>176</sup> Trecho da música Sampa de Caetano Veloso

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cada época tem lá suas enfermidades fundamentais, ensina Han (2017: p. 7). No nosso tempo, parece que adoecemos de algoritmos e de sua capacidade de mesmerizar bilhões em torno de sua própria imagem refletida nos smartphones e nas mídias que nos legaram uma epidemia de narcisismo e de colonialismo desumano de face digital e que espelham, assim, para nós nada muito além do que sabemos e idealizamos de nós mesmos. Vivemos, como ensina também Han, uma pandemia de *selfies* (2022b) por estarmos imersos na infoesfera que agudiza esse autocentrismo e autoreferência, inserindo-nos em bolhas ensimesmadas e autistas e impedindo a própria possibilidade do advento do outro. Se a releitura retórica do que se apresenta para nós chama a atenção para os problemas da adaptação dos discursos de um orador a um auditor idealizado, importa, pois, abandonar a perspectiva anterior que partia da prerrogativa do primeiro sobre o segundo. Em outras palavras, a boa retórica nos ensina a importância de se adotar uma revolução copernicana nas falas em geral, isto é: pontuar permanentemente o caráter excêntrico de todo dizer. Ou seja, a formação de uma *comunidade política de escutadores*, como foi sugerida, dependeria da radicalização da releitura retórica desses fenômenos ao ponto de migrarmos de um tradicional protagonismo do orador para o protagonismo do ouvinte (SANTOS, 2010), porque, normalmente, sempre se adotou uma postura que vê aquele que fala como dotado do lugar privilegiado do dizer verdadeiro, justo, bom e belo. Assim, cabe-nos priorizar efetivamente a retórica democrática em detrimento da retórica algorítmica a partir de uma postura, como quis Castro, antinarcisista (2018) e inclusiva, que seja capaz de resistir psicanaliticamente ao ditames da macro-retórica e sua pura positividade e de seu desumano desaparecimento de toda negatividade do outro, do diferente, do distinto.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Shild Silva. 2. ed. São Paulo: Ed. Landy, 2005.

ANDERSON, C. The end of theory: the data deluge makes the scientific method obsolete. wired.com, acesso em 23/08/2023.

ARISTÓTELES. **Arte Retórica e Arte Poética**. Trad. Antonio Pinto Carvalho. São Paulo; Ed. Difusão Européia do Livro, 1959.

ARISTÓTELES. **Órganon**. Trad. E. Bini. Bauru: Edipro, 2005.

BAUDRILLARD, J. **À Sombra das Maiorias Silenciosas: O Fim do Social e o Surgimento das Massas**. Trad. Suely Bastos. São Paulo; Ed. Brasiliense, 1985

CAMPBELL, George. **The philosophy of Rhetoric**. Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press, 1963.

CASTRO, Eduardo Viveiros. **Metafísicas Canibais: Elementos para uma Antropologia Pós-Estrutural**. São Paulo; Ubu Editora, 2018.

CÉSAIRE, Aimé. **Discours sur le Colonialisme**. Paris: Éditions Récleme, 1950.

FOCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas: Uma Arqueologia das Ciências Humanas**. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo; Ed. Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, M. **A Ordem do Discurso**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22a ed. São Paulo: Ed. Loyola, 2012.

FREUD, Sigmund. **O Tabu da Virgindade** (1918)b. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro; Ed. Imago, 1974.

FREUD, Sigmund. **Psicologia de Grupo e Análise do Ego** (1921)c. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro; Ed. Imago, 1974.

FREUD, Sigmund. **Sobre o Narcisismo: Uma Introdução** (1914)a. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro; Ed. Imago, 1974.

FREUD, Sigmund. **O Mal-Estar na Civilização**. Novas Conferências Introdutórias (1930-1936). São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FUKS, Betty. **O Pensamento Freudiano sobre a Intolerância**, in: Psic. Clin, Rio de Janeiro, vol. 19, n. 1, p. 59-73, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Ed.Vozes, 2004

HAN, BYUNG-CHUL. **Sociedade do Cansaço**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ; Ed.Vozes, 2017

HAN, BYUNG-CHUL. **Psicopolítica: O Neoliberalismo e as Novas Técnicas do Poder**. Belo Horizonte: Ed. Âyiné, 2020.

HAN, BYUNG-CHUL. **No-Cosas: Quiebras del Mundo de Hoy**. Madrid: Ed. Taurus, 2021.

HAN, BYUNG-CHUL. **A Expulsão do Outro**. Trad. Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Ed.Vozes, 2022a.

HAN, BYUNG-CHUL. **Infocracia**. Madrid: Ed. Taurus, 2022b.

HARARI, Y. N. **Homo Deus: História Breve do Amanhã**. Trad. Bruno Vieira Amaral. Lisboa: PRH Grupo Editorial, 2017.

HOVLAND, C. & JANIS, I, & KELLEY, H. **Communication and Persuasion: psychological studies of opinion change**. New Haven and London: Yale University Press, 1964.

INGRAHAM, Chris. Toward an Algorithmic Rhetoric, in: **Digital Rhetoric and Global Literacies: Communication Modes and Digital Practices in the Networked World**. Hershey, PA, Verhuls-Limbu, Editors, 2014.

JORNAL ESTADO DE SÃO PAULO. Facebook chega a 2,13 Bilhões de Usuários em Todo o Mundo. Disponível em: [link.estadao.com.br](http://link.estadao.com.br), acesso em 17.08.18.

LACAN, Jacques. **O Desejo e sua Interpretação**. Porto Alegre; Ed. Associação Psicanalítica de Porto Alegre, 2002.

LACAN, Jacques. **O Seminário: Livro I: Os Escritos Técnicos de Freud, 1953-1954**. Rio de Janeiro; Jorge Zahar Editor, 1996.

LANIER, Jaron. **Who owns the Future?** New York: Ed. Simon & Schuster, 2013

LEFEBVRE, Henri. **Lógica Formal/Lógica Dialética**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro; Ed. Civilização Brasileira, 1975.

LIAUZU, Claude. **Dictionnaire de la Colonisation Française**. Paris: Larousse, 2007.

MARTINS, André. Uma Violência Silenciosa: Considerações sobre a Perversão Narcísica, in: **Cadernos de Psicanálise – CPRJ**, Rio de Janeiro, ano 31, n.22, p37-56, 2009.



MOREIRA, Isabela. A Microsoft criou uma Robô que Interage nas Redes Sociais e ela virou Nazista, disponível em: [www.revistagalileu.globo.com](http://www.revistagalileu.globo.com), acesso em 24.03.2018.

NIETZSCHE, F. **Da Retórica**. Trad. Tito Cardoso e Cunha. Lisboa: Ed. Passagens, 1995.

ORTEGA, Andrés. Colonialismo Digital, in: Jornal *El País* de 30/09/2018

OSTERHAMMEL, Jürgen. **Colonialism: A Theoretical Overview**. NJ: M. Wiener Publishers, 1997.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da Argumentação: A Nova Retórica**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo, 2002.

SANTOS, Boaventura de S. **A Gramática do Tempo: Para uma Nova Cultura Política**. 3. ed. São Paulo; Ed. Cortez, 2010.

SCHIAPPA, Edward. Persistent Question in the Historiography of Early Greek Rhetorical Theory, in: **Logos without Rhetoric: The Arts of Language before Plato**. Columbia: South Carolina Press, 2017.

TOZETTO, C. **Dados Públicos da Maioria dos 2,13 Bi de Usuários do Facebook já Foram Coletados por Terceiros**. Disponível em <[link.estadao.com.br/noticias](http://link.estadao.com.br/noticias)>, acesso em 30/08/22

TWENGE, J & CAMPBELL, k. **The Narcissism Epidemic: Living the Age of Entitlement**. Georgia. Free Press, 2009.

TOULMIN, S. **Os Usos do Argumento**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006.



# O DIREITO INTERNACIONAL NA ANTESSALA DE ESPELHOS: IDENTIDADES COMUNS, AUTORIDADES SOBREPOSTAS E COMPLEXIDADE NO PLURALISMO JURÍDICO GLOBAL



## **HIAGO PEREIRA SILVA MOURA**

Mestre em Direito Econômico pelo PPGCJ/UFPB. Pesquisador do Cluster de Inovação Normative Orders na Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Membro do Grupo de Pesquisa Filosofia do Direito e Pensamento Político CNPq/UFPB.

## **NEWTON DE OLIVEIRA LIMA**

Doutor em Filosofia UFPE-UFRN-UFPB, com Doutorado Sandwich em Filosofia pela Universidad de Buenos Aires. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba -PPGCJ/UFPB. Líder do Grupo de Pesquisa Filosofia do Direito e Pensamento Político CNPq/UFPB.

**Sumário:** 1.Introdução — 2. Poder transnacional e covid-19: a espiral da crise e o pensamento habermasiano — 3. Teoria discursiva, inclusão simétrica e os paradoxos da legitimidade democrática — 4. Um outro leviathan — 5. Conclusão — Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Uma sucessão de acontecimentos internacionais despertou as ciências sociais para a turbulência que o mundo atravessa. Crise migratória, catástrofes ambientais, atentados terroristas, ascensão nacionalista em democracias consolidadas, cisão entre Reino Unido e União Europeia, crise pandêmica do SARS-COV-19. Fraturados, os Estados e Blocos Econômicos, enfrentam um processo de fragmentação em regimes globais de governança, traduzida em uma expansão de formas descentralizadas de tomada de decisão, desacoplando a superposição antes existente entre comunidade política interna e correspondente aparato administrativo, em estruturas supranacionais para competências reguladoras e organismos transacionais enquanto a legitimidade democrática é pulverizada nessas mesmas estruturas fragmentarias e caóticas.

A incapacidade por parte da política de controlar a economia e, portanto, reagir aos muitos cenários de crises desencadeadas desde a década de 1990, conduz à perda de sentidos de legitimação da política estatal diante dos cidadãos. A União Europeia desponta nesse cenário com a proposta integracionista de orientação neoliberal adotada pelo Tratado de Maastricht (1992) que evidencia o comportamento passivo da sociedade complexa em que a ideia rigorosa de democracia centrada na concepção de que destinatários do direito são, ao mesmo tempo, seus autores, aponta sinais de falência. O atual contexto pandêmico desvela as assimetrias há muito sentidas pela periferia do mundo e pelas classes marginalizadas dos países centrais, o nacionalismo, xenofobia, machismo estrutural, racismo, desemprego, falta de assistência em saúde e educação não são privilégios da atualidade, eles existiam como parte de um projeto neoliberal e tomaram eco com o adoecimento de milhões.

No cenário de crise da fragmentação do direito internacional, a utopia realista pugnada por Habermas (2014) no sentido de uma Democracia Transnacional, orientada a partir do diagnóstico das pretensões imperialistas, solidariedade minguantes e interesses corporativos de uma sociedade deficiente em legitimidade democrática, se apresentaria efetivamente

como uma “eclusa” institucional garantidora da consolidação mundial de uma autolegislação transposta em um nível institucional de normatividade capaz de refletir as expectativas normativas e sociais minguantes e traduzi-las em facticidade através de políticas públicas.

Ao ancorar suas expectativas na atualização do pensamento kantiano através de um programa da Democracia Transnacional que implica diretamente a universalização de direitos que substancializem a autonomia do indivíduo em autocompreensão cultural/identitária, autodeterminação legítima e auto realização individual em um processo de compatibilização com o núcleo decisionista dos Estados- membros e da estrutura supranacional em uma fluidificação dos fluxos comunicativos de negociação que deve ser compreendida enquanto um processo de racionalização do exercício de poder.

A compreensão das coerções sistêmicas que atravessam as fronteiras nacionais e o estabelecimento de uma esfera pública europeia passa pelo arranjo de uma cooperação constituinte entre cidadãos, Estados-membro, Organismos Internacionais e Supranacionais e corporações transnacionais em um sistema de múltiplos níveis. Consequentemente essa sobrecarga de interdependência em nível transnacional que sobrecarrega os Estados conduz o esforço teórico de se traduzir em uma abordagem pós –nacional, que será traduzida no sentido de uma solidariedade transnacional.

## **2. PODER TRANSNACIONAL E COVID-19: A ESPIRAL DA CRISE E O PENSAMENTO HABERMASIANO**

O debate público em torno da clivagem entre frágeis instituições democráticas e mentalidades autoritárias é antes um debate econômico tributário das soluções imediatas para a crise bancária global entrelaçada à crise da dívida pública que intensifica ainda mais os desequilíbrios estruturais dos Estados.

O novo desenho geopolítico e o contexto relacional da ordem mundial partilha com a última década do século anterior a crença na inevitabilidade da interdependência e da conectividade, mas combina-a com o



reconhecimento da divisão e do conflito. O mundo que conhece transnacionalidade produziu hierarquias assimétricas em continentes irmãos, observou a falência de direitos sociais e a prevalência do setor privado sobre o bem público, agora vê-se diante de uma grave e nebulosa tempestade sanitária, econômica, moral e sobretudo de legitimidade democrática.

Entramos em um novo estágio da globalização, em que as fronteiras se tornam crescentemente difusas, mas as diferenças culturais e civilizacionais não, dando origem a um composto permanentemente instável de elementos heterogêneos, movimento que segundo Habermas conduz a uma lacuna de legitimação democrática, agravada pela assimetria constelacional e desconfiança mútua das nações e Estados-membros em considerar algum grau de pertencimento identitário.

A crítica ao unilateralismo hegemônico norte-americano, para referenciar o anúncio da National Security Strategy em 2002, e as intervenções militares dos Estados Unidos a despeito de qualquer autorização por parte do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas por ocasião da Guerra do Golfo e do Kosovo na década de 90 e a invasão do Iraque em 2003, aponta a ruptura norte-americana com o papel de garantidor do direito internacional, tal qual defendeu após 1918 e 1945, a doutrina *american first* que fizeram Donald Trump comemorar o vírus chinês e enfraquecer as instituições do multilateralismo global ao adotar procedimentos que violam o direito internacional e afastam o mundo de uma direção cosmopolítica. Diante desse cenário, Habermas observa um conglomerado de Estados nacionais em transição para a constelação pós-nacional de uma sociedade mundial.

Contra a omissão política das superpotências, em expressa referência à política de poder unilateral dos EUA e o enfraquecimento do papel mediador da ONU, e a partir da complexa relação identitária que se desenvolve após 2004, com a chegada de novos membros ao Bloco Europeu tem-se uma relação ainda mais cinzenta e fragmentária.

Habermas (2012, p. 49) dirige suas observações sobre a constituição europeia e assenta que entre as duas margens do Mediterrâneo decorre uma competição, de resultado incerto, pelos valores mais profundos que

devem reger a vida humana, social e política. É certo que a proposta do constitucionalismo econômico deveria observar antes os processos de desacoplamento internos traduzidos em esferas autônomas de dissenso fomentadas, sobretudo, pela incapacidade das elites políticas de se alinhar além da identidade econômica, em um aporte que garanta a efetividade do autoentendimento dos próprios cidadãos e a segurança na aplicação e fomento dos direitos sociais.

A força civilizadora da juridificação democrática além das fronteiras nacionais retira seu ímpeto da constelação paralisante da assimétrica política mundial, formada por atores privados distantes do alcance dos Estados Nacionais (HABERMAS, 2012, p. 90). Segundo Habermas (2001, p. 125), “atingiu-se um ponto no qual a densa rede horizontal que perpassa o mercado é complementada por uma regulação política relativamente fraca, e esta, por sua vez, por serviços públicos ainda mais parcamente legitimados”, não tendo atingido as condições de formação de um procedimento de legitimação democrático pós-nacional, que brote da sociedade civil e que encontre ressonância numa esfera pública global (HABERMAS, 2001, p. 127) e que seja capaz de lidar com as complexidades da crise pandêmica de COVID-19.

Essa fragmentação permanente contradiz o crescimento sistêmico unificado de uma sociedade mundial multicultural, sob a forma de uma relação precária entre direito e poder (HABERMAS, 2012, p. 45), em que a domesticação da violência entre os estados está orientada primariamente à pacificação da constelação mundial, ou seja, a contenção da concorrência egoística entre os Estados (HABERMAS, 2012, p. 48), sob a forma de uma aliança democrática entre os Estados Nacionais. Frente à dinâmica dos mercados globais, de suas contradições internas de circulação e acumulação de capital (HARVEY, 2020, p. 13) e os interesses particularistas de organizações supranacionais tem-se reforçado um déficit democrático que impede a democratização da soberania popular, por meio de procedimentos democráticos acessíveis aos espaços públicos (HARVEY, 2020, p. 19).

A inevitável expansão do comércio mundial, mediada pelos novos contextos globais, econômicos, políticos e organizacionais conduz à

erosão gradual do poder inerente nas instituições políticas regionais e nacionais, bem como a sua revogação por mercados maiores e mais profundos, estreitamente vinculados à flutuação de importações e exportações (GILLINGHAM, 2018, p. 7). Um crescimento que reflete uma interdependência cada vez mais densa e complexa entre Estados e instituições corporativas; dentro das próprias instituições; e entre mercados e instituições, tal qual observada na violenta reação das bolsas de valores ao redor do mundo registrando desvalorização líquida de 30% quando do surto italiano de COVID-19 (HARVEY, 2020, p. 17).

Nesse sentido, permanece aberta a questão a saber se a constitucionalização do direito internacional como vetor de afetação de uma solidariedade transnacional e direito humanos permanece possível, frente às expectativas normativas dissensuais de legitimação dos cidadãos do mundo e dos cidadãos do Estado (PINTO, 2015, p. 24), e em que medida os requisitos de legitimação de uma sociedade mundial constituída democraticamente podem ser satisfeitos a partir de uma política interna mundial sem governo mundial. evidente que os problemas que emergem da sociedade mundial são genuinamente de natureza política e já não se resolvem pela força dos imperativos funcionais de uma integração abandonada à pretensão unificadora do mercado como propôs a ortodoxia neoliberal (HABERMAS, 2016, p. 105).

Há, antes, a necessidade de estabelecer uma formação democrática de opinião e vontade realizada nas arenas nacionais, e que observe reciprocamente as expectativas de outras arenas internas, supranacionais e transnacionais, que observem severamente as assimetrias e abismos desvelados em raça, gênero, nacionalidade, religião (BUTLER, 2020, p. 60). O sistema jurídico-político da sociedade mundial deve, portanto, aprofundar a integração e fortalecer a capacidade de atuação coletiva dos cidadãos do mundo e dos Estados, no sentido de uma solidariedade cidadã capaz de estabelecer uma inclusão recíproca (HABERMAS, 2016, p. 116).

O modelo de eclusas, enquanto movimento central do pensamento habermasiano vai no sentido de apresentar a função da mediação e da dimensão ambivalente da esfera pública enquanto potencial emancipatório

de gerar comunicativamente a legitimidade do poder (LUBENOW, 2015, p. 32). A esfera pública assume a função de integração social e autonomia pública frente à invasão dos imperativos sistêmicos (LUBENOW, 2005, p. 37-59) do mercado pela ascensão neoliberal da governança global, traduzindo reciprocamente as expectativas sociais em normas institucionalizadas.

A capacidade da razão concebida intersubjetivamente como essência da linguagem comunicativa (CALHOUN, 1992, p. 142), gerada na esfera pública informal (mundo da vida), apresenta-se enquanto um poder sociointegrativo da solidariedade capaz de promover um campo de racionalidade autônoma em que a interação dialógica fornece as condições necessárias que fundamentam a integração social (KEMP; COOK, 1981, p. 125-142). A fragmentação do mundo da vida, mobilizada pela fluidificação comunicativa, pela crescente diferenciação funcional dos subsistemas sociais autônomos (mercado) e pela densa rede de governança supranacional (Banco Central Europeu e Comissão Europeia) e transnacional (Organização Mundial do Comércio, Organização Mundial do Comércio, Fundo Monetário Internacional e Organização das Nações Unidas), exoneram a ação comunicativa como modo de coordenação da ação, conduzindo a uma dissolução da substância decisionista legítima dos cidadãos.

A pandemia de COVID-19 e as interações que dela decorrem e por ela são desveladas põem em pauta o déficit de legitimidade democrática da agenda neoliberal, as contestações e confrontos ideológicos em torno da crise de saúde pública global evidentes na medida de sua negação institucional, haja vista que o ocidente global ignorou os casos chineses e iranianos, argumentando se tratar de uma nova onda de SARS, sem maiores prejuízos e por isso sem necessidade de preparação e segurança (HARVEY, 2020, p. 16). O vírus chinês, como tachado no pronunciamento de Donald Trump chegou a ser comemorado por analistas que perceberam como a possibilidade de frear o avanço econômico chinês por sobre o mercado global (HARVEY, 2020, p.16).

A espiral da crise do coronavírus emerge em um emaranhado de outras crises, de incompreensões sistêmicas de um mundo fragmentado em conflitos identitários e marcado pela emergência de nacionalismos e

ondas conservadoras, crises internas do capitalismo dominante de matriz neoliberal que transborda para questão dos imigrantes e refugiados, violência contra as mulheres, violência contra negros, indígenas e população LGBTQI+ (BUTLER, 2020. p. 60). De Santiago a Beirute, protestos e clamores sociais exigem maior abertura democrática a fim de absorver expectativas da sociedade em meio a uma pandemia que desvela questões estruturais da sociedade entre si e sobretudo com o meio ambiente (HARVEY, 2020. P. 14).

A abertura estrutural possibilitada pelo modelo de eclusas deve permitir uma esfera pública sensível, permeável ao reacoplamento entre as tensões existentes na periferia do sistema (aparato administrativo) e mundo da vida. O cenário da crise do coronavírus deve ser compreendido como efeito das manifestações anteriores da sociedade, não só a questão ambiental, mas também e sobretudo a deficiente formação de uma opinião pública pautada em tolerância e razoabilidade, apartada dos influxos de mercado e da ortodoxia neoliberal (CARELI, 2020).

Analisando o contexto do neoliberalismo, Habermas reflete acerca da dificuldade em projetar um sistema de auto democratização, observado o poliarquismo formador das decisões públicas assumidas pelo Estado. O núcleo do sistema político deve ser compreendido por um processo democrático com capacidade geradora de legitimidade (HABERMAS, 2015, p. 85). O modelo da política deliberativa faz-se guiar pelas ideias de que a formação da vontade política é canalizada através de um filtro de formação discursiva da opinião em que solidariedade e direitos humanos representem o horizonte do argumento racional da sociedade (PINTO, 2015, p. 25).

O conceito procedimental de democracia empresta à ideia da auto-organização da sociedade a figura de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesmo. Habermas (2011, p. 124) parte, portanto, da imagem de uma sociedade descentrada, em que o sistema político constituído pelo estado de direito opera através da procedimentalização da soberania popular e a ligação do sistema político às redes periféricas da esfera pública política. A democracia deliberativa opera, nesse sentido, como uma alternativa à realidade em que à medida do aumento da complexidade da sociedade

e das expectativas a serem por ela reguladas, torna-se subcomplexa a ideia rigorosa de democracia (HABERMAS, 2014, p. 98), segundo a qual os destinatários dos direitos devem ser, ao mesmo tempo, seus autores.

A crise transnacional desvelou a necessidade de se apartar de uma imagem institucionalmente congelada do Estado democrático de direito e da relação de mercado, frente aos direitos negados e obliterados pela lógica neoliberal, pensando um ecossistema de direitos sociais, pensando o meio ambiente e o mercado de trabalho (CARELLI, 2020, p. 3), mas também a intersubjetividade própria das relações de gênero, raça e nacionalidade (BUTLER, 2020, p. 62). Nesse sentido, refletir acerca da necessidade de uma fluidificação comunicativa da política que deve se render a um modus deliberativo de formação racional de vontade amparado em uma participação política inclusiva, devendo-se assentar que a esfera pública não deve ser compreendida como uma instituição, menos ainda um sistema em que é possível antever limites e disposições, antes, é caracterizada por horizontes abertos, permeáveis e, sobretudo, deslocáveis (HABERMAS, 2003, p. 254).

### **3. TEORIA DISCURSIVA, INCLUSÃO SIMÉTRICA E OS PARADOXOS DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO INTERNACIONAL FRAGMENTADO**

Frente à necessidade de adaptar a tendência cristalizadora das normas à realidade fática e axiológica da sociedade mundial complexa exposta às contradições da sociedade neoliberal aclarada pela crise do covid-19, observa-se que os contextos do agir comunicativo no mundo, que em sociedades tradicionais operavam por meio de uma estabilização da tensão entre facticidade e validade, é alterado radicalmente, no sentido de uma racionalidade descentrada (HABERMAS, 2003, p. 21). Transposta à perspectiva de uma teoria da democracia, essa sistemática é realizada à medida em que a esfera pública deve não apenas absorver os estímulos sociais, mas tematizá-los em torno de uma criticidade a ponto de serem assumidos e elaborados pelas instituições (HABERMAS, 2003, p. 91)

A dialética relacional que busca compreender em que medida o capital transforma as condições ambientais, favorece a disseminação do vírus por entre as rotas comerciais em rede (HARVEY, 2020, p.16), é a mesma que deve ser capaz de compreender as reflexões próprias da normatividade confrontada pelas muitas crises dentro da crise. O que pareceria uma leve onda passageira, capaz de promover desvalorização local e particular, a exemplo da Apple, Starbucks e McDonald's, como bem lembra Harvey (2020, p. 17) alcançou os mais importantes centros econômicos do mundo, evidenciando o fracasso do modelo de sociedade atual.

O neoliberalismo de auspício contido em receita social, especialmente gastos com saúde, preservação ambiental e meio ambiente do trabalho, demonstrou que ceder a capacidade produtiva intelectual às empresas privadas, conglomerados transnacionais, representa um alto custo para a sua população. A indústria farmacêutica tem pouco interesse em pesquisas sem fins lucrativos ou precaução no que se refere a medicamentos e tratamentos que não sejam capazes de se converter em lucro imediato e altamente rentável (HARVEY, 2020, p. 18). Somado a isso, o aporte financeiro em organizações internacionais como a OMS foi reduzido pelo governo Trump, chegando a encerrar o Centro de controle de Doenças dos EUA e dissolver o grupo de trabalho sobre pandemias no Conselho de Segurança Nacional (HARVEY, 2020, p. 18).

Os efeitos imediatos perante a saúde pública global são demonstráveis no déficit de índices de comércio internacional e no crash das principais bolsas de valores ao redor do mundo. Mas o vírus é a consequência imediata da pandemia, devemos observar mais além, mais profundamente, nas ranhuras da sociedade fragmentada residem os direitos sociais violados desde há muito (PANDIELLO; CHAPARRO, 2020, p. 02). A vulnerabilidade dos sistemas de saúde e seguridade social desponta como manifesto de deficiência, mesmo dos países considerados desenvolvidos e prósperos. Frente a incapacidade de oferecer respostas sanitárias dada a falta de testes e materiais de proteção, a dificuldade na produção de uma vacina que seja acessível a todos os países e sobretudo a capacidade de infraestrutura de distribuição de insumos e mercadorias necessárias ao combate do

COVID-19 frente a um mercado internacional assimétrico em condições, pouco confiável e altamente especulativo (PANDIELLO; CHAPARRO, 2020, p. 2).

Como denunciam Padiello e Chaparro (2020, p. 3), a pandemia escancara a face mais perigosa do mercado que especula sobre doses de vacinas, especula sobre respiradores e aparelhos médicos, aponta países que retomam, em nome de sua soberania, práticas de pirataria internacional, mas que mantem cerca de 30 milhões de habitantes sem seguro saúde, para referenciar o caso dos EUA. Diante desse cenário é necessário, à luz das reflexões de Habermas (2002, p. 194), pensar uma esfera pública comunicativa enquanto categoria normativa que seja capaz de operar no sentido de um autoentendimento que resulta em argumentos cogentes para a formação institucionalizada da vontade política, que nos quadros do Estado democrático de direito é compreendida com significado constitucional.

Pensar a crise pandêmica do ponto de vista normativo implica em suspender o constitucionalismo e acoplá-lo ao desenvolvimento econômico no para além da geração de riqueza, de modo a promover igualdade social e equitativas condições. O mundo do trabalho, na esteira das vulnerabilidades sanitárias e de saúde, é igualmente sensível aos tensionamentos da crise pandêmica, na medida em que a uberização do trabalho e a precarização da mão de obra despontam como uma tendência de política normativa para atrair investimento internacional (HARVEY, 2020, p. 20).

Na poliédrica face da crise de legitimidade do direito internacional fragmentado a dependência intrínseca entre razão comunicativa e normatividade jurídica, em que o espaço público é projetado de modo que a discursividade lhe seja sempre virtualmente presente, a sociedade deve ser capaz de produzir um fórum público de argumentação ancorado solidamente na sociedade civil. Habermas (2011, p. 189) aponta que em sociedades complexas, as fontes mais escassas não são a produtividade de uma economia de mercado, menos ainda a capacidade regulatória da administração pública, mas a solidariedade social, em vias de degradação, que só pode ser reestabelecida através de práticas de autodeterminação



discursiva, fundadas, como bem assevera Pinto (2015), no primado dos direitos humanos.

Conduzida por um procedimento deliberativo poroso e sensível aos estímulos e argumentos da esfera pública pluralista da sociedade mundial, a soberania exige a transmissão da competência legislativa para a totalidade dos cidadãos concernidos sob o Estado (HABERMAS, 2011, p. 210). O poder comunicativo cristalizado na esfera do consenso preenche a função social integradora do espaço público levando a democracia a repousar sobre uma soberania popular dissolvida em procedimentos capazes de garantir as condições que possibilitam aos processos de comunicação pública tomarem a forma de discurso e serem conduzidos aos foros de deliberação e decisão formalmente instituída.

A exemplo do procedimentos de decisão pública emerge a responsabilidade global pela exploração ambiental, fonte e provável causadora da variante responsável pela COVID-19 descoberto no mercado de carnes em Wuhan. A pandemia descortinou realidades ao redor do mundo que precisam ser mais contundentemente atacadas, a questão ambiental, talvez a mais sensível dentre elas. A imposição do isolamento e os *lockdowns* proporcionaram águas límpidas onde, antes da pandemia, se viam inóspitas, céus azuis e buracos na camada de ozônio são recuperados dada a redução de lançamento de gases poluentes na atmosfera, milhares de toneladas de resíduos são reduzidos em cada cidade e polo industrial, transportando a biosfera para um tempo em que era possível a harmonia entre humano e ambiente (CARELI, 2020, p. 3).

O problema das minorias natas e sua submissão às regras da maioria, em uma sociedade “democrática”, revelam que a mobilização social de matriz liberal é relativa e fracamente integrada, posto que a limitação pelo dissenso estrutural, entre as partes conflitantes, diz respeito à integridade das questões ético-políticas na qual a configuração pessoal está inserida (BUTLER, 2020, p. 59-62). Uma nação, portanto, constituída sob um processo de socialização amparado na tradição, é o território onde acontecem os debates culturais e os discursos de autocompreensão ético-política. É evidente que os concernidos, considerados na democracia, não

adquirem sua identidade primariamente da constituição, a identidade de um povo é antes um fator pré-constitucional (LÜBBE, 1994, p. 38), para o qual a constituição deve absorver e transpor em seus sentidos normativos sob a forma de sua ideologia constitucionalmente adotada (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2013, p.281)

Habermas parte do pressuposto de que o procedimentalismo da democracia deliberativa deve assumir o déficit de integração social de uma sociedade mundial cada vez mais diferenciada, posto que “em sociedades pluralistas esse ônus não pode ser deslocado do plano da formação política da vontade e da comunicação pública para o substrato cultural, aparentemente natural, de um povo supostamente homogêneo (HABERMAS, 2018, p. 233)”.

O tensionamento da relação entre Estado de direito, democracia e crise, sobretudo em uma sociedade globalizada, e cada vez mais impulsionada por influxos comunicativos provenientes de esferas supranacionais e transnacionais, está intimamente relacionado a um entendimento racional normativo mesmo entre estranhos (HABERMAS, 2018, p. 241), à despeito da autoconsciência dos cidadãos frente aos riscos sanitários e ambientais de proporções globais.

Para Habermas, o processo democrático garante legitimidade em virtude de suas qualidades procedimentais, não sendo necessário um consenso prévio baseado em uma homogeneidade cultural. O princípio da teoria do discurso desloca as condições para a formação política da opinião e da vontade, baseado em uma inclusão das diferenças específicas entre os indivíduos e dos grupos, por meio de uma divisão federalista de poderes, descentralização de competências estatais a níveis internacionais, supranacionais e transnacionais, e sobretudo pela garantia de uma autonomia cultural por meio de uma esfera de proteção das minorias. O processo de desacoplamento das nações, em estruturas supranacionais e transnacionais não deve, portanto, dilacerar a sociedade em um complexo doloroso de uma multiplicidade de subculturas que se isolam mutuamente, deve-se antes, endossar a perpetuação de diversos grupos culturais em uma única sociedade política, em que membros de todos os grupos adquiram

uma linguagem comum a fim de participar efetivamente da arena política compartilhada (RAZ, 1994, p. 77).

Tendo por referência, portanto, uma cultura política compartilhada intersubjetivamente, toda coletividade política tem a possibilidade de se diferenciar de seu ambiente em um cruzamento de expectativas apoiadas em um *ethos* comum, que em Habermas é assumido pelos direitos humanos, e que na esfera pública modifica-se tão logo a percepção de problemas sócias relevantes suscita uma crise na periferia. Nesse sentido, uma transnacionalização da democracia, como resposta aos influxos dos subsistemas sociais diferenciados, encontra amparo na legitimidade deliberativa a partir do reconhecimento de que os argumentos introduzidos no procedimento de discussão, deliberação e resultado se dão sob os holofotes normativos.

É evidente que os rastros de sinuosidade dos quais o fazer científico não consegue escapar põe em xeque a premissa habermasiana de que as decisões na arena da democracia deliberativa, construídas discursivamente sob um molde procedimental, conseguem neutralizar e suspender as disparidades econômicas, sociais, culturais e cognitivas (CARDIA, 2005, p.74) da esfera pública plural, de modo a isentar a comunicação de certos tipos de influência que desvirtuam ou afetam a qualidade do processos deliberativo (SCHEUERMAN,, 2014, p. 155). Habermas, no entanto, não pensa o modelo deliberativo como tão somente uma etapa da discussão que antecede a decisão, a deliberação tem o objetivo de justificar as decisões políticas a partir de razões discursivas que todos poderiam aceitar (LUBENOW, 2015, p. 118).

Nesse sentido, a deliberação de cunho procedimental, transposta sob forma constitucional deve cristalizar os significados axiológicos do projeto de uma nação, tal qual o constitucionalismo social mexicano de 1917, alemão de 1919 e brasileiro de 1934 (CLAR; CORRÊA; NASCIMENTO, 2013, p. 279), por isso devendo-se alinhar com os interesses e preferências substantivas da sociedade, conforme explicita Cardia (2005, p. 82-85) ao mencionar o constitucionalismo econômico brasileiro como paradigma de desenvolvimento econômico e social.

A democracia constitucional, como estrutura emergente da normatividade comunicativa da teoria do discurso, carrega em seu bojo os pressupostos idealizadores de inclusão, acesso universal e direitos comunicativos iguais, a fim de garantir uma pressuposição fática de fluxos comunicativos abertos irrestritamente ao debate público.

O dissenso, enquanto disputa política no espaço público, é inerente ao próprio procedimento deliberativo, intimamente vinculado à tensão entre facticidade e validade, em um conflito que pretende justificar ou negar pretensões de validade. Esse conflito está baseado em uma esfera pública ancorada na sociedade civil e a formação institucionalizada no complexo administrativo, um jogo que envolve a formação da vontade formal e institucionalizada e a formação informal da opinião (LUBENOW, 2010, p. 234), a fim de que se estabeleça uma solidariedade mediada pelo direito entre cidadãos que são estranhos e discordantes entre si.

A tensão que se desenvolve em torno dos fluxos comunicativos é caracterizada, portanto, por um espaço irrestrito de comunicação pública que deve ser capaz de se reformar constantemente, tal qual prenuncia Kant (2009, 161), de modo que todas as ações políticas devem ser remetidas às leis que as fundamentam e validadas frente a opinião pública como leis universais e racionais (LUBENOW, 2015, p. 41).

Essa esfera pública, neste trabalho compreendida pelos Estados nacionais, blocos regionais até a sociedade mundial, exige uma base social capaz de superar as barreiras criadas pela estratificação social e pela exploração sistemática, de modo que o pensamento Habermasiano gira em torno não só de uma democracia política, mas também social (LUBENOW, 2015, p. 120). As desigualdades econômicas e sociais, caracterizadoras da realidade geopolítica moderna, e marca das principais dificuldades no enfrentamento das dinâmicas sociais fragmentadas (HARVEY, 2020, p. 19), podem solapar a igualdade procedimental exigida na democracia deliberativa, por isso “para desenvolver-se plenamente, o potencial de um pluralismo cultural sem fronteiras [...] que brotou por entre as barreiras de classe, lançando fora os grilhões milenares da estratificação social e da exploração (HABERMAS, 2003, p. 33)”, a esfera pública deve estar estabelecida

sobre uma sólida base social na qual os direitos iguais dos cidadãos consigam eficácia substantiva.

Habermas não intenciona de forma alguma estabelecer um princípio de justiça de maneira substantiva, antes deve-se desenvolver uma compreensão da interpenetração da autonomia pública e privada como amago normativo do paradigma procedimental. Assim como explicitar a insuficiência normativa dos modelos liberal e republicano, que ou fixam de antemão a o sentido de igualdade jurídica, ou fixam quais assuntos são privados ou públicos (LUBENOW, 2015, p.121), o paradigma procedimental, por outro lado, como alternativa aos modelos anteriores e saída para a transnacionalização da democracia, lança as escolhas sobre igualdade política e sobre as esferas pública e privada para o campo do horizonte comunicativo.

Os conteúdos normativos dos Estados, Organismos Internacionais, Agentes Reguladores não estatais derivam, portanto, de uma disputa política travada na arena comunicativa pelos próprios participantes e possíveis afetados através do uso público da razão livre e esclarecida. O impulso de integração para uma socialização pós-nacional depende de uma rede de comunicação de uma esfera pública política, sustentada por uma sociedade civil descentrada em atores não estatais, agentes internacional, supranacionais e transnacionais, bem como no papel da mídia, dos partidos e dos movimentos sociais, para além das fronteiras, manifestada num vínculo interno entre inclusão e deliberação (HABERMAS, 2014, p. 100).

Por fim, essa perspectiva procedimental se vê encurralada ante a crítica ao modelo social e a rejeição do modelo liberal da face de Jano das nações rendidas aos imperativos sistêmicos e efeitos colaterais de uma dinâmica econômica mundial que em larga medida se desacoplou das condições políticas básicas do mercado, das redes transnacionais de regulação e da corrupção midiática. A dialética entre a igualdade jurídica e a igualdade fática se dá no campo de um sistema normativo de vários níveis acoplado fortemente no interior de uma solidariedade constitucional construída (HABERMAS, 2014, p.113).

#### 4. UM OUTRO LEVIATHAN: O NEXO INTERNO ENTRE O ESTADO DE DIREITO E A DEMOCRACIA E O DIREITO TRANSNACIONAL

Habermas (2014, p. 100) desenvolveu uma concepção de direito e de Estado democrático de direito nos termos da teoria do discurso como forma de superação à tensão existente entre o liberalismo e o republicanismo no que diz respeito a precedência dos direitos de liberdade subjetivos dos cidadãos de sociedades econômicas modernas, ou o direito de participação política do cidadão no Estado democrático de direito. Ao longo do processo de unificação da União Europeia e a política belicista dos EUA após o Onze de Setembro de 2001, a Primavera Árabe e os protestos na Tunísia, bem como o Occupy Wall Street em 2011, marcam uma série de eventos que nos levam a refletir a questão da legitimidade democrática em tempos de transnacionalização do direito e dos fenômenos políticos (PINTO, 2015, p. 5). A COVID-19 aponta para um novo momento dessa transnacionalização, um novo leviatã, derivado das crises ambientais e sanitárias, capazes de promover terremotos nos mais altos escalões do mercado internacional (HARVEY, 2020, p. 26).

De Hobbes a Kelsen, as teorias soberanistas pouco se importam em opor limites ao *Leviathan* (Estado), permanecendo o indivíduo político indefeso, apartado de uma razão ou de uma liberdade política que o assegure contra as investidas do soberano (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2013, p. 279). Habermas (2016, p. 145) se baseia em Kant, na medida em que pensa uma defesa do indivíduo político, e ultrapassa na medida em que assume a primazia dos direitos humanos, indo, inclusive, além do Estado nacional, no sentido de sua internacionalização (supremacia perante os sistemas jurídicos nacionais) por meio da carta das Nações Unidas.

A transformação do comportamento do direito internacional de coordenador para cooperativo (CARDIA, 2005, p. 71-75), desde a fundação da Organização das Nações Unidas e o conseqüente fortalecimento de instituições de regulação a nível global como Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio e Fundo Monetário Internacional, bem como estruturas “informais” de governança como o G8 e o G20, põe em evidência

a possibilidade de um governo para além do Estado nacional (PINTO, 2015, p. 16-18). A agregação da dominação política em uma nova forma constelacional do direito, tal qual experimentada na União Europeia, em que emerge e se cristaliza cada vez mais um deslocamento dos pesos de coercitividade estatal para o âmbito supranacional, tornando imperativo a flexibilização do direito a fim de se acolmatarem rupturas e fragmentações

Em Habermas (2014, p.98), a fluidificação da substância decisória do exercício de dominação manifesta-se na autoafirmação de uma racionalidade coletiva com acesso público à razão comunicativa como forma de superação das desigualdades à medida que a crise financeira, alimentícia, ambiental e migratória se entrelaça e contradiz entre si na complexidade da sociedade mundial. Habermas (2014, p. 123) põe em evidência o caráter disforme da globalização ao referir-se à crise de legitimidade democrática por que passam as instituições europeias frente à crise do Euro, ao passo que o adensamento global da comunicação e da circulação de mercadorias e informações torna o argumento a favor da soberania externa dos Estados um anacronismo que na atual conjuntura político-social revela sua pior face.

A dimensão própria das crises da contemporaneidade é desenvolver-se sob o território da sociedade mundial a fim não só de limitar os Estados e as entidades supranacionais, mas também responsabilizar corporações transnacionais e conglomerados multinacionais por danos ao meio ambiente e por violações a direitos humanos (BALAKRISHNAN, 2003, p.118). A teoria do discurso incorporou tais preocupações e as interpreta inserido na intuição de co-originariedade entre democracia e Estado de direito.

A estatalidade, a constituição democrática e a solidariedade entre cidadãos do Estado perfazem o adensamento profundamente enganchado do Estado democrático de direito (BRUNKHORST, 2007, p. 73), em que uma associação de companheiros jurídicos livres e iguais podem transcender fronteiras nacionais, ou seja, pode ultrapassar a própria substância do Estado num sistema global de vários níveis em que a o monopólio do poder de decisão é transferido para uma organização mundial supranacional que

caminha cada vez mais em direção a uma especialização nos assuntos de paz e imposição global dos direitos humanos (HABERMAS, 2015, p. 357).

A este ponto compre realizar uma diferenciação entre esfera supranacional e esfera transnacional, nos dizeres de Jorge Adriano Lubenow (2019, p. 15), a arena supranacional deve ser compreendida pelo espaço político ocupado “por um único ator, uma organização mundial, sem caráter estatal, capaz de agir em âmbitos políticos bem delimitados”, efetivamente vinculado a uma função garantidora da paz através da implementação dos direitos humanos.

Na arena supranacional os procedimentos deliberativos de caráter comunicativo devem vincular a comunidade política internamente aos parlamentos nacionais e aos movimentos sociais; A arena transnacional, por outro lado é “ocupada por *global players*, capazes de firmar acordos não fixos e equilíbrios de poder flexíveis e negociar compromissos de implementação (LUBENOW, 2019, p. 16)”, ou seja, um sistema de múltiplo níveis formado por atores estatais e não estatais, que por meio de prática discursivas devem tencionar o espaço público a fim de impedir desequilíbrios econômicos, sociais e ecológico e perigos coletivos, atuando na formação de uma compreensão intercultural para efeito de uma igualdade de direitos efetiva no diálogo das civilizações do mundo.

Os problemas da política interna em escala mundial afetam sobremaneira a própria lógica dos sistemas funcionais transfronteiriços, dada a complexidade dos fenômenos multiculturais, dos desastres ambientais, dos conflitos armados e do crisol de deficiências econômicas que empurra muitos países à miséria. Acoplar interesses e realidades dispares exige uma regulação aberta comunicativamente que só pode ser construída a partir de uma sociedade livre e continuamente esclarecida.

No contexto transnacional, é preciso ir além do movimento das eclusas, para corresponder à porosidade dos desafios, a volatilidade das dificuldades que se adensam no horizonte da sociedade mundial sob a forma de nevoeiros. A construção de um paradigma discursivo intersubjetivamente aceito, capaz de sustentar a razão pública como expressão da emancipação do indivíduo da dominação instrumental do Estado, organiza



as esferas de comunicação das instâncias decisórias do Estado e da sociedade civil em torno não somente de uma razão científica, mas dá razão comum, ilocucionária.

Habermas recupera de Kant (UCNIK, 2004, p. 105) a noção da liberdade de pensamento como resguardo da autonomia dos indivíduos à medida que não é admissível o sacrifício da vida privada à autonomia pública, posto que “ninguém no exercício de sua autonomia como cidadão poderia dar sua adesão a leis que peçam contra sua autonomia privada garantida pelo direito natural” (HABERMAS, 2011, p. 135). Nesse sentido, a unidade inteligível da consciência transcendental deve corresponder às concordâncias empíricas que se forma na esfera pública como leis universais e racionais.

Habermas, no entanto, põe em evidência a impossibilidade de pensar a formação da vontade mundial em sentido propriamente coletivo, posto que o escrutínio para um parlamento mundial estaria fundamentado na aplicação supranacional de normas morais presumivelmente compartilhadas no interior dos Estados nacionais, frente a vacuidade de legitimidade democrática nos parlamentos nacionais e a dificuldade de reconectar uma vontade mundial ancorada na solidariedade civil. O problema da legitimação fraca no âmbito da política interna mundial realizada transnacionalmente está na baixa sujeição à participação direta dos cidadãos no mundo.

O plano das redes transnacionais já adensado e sobreposto por múltiplas interações que satisfazem a crescente necessidade de coordenação da sociedade mundial hipercomplexa, no entanto, só se apresenta suficiente para uma determinada categoria de problemas transfronteiriços. Questões técnicas, como a normatização/regulação de mercados ou mesmo a prevenção de danos ambientais, que se baseiam na troca de informações ou aconselhamentos mútuos são plenamente contempladas pela forma de governança já existente. Questões políticas, por outro lado, vinculadas profundamente aos interesses egoísticos das nações, como desenvolvimento nuclear e política energética, exigem uma regulação para qual faltam atores coletivos dotados de capacidade de pôr em prática tais decisões.

As redes existentes e funcionalmente especificadas são caracterizadas pela instrumentalização das decisões em um quadro institucional para competências legislativas e correspondentes processos de formação de vontade apartados do espaço público, seria, nesse sentido, necessário que fosse diminuto o número de *global players*, rendidos aos imperativos do mercado (NAGEL, 2005, p. 139).

A este ponto observa-se o momento imprescindível da estatalidade no exercício da domesticação constitucional da política mundial violenta (SCHEUERMAN, 1999, p. 140), possibilitando um acoplamento entre as expectativas de legitimação dos cidadãos do mundo, por um lado, e as expectativas dos cidadãos dos Estados, por outro. A pretensão universalista de uma política de paz e de direitos humanos, tal qual a encampada pela ONU, é negociada cada vez mais pelos *global players* no seio da política interna mundial, enquanto os cidadãos dos Estados não aferem o comportamento de seus representantes nessas arenas Inter, supra e transnacional (PINTO, 2015)

Não se trata, portanto, de uma expansão numérica dentro de um sistema de verificação meramente quantitativa de opiniões, mas da qualidade argumentativa do processo de formação da opinião e da vontade. Sob esse aspecto a dissolução das fronteiras não põe fim à soberania popular, posto que baseado em uma normatividade construída discursivamente através de um procedimento deliberativo nas dimensões sócio-política e espacial, mantem-se intactas a deliberação e a inclusão. Nesse aspecto a influência produzida comunicativamente deve ser convertida em influência política a ser institucionalizado pelo direito garantindo à sociedade cosmopolita uma integração e legitimidade bastantes e capazes de lidar com as crises vindouras.

## 5. CONCLUSÃO

Em um cenário de crise sanitária observamos as relações de poder transfronteiriças sobreporem-se crescentemente de modo a subsumir a legitimidade democrática interna de cada Estado nação, polaridades indefinidas

estimulam novas formas de regulação social não submetidas ao sistema político e autoridade do Estado Nacional emergindo de múltiplos atores econômicos em um fenômeno de descentramento decisório. A evidente proliferação de regimes jurídicos transnacionais, além das fronteiras territoriais dos marcos constitucionais nacionais, molda uma nova semântica na teórica jurídica e política que reconhece a dinâmica em evolução das ordens normativas além do Estado.

Nesse contexto, a integração social está mais fortemente vinculada à flexibilidade das comunicações e às formas correspondentes de *soft law*, do que às estruturas hierárquicas e territorialmente definidas dos Estados. Em consequência, atores não estatais, privados e híbridos atuam de forma incremental na constitucionalização de uma multiplicidade de subsistemas autônomos da sociedade mundial, assumindo assim a estrutura e capacidade decisória que contribuiu para retirar do estado as obrigatoriedades próprias de seu sistema social.

A despolarização do espaço público, nesse trabalho apontado como déficit de legitimidade dos Estados, os quais orientados pela agenda neoliberal globalizada se limitam a negociações, contratos internacionais e privatização de serviços básicos, que comprometem o conteúdo democrático da opinião pública e do constitucionalismo, é repolitizada através do acoplamento entre a comunicação informal da sociedade e os esquemas formais administrativos, através do *medium* do direito procedimental.

A reformulação categorial da esfera pública em Habermas em uma forma mais flexível/porosa deve ser compreendida como uma forma de articular as expectativas normativas dos cidadãos dos Estados e do mundo em torno de um procedimento deliberativo de discurso intersubjetivamente aceito. Esse modelo de reflexividade da concepção deliberativa de esfera pública e política, pretende esclarecer em que medida ocorre a articulação entre a autoconcepção normativa do Estado de Direito e a facticidade dos processos políticos no contexto global.

A democracia transnacional emerge, em Habermas, como uma alternativa à progressiva substituição da política mundial entre os Estados, por negociações e cooperações baseadas na acomodação interativa de interesses

e mecanismos funcionais específicos, no interior do qual os Estados são apenas autores entre outros, e os cidadãos ficam cada vez mais distantes dos centros de decisão. Com o esboço de um ``Estado Cosmopolita``, Kant deu um passo decisivo na superação do direito internacional.

Ao conceber o cosmopolitismo enquanto uma paz mundial duradoura como efeito da juridificação das relações internacionais no sentido de uma completa constitucionalização do direito internacional na forma de uma federação de estados livres, Kant impõe deveres de proteção à liberdade no plano das constelações nacionais e limita os estados à própria soberania que em Habermas será desenvolvida discursivamente pelo *medium* do direito, assumindo como anteparo a supremacia dos direitos humanos.

Nesse sentido, a partir do sentido kantiano de constitucionalização do direito internacional, Habermas caminha no sentido de uma expansão das capacidades de ação política dos cidadãos para além das fronteiras nacionais a partir do sentido normativo da própria democracia assumindo a fundamentalidade da soberania popular como procedimento de legitimação pública. A democracia transnacional deve encontrar fundamento na capacidade comunicativa dos atores sociais de conferir validade argumentativa às decisões, posto que se encontra ancorada na autonomia política dos cidadãos traduzida no acoplamento entre a esfera pública e privada, formal e informal do mundo da vida, sob forma de uma autolegislação deliberativa.

## REFERÊNCIAS

BALAKRISHNAN, R. **Internacional Law from Below Development**. Social Movements and third World Resistance. Cambridge, 2003

BUTLER, Judith, El capitalismo tiene sus limites. In: AMADEO, Pablo. **Sopa de Wuhan**. Editorial ASPO. 2020

BRUNKHORST, H. Global Rule of Law. In ALBERT, M; STICHWEH, R. **Weltstaat und Weltstaatlichkeit**, Wiesbaden, 2007

BRUNKHORST, H. **Globalizing Democracy without a state**. Millenium Jornal of International Studies, v.31, n.3, 2002,

CALHOUN, C. **Habermas und public sphere**, MIT Press, 1992

CARDIA, Fernando Antônio Amaral. Estado, Desenvolvimento e Políticas Públicas. In JUNIOR, Alberto do Amaral. **Direito Internacional e desenvolvimento**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005

CARELI, Rodrigo de Lacerda. **Primeiras Linhas de um Direito Ecológico do Trabalho**: Lições da Pandemia, 2020, Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/linhas-de-um-direito-ecologico-do-trabalho-ecologia-social-e-licoes-da-pandemia-07052020>

CHAPARRO, Francisco Pedraja; PANDIELLO, Javier Suárez. Habrá vida (inteligente) después del covid19. ( Este artículo fue elaborado para ser publicado por la Asociación Iberoamericana de Finanzas Locales (AIFIL), en homenaje a Luiz Villela, recientemente fallecido como consecuencia del COVID-19)

CLARK, Giovanni; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia Constitucional e Pluralismo Produtivo, **Rev. Fac. Direito UFMG**, Número Esp. Pp 265-300, 2013.

GILLINGHAM, J. **A União Europeia**: Um Obituário; Tradução Antônio Júnior. Castro Verde: Narrativa, 2018

HARVEY, David. Política anticapitalista em tempos de COVID-19. In DAVIS, Mike. Et.al. **Coronavírus e a luta de classes**. Terra sem amos: Brasil, 2020.

HABERMAS, J. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio; Tradução Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúriom Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2012

HABERMAS, J. **Na esteira da Tecnocracia**: pequenos escritos XII; Tradução Luiz Repa. 1a ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014

HABERMAS, J. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política; traduzido por Denilson Luís Werle; São Paulo: Editora Unesp, 2018,

HABERMAS, J. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X; Tradução Bianca Tavolari. 1a ed. São Paulo: Editora Unesp, 2016, p. 197

HABERMAS, J. **Teoria Política**: Obras escolhidas de Jürgen Habermas; Tradução Lumir Nahodil. 1a ed. Lisboa: Edições 70, 2015

KEMP, R.; COOK, P. **Repoliticizing the "public sphere"**: a reconsideration of Habermas. *Social Praxis*, n.8, 1981

LUBENOW, J. **A Categoria da esfera pública em Jürgen Habermas**: para uma reconstrução da autocrítica, 2 ed. Curitiba: CRV, 2015

LUBENOW, J. A Reconstrução Habermasiana do Projeto Kantiano de Constitucionalização do Direito Internacional, **Veritas**, Porto Alegre, V.64. n. 2., p. 1-41, 2019. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/32718/18737>. Acesso em 27/12/2019

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. **Kriterion**, Belo Horizonte , v. 51, n. 121, p. 227-258, June 2010 .Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2010000100012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2010000100012&lng=en&nrm=iso)>. access on 15 fev. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0100-512X2010000100012>.

LUBENOW, J. A. Democracia e direitos humanos como ideologia: as críticas de Jürgen Habermas à política de poder unilateral norteamericana e à ONU. **Aufklärung: revista de filosofia**, v. 5, n. 3, p. p.141-154, 29 dez. 2018

LÜBBE, H. Abschied vom Superstaat. Berlin: Siedler, 1994

NAGEL, T. The problem of Global Justice, *Philosophy & Public Affairs*, 33, 2, 2005

PINTO, João Batista Moreira. O Direitos humanos como um projeto de sociedade. In. Os direitos humanos como um projeto de sociedade: desafios para as dimensões política, socioeconômica, ética, cultural, jurídica e socioambiental. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2015

RAZ, J. Multiculturalism: a liberal perspective. Dissent, 1994

SCHEUERMAN, W. E., 'Between Radicalism and resignation: democratic theory in Habermas's Between Facts and Norms', in Habermas: Critical Essays. P. Dews (ed.), Oxford, Blackwell, 1999

SCHEUERMAN, William E. Entre o radicalismo e a resignação: teoria democrática em Direito e democracia, de Habermas. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília , n. 13, p. 155-185, Apr. 2014 . Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-33522014000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522014000100007&lng=en&nrm=iso)>. access on 2 Fev. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0103-33522014000100007>,



# O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO: UMA CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE



**LIRTON NOGUEIRA SANTOS**

Juiz de direito. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Assistente da Universidade Estadual do Piauí (UESPI).  
EMAIL: [lirtonnogueira@bol.com.br](mailto:lirtonnogueira@bol.com.br).

**Sumário:** 1. Introdução 2. O Princípio do acesso à justiça 3. Acesso à justiça no direito brasileiro 4. Considerações finais — Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Muito embora a justiça seja uma garantia constitucional assegurada a todos os cidadãos, surge o questionamento de sua efetividade e, se os cidadãos brasileiros estão tendo, em igualdade, o pleno acesso à tutela jurisdicional.

O Brasil vive um colossal abismo entre as classes sociais, em que se tem de um lado, pessoas muito abastadas e por outro, pessoas que diariamente enfrentam necessidade básicas. Nota-se que pessoas hipossuficientes

enfrentam diversos obstáculos e violações de seus direitos e garantias fundamentais, bem como para concretizar e dispor de seus direitos sociais.

Sadek (2014) preceitua que pesquisas internacionais ao realizarem comparações em sociedades com significativa desigualdade econômica e social, constata uma alta probabilidade de que preponderantemente pessoas em situação de vulnerabilidade tenham desconhecimento de seus direitos.

Nesse contexto social, tem-se um obstáculo para a democratização do acesso à justiça no Brasil, marcada pela desigualdade social. Grande parcela da população brasileira encontra-se sem acesso a políticas públicas e limitação do acesso aos sistemas de saúde, de educação e de moradia. Sem que se tenha a integração de todos os indivíduos, principalmente os marginalizados, a justiça mostra-se ineficaz, incapaz de fomentar a inclusão, de promover o bem-estar social e o desenvolvimento da cidadania.

Além disso, há o rito processual, que se desenvolve a partir da ação humana, seguindo uma série de atos determinados pela lei e que por finalidade, se quer alcançar uma decisão satisfatória ao ordenamento jurídico brasileiro. Ainda dentro do rito processual, existem princípios a serem respeitados, dentre eles o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, boa-fé processual, o acesso à justiça, dentre outros, princípios estes que vêm sendo mitigados, e isso soma-se aos fatores que levam a restrição da população à justiça e ainda à morosidade dos processos e decisões judiciais.

Frente a esta situação, surge a necessidade de desburocratização dos procedimentos e do sistema processual, além de modernização de todo aparelho jurídico estatal, tornando mais fácil o acesso à justiça, mantendo a efetividade e os direitos básicos dos cidadãos. Nesse contexto, o presente estudo possui como objetivo geral realizar uma análise histórico-jurídica da democratização do acesso à justiça, pelo que foram relacionados alguns debates teóricos pertinentes ao tema e escolhidos alguns para discussão.



## 2. O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Quando se fala em acesso à justiça, nota-se que é um tema com divergências doutrinárias e jurisprudenciais, principalmente quando consideramos que a sociedade desenvolveu-se de forma desigual, em diferentes momentos, e sendo recepcionada de uma forma distinta nos diversos ordenamentos jurídicos.

Nota-se que o acesso à justiça está presente desde a Antiguidade Clássica, porém de forma rudimentar e diferenciada do que vemos atualmente. Em Atenas, para a defesa dos menos favorecidos, eram designados dez advogados a cada ano e no Direito Romano, o Império assumiu o poder da jurisdição frente à necessidade que a sociedade tinha de acessar os serviços jurídicos, surgindo assim o processo extraordinário, que ofertava serviços do Império aos cidadãos necessitados (GONÇALVES, 2016).

Em 1789, com o início da Revolução Francesa e os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, surgiu a revolucionária Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamando direitos e garantias, servindo de expoente para as diversas declarações que a seguiria, tal como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Para Cappelletti e Garth (1988, p. 8), o acesso à justiça pode ser compreendido como sendo:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos [...] Sem dúvida, uma premissa básica será de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso afetivo.

Frente ao conceito trazido pelos autores, nota-se que para que se alcance o acesso à justiça em um Estado Democrático de Direito devem ser atendidas as suas finalidades.

No direito brasileiro, o acesso à justiça vem se desenvolvendo de forma lenta. Na Constituição Imperial de 1824, inovou-se no Poder Judiciário e ainda com a instituição de direitos sociais e políticos, incluindo-se o direito à liberdade de expressão, liberdade religiosa, direito à propriedade, entre outros; porém, não tratou-se sobre o acesso à justiça. Referida Constituição possui elementos relacionados ao Poder Moderador, Centralismo, Soberania Popular e Representação Política, perpassando pelo período imperial brasileiro.

A elite brasileira, sob forte influência da cultura européia, trouxe para o Brasil ideais liberais que influenciaram o país naquele período, com os pressupostos de liberdade, igualdade e fraternidade. Ademais, havia ainda o predomínio da cultura norte-americana, com a experiência da independência.

A Constituição de 1824 nasceu em um período marcado pela transição do Estado absolutista para o Estado liberal e com isso, a constitucionalização de direitos, com um progresso no que se refere aos direitos fundamentais e demais garantias. Entretanto, por outro lado, era marcada por profundos antagonismos e desequilíbrio na ordem social.

O Poder Moderador vinha causando grande insatisfação, motivo pelo qual foram iniciadas as revoltas. Surgiu cada vez mais a necessidade de que o titular do poder tivesse responsabilidade e que fosse responsabilizado por seus atos. Além disso, o fato de que havia um movimento de independência na América do Sul e o Brasil ainda viver a monarquia, representava sinais de atraso político em relação a outros países.

Dentre as características da Constituição de 1891, têm-se a instituição da forma federativa de Estado; forma republicana de governo; independência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, excluindo o Poder Moderador; separação entre a Igreja e o Estado; instituição do *habeas corpus*; entre outros. Entretanto, não contemplou inovações no que tange ao acesso à justiça pela população.

O marco reconhecido que possibilita o acesso à justiça na história constitucional brasileira, veio com a Constituição de 1934, que previu a criação do Código de Processo Civil e a assistência judiciária aos necessitados, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos, nos termos do art. 113, inciso 32 do referido Diploma Legal (BRASIL, 1934).

O Código de Processo Civil não teve implementação imediata, sendo que o primeiro código surgiu com o Decreto-Lei nº 1.608/39 e continua a previsão da concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas hipossuficientes.

A Constituição de 1934, do Presidente Getúlio Vargas, traz diretrizes sociais e tem por características, o voto obrigatório e secreto a partir dos 18 anos, direito a voto das mulheres, criação da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho, maior poder ao governo federal, criação de leis trabalhistas, ação popular, mandado de segurança, entre outros. No que pertine às leis trabalhistas, trouxe importantes avanços como a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, salário mínimo, jornada de oito horas diárias, férias remuneradas e repouso semanal.

A Constituição de 1946 inovou com o direito fundamental de acesso à justiça e com o princípio da Ubiquidade da Justiça, nos termos do artigo 141, que previa que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (BRASIL, 1946).

A Constituição de 1934 teve grande importância no cenário pós-primeira guerra mundial, porém durou apenas três anos. Na segunda metade da década de 30, os fatores internacionais influenciaram o contexto nacional. De um lado tinha-se uma direita radical representada pelo nazismo e fascismo e de outro, o comunismo representado pela extinta União Soviética. No Brasil, essa dicotomia refletiu na criação do Partido da Ação Integralista Brasileiro, que possuía um cunho fascista e do outro lado o Partido Comunista do Brasil, de Luis Carlos Prestes (CASTANHATO, 2006).

Instalou-se no Brasil, um ambiente de crise político-ideológica que vinha em contraponto à idéia de liberalismo social que havia sido preconizada na Carta Magna de 1934. Neste cenário, foi outorgada a Constituição

de 1937 com viés fascista, conferindo amplos poderes ao Presidente da República.

Com o fim do segundo conflito mundial, foram convocadas novas eleições, sendo que em 1945, Getúlio Vargas foi deposto, vencendo a eleição, Eurico Gaspar Dutra, que convocou uma nova assembléia constituinte e em seguida foi promulgada a Carta de 1946, que retomou a linha democrática.

A Constituição de 1946 trouxe maior proteção aos direitos individuais, dentre as conquistas, destacam-se: o amplo acesso ao Poder Judiciário, direito de greve, mandado de segurança como garantia, vedação da pena de morte, de banimento, de confisco e a de caráter perpétuo, autonomia dos Estados e a valorização do Município, eleições diretas para Presidente e Vice-Presidente, voto universal, direto e secreto, responsabilidade do Presidente da República pelos seus atos.

No âmbito dos direitos trabalhistas, instituiu-se o direito de greve e livre associação sindical e incorporação da Justiça do Trabalho e do Tribunal Federal de Recursos ao Poder Judiciário. Ainda, foi instituído o princípio da legalidade tributária com a necessidade de lei prévia para o estabelecimento de impostos. Vedou-se os juizes de exceção, pois os juizes e tribunais só podiam ser naturais.

Em 1961, pelo Ato Adicional, emenda à Constituição, instituiu-se o regime parlamentarista, motivado pela crise político-militar, com prévia consulta popular por meio de plebiscito.

Com a Constituição de 1967, ampliaram-se os poderes do Executivo Federal, com a valorização da União, que passou a ter algumas das competências que antes pertenciam aos Estados e aos Municípios.

Em 1982, com novas eleições diretas para Governador, foi possível observar a impopularidade do governo, com a vitória do Partido da Mobilização Democrática do Brasil-MDB, que era o principal opositor do governo e, com isso, o povo teve condições de pugnar por eleições diretas também para Presidente da República.

Em 1985, foi convocada a Assembléia Nacional Constituinte para elaboração de um novo texto constitucional, em uma situação de redemocratização após o término do regime militar.

Em 1988, a Constituição promulgada ampliou as liberdades civis e os direitos e garantias individuais, alterou as relações econômicas, políticas e sociais, estabeleceu novos direitos trabalhistas, além de reforma no sistema tributário, reformas na ordem econômica e social, alterações na legislação sobre seguridade e assistência social, dentre outros avanços.

Com a Constituição de 1988, os alicerces da República brasileira são dignidade da pessoa humana, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, Soberania e pluralismo político.

A Constituição de 1988 expressa os anseios que a sociedade vivia naquele período, com a consagração dos direitos individuais, do princípio da dignidade da pessoa humana e de todos os demais direitos que dela decorrem. Além disso, são consagrados os direitos sociais. A Carta Magna de 1988 traz dentre os direitos fundamentais, o acesso à justiça.

### **3. ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO**

Como dito anteriormente, a Carta de 1988 trata do acesso à justiça em seu preâmbulo e em meio aos demais direitos e garantias individuais. Importa destacar que, pelo Princípio da Supremacia da Constituição, todas as normas jurídicas devem se submeter às suas disposições sob pena de serem declaradas inconstitucionais. Nota-se que a Constituição de 1988 positivou o acesso à justiça, porém não trouxe a sua instrumentalização.

Antes mesmo da Constituição de 1988, a Lei nº 1.060/50, Lei de Assistência Judiciária, tratou da assistência judiciária às pessoas hipossuficientes financeiramente, sendo considerados para a concessão de assistência judiciária aqueles pessoas “cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (BRASIL, 1950). Referida lei foi incorporada ao texto constitucional, passando a assistência judiciária a ser considerada uma garantia constitucional.

Ainda no mesmo sentido, tem-se as Defensorias Públicas, que possuem a função de instrumentalizar o assistencialismo jurídico, atendendo aquelas pessoas vulneráveis economicamente, reduzindo as desigualdades, buscando a efetivação dos direitos humanos e a promoção das garantias fundamentais (STURMER, 2015).

Já sob a égide da Constituição de 1988, novos normativos vieram atender o processo de concretização do acesso à justiça no Brasil, tal como o Código de Defesa do Consumidor- Lei nº 8.078/90, que regulamentou as relações de consumo e reconheceu a condição de vulnerabilidade dos consumidores, ainda que a representação em juízo dos interesses e direitos dos consumidores seja exercida de forma individual ou coletiva.

A Emenda Constitucional nº 45/04, introduziu uma série de mudanças significativas ao judiciário nacional, ficando conhecida como “Reforma do Judiciário”.

No ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça-CNJ, editou a Resolução nº 125, criando a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses, fomentando a aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos e a instauração do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, buscando viabilizar a resolução dos litígios por meio da conciliação ou mediação.

Nota-se que, com o fomento de resolução dos conflitos na esfera extrajudicial com a autocomposição, mediação, conciliação e arbitragem, busca-se oportunizar as partes que tenham formas mais céleres e eficazes para resolverem as avenças e, com isso, tenta-se assegurar a redução da sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário e facilitar o acesso da população à justiça.

Neste sentido, busca-se formas mais amplas de acesso à justiça e mais do que isso, que esse acesso tenha uma duração razoável para a solução conflitiva. Os meios de resolução consensual de conflitos são uma forma de solucionar de maneira mais rápida os conflitos, além de se demonstrarem menos onerosos, já que diminuem o número de atos processuais a serem praticados.

Frente a isso, na Resolução nº 125/10, o CNJ estabeleceu, em seu artigo 1º, a Política Judiciária Nacional de tratamentos dos conflitos de interesses, com o objetivo de garantir a todos o direito a resolução de controvérsias por formas apropriadas a sua natureza e característica.

A efetivação dessas ações também recebe o apoio e colaboração de uma rede composta por todos os órgãos do sistema judiciário, além de parcerias entre órgãos públicos e privados, incluindo universidades e instituições de ensino.

A Lei de Mediação- Lei nº 13.140/15, por sua vez, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, tratando da mediação, dos mediadores, dos mediadores judiciais e extrajudiciais, do procedimento de mediação, da mediação judicial e extrajudicial, entre outros aspectos.

Muito embora se tenham instrumentos legais, como os tratados acima, a eficácia do princípio de acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro, precisa considerar diversos fatores sociais. Sabe-se que os tribunais possuem dados catalogados e que podem não refletir a realidade das unidades judiciárias com extrema exatidão.

O Conselho Nacional de Justiça divulga anualmente o relatório denominado “Justiça em Números”, onde aborda detalhamentos estatísticos do Poder Judiciário. Referido relatório leva em consideração os parâmetros seguintes: insumos, dotações e graus de utilização; litigiosidade e acesso à justiça e perfil das demandas.

No tocante ao acesso à justiça tem-se a acepção da assistência judiciária gratuita, porém não são considerados aspectos da tutela jurisdicional, tais como a efetividade e a tempestividade, o que tornam esses parâmetros insuficientes para retratar a realidade, em virtude de entraves e deficiências do Judiciário brasileiro.

O estudo elaborou dois capitais simbólicos, o capital humano e o capital institucional, que foram ainda subdivididos e individualizados em diferentes dimensões.

O estudo utilizou-se da correlação entre as variáveis principais de cada um dos dois Capitais e obteve aspectos relevantes para a explicação

do acesso à justiça. No que se refere ao Capital Humano, comparou-se taxas como: taxa de moradores de domicílios com água canalizada, déficit de altura para a idade, entre outros, e ainda a taxa de analfabetismo entre pessoas maiores de 15 anos de idade, identificando que a “falta de investimento na alfabetização depõe contra os valores de Cidadania” (CNJ, 2021, p. 21). Dessa forma, identificou o CNJ que, no referente ao acesso à justiça, o analfabetismo e a falta de escolaridade são fatores preponderantes para a acessibilidade.

A deficiência social gerada pela falta de acesso à educação é prejudicial para a efetivação do acesso à justiça, pois os jurisdicionados tendem a ter desconhecimento de seus direitos, sendo hipervulneráveis socioeconomicamente, com isso tendem a não ter a compreensão dos problemas jurídicos que lhes afetam e assim não sabem identificar os meios para a solução daquele conflito.

Em uma relação do número de magistrados, casos novos e tempo médio de decisão, nota-se que há poucos magistrados e varas em relação ao tamanho da população.

Mesmo na presença desses dados, surge ainda a necessidade de compreender as realidades sociais de cada tribunal ou região, pois somente assim se pode vislumbrar as especificidades de cada um na busca por conclusões satisfatórias.

O Brasil apresenta uma grande abismo entre as classes sociais, as pessoas hipossuficientes cultural e economicamente enfrentam diariamente dificuldades para ter concretizados seus direitos fundamentais e sociais.

Merece destaque a observação que quanto mais hipossuficiente o cidadão, maior é a sua distância em relação à justiça, pois tal realidade está atrelada a fatores econômicos, sociais e culturais. Aqueles que possuem menores recursos econômicos conhecem menos os seus direitos e possuem dificuldades para identificar que aquele momento ao qual esta inserido é jurídico.

Quanto maior a vulnerabilidade do cidadão, menor é a chance de conhecer seus direitos e de buscar por reparação por meio de vias judiciais,



o que se deve a experiências anteriores negativas com a justiça e insegurança para demandar a tutela jurisdicional.

Ao considerarmos a hipossuficiência cultural como a ausência de conhecimento sobre os seus direitos, nota-se que há uma problemática da educação. No que se refere à hipossuficiência econômica com a ausência de recursos financeiros, tem-se a previsão de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Ainda conforme o Código de Processo Civil, no seu art. 98: “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei” (BRASIL, 2015).

No que pertine a hipossuficiência cultural, tem-se uma agravante que vai além da educação, pois o sistema educacional brasileiro ainda é ancorado no formalismo e que atribui ao Estado – Juiz a responsabilidade pela resolução dos conflitos (GONÇALVES, 2016).

Preleciona Rodrigues:

Alguns dos problemas que se apresentam ao efetivo acesso à justiça, visto como acesso à ordem jurídica justa, decorrem da má qualidade profissional apresentada pelos diversos operadores jurídicos. O formalismo vigente tem origem em grande parte não em problemas legais, mas em uma formação positivista que não permite aos bacharéis em Direito trabalharem competentemente com os instrumentos fornecidos pela hermenêutica e pelos princípios gerais do Direito. Uma hermenêutica crítica, que viabilize essa prática, através de uma interpretação instrumental, deve levar em consideração os diversos escopos da jurisdição, os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, bem como os princípios constitucionais do direito. O ensino jurídico tem grande parcela de culpa nesse aspecto (RODRIGUES, 1994, p. 125).

A parcela da população que possui menos acesso à educação e menores recursos econômicos é mais afetada e propensa a não alcançar

soluções efetivas para os seus problemas, suas dificuldades econômicas e sociais não as permite buscar pela assistência judiciária para buscar reparações ou efetivar seus direitos. Esta situação retrata um Estado detentor de um déficit social e distanciamento destes grupos sociais e de que eles possam exercer a sua cidadania.

Nos casos em que a barreira cultural e social é superada, as partes têm dificuldade em ter um acesso efetivo à justiça com a morosidade na entrega da prestação jurisdicional face ao formalismo excessivo e por vezes injustificado (SALLES, 2019).

A realidade do Judiciário brasileiro ainda permanece incipiente na concretização do direito ao acesso à justiça, embora enormes avanços tenham se operado, inexistindo equidade em muitas demandas judiciais, na demora para obter uma decisão de mérito, na morosidade da prestação jurisdicional, na prática de atos protelatórios pelas partes, dentre outros atos que levam a um atraso na prestação jurisdicional, descredibilizando o judiciário frente à população. Ainda há muito a se conquistar neste amplo campo da justiça.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O princípio do acesso à justiça sofreu diversas modificações no século XX, muitas delas motivadas pelas guerras, progredindo ao longo do tempo de uma ótica formalista, em que somente se declarava os direitos, mas sem a pretensão de efetivá-los para alcançar um conceito contemporâneo. Na atualidade, é um dos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, além de ter como função a instrumentalização da justiça social.

Nota-se que existem diversos obstáculos ao efetivo acesso à justiça e dentre eles, a responsabilidade do Poder Judiciário no que se refere à demora na tramitação dos processos. Por outro lado, temos um obstáculo ainda maior enfrentado pela sociedade brasileira, que é a desigualdade social, a hipossuficiência cultural e econômica, o desconhecimento dos direitos individuais e coletivos, a falta de recursos financeiros e de conhecimento sobre os seus direitos por parte do cidadão.

No ano de 2021, o Conselho Nacional de Justiça publicou o primeiro estudo que tinha por finalidade analisar o acesso à justiça pela população brasileira, porém seus resultados não chegaram a gerar conclusões assertivas quanto à temática, haja vista a pluralidade de deficiências sociais e de problemas institucionais que existem na realidade brasileira.

O ordenamento jurídico brasileiro possui disposições normativas constitucionais e infraconstitucionais voltadas ao acesso a justiça, porém, é necessário o desenvolvimento de novos mecanismos, políticas públicas e de procedimentos judiciais que garantam que a população tenha esse acesso.

O formalismo dos procedimentos judiciais e a sistemática atual de judicialização trazem risco de agravamento da falta de democratização do acesso à justiça, uma vez que a parcela que busca o judiciário para resolver seus conflitos lá não encontra respaldo e efetividade, gerando uma descredibilidade e distância dos cidadãos.

É importante frisar que acesso à justiça não refere-se apenas à possibilidade de ajuizar uma ação na busca pela reparação ou efetivação de um direito na via judicial, mas sim que esse acesso possa se concretizar por meio de políticas públicas voltadas ao aperfeiçoamento e disseminação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, de educação e de conscientização da sociedade ao que seria a finalidade do acesso à justiça e a garantia de seus direitos.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Mayara de Carvalho; OLIVEIRA, Raísa Lustosa de. *Da morosidade da Justiça como recurso para a manutenção do status quo: A Chicana Processual e os “Castelos de Fachadas”*. Revista de Direito Brasileiro, v. 4, n. 3, p. 523-543. Florianópolis, 2013

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (De 24 de Fevereiro de 1891)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em 04 set. 2022

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em 04 set. 2022

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em 04 set. 2022

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 04 set. 2022

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (De 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em 04 set. 2022

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (De 25 de Março de 1824)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em 04 set. 2022

BRASIL. *Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*. Rio de Janeiro, 1950. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm). Acesso em 04 set. 2022

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art231](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art231). Acesso em 04 set. 2022

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Planalto.gov.br*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) >. Acesso em 04 set. 2022

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTANHATO, Camila. *O processo histórico do controle de constitucionalidade e as Constituições do Brasil*. Mestrado em direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Índice de acesso à justiça*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio-Indice-de-Acesso-a-Justica\\_LIODS\\_22-2-2021.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio-Indice-de-Acesso-a-Justica_LIODS_22-2-2021.pdf). Acesso em 04 set. 2022

GONÇALVES, Jéssica. *Acesso à justiça: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa*. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016

RIBEIRO, Ludmila. *A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça*. Revista Direito da FGV, v. 2, n. 4, p. 465-491, dez/2008

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica. 1994

SADEK, Maria Tereza Aina. *Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos*. Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 2014.

SALLES, Bruno Makowiecky. *Acesso à justiça e o equilíbrio democrático: intercâmbio entre Civil Law e Common Law*. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2019

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30ª edição, revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 56, de 20.12.2007). São Paulo: Malheiros, 2008

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 41ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

STURMER, Karen Nayara de Souza. *A Defensoria Pública como pilar de acesso à Justiça*. Monografia (Bacharelado em Direito), Instituto de Ensino Superior de Foz do Iguaçu. Foz do Iguaçu, 2015

THEODORO, Humberto Junior. *Curso de Direito Processual Civil*. 38. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2002.



# O OBSERVADOR E O GOVERNO DOS JUÍZES: SOCIOLOGIA, TEORIA E PRÁTICA DO DIREITO



## **LUCIANO NASCIMENTO SILVA**

Pós-doutor em Sociologia e Teoria do Direito pelo Centro di Studi sul Rischio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento, Lecce, Itália. Investigador Científico no Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht – Departments of Criminal Law and Criminology – Freiburg in Breisgau – Baden Württemberg, Deutschland (Alemanha). Professor Adjunto no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba (CCJ/UEPB). Professor Permanente no PPGRI/UEPB e Colaborador no PPGCJ/UFPB. Líder do Grupo de Pesquisa NUPOD/DGP-CNPQ.

## **ANA CAROLINA GONDIM DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA**

Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Professora da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (FESP) e da Escola da Magistratura da Paraíba (ESMA/TJPB). Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa: Teoria dos Direitos Humanos, Direito e Sociedade (UFPB) e do Núcleo para Pesquisa dos Observadores do Direito (NUPOD/DGP/UEPB).

**Sumário:** 1. Considerações iniciais – 2. O Observador: observa, é observado, mas não se auto-observa – 3. Em destaque a posição do observador e as ciências sociais – 4. Verdade: a construção do Saber ou teoria do conhecimento – 5. O Governo dos Juízes: entre direito e política – 6. O Governo dos Juízes e a Decisão Judicial: a prática judicante – 7. Considerações finais — Referências.

*O século passado realizou as promessas de um pensamento que já havia percorrido dois séculos e que havia celebrado como aquisição de civilidade. A razão que era subjacente deste pensamento era a razão de um iluminismo que assegurava que seria construída racionalmente condições justas para a humanidade e que os indivíduos, a que igualdade se condensava no gênero e a que homologação se sublinhava na razão, não podiam opor-se à realização do bem comum. A realização daquelas promessas se revela evidente já ao início do século, quando sobre o teatro do mundo, daquele mundo da razão e da humanidade, começa, por usar uma fórmula hegeliana, a representação da tragédia na ética, que o absoluto recita como si mesmo. Uma tragédia que ainda continua...*

(DE GIORGI, MAGNOLO, 2006).

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este artigo trata de uma análise, à luz da teoria funcionalista dos sistemas, do processo de ruptura das fronteiras entre direito e política, na realidade brasileira. Fenômeno nominado neste manuscrito de ‘o Governo dos Juízes’. Aludida ruptura dar-se-á em razão da ideia sobre o paradigma do protagonismo do Poder Judiciário e sua inequívoca posição de supremacia em detrimento dos demais poderes da República, à luz de uma prática judicante que, em muitas circunstâncias, viola a diferenciação funcional do Direito, o que enseja observações sociológicas, teóricas e práticas. Para tanto, no desenvolvimento do tema apontado, está o Observador, teoria extremamente explorada por Raffaele De Giorgi, Niklas Luhmann e Heinz von Foerster.

O Observador é uma construção cognitiva por um processo formulador através de um olhar sobre o *Saber* e o *Não-saber*, em outras palavras, é a propositura de uma nova teoria do conhecimento, ensejando uma virada epistemológica da matriz do pensamento do mundo ocidental. Esta nova ideação traz como uma de suas premissas o abandono do pensamento analítico – característico da primeira modernidade, com sua matriz dual de *Sujeito* e *Objeto* como elementos que impulsionam a produção do *Saber* – e a sua substituição por uma nova cognitividade que elege *Sistema* e *Ambiente* como os espaços de construção do *Saber*. É precisamente o olhar do *Observador* sobre o *Sistema Social* (Sociedade) e os diversos *Subsistemas* (política, economia, religião, direito, arte, ciência) que proporcionará a construção do conhecimento. Isto é, a racionalidade passa a ser construído através do olhar do *Observador*, que identifica nas relações comunicativas – a produção do agir comunicativo que substitui a ideia de fato, este é apenas um produto da comunicação, esta é o elemento preponderante para a construção do *Sistema Social* ou *Sociedade* – a origem do que mais a frente será nominado *Saber* ou *Conhecimento*. O posicionamento do *Observador* traduz um sentido científico construído em diversos espaços, a exemplo da sociologia, da neurociência, da cibernética, da comunicação, dentre outros.

O pensamento constrói *Saber*, *Conhecimento*, mas, necessita elaborar uma engenharia comunicativa que represente: lógica, sistematicidade e persuasão. Estas terminologias alcançam sua materialização comunicativa por uma única expressão: *verdade*. A teoria do conhecimento é uma construção da *Verdade*. Aquele que constrói verdades detém saber e conhecimento. E quem é ele? O *Observador*.

A verdade. A mentira. A verdade da mentira. A mentira da verdade. A verdade mentirosa. A mentira verdadeira. Os processos comunicativos de construção cognitiva, a partir da modernidade, com o uso de uma expressão intitulada *Ratio* (razão) buscam intensificar o dualismo sem sentido (verdadeiro ou falso), que vai edificar *Saber* e *Não-saber*, ou seja, a teoria do conhecimento. As realidades estão dentro do *Saber*, elas são a *Verdade*, conhecimento é verdade, saber é verdade.





Portanto, qual a verdade para o Direito? A verdade das normas estabelecidas e legitimadas através de processos prescritos, igualmente, em outras normas que oportunizam a validade como uma qualidade de as normas jurídicas fazerem parte de um ordenamento jurídico, em dado tempo, com força obrigatória, imperatividade e coercibilidade ou a verdade das decisões judiciais à revelia dos fundamentos da ordem jurídica?

## 2. O OBSERVADOR: OBSERVA, É OBSERVADO, MAS NÃO SE AUTO-OBSERVA

As ciências sociais somente conquistaram o *status quo* científico a partir do século XIX. Anteriormente, apenas as ciências exatas, biológicas e da saúde eram consideradas plataformas científicas, de modo que, pensamentos como o da sociologia, direito, economia e política não eram considerados científicos. A personagem central das ciências sociais é o *Observador*. Este é responsável pela construção científica das *Ciências Sociais*, pois formulou o olhar que se volta para o passado com a objetividade de analisar o presente e perspectivar o futuro. A sociologia que ele construiu modelou as matrizes de *Sistema Social* e *Sociedade*. A problemática é que todos os modelos ou definições acerca da *Sociedade*, construídas pelo *Observador*, ruíram. Os modelos desmoronaram-se, liquidificaram-se, evaporaram-se. E, o resultado disto é a existência de uma produção comunicativa ininterrupta na qual o *Observador* não mais consegue analisar, não mais consegue conceituar, não mais consegue definir.

O *Observador* que observa é observado. Mas, não se auto-observa. É o *Observador* que constrói a definição dos fenômenos sociais (interação, organização, sistemas) com base no critério da identificação das diferenças. Por este método nasce a *Teoria da Sociedade* ou *Teoria dos Sistemas Sociais*, no entanto, o *Observador* que observa e é observado, mas não consegue se auto-observar, não observa tudo. O *Observador* “só vê aquilo que vê, não vê aquilo que não vê”. Em outros termos, o *mundo do saber é sempre menor do que o mundo do não-saber*. O olhar do *Observador* é a tradução de uma visão científica denominada *análise sociológica*, a partir dela passa

a ser possível a construção de conceitos, definições, plataformas, dentre outras, que representarão as bases científicas de estudos sobre as fenomenologias sociais, sobre o agir comunicativo das pessoas que, diretamente, faz surgir o espaço comunitário, o espaço social, assim como o delimita. Significa dizer que este agir comunicativo formula, por exemplo, os olhares de inclusão e exclusão, os processos de distinção.

Há um elemento emergente na produção comunicativa intitulado **complexidade**. O *Observador*, reitera-se, personagem titular da formulação científica, passou a enfrentar enormes dificuldades para descrever as fenomenologias sociais produzidas pelo agir comunicativo. As investigações devem, portanto, partir de um olhar sobre a complexidade, que se constitui o elemento emergente produzido pelos *Sistemas Sociais* ou *Sociedade*. Os *Sistemas Sociais*, por intermédio das suas estruturas e processos, operam pelo método da seletividade, à luz de um universo de possibilidades, para que possam construir, assim, a sua ordem, ou seja, a sua *Verdade*. A questão é: esta metodologia faz com que o próprio *Sistema Social* ou a *Sociedade* se torne complexa.

Por este motivo a lição sociológica do funcionalismo-estrutural afirmar “[...] a complexidade não é uma operação, não é nada que um sistema faça ou que nele ocorra, mas é um conceito de observação e de descrição, inclusive de auto-observação e auto-descrição” (LUHMANN, 1984, p. 193). Não obstante, a observação é construída pelo *Observador*. De modo que, se ele não se auto-observa, como poderá construir auto-observação e auto-descrição?

A exposição acima realizada informa, portanto, a situação das ciências sociais. As ciências sociais que, através do *Observador*, devem construir a *Teoria da Sociedade* não possuem estrutura teórica adequada. Isto porque a sociologia não mais explica, conceitua, define ou descreve o modelo atual de sociedade. Não consegue realizar uma descrição científica da sociedade moderna. Ou a outra face da sociedade moderna. E, no que lhe concerne, o *Observador* está sempre com o olhar nas soluções construídas pelos autores clássicos, ou seja, os primeiros observadores. Contudo, inegavelmente, consegue realizar uma colocação dos problemas. No entanto,

quando do momento de formular as soluções, o *Observador* sobrecarrega as antigas perspectivas e, por fim, elabora um princípio explicativo: o conceito de complexidade.

O olhar do *Observador* só vê: desmoronamento, liquidificação, evaporação dos conceitos formulados sobre uma *Sociedade* que parece não mais existir. A sua matriz racional-calculadora-finalística ruiu, e, o seu *discurso sobre o método* não mais persuade. As suas formulações de determinação-corroboração de elementos constitutivos indispensáveis, evaporaram. A ontologia e a antropologia, tanto cultural quanto social, não mais ofertam respostas para as problemáticas apresentadas por essa outra face da sociedade moderna. Em razão disto surge o seguinte questionamento: as ciências sociais conseguirão reconquistar o *status quo* de espaço científico?

### **3. EM DESTAQUE A POSIÇÃO DO OBSERVADOR E AS CIÊNCIAS SOCIAIS**

Na observação, produto da construção de um *Observador*, há sempre um ponto cego. Todo *Observador* tem seu ponto cego. Portanto, faz-se necessário reconhecer as limitações na construção do que é *Saber* ou *Conhecimento*. Mais ainda, o pensamento da virada epistemológica afirma que “[...] só conseguimos enxergar aquilo que podemos explicar” (VON FOERSTER, 1994, p. 269). Para pensadores como Von Förster, o cérebro não tem estrutura para perceber luzes, cores, sons, calores, tampouco, imagens. Por um lado, a mente humana só capta ondas eletromagnéticas, quer dizer, intensidades. Por outro, ainda, é o sistema nervoso que calcula essas percepções. Por sua vez, quanto ao fenômeno da comunicação, pode-se dizer que “[...] palavras, símbolos ou mensagens não fazem parte da comunicação, significam apenas suas ‘tecnologias’”. A informação não é uma realidade, mas sim uma probabilidade, um processo relacional, uma atividade” (VON FOERSTER, 1985, p. 85). Não existe, assim, uma teoria da comunicação, uma ciência da comunicação. Mas, tão somente, uma teoria e ciência das tecnologias da comunicação. Tudo não passa de lógica recursiva e auto-referência.

O elemento *Tempo* sempre foi muito importante nas construções do *Observador*, o processo de criação ou invenção do *Saber* ou teoria do conhecimento sempre exigiu o *Tempo* como plataforma para afirmação e reconhecimento do que é *Científico*. O esgotamento da matriz moderna de uma construção protagonizada pela *Ratio* passou a implicar consideravelmente no processo e metodologias das Ciências Sociais. O *Tempo* não mais existe. Existe apenas a velocidade. As implicações são nos campos da causalidade e dos princípios. A velocidade destrói, liquidifica, fulmina a ideia de *Tempo*. Mas, a velocidade constrói civilidade? A velocidade constrói paradigma? As ciências sociais podem explicar, garantir ou responder às indagações? Nas ciências sociais, ainda é possível ofertar explicações por meio de conceitos?

A ideia de *Tempo* - que vem sendo fulminada nesse início de século, tão magistralmente dissecada nos campos da filosofia (HEIDEGGER, 1972) e da literatura (BORGES, 1989) - parece evaporar. As ciências sociais, isto é, uma fenomenologia científica de uma existência inexistente que existe, não mais consegue explicar as bases dos pensamentos sobre: *tempo* e *velocidade*. Se as ciências sociais não mais explicam, indaga-se: que são as ciências sociais? A cognitividade do *Observador* provocaria, reitera-se: *deutsche Was sind die Sozialwissenschaften*<sup>177</sup>? Interrogaria o pensador italiano: *cosa sono le scienze sociali*<sup>178</sup>? O modelo (até então, inominado) de *Sistema Social*, que não pode desconsiderar sua incomensurabilidade com a sociedade moderna, exige igualdade sem vê a produção da desigualdade; exige diversidade sem considerar a unidade. O *Sistema Social* convoca as ciências sociais para explicar os *Subsistemas Sociais* da política, economia, religião, cultura, arte, dentre outros. As ciências sociais, portanto, assumem a função de construir explicações temáticas referentes à *Sociedade*. A questão central, a saber, é a seguinte: as ciências sociais não apresentam estruturas teóricas para cumprir a referida função, não possuem os alicerces teóricos. As

---

<sup>177</sup> O que são as ciências sociais? (tradução livre).

<sup>178</sup> O que são as ciências sociais? (tradução livre).

ciências sociais descrevem a *Sociedade* mediante a utilização de uma metodologia de ocultação das suas insuficiências de estrutura teórica.

Houve dois momentos nos quais as ciências sociais conseguiram realizar a função que lhe fora designada: primeiro, com a crítica ou denúncia da estrutura de classe da sociedade moderna (MARX, 1868); segundo, a construção cética, a metodologia de organização e a ideia de racionalidade (WEBER, 1956). A *Sociedade* (inominada) esboça um elemento emergente com o qual as ciências sociais terão que se relacionar cientificamente, qual seja, a *Complexidade*. Entretanto, os teóricos sociais, os cientistas políticos, os analistas, os historiadores, os intelectuais de plantão no mundo da radio-difusão, comunicação televisiva, digital ou impressa, não fazem a menor ideia de qual seja o sentido da terminologia *complexidade*.

Os teóricos sociais “[...] *não vêem, que não vêem*” (VON FOERSTER, 1994, p. 288). O cenário é agravado com a tradução da cegueira social, pode-se dizer que:

[...] não conseguem ver que os sistemas operam pelo método da seletividade, seja referente às estruturas, seja aos processos. O sistema opera à luz de uma série de possibilidades com o objetivo finalístico de criar uma ordem. Ao construir essa ordem o sistema próprio se torna complexo, pois se vê obrigado a realizar uma seleção quanto à relação existente entre seus elementos (LUHMANN, 1984, p. 191).

As ciências sociais, então, explicam os fenômenos, pois produzem uma comunicação científica explicativa sobre o que acontece. A comunicação que comunica, não comunica. O que faz lembrar as lições do pensamento construtivista de “[...] quando Einstein afirmou que as teorias científicas são livres criações da mente humana” (DE GIORGI, 2006, p. 195). A afirmação provocou um efeito construtivo-destrutivo que veio robustecer as novas conquistas alcançadas no universo da física. Mas, também, fulminava séculos de pensamento europeu acerca do sentido da teoria do conhecimento. A referida afirmação pode traduzir o sentido da revelação/ocultação de um paradoxo, pois pode provocar a possibilidade de não

haver conhecimento, *Saber*, explicação ou demonstração acerca do mundo e dos seres vivos que o habitam. Mais ainda, a própria ideia de mundo já havia sido fulminada “[...] quando escreveu Nietzsche que ‘mundo’ é uma invenção cristã. Um conceito de fim, ao qual endereçar cada nossa necessária ignorância” (DE GIORGI, 2005, p. 7).

Em 1883, na Escola de Direito do Recife, a única que já existiu no Brasil, surgiam os escritos intitulados ‘Variações Anti-sociológicas’ (BARRETO, 2000, p. 11-73), no sentido de construir uma crítica na afirmação de que a sociologia não é uma ciência, pois não passa de uma *frase*, um sonho tão bonito quanto inatingível. A sociologia seria “[...] apenas o nome de uma aspiração tão elevada, quão pouco realizável” (BARRETO, 2000, p. 11). Sua tradução poderia se dá por um postulado do coração que procura traçar as linhas da sociedade num todo orgânico. Para a sociologia, a sociedade estaria subordinada, como os demais organismos, a certas e determinadas leis. Para Barreto (2000), trata-se de uma construção que não merece atenção, posto que o estudo dos fenômenos sociais, numa consideração de totalidade reduzida à unidade lógica de um sistema científico, resultaria numa estupenda “*Pantosofia*”.

Ainda consoante o pensamento de Barreto (2000), o mais importante *Observador* brasileiro do século XIX, a sociologia não pode ser considerada como ciência descritiva, em razão de as ciências sociais serem construtíveis, pois que “[...] não podem ser descritos todos os fenômenos de sua alçada” (BARRETO, 2000, p. 11). Então, indaga: “[...] por que razão havia de ser como ciência de princípios, como ciência de leis, que têm de ser induzidas da observação desses mesmos fatos?” (BARRETO, 2000, p. 12). A lição de Tobias Barreto faz lembrar Heinz Von Foerster nas inesquecíveis expressões de que “[...] nas ciências, a verdade é a construção de um grande mentiroso” (VON FOERSTER, 1994, p. 288- 289). E, mais do que nunca, as palavras de De Giorgi (2006, p. 22), ao aduzir: “[...] o nosso mundo do saber é sempre menor do que o mundo do não-saber”.

Por conseguinte, os sociólogos *não vêem, que não vêem*. A sociedade moderna era a sociedade do otimismo, em função do estágio de civilidade que havia alcançado, entre glórias e tragédias, entre civilidade e barbárie. A

sua única preocupação era com a fenomenologia do *perigo*, a ideia de *perigo* que sempre mereceu atenção, mas não comprometia o sistema. Surgiram, então, as seguintes problemáticas: ecológica, tecnológica, informação, dentre outras. Passou-se, portanto, à identificação da seguinte ocorrência: “[...] mudança paradigmática do perigo para o risco” (DE GIORGI, 2005, p. 23). Perdeu-se o otimismo, agora se vive o medo do futuro. A sociedade imprime, numa velocidade nunca antes identificada, uma produção do *risco*, que é incalculável. Não há mais uma planificação do controle, apenas uma descrição que não descreve as conseqüências do agir humano.

Finalmente, as tomadas de decisão – sejam essas pautadas na ciência, na política, na economia ou outra perspectiva – que objetivam construir soluções para as problemáticas (riscos) que o modelo de sociedade produz, geram novas problemáticas, que exigem novas soluções, que ocasionam novas problemáticas com implicações sistêmicas. Ademais, o maior *risco* produzido é o *risco* de amanhã essa sociedade não mais existir.

#### **4. VERDADE: A CONSTRUÇÃO DO SABER OU TEORIA DO CONHECIMENTO**

Que é *Saber*? Que é *Conhecimento*? Que é *Ciência*? A grande tradição linguístico- comunicativa tem determinado o que é considerado *Científico* – leia-se o pensamento moderno, liberal e iluminista. Todavia, ao contrário do que é prolatado, a ciência moderna não edificou seus princípios sobre as ideias analíticas de origem ou fundamento do objeto, mas através de construção denominada *Verdade*. Em outras palavras, transformou as possibilidades ou os possíveis e refutáveis resultados científicos em *Verdade*, que induz à ideação do que é inquestionável, de axioma, ou seja, do irrefutável, construída através de premissas denominadas *Princípios*. Nestes, por sua vez, se encontram a fortaleza intitulada *Verdade*. Os princípios representam a rede de verdades dos *Sistemas Sociais* do mundo ocidental. No entanto, nota-se, inequivocamente, o esgotamento desse pensamento quando diante do conflito de suas verdades (conflito entre princípios), que exige do sistema uma operacionalização seletiva, um processo de escolha que determina o sacrifício de uma das verdades.

Os princípios, que assumem roupagem de *Verdades*, são edificados na forma de *Conceito*, ponto que faz emergir um paradoxo. Isto em função de que “[...] não é mais fácil indicar imediatamente em que consista a natureza do conceito enquanto não se estabelece imediatamente o conceito de um outro objeto qualquer” (HEGEL, 1974, p. 5). Faz-se, portanto, necessária uma atenção maior com a cognitividade e as palavras. Para discorrer seriamente, no espaço do Direito, deve-se atentar para a sua estrutura paradoxal, nas palavras construtivistas de que “[...] paradoxal é o direito porque a distinção entre direito e ilícito começa em si mesmo” (DE GIORGI, 2006, p. 26). A invenção cognitiva e linguística, construída pelo *Observador*, do que é nominado ilícito ou crime, traduz um paradoxo.

Trata-se da representação do limite cognitivo alcançado pelo *Ser* (todos nós) nas relações comunicativas, isto é, não se consegue ir além de um dualismo, de um código binário cognitivo, que tem traduzido os processos de civilidade no mundo ocidental. Poder-se-ia afirmar que se trata de um *dualismo-unitário*, pois o conceito construído somente tem sido possível por ser amparado em outro, portanto, a natureza do conceito não está em si mesmo, mas em outro conceito, que é imediatamente apontado para legitimar aquele. Significa que o conceito apenas é considerado conceito porque é um conceito de outro conceito. Ou seja, é um sistema/construção que se retro-alimenta.

Nesta perspectiva, qual seria, portanto, o conceito de ciências sociais? E em qual outro conceito ele estaria amparado? A resposta só pode ser dada pelo *Observador*. A função do *Observador*, como discutido anteriormente, é identificar as fenomenologias que possam ser construídas como ciências sociais, portanto, são teóricos sociais. Significa dizer que são “poetas” sociais. O relato de poucas linhas pode ser explicado na realidade imaginária guarabirense na arte de Santos (2013, p. 6), na “poesia” da pintura intitulada *Geometria do Imaginário*. Na sua diversidade complexa de “poesia” da pintura há uma, em especial, fascinante, que é nominada *O Nascimento da Ideia*. Esta é a função, por outras letras, do *Observador*, interpretar quanto ao nascimento da ideia, que se encontra diante dos seus olhos, que deverá ser elevado ao posto de ciência. O processo de cientificar uma ideia e,



portanto, construir uma realidade social dará início a edificação arquitetônica intitulada civilidade.

## 5. O GOVERNO DOS JUÍZES: ENTRE DIREITO E POLÍTICA

A judicialização da política. A politização do judiciário. O governo dos juízes entre direito e política. *La decisión Judicial* sem limites, a prática judicante que se auto-fundamenta e afirma que não há democracia sem o *Juiz*. Que democracia? Que juiz? Que direito? Que política? O Judiciário assume o protagonismo daquilo que alguns defensores nominam de realização material da democracia pelo direito. Na realidade jurídica brasileira esse protagonismo não reconhece fronteiras, não identifica limites, a *la decisión judicial* é o próprio limite.

A linguagem traduz o estágio cultural do ser humano. A linguagem traduz o estágio filosófico e científico de um pensador no espaço da produção do *Saber* e do *Conhecimento*. Qual *Saber* e *Conhecimento* que a linguagem da *decisión judicial* de um judiciário protagonista na democracia constrói? Que tempo presente observamos e qual o futuro que essa *decisión judicial* constrói. Na prática judicante brasileira seja o juiz monocrático, seja o ministro da Corte Constitucional, passaram a interpretar que a democracia não se realiza na política e sim no direito. E não se pode afirmar que seja um direito material, salvo se a interpretação for aquela independente da previsão normativa, pois, neste caso, a realização material do direito se identifica na própria *decisión judicial*. Constitucionalismo? Neoconstitucionalismo? Ativismo judicial? Decisionismo? Não se sabe mais qual o conceito a ser utilizado, a *decisión judicial* que observamos na prática judicante brasileira não se coaduna às expressões acima. Um juiz constitucional que nega a Constituição. Um juiz constitucional que inventa princípios constitucionais para fundamentar o não fundamento da sua decisão.

Não se nega que a científica direito é a linguagem jurídica, a construção linguístico-constitutiva da ciência direito que traduz sua estrutura por *verdade, paradoxo, complexidade e interdisciplinariedade*. Entretanto, qual

verdade tem construído essa *decisión judicial*? Qual paradoxo ela oculta? Qual complexidade procura organizar e, assim, se tornar complexa? Qual interdisciplinariedade se identifica no conteúdo dessa *decisión judicial*? Uma prática judicante que contraria a Constituição do Estado, não redimensionando a função da produção normativa para o Poder Legislativo reformador, mas sim construindo o direito com a sua estrutura (*decisión*) e obrigando o Estado a promover a realização material.

O juiz *Superman*. O judiciário protagonista da democracia representativa, que não reconhece fronteiras a sua prática judicante, que usurpa a função do Poder Legislativo. O juiz que não aplica o Direito, mas sim constrói o Direito. Mas qual Direito? Uma *decisión judicial* que nega a taxatividade e clareza da norma constitucional, do mandamento do legislador constituinte. A invenção de uma nominada linguagem jurídica que o seu fundamento é ela própria, a auto-fundamentação jurídica. Leciona o teórico italiano que:

Per costruire teorie è necessario trasformare ovvietà in problemi, diceva Luhmann. Sorprendersi e inventarsi, diceva Heinz von Foerster. E così la scienza diventa poesia perché cognizione è comportamento, conoscenza è costruzione, invenzione del sé che inventa un mondo, invenzione della macchina nella quale la percezione percepisce se stessa<sup>[179]</sup> (DE GIORGI, MAGNOLO, 2006).

A invenção de direitos pela *decisión judicial* expande os tentáculos de uma prática judicante que desconsidera toda uma teoria dos procedimentos e uma estrutura constitucional originária. Outrossim, secundariza a função do Legislativo e do Executivo, não reconhece que sua função é a fiscalização das ações de gestão do primeiro e o controle de legitimidade

---

<sup>179</sup> Para construir teorias é preciso transformar obviedades em problemas, afirmava Luhmann. Surpreenda-se e invente-se, dizia Heinz von Foerster. E assim a ciência se torna poesia porque cognição é comportamento, conhecimento é construção, invenção de si que inventa um mundo, invenção da máquina na qual a percepção se percebe (tradução livre).

da produção normativa pelo segundo, exemplo vigente é o nominado *Estado de coisas inconstitucional* que não mais reconhece limites. Ou as manifestações (*decisión judicial*) que se autonominam pertencentes aos mundos do neoconstitucionalismo, ativismo judicial e decisionismo. Contudo, o presente que se observa, com a *decisión judicial* que constrói direitos, que futuro trará? O juiz é o controlador, mas quem controla o controlador?

## **6. O GOVERNO DOS JUÍZES E A DECISÃO JUDICIAL: A PRÁTICA JUDICANTE**

Tomando por base o pensamento luhmanniano (1984, 1993, 2016a), a sociedade moderna se caracteriza pela hipercomplexidade e pela diferenciação funcional das esferas sociais, denominadas subsistemas, considerando a sociedade (holisticamente) como o sistema, em si. Cada subsistema possui função, estrutura, reações e comunicação próprias por serem autopoiéticos. Portanto, nenhum subsistema desempenhará a função de outro subsistema, de modo que a autonomia é uma característica intrínseca a cada um. Além de serem distintos entre si, se distinguem do meio circundante (ambiente). Apesar de se comunicarem com este meio, o fazem por meio de códigos próprios. Portanto, o fato de os subsistemas serem autônomos e possuírem função genuína e inconfundível na sociedade (sistema) não existem óbices para que haja comunicação intersistêmica. Ao contrário, há intercâmbio entre os subsistemas. Esses são cognitivamente abertos porque é possível a comunicação e a influência de um sobre o outro. Todavia, esta interlocução se dá conforme as regras, os interesses e as condições dos subsistemas. Então, mesmo que operativa e funcionalmente fechados, os subsistemas são cognitivamente abertos.

Um subsistema é definido pela fronteira estabelecida entre este e o ambiente (ou entorno) que, por sua vez, é outro subsistema, e, todos reunidos, compõe o sistema de primeira ordem: a sociedade. Um subsistema funciona como fronteira para o outro. Contudo, as divisas não são espaciais, são operacionais (as operações que ocorrem no interior de cada sistema) comunicativas e epistemológicas. Pois para ser considerado um

sistema social, obrigatoriamente, este tem que possuir uma linguagem genuína, denominada código binário. Cada sistema possui seu código binário próprio que, por sua vez, produz uma comunicação exclusiva, através de dois polos, um positivo e outro negativo. No caso do Direito este código é lícito-ilícito ou direito-não direito. Este código é um juízo tautológico, posto que é através deles que se identificam os sistemas e suas funções. De modo que, reitera-se: os códigos binários de cada um dos subsistemas do sistema social comunicam e consolidam a diferenciação funcional. Definitivamente, cada sistema possui uma função exclusiva que é definida pelo próprio sistema.

Nesta perspectiva, Luhmann (1984, 1993) procurou descrever a complexidade da sociedade, ou seja, suas várias possibilidades diante uma diversidade de ações, de comunicações, de comportamentos, de conflitos, dentre outras, pois, na atualidade, não há de se tratar de linearidade e previsibilidade, tampouco de metanarrativas diante um sistema com pessoas, problemas e moralidades plurívocas. Por conseguinte, Luhmann propõe uma nova forma de enxergar a sociedade com novos observadores (ou uma nova postura para os observadores) e um novo modelo de racionalidade às ciências sociais, incluindo o Direito. Neste novo pensamento, o indivíduo não é um ser *a priori*, muito menos a sociedade pode ser observada como simples objeto. A sociedade passa a ser compreendida como uma estrutura ativa e viva, à medida que produz sua comunicação e seu próprio modo de se comunicar, ou seja, produz seus elementos (linguagem e comunicação). A sociedade se auto-produz. Isto posto se estabelece uma indagação: como manter a ordem nessa sociedade (sistema) complexa? Seria através do Direito?

Luhmann (1983) afirma que a positivação do Direito significa avanço civilizatório e que este é a estrutura normativa da sociedade. Todavia, alerta que na sociedade complexa, pós-moderna, com várias problemáticas e, simultaneamente, várias possibilidades de solução, não se pode compreender o Direito com os mesmos pressupostos da modernidade. E, nesta perspectiva, o Direito também se diferenciou dos demais subsistemas sociais. Aliás, uma das grandes conquistas que o Direito alcançou foi a sua

diferenciação, ou seja: este não é, tampouco deve ser confundido, com a moral, a economia, a religião, a política ou quaisquer outros subsistemas do sistema social. E, considerando o pensamento de Neves (2006), a diferenciação dos subsistemas sociais ocorreu a partir do momento que estes conseguiram se afastar da moral como fio condutor, de caráter hierárquico, das várias conexões comunicativas, num processo de superação da moral convencional.

Este fenômeno é facilmente identificável no Direito com a superação do paradigma jusnaturalista que impunha ao direito a moral – através da ideia de justiça – como seu fundamento de validade, ou seja, o direito seria válido se fosse justo. Na modernidade, o *locus* de legitimidade do direito migra para pressupostos objetivos e este passa a se fundamentar através de procedimentos prescritos na própria legislação, à esteira das premissas positivistas *stricto sensu*, na definição de Dmoulis (2018). Portanto, sob a égide do positivismo jurídico, o direito é justo se for válido. Pensamento largamente defendido por Kelsen (2000) e Luhmann (1980), nominado de legitimidade pelo procedimento.

Outrossim, à luz da perspectiva luhmanniana, além de possuir autonomia funcional, no seu processo de diferenciação, o Direito também é operacional e normativamente fechado, ou seja, o Direito é um sistema autopoietico. Em outras palavras, Luhmann (1983), nesta nova racionalidade, afirmar a autopoiese como o núcleo metodológico das ciências sociais. Por conseguinte, o Direito é insuscetível de controle ou determinação externa. Ou seja, o Direito não é determinado por lei divina ou por leis naturais, de modo que a validade das normas e das decisões judiciais dependem de elementos do próprio sistema. Dependem, tão somente, de decisões e de regras anteriores que estabelecem os requisitos de sua validade. Constata-se a autorreferência, isto é, o Direito é o que o Direito diz ser. Neste norte de ideias, Teubner (1989) esclarece que os sistemas autopoieticos não são apenas auto-organizados. São, sobretudo, sistemas auto-reprodutivos, pois, elaboram as suas próprias condições originárias de produção, tornando-se independentes do seu entorno. As condições de produção irão proporcionar, por sua vez, as condições de organização.

Então, a autopoieses é o conjunto das possibilidades de auto-organização e auto-reprodução que, redundando, na autorreferência. Ainda sobre a autopoieses do Direito, Rocha, King e Schwartz (2009) explicam que, se o Direito é um subsistema funcional da sociedade, por consequência, é um sistema autopoietico. Assim, a autopoieses do Direito é uma consequência ou uma continuação da autopoieses da própria sociedade. Contudo, não deve ocorrer confusão entre ambas.

Luhmann (2016b) pondera que o ponto focal do subsistema jurídico são os tribunais, em razão destes colocarem em prática o código binário do Direito. Contudo, é importante considerar que, o Poder Legislativo tem como função típica legislar, todavia, não há obrigatoriedade de legislar sobre todos os temas. Do mesmo modo que os particulares não são obrigados a estabelecer negócios jurídicos. Todavia, o Poder Judiciário, ao contrário, é obrigado, por força da Constituição (art. 5º, XXXV da CRFB/1988<sup>180</sup>) a aplicar à lei e solucionar os conflitos sociais, ou seja, a produzir operações jurídicas. Mas, assim deve proceder utilizando o seu código binário, as suas premissas, as suas normas. Por conseguinte, é através dos tribunais que o fechamento operacional do Direito ocorre e a sua autopoiese se consolida. Deste modo, a importância do Poder Judiciário na manutenção do diferenciamento funcional do Direito é inquestionável. É neste espaço que o Direito alcança o seu sentido, a partir de um código e de uma programação genuína. É, principalmente, a partir da atividade judicante que o Direito se consolida como comunicação.

Todavia, um dos fenômenos mais observados na atualidade são as decisões judiciais que ignoram o código binário do Direito, ou seja, desconhecem os confins do Direito e, por conseguinte, corrompem o sistema, transgredindo sua diferenciação e, igualmente, a sua autopoiese. Para este estudo, utilizar-se-á dois julgados, a saber: o primeiro foi decisão proferida pelo Juiz Edmilson Rodrigues, quando este atuou titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Sete Lagoas, no Estado de Minas Gerais.

---

<sup>180</sup> Cf. Art. 5º, XXXV da CRFB/1988): a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Referido magistrado, ao sentenciar nos autos do processo nº 222.9428-86.2006.8.13.0672, em suas considerações sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, utiliza fundamento diverso das premissas jurídicas, empregando, inclusive, linguagem discriminatória, preconceituosa e mosó-gina. Nesta demanda, em específico, o magistrado inicia questionando se poderia ou não utilizar da filosofia ou até mesmo da religião como fundamento de sua decisão: “[...] devemos fazer um julgamento apenas jurídico ou podemos nos valer também de um julgamento histórico, filosófico e até mesmo religioso para se saber se esse texto tem ou não autoridade?” (MINAS GERAIS, 2007, p. 1). Não satisfeito com a possibilidade de utilizar de argumentos religiosos como norte para uma decisão judicial, ironiza ao se acostar ao preâmbulo constitucional quando afirma: “Mas querem uma base jurídica inicial? Tome-la então!” (*Ibidem*, p. 1).

Neste norte de ideias, constata-se que o pensamento deste magistrado contraria, frontalmente, a teoria da validade do direito elaborada por renomados teóricos, a exemplo de Kelsen (2000), Bobbio (1995); Dmoulis (2018); Ferraz Júnior (2015); Hart (1994), dentre outros, que partem da lógica positivista com a rejeição do direito natural e da dependência deste de elementos metafísicos, a exemplo de leis divinas e imperativos da razão humana; compreendem o direito como criação humana e afirmam o seu caráter coativo em razão de pressupostas objetivos. Hart (1994) adverte que não é uma “verdade necessária” que o Direito reproduz ou satisfaz certas exigências da moralidade, mesmo que isto ocorra, em algumas circunstâncias. Em outras palavras, mesmo que, frequentemente, se observe uma ligação entre direito e moral, esta vinculação não é necessária, tampouco condição de validade para o direito, ou fonte das normas jurídicas. Para o estudo e a compreensão do Direito não se inclui qualquer tipo de avaliação moral, porque o Direito não é válido por ser justo ou correto. Inegavelmente, há semelhanças entre Direito e Moral, mas não há dependência. Para Kelsen (2000), a separação entre Direito e Moral é a característica mais importante do positivismo jurídico.

Na esteira do pensamento de Kelsen (2000), a teoria do Direito procura responder ‘o que é’ e ‘como é’ o Direito, não como este ‘deve

ser'. Desta forma, estudar o Direito requer postura descritiva, abstendo-se o observador de justificá-lo ou até mesmo corrigi-lo (na perspectiva de Robert Alexy), quando de sua aplicação. Diante do exposto, é redundante a expressão 'direito positivo', posto que apenas é direito se for positivo, ou: se é direito, é positivo. A positividade é condição ontológica do Direito.

Ademais, a validade de uma norma, no caso em comento, a Lei Maria da Penha, deve se iniciar com a constatação de sua inserção ao ordenamento jurídico, posto que validade, no Direito, é um conceito relacional. Assim sendo, a validade das normas será orientada pelos pressupostos de sua vigência e de sua eficácia e dos desdobramentos a partir dessas duas categorias. Importante reiterar que a expressão 'validade formal' para o positivismo significa que esta norma não poderá ser mensurada considerando critérios externos ao Direito, a exemplo de adequação moral, política, científica, artística, econômica, ou religiosa.

Outro aspecto a ser pontuado é o caráter contrafático (contrário aos fatos) das normas jurídicas. Quer dizer, as normas jurídicas continuam válidas mesmo quando são violadas, de modo a oportunizar a estabilidade da sociedade e do próprio Direito. Validade, portanto, é a qualidade ou condição da norma jurídica fazer parte de um ordenamento jurídico, em dado tempo, com força obrigatória, imperatividade e coercibilidade. As condições de validade das normas são determinadas pela Constituição Federal (1988) (e mais algumas outras normas) e são de ordem formal, posto que não é possível confundir validade, com verdade ou com justiça. A validade do Direito não repousa mais no fato da norma ser justa. Ao contrário, a lógica positivista demanda que a norma é justa por ser válida.

De modo que a validade das normas jurídicas se inicia pelos requisitos da vigência, definido por Reale (2009) como a executoriedade compulsória de uma norma jurídica, por haver preenchido os pressupostos essenciais à sua feitura ou elaboração, quais sejam: i) a norma deve emanar de órgão competente; ii) o órgão elaborador terá que possuir competência sobre a matéria a ser legislada; iii) os trâmites legais (processo legislativo – competência para propositura, tramitação, quórum, prazos, forma de publicidade, *vacatio legis*, dentre outros) devem ser observados rigorosamente pelo órgão



elaborador. No ordenamento brasileiro, as leis que disciplinam o processo legislativo são: a Constituição da República Federativa do Brasil (1988); Leis Complementares nº 95/1998 e 107/2001; Decreto lei nº 4.657/1942 e regimentos internos das Casas legislativas; iv) os limites temporais e espaciais de validade devem ser respeitados.

Assim, a lógica empreendida na decisão, objeto desta análise “Lei Maria da Penha” — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta [...] conjunto normativo de regras diabólicas” (MINAS GERAIS, 2007, p. 2), desconsidera a teoria da validade das normas porque a invalidade da Lei Maria da Penha se dá por esta ser, em tese, contrária a possíveis regras ou desígnios divinos, sendo assim herética. Ademais, por esta lógica, a Constituição (1988), certamente, também teria sua validade norteadas em mandamentos religiosos, pois a inconstitucionalidade se confunde com uma heresia, “herética porque é inconstitucional”. Este pensamento se coaduna com o jusnaturalismo medieval em que a validade do direito dependia deste está em consonância com as regras divinas. Situação em que não existia liame entre direito e religião.

A indiferenciação jurídica coloca em risco a existência do próprio Direito à medida que, outrossim, coloca em risco a sua autopoiese, posto que a autopoiese do Direito alcança o próprio fundamento de sua validade. Se o sistema é autopoietico, seu fundamento não estará em nenhuma estrutura ou elemento externo — justiça, vontade divina, tampouco norma hipotética fundamental. Mas, em algo intrínseco ao sistema — a positividade. Pois, não há direito fora do direito e só é direito o que o direito reconhece como tal. Levando à lógica da circularidade, autorreferibilidade e recursividade. Isto é, se o Direito é autopoietico, o problema do fundamento da racionalidade jurídica se torna inócua em razão da circularidade e autorreferência do Direito.

Apenas se dá a autopoiese se o sistema consolidar a clausura operativa (ser operacionalmente fechado): conseguir se auto-observar e a partir de então estabelecer as regras próprias (fechamento normativo) para sua

auto-organização (autorreferibilidade) e se autorreproduzir, ou seja, através das regras de organização construir seus sentidos, seus elementos, suas estruturas com código próprio e, por consequência, diminuir a sua própria complexidade e contingência. Desta forma, fundamentar uma sentença utilizando argumentos e código que não fazem parte da seara jurídica, corrompe e descaracteriza o Direito como tal.

Inegavelmente, o Direito, como qualquer outro subsistema, pode e deve ser cognitivamente aberto. Significando que, enquanto fenômeno social interage e dialoga com outros subsistemas. Contudo, esta cognição também obedece à regras. Interage com os sistemas sociais, mas preserva sua autonomia. Pois, os estímulos externos apenas adentram ao subsistema jurídico se este assim permitir. De modo que o Direito realiza trocas comunicativas e acoplamentos estruturais, mas, conserva sua autonomia: é operacional e normativamente fechado. Um sistema de retroalimentação. Em outras palavras, o Direito não é imutável, pois, para realizar sua função social adequadamente, tem que, concomitantemente, preservar a integridade e a estabilidade do sistema, sem promover mudanças bruscas e excessivas, ao tempo em que não pode ignorar a necessidade de implementar mudanças necessárias para evitar sua estagnação.

De modo que os sistemas seriam, simultaneamente, abertos e fechados, na tentativa de manter um equilíbrio interno e não permitir sua corrupção, que provocaria a descaracterização como sistema, como ocorrido com a sentença em comento, onde o juiz utiliza de práticas discursivas sem nenhuma base científica e/ou normativa jurídica. Utilizando códigos binários estranhos ao direito.

O segundo caso a ser analisado é uma sentença proferida em Juizado Especial Cível, na comarca de Cascavel, Estado do Paraná. Nesta demanda, um cidadão local, baseando-se em Lei Estadual que garante 20 minutos como tempo máximo de espera em fila de instituições bancárias, demandou em razão de reiteradas vezes ter ficado na fila aguardando atendimento, em tempo maior do que o permitido por lei. Sentindo-se lesado, o cidadão demandou pedindo indenização por dano moral. Na sentença, o juiz

Rosaldo Elias Pacagnan negou o pedido fundamentando sua decisão em passagem bíblica e no personagem de histórias em quadrinho.

Logo no início do texto decisório, o magistrado afirma, parafraseando o texto bíblico de Eclesiastes que: “Tudo tem seu tempo determinado”. Prossegue: “Há tempo de nascer e tempo de morrer; tempo de plantar e tempo de colher o que se plantou”. No julgado, o magistrado emendou: “[...] há tempo de ficar na fila” e determinou ao jurisdicionado: “[...] conforme-se com isso”. Ademais, mesmo reconhecendo que a demora traz prejuízos de muitas ordens, advertiu que as pessoas não vivem em uma redoma de vidro, pois: “[...] o único sujeito que conheço que anda com essa tal redoma de vidro é o Astronauta, personagem das histórias em quadrinhos do Maurício de Souza; ele sim, não pega fila, pois vive mais no espaço sideral do que na terra; em compensação, é solitário a beça” (PARANÁ, 2011, p. 1-2). Neste mesmo julgado, o juiz ainda adverte que não “é simpático” a determinada teoria arguida na petição inicial:

(o) **não sou nada simpático** à tal da “Teoria da Rentabilidade sobre o Caos” (!), propalada na petição inicial, a pretexto de querer colocar o Poder Judiciário no papel de educador mor da Nação, **a distribuir chineladas** de dinheiro nos inescrupulosos capitalistas, para dar “um basta” no comportamento reprovado por esse ou aquele; se bem que talvez essa teoria se aplique a muitas demandas talhadas para se converterem em ações repetitivas, com intuito de enriquecimento sem causa, se acolhidas forem em Juízo, donde o caos seria da Justiça, cada vez mais vem sendo entupida com a mania de judicializar as pequenas banalidades, e a rentabilidade dos escritórios de advocacia que se propõem a isso; Nesse caso, tudo bem... **Dê-me aqui o chinelo!** (PARANÁ, 2011, p. 2).

Neste caso, além de julgar utilizando argumentos que ultrapassam os limites jurídicos, posto que estes são de ordens estranhas ao Direito, a linguagem utilizada também é pouco formal. Pois, partindo da ideia luhmanniana que Direito é comunicação e esta se dá através da linguagem,

o Direito comunica através das normas, das decisões judiciais, das jurisprudências, dos contratos, da teoria jurídica, das petições, das sustentações orais, dos pareceres, do ensino jurídico. Todo ato, toda prática, toda atividade jurídica envolve atos de linguagem e estes devem ser claros, objetivos, mas, sobretudo, jurídicos, atendendo ao código lícito-ilícito. Neste sentido, opinar, julgar, contradizer, reclamar, interpor, discutir, sustentar, escrever, esclarecer, tudo é comunicar por constituírem exercício de argumentação utilizando a linguagem como meio de racionalidade e persuasão. Todavia, os juristas, os juízes, os docentes, os advogados não falam apenas para si e entre si. A mais importante interlocução do Direito é com a sociedade.

Argumentar, portanto, é a capacidade de produzir ou construir uma comunicação persuasiva sobre dado fenômeno, fato ou situação. A argumentação é o texto ou oralidade, em si, e, por sua vez, a interpretação é o meio utilizado para dar sentido ao texto ou a oralidade jurídica. A argumentação está para além da interpretação, criando textos/elementos jurídicos novos, num movimento autorreferente e autopoietico, conforme a cognição de Luhmann (2016b). A interpretação demanda a auto-observação (de 1ª ordem). É a observação de primeira ordem que deflagará o início do processo comunicacional. Será a interpretação que promoverá a construção do significado do ato comunicativo ou comunicacional (norma, decisão, doutrina, dentre outros) através da auto-observação. O ponto de partida da interpretação é o código binário lícito-ilícito. Este código proporciona a diferenciação funcional do sistema jurídico. Desta forma, a interpretação é uma operação de autocriação do Direito, implica autorreferência do sistema. Por sua vez, a argumentação é uma observação de 2ª ordem, onde o observador observa outros observadores, ou seja, ao decidir, o magistrado, para validar sua cognição deve utilizar como elemento de legitimidade/comprovação/reiteração outros escritos científicos jurídicos, legais e jurisprudenciais, após examiná-los (observá-los). De modo que argumentar pressupõe convencimento, ou é o próprio exercício da persuasão. Do mesmo modo que para comunicar, expor um pensamento, um entendimento, argumenta-se. De modo que se estabelece uma relação umbilical entre interpretação e argumentação. E, por sua vez, a análise da

argumentação seria a observação de 3ª ordem: a observação das observações observadas pelos observadores.

No caso da decisão judicial, o argumento se transforma no fundamento da decisão em si. Neste caso, espera-se que o magistrado proceda uma explanação ou explicação de como interpretou a norma para em seguida aplicá-la. E, igualmente às normas jurídicas, a argumentação deve ser válida. Mencionada validade repousa nos textos normativos, doutrinários, judiciais, contratuais (dentre outros), criando textos novos que se apoiam nos textos anteriores, desde que sejam jurídicos, ainda conforme pensamento luhmanniano. De modo que, ao argumentar, se observa o Direito a partir dos textos jurídicos que se reportam a outros através das citações (autorreferência), denominada de intertextualidade, a demarcar o fechamento operacional do sistema jurídico, através da autorreferibilidade, e sua própria autopoiese.

A lógica sistêmica da argumentação é a demonstração que os Tribunais estão no centro do sistema e que não é possível mais tratar de hierarquização do Direito, mas de circularidade, numa conjuntura centro-periferia. A jurisdição e o processo judicial seriam uma espécie de microsistema dentro do subsistema jurídico, então as decisões judiciais (leia-se: Tribunais e magistrados) seriam a estrutura central do subsistema. No entorno, as demais estruturas e elementos jurídicos (normas, acordos, negócios jurídicos, doutrina, costumes jurídicos, dentre outros), de modo que juízes e Tribunais não podem ser vistos apenas como aplicadores ou executores de atos coercitivos, mas como significativos responsáveis pelo fechamento operacional e funcional do sistema jurídico em virtude, reitera-se, da vedação do *non liquet*, ou seja, não é possível a recusa de decidir, em qualquer circunstância. Essa inafastabilidade garantirá a resolução dos conflitos, a colmatação das eventuais lacunas legais e tornará o sistema complementável, colaborando com a atenuação da complexidade do sistema jurídico.

Nesta lógica, as demais atividades jurídicas se transformam em ambiente e a posição central do juízo faz com que haja maior isolamento cognitivo, o que é interessante em razão de o juiz ser o observador de 1ª ordem neste suposto microsistema. E, mediante as regras que norteiam

o processo (procedimentos), através do código lícito-ilícito, os Tribunais farão a seleção do que será acoplado ou não, dando-se a decisão que pres-supõe interpretação e se aporta na argumentação jurídica, através de uma linguagem própria. Interpretar e argumentar necessitam de regras, de modo a não corromper o subsistema jurídico e descaracterizar o direito como sistema autopoietico, pois se o Direito não tiver o poder de determinar o que é Direito, o quê ou quem o terá? Luhmann (1980) é objetivo ao afirmar que a garantia da diferenciação do sistema passa pela: canalização e controle das influências sociais através da legislação, e, impedimento legal que o juiz exerça outros papeis na jurisdição, que não o de magistrado, tão somente.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Letras sobre o *Observador* e os *Juízes*, sobre a invenção da ciência e o modelo de governança do jurídico. Letras sobre um paradigma perdido: ciências sociais. Letras sobre o protagonismo do judiciário na democracia (brasileira) ocidental. Letras sobre o Governo dos Juízes na democracia representativa que não representa. O mundo. Os mundos. A existência. A inexistência. A invenção. A criação. Os sistemas. Os subsistemas. A ideia da ideia. O conceito do conceito. O conceito do não conceito. O *Observador* e a invenção do *Saber* traduzem a nossa inequívoca ignorância. Que *Saber* a *decisión judicial* constrói? O *Saber* representa o nível máximo do *Não-saber*. As ideias que temos ou sobre as quais tomamos conhecimento, representam um mundo infinitamente menor do que àquelas ideias que ainda não tivemos ou sobre àquelas que ainda não conhecemos. O *Observador* é a personagem nuclear na construção do *Saber* ou teoria do conhecimento, sem ele não há *Saber*, sem ele não há conhecimento. No entanto, com ele, o que é construído é realmente um *Saber*? Ou é um *Saber* sobre o *Não-saber*, que caracteriza a nossa necessária ignorância de uma teoria do conhecimento, a ciência? O juiz que governa pela *decisión judicial* constrói um *Saber* para o futuro? E qual futuro? O *Saber* ou teoria do conhecimento traduz os limites do pensamento, limites que se abrem

e se fecham pelas simplificações de natureza causal, histórica e antropocêntrica, que conduzem sempre a uma metodologia da objetividade. Aqui, sem dúvida, o ponto nuclear no qual se encontra o *Observador*, pois toda ideia ou pensamento é ideia ou pensamento do *Observador*. E uma *decisión judicial* que não observa limites? O *Saber* ou teoria do conhecimento é sempre a mesma, sempre diversa, projeta-se sobre um novo *Saber* ou *Conhecimento* sempre o mesmo, sempre diverso. Trata-se do processo operacional impulsionado pelo *Observador*, ou seja, operações que assumem a função de construir horizontes que partem sempre de outros horizontes numa diversidade que exige seleção de possibilidades de horizontes.

E um direito sem limites? E um direito que não reconhece o espaço e a função da política na democracia representativa? O *Saber* ou teoria do conhecimento representa os confins de uma cognitividade que tem como limite a auto-reprodução que é auto-referencial, reflexiva e circular. O *Saber* se reproduz a partir de si mesmo e retorna sempre a si mesmo. O *Saber* é o horizonte das possibilidades que se reproduz na teoria do conhecimento, da ciência. Portanto, aquilo que não era horizonte se torna horizonte a partir de si mesmo: *la decisión judicial* tem reinventado o direito a partir de si mesma. A partir de então aquilo que era *Saber* ou *Conhecimento* pode ser renominado de evolução científica. O *Saber* é *Saber* e *Não-saber* que se auto-determina, determina seus confins na invenção contínua de horizontes de possibilidades que são sempre atualizáveis. A *decisión judicial* que nega a memória de decisões judiciais, que determina a exclusão de uma memória jurisprudencial. O *Observador*, a distinção e a observação estão sempre expostas a outros processos de observação, fundados em outras observações, estas realizadas por outras distinções.

A concepção de que o Direito é instrumento que operacionaliza a justiça é falaciosa, pois, segundo a lógica luhmanniana, o Direito tem por função ordenar a vida social, na tentativa de minimizar a complexidade e não solucionar toda a complexidade através da aplicação de uma justiça perfeita, pois verdade-mentira, justiça-injustiça, sagrado-profano não são códigos jurídicos. Não garantir a autonomia do Direito é colocar em risco sua própria existência e diluí-lo na moralidade, na religião, na

política. Ademais, o Direito, em possível risco redundará, inevitavelmente, em risco para o Estado Democrático e suas instituições. Os confins ou limites da decisão judicial são os próprios limites do Direito. Todo e qualquer governo necessita de limites, mesmo que seja o governo do juízes.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Campinas : Bookseller, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: 6. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995.

BORGES, Jorge Luis. **Obras Completas**. 18. ed. Buenos Aires: María Kodama y Emecé Editores, 1989.

DE GIORGI, Raffaele. **Temî di filosofia del diritto**. Collana Scienza del Diritto, n° 5. Lecce : Pensa MultiMedia, 2006.

DE GIORGI, Raffaele; MAGNOLO, Stefano. **Mondi della società del mondo**. Collana

Teoria della Società, n° 6. Lecce: Pensa MultiMedia, 2006.

DMOULIS, Dmitri. **Positivismo jurídico**. Teoria da validade e interpretação do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

HEGEL, Georg Wilhelm Fridrich. **Scienza della Logica** (Wissenschaft der Logik). Tomo Terzo. Traduzione di Arturo Moni. Roma-Bari: Laterza, 1974.

HEIDEGGER, Martin. **Der Zeitbegriff in der Geschichtswissenschaft**. In: Frühe Schriften, Frankfurt am. Maim, Vittorino Klostemann, 1972.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Coleção Pensamento Político. Trad. Maria da Conceição Côrte -Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro,



1983.

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme**. Grundriß einer allgemeinen Theorie. 7. ed. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1984.

LUHMANN, Niklas. **Soziologie des Risikos**. Berlim/New York: Walter de Gruyter, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Suhrkamp: Taschenbuch-Wissenschaft, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Die Kunst der Gesellschaft**. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Vozes, 2016a.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

MARX, Karl. **Das kapital**. Leipzig: Demokratischen Wochenblatt, 1868.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). 1ª Vara Criminal e Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Sete Lagoas. **Processo nº 222.9428-86.2006.8.13.0672** (numeração originária 0672.06.222.942-8). Juíz: Edmilson Rodrigues. Sete Lagoas, 12 de fevereiro de 2007. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3915965/mod\\_resource/content/1/Senten%C3%A7a%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3915965/mod_resource/content/1/Senten%C3%A7a%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf). Acesso em: 30 dez. 2022.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). 1º Juizado Especial Cível. **Processo nº 0006624-98.2011.8.16.0021**. Juíz: Rosaldo Elias Pacagnan. Cascavel, 16 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/3040435/juiz-invoca-a-biblia-para-negar-indenizacao-a-advogado-por-demora-em-banco>. Acesso em: 10 dez. 2022.

PARSONS, Talcott Edgar Frederick. **The social system**. Routledge Sociology Classics. With a New Preface by Bryan S. Turner. Editor: Bryan S. Turner/Routledge. London: Taylor & Francis Group, 1952/2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Leonel; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese do Direito**. Porto Alegre: Livraria di Advogado, 2009.

SANTOS, Elias. **Geometria do Imaginário**. (Exposição de Pintura). Guarabira : Casa da Cultura, 2013.

VON FOERSTER, Heinz. **Wissen und Gewissen**. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1994.

VON FOERSTER, Heinz. **Sicht und einsicht**: versuche zu einer operativen erkenntnis theorie. Braunschweig/Wiesbaden, Friedr.Vieweg & Sohn, 1985.

WEBER, Max. **Wertschaft und gesellschaft**: grundriss der vertehenden soziologie. Tübin- gen, 2. Habbd., Paul Siebech, J. C. B. Mohr, 1956.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.



# LIBERDADE RELIGIOSA E CIDADANIA: ENTRE A RAZÃO E A RELIGIÃO



**PAULO AUGUSTO ALMEIDA DE OLIVEIRA**

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Não crente — 3. Crente — 4. Conclusão — Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho, de revisão de literatura, tem como objetivo analisar a obra *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización* de Jürgen Habermas e Joseph Ratzinger, buscando compreender as diferentes interpretações dos dois pensadores sobre a razão e a religião, em perspectivas religiosa e não religiosa. Mostrando que, ao fim, suas conclusões sobre a contemporaneidade são similares, diferindo na existência ou não de elementos pré-políticos no direito.

**Palavras-chave:** religião, razão, direito, cidadania, contemporaneidade.

**ABSTRACT:** The present work, of literature review, aims to analyze the work *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización* by Jürgen Habermas and Joseph Ratzinger, seeking to understand the different interpretations of the two thinkers on reason and religion, in religious and non-religious perspectives. Showing that, in the end, their conclusions about contemporaneity are similar, differing in the existence or not of pre-political elements in law.

**Keywords:** religion, reason, law, citizenship, contemporaneity.

## 1. INTRODUÇÃO

“Deus é rei sobre toda a terra, pouco importando que os homens o queiram ou não, e não deixará seu trono, ainda que alguém negue a sua existência ou providência.” (HOBBS, *Do Cidadão*, p. 240)

A citação de Hobbes acima é interessante pois mostra a posição de qualquer religioso perante o mundo e as pessoas não religiosas. Para o crente, não importa se você não acredita no mesmo Deus que ele pois o seu Deus continuará reinando sobre a Terra e seus mundos sem se importar com o que o não crente pensa, ou pior, castigando aquele que não crê e não se importa, dependendo é claro do Deus, pois ao que parece existem muitos deles.

O presente artigo busca investigar o pensamento de dois pensadores, um crente e o outro não crente, ambos grandes expoentes nas suas áreas de pensamento e que colaboraram em um pequeno livro fruto de palestras e debates proferidas por eles. Tal livro tem o título em espanhol de *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, com publicação em 2008 e reimpressão em 2013, a qual consultamos. Trata-se de tradução da obra *Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates? Dialektik der Säkularisierung*, publicada em 2005, e fruto de debates promovidos em janeiro de 2004 pela Academia Católica da Baviera entre o filósofo Jürgen Habermas e o teólogo Joseph Ratzinger, em torno do tema dos fundamentos morais do Estado.

Durante todo o artigo, os textos referidos como HABERMAS, 2013 e RATZINGER, 2013, tratam de tal livro e as citações em português são uma tradução livre nossa feita para o propósito do estudo aqui apresentado. Outros textos dos mesmos autores e de outros terão as suas referências respectivas.

Jürgen Habermas é um filósofo e sociólogo alemão filiado à Teoria Crítica e à Escola de Frankfurt, tem como alguns dos seus principais temas o debate sobre a democracia, sobre a ação comunicativa e sobre a esfera pública.

Joseph Ratzinger, no tempo em que participou dos debates e escreveu esse pequeno livro, ainda não era a figura central que seria para o cristianismo católico apostólico romano cerca de um ano após os debates, já que em abril de 2005 foi eleito pelo conclave cardinalício como Pontífice Máximo da Igreja Católica Apostólica Romana, chamado de Papa Bento XVI, cargo que exerceu entre 19 de abril de 2005 a 28 de fevereiro de 2013, quando abdicou.

Embora haja divergências nos pensamentos do filósofo e do teólogo, a sua leitura e interpretação do mundo naquele período são próximas, isto é, aquilo que ambos veem como problemas e questões a serem enfrentadas no mundo contemporâneo são semelhantes.

## 2. NÃO CRENTE

O título do texto escrito por Habermas enquanto pergunta, *Fundamentos pré-políticos do estado democrático de direito?*, já demonstra a sua dúvida se existem de fato fundamentos pré-políticos para a fundamentação do Estado Democrático de Direito. Os fundamentos pré-políticos seriam aqueles morais, religiosos que pudessem fundamentar o direito e a lei, antes desses terem sido estabelecidos.

Habermas inicialmente evoca uma questão suscitada por Ernst-Wolfgang Böckenförde nos anos 1960, sobre se o Estado Liberal e secularizado, isto é, apartado da religião, estava ou não fundamentado em princípios que não podia sustentar, ou que não partissem do Estado, mas fossem a ele anteriormente constituídos. Dependendo da resposta a tal questão, poderia levar a que a fundamentação do Estado Liberal estivesse em elementos baseados na tradição, na religião, na moral ou em alguma visão de mundo. Nesse sentido, segundo Habermas, a visão de Rawls de que o Estado seria forçado a permanecer neutro quanto às visões de mundo cairia por terra, já que haveria questões pré-políticas nas quais o Estado se basearia.

A partir dessa questão o autor formula outras questões dela decorrentes: se realmente seria possível a consolidação de um Estado, de um poder

soberano, baseado no direito positivo que estivesse inteiramente livre de questões pré-políticas e, sendo isso possível, se seria viável a vida em uma sociedade plural dela decorrente. Do esclarecimento dessa questão surgem também outras, segundo o autor, uma ordem liberal necessita da solidariedade entre os cidadãos como fonte, com a completa secularização da sociedade esses laços de solidariedade pré-políticas poderiam ser completamente quebrados. A partir disso, propõe que se entenda o processo de secularização da sociedade como o estabelecimento de limites no projeto de sociedade entre crentes e não crentes e que após a secularização deve-se pensar em quais “são as atitudes cognitivas e quais são as expectativas normativas que o Estado liberal teria de exigir dos cidadãos crentes e não crentes na sua relação recíproca” (HABERMAS, 2013, p. 11).

Habermas em sua defesa de um liberalismo político (que ele também chama de republicanismo kantiano) aponta que houve um abandono das ideias religiosas na afirmação do Estado constitucional democrático e que, ainda que possam ser apontadas algumas origens religiosas da ideia de direitos humanos, as fontes principais são profanas e datadas das filosofias dos séculos XVII e XVIII.

Segundo o autor, para Böckenförde, entre outros como Schimdt, a justificação do Estado democrático constitucional estaria em elementos éticos e morais, pré-políticos, isto é, “que a pretensão de validade do direito positivo dependeria de seu ancoramento nas convicções éticas pré-políticas de comunidades religiosas ou nacionais, uma vez que tal ordem jurídica não poderia se legitimar com base apenas em procedimentos jurídicos gerados democraticamente” (HABERMAS, 2013, p. 15). Porém, para Habermas é o processo democrático, o processo constituinte, que gera a legitimidade e a legalidade do Estado democrático constitucional. A constituição do Estado liberal tem capacidade para se justificar sem a necessidade de recorrer a argumentos morais e éticos apenas através de argumentos cognoscíveis por todos.

A ideia é que, como a constituição do Estado liberal é um processo feito pelos cidadãos que são aqueles para os quais as leis são feitas, mas são também aqueles autores da lei, fazendo o uso ativo dos seus direitos

de participação e de comunicação, esse processo será feito visando o bem particular, mas também o bem comum, gerando solidariedade. Todo esse processo é de conhecimento de todos, pode ser conhecido por todos e tem a participação de todos.

Segundo LIMA (2017, p. 20),

“Habermas defende uma política construída pelo procedimento linguístico discursivo, laica e republicano constitucional, valoriza as liberdades individuais sem recair na mística eticizante do poder, já que Direito e Ética são cooriginais não há hierarquia entre eles, nem uma esfera política de valor em que o Bem supere o jurídico institucional.”

Nesse sentido, para Habermas não se pode afirmar que o Estado liberal não possa se justificara partir de seus próprios pressupostos, mas que é inegável que, historicamente, elementos pré-políticos foram importantes para unificação dos sentimentos de um povo, do compartilhamento de ideias semelhantes, de mesma religião, que possibilitaram o desenvolvimento do Estado liberal.

Para reafirmar a ideia de solidariedade, o autor diz que a coesão social em um estado liberal não poderia existir se não houvesse uma união, isto é, seria impossível a existência do estado se ele apenas garantisse a liberdade individual, ele deve conceder liberdades de comunicação e participação que são as características que funcionarão como elos de solidariedade dos cidadãos.

O autor cita como exemplo a possibilidade de uma constituição europeia, ou até mesmo de uma constituição mundial ou algum tipo de legislação que abarcasse todas ou muitas nações, nesses casos, não seria mais o pertencimento a um grupo, a uma religião, a uma coletividade, mas sim o entendimento, a cognoscibilidade, a participação no processo de criação, de uma legislação tal que fosse contrária às violações em massa dos direitos humanos.

Em realidade, o problema da coesão social está na possibilidade, que parece ser a que vemos nas democracias atuais, de que cada vez mais os

direitos de grupos particulares sejam colocados em primeiro plano, jogando assim grupos de interesses contra grupos de interesses. Esse parece ser o caso da ideia de “mercado” que, ao não estar sobre o jugo das decisões estatais, muitas vezes, defende apenas interesses próprios e particulares dos grupos. O autor aponta uma ideia de privatismo cidadão como um problema da desagregação social, que tem sua origem nas dificuldades de uma educação democrática. Tais problemas podem acarretar uma crescente despolitização entre os cidadãos, ou talvez possamos dizer que não necessariamente uma despolitização, mas, nos termos do autor, essa ideia mesmo de um privatismo cidadão, onde a busca política é apenas pelos interesses particulares de indivíduos ou grupos determinados.

Ao expandirmos o pensamento de Habermas aos movimentos políticos da atualidade essa ideia pode ser observada nas atuais fragmentações de algumas das grandes democracias mundiais, EUA, Brasil, Índia, onde há disputa de poder por grupos antagônicos que em vez de buscarem pontos comuns de concordância na construção de um projeto de nação, de Estado ou de país, focam nas suas demandas particulares em detrimento das de outras parcelas da população.

No plano internacional, os grandes conflitos, as grandes injustiças e a cada vez maior fragmentação social parecem apontar para um caminho de descontentamento com o direito e com a própria sociedade pós-moderna. “Em todo caso, volta a ganhar interesse o teorema de que uma modernidade desgastada só poderá ajudá-la a sair do pântano em que se encontra uma orientação religiosa rumo a um referencial transcendental” (HABERMAS, 2013, p. 22).

Para o autor, a percepção de que a religião ainda persista em ambientes cada vez mais secularizados, e, segundo nossa percepção a partir de um Brasil no ano de 2023, de uma religiosidade crescente ao mesmo tempo que uma laicidade crescente, é um fato social. A “filosofia, em seu caminho para uma radicalização da crítica da razão, também se sentiu compelida a refletir sobre suas próprias origens religioso-metafísicas” (HABERMAS, 2004, p. 23).



Há perigo para a sociedade pós-secularização na medida em que a ameaça à solidariedade social existe e é intensa, principalmente através da valoração dos ideais do mercado e de individualismo, porém, para o autor, a sociedade contemporânea é constituída por cidadãos crentes e não crentes que devem entender que ambos os tipos contribuem para a sociedade, isto é, mesmo do ponto de vista do conhecimento devem estar abertas a entender os pontos de vista do outro. De certa forma, podemos entender que estando tais comunidades abertas ao diálogo é possível que a existências de crentes e não crentes dentro da esfera pública contemporânea possa existir de forma pacífica, desde que não haja movimentos de um grupo para suprimir o outro.

Todas as religiões pretendem, ou ao menos pretendiam, uma explicação sobre a vida, o mundo, sobre a estrutura dos modos de vida e regulação dos cidadãos e dos seus modos de vida. Com a Modernidade, todas elas passam a disputar a explicação do mundo com a ciência, com a filosofia, com a política. Passam a ter a prescrição de regras, condutas e modos de vida através do direito. Nesse embate, as religiões tiveram de ceder muito do seu campo de atuação, mas também ganharam liberdade de poderem se exprimir dentro de uma esfera pública, esse fato é importante principalmente para aquelas denominações que foram outrora perseguidas. No Brasil, é a existência de uma esfera pública de liberdade que permite o crescimento das religiões protestantes pentecostais e neopentecostais, conhecidas como evangélicas, mas também a legitimidade para que religiões de matriz afro-brasileira pudessem cada vez mais se mostrar e disputar o espaço público e político.

“A neutralidade em relação ao poder do Estado, que garante as mesmas liberdades éticas para todos os cidadãos, é incompatível com a generalização política de uma visão secular do mundo” (HABERMAS, 2004, p. 31).

### **3. CRENTE**

Diferentemente do texto de Habermas que inicia o seu título com uma dúvida sobre os fundamentos pré-políticos e morais do estado liberal,

o texto de Ratzinger inicia pelo que parece ser uma afirmação de o que dá unidade ao mundo seriam esses pressupostos morais e pré-políticos, *O Que Une o Mundo: Os Fundamentos Morais e Pré-Políticos do Estado Liberal*.

Para Ratzinger, a evolução do mundo contemporâneo possui duas características que serão importantes na sua análise, o surgimento de uma sociedade global e com isso o seu inevitável choque de culturas e o avanço técnico humano que possibilitaria, entre outras coisas, a própria destruição da humanidade. Tais características apontam para a necessidade de acordos entre culturas e nesse sentido, de concordância ética e jurídica sobre esses temas. Esse seria o sentido de uma ética mundial para ele. Ratzinger cita o trabalho de Hans Küng, que em seu livro “¿Por qué una ética mundial? Religión y ética en tiempos de globalización”, cita um discurso seu feito perante a Assembleia Plenária das Nações Unidas em novembro de 2001:

“No habrá paz entre las naciones sin paz entre las religiones.  
 No habrá paz entre las religiones sin diálogo de las religiones.  
 No habrá diálogo de las religiones sin estándares éticos globales.  
 No habrá en nuestro Globo supervivencia en paz y justicia sin un nuevo paradigma de relaciones Internacionales basadas en estándares éticos globales.” (KÜNG, 2002, p. 07)

Nesse sentido, já de início, Ratzinger parece concordar com a ideia de Habermas de que seria por meio de um diálogo entre instâncias religiosas e não religiosas e também entre as religiosas entre si é que se poderia pensar em formas de um acordo coletivo internacional. O que, na verdade acontece e não acontece, isto é, esses debates existem mas há ainda pouco acordo, embora haja já uma quantidade significativa de direitos humanos universalmente entendidos.

Para o autor, está claro que a ciência não é capaz de formar uma ética, embora a ciência tenha sido a responsável por intensas transformações no mundo moderno e contemporâneo ela, em si, não traria a capacidade de formular esse *ethos*. Tal responsabilidade cabe à filosofia, que seria responsável por clarear as questões da ciência. Além disso, é a partir da razão e

da ciência que se promoveram diversos horrores durante o século XX, como as bombas atômicas e os horrores no nazismo. É também o desenvolvimento da ciência que traz a manipulação genética humana para um patamar até então impensável, onde o homem é produto do homem. Todas essas questões trazem dilemas éticos que não poderão ser resolvidos dentro apenas do campo da ciência.

Esse tema da manipulação genética em que Ratzinger afirma entender o homem como produtor do homem, na medida em que pode formatar o homem que será produzido através da manipulação genética é bastante interessante mas pouco desenvolvido nesse texto. Ora, para a reflexão filosófica e antropológica o homem é o produtor do homem através da cultura desde sempre, mas para o teólogo o que marca o momento de fato do homem se tornar o produtor do homem é o da manipulação genética e não o da cultura. Parece que até o momento do desenvolvimento da manipulação genética só Deus teria a receita da fabricação de um homem, a partir da manipulação genética o homem se torna aquele que descobre a receita e passa, talvez a querer melhorá-la.

Com relação à lei e ao direito, para Ratzinger, o problema das políticas moderna e contemporânea é que temos exemplos de que ao se adotar o critério da força da maioria tivemos sempre uma minoria oprimida, e a história está repleta de exemplos de minorias oprimidas por majorias, o que, na prática, pode ser entendida como uma questão democrática, embora antiética, injusta, imoral. Nesse sentido, a obrigação da política é manter o poder sob o peso da lei.

“A desconfiança contra a lei e a rebelião contra ela reaparecerão se se perceber que a lei é um produto da vontade, um critério estabelecido por quem tem poder e não a expressão de uma justiça a serviço de todos” (RATZINGER, 2013, p. 38). Assim, como nasce uma lei sem que ela seja expressão do poder de um grupo que o exerce sobre outro, isto é, como elaborar leis que sejam justas e não apenas fruto do exercício do poder? Tal resposta é através da democracia. É através dela que aqueles que são os destinatários das leis sejam também aqueles que as formulam. Ainda que

a busca de consenso na democracia não seja fácil de se conseguir, deve-se sempre estar atento a que não se caia na opressão de um grupo sobre o outro.

Nesse sentido, há uma dúvida posta pelo teólogo, há algo que seja sempre injusto em si mesmo? Parece que o autor quer apontar que a opressão de uma minoria por uma maioria, como a opressão de uma minoria religiosa, por exemplo, seria algo sempre injusto e, portanto, pré-político.

A ideia de que uma injustiça cometida contra uma minoria seria uma ideia pré-política não nos parece convincente, se é mesmo a isso que o autor alude, pois parece que durante muitos momentos na história diversos povos se sentiram justos por oprimir outros povos.

Na verdade, para Ratzinger, é a partir da modernidade que as formulações do direito positivo irão acabar com a ideia de que é uma maioria que deve dominar a minoria, ou seja, é a partir da positivação de direitos que isso ocorre. Ainda que, para ele, existam formulações pré-políticas, ou ideias universais que baseiam os direitos, ainda que ele não as formule de forma exata no texto.

“Na consciência de hoje, podemos nos contentar com a evidência interna de tais valores. Mas tal redução da questão também tem um caráter filosófico. Existem valores permanentes que brotam da natureza do homem e que, portanto, são intocáveis em todos os que dela participam. Teremos que voltar ao escopo de uma concepção desse tipo, até porque nem todas as culturas hoje reconhecem essa evidência. O Islã formulou seu próprio catálogo de direitos humanos diferente do ocidental. A China atual certamente carrega a marca de uma forma cultural nascida no Ocidente, o marxismo; mas, tanto quanto sei, ainda se coloca a questão de saber se os direitos humanos não são uma invenção propriamente ocidental que deve ser questionada” (RATZINGER, 2008, p. 38).

Além disso, um novo problema contemporâneo, para Ratzinger, é o surgimento do terror, do terrorismo, como uma forma de ação política que muitas vezes coopta aqueles mais desfavorecidos através de um discurso que usa a religião como fundamento. Nesse sentido, a religião e

o fundamentalismo religioso são problemas contemporâneos que precisam ser entendidos, discutidos na esfera pública, o advento do terror muda a nossa preocupação pois ele não depende mais de um aparato estatal ou algo assim, ele pode ocorrer em qualquer lugar.

Assim como o surgimento do terror, a possibilidade de destruição do mundo pelos aparatos técnicos desenvolvidos pela ciência, a manipulação genética do homem pelo homem, o homem criador e não mais criatura, trazem para o autor a ideia da necessidade de se pensar em forças éticas capazes de nos conduzir a uma sociedade comum. A religião nesse mundo é uma fonte de amor ou é na verdade uma fonte de terror, de medo?

O diagnóstico de Ratzinger é de que há tanto doenças da religião como doenças da razão que devem ser resolvidas num debate intercultural. É interessante notar que, aquele que seria dali algum tempo eleito como o chefe supremo de uma das maiores religiões organizadas do mundo propunha o debate com outras fontes culturais e religiosas apontando principalmente os universos islâmicos, chineses, indianos, africanos e latino americanos, bem como dos povos indígenas dessas nações, num debate sobre os limites da religião e da razão ocidental, nesse sentido, seu apontamentos são bastante atuais indicando uma perspectiva que poderia ser hoje chamada de decolonial. Não que tenha sido uma proposta decolonial a que ele fez, mas o seu pensamento aponta numa perspectiva intercultural com outras religiões e outras razões que não apenas a razão secular europeia e a religião cristã.

#### **4. CONCLUSÃO**

Embora diferentes as ideias de Habermas e Ratzinger sobre o mundo contemporâneo, pós-secular, parecem bem aproximadas. Enquanto a humanidade caminha para uma ideia de comunidade mundial, acelerada pela globalização e pelas novas tecnologias, há um aumento dos conflitos políticos, filosóficos, religiosos. Nesse caminho para a comunidade mundial há a necessidade de estabelecer uma ética mundial, ou talvez um direito mundial, um direito internacional, que fosse aceito pelos diversos grupos.

Nesse sentido, é obra dialógica, só será possível com mais instâncias de participação e de debate, buscando sempre o pluralismo.

Um diagnóstico comum é o de que a razão secular europeia não pode ser tida como régua que mede as outras ideias. Isto é, o projeto moderno de que a razão livraria o homem das amarras da religião fazendo com que essa desaparecesse na irrelevância não prosperou. A razão deve, na esfera pública se afirmar como uma fonte importante de conhecimento e de fundamentação racional do direito e da vida comum mas não sem antes dialogar com as outras interpretações, talvez pré-políticas, do mundo.

Por fim, permanece a divergência na relação entre os elementos pré-políticos do Estado, para Ratzinger eles existem e são claros embora o autor não os defina de fato nem demonstre o motivo, para Habermas, não, moral e direito nascem juntos, mas são separados, eles têm complementaridade. Essa talvez seja a diferença irreconciliável entre os dois pensadores.

## REFERÊNCIAS

HABERMAS, J. e RATZINGER, J. Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización / Jürgen Habermas, Joseph Ratzinger; trad. de Isabel Blanco, Pablo Largo. — México: fce, 2008.

HOBBS, T. Do cidadão | Thomas Hobbes : trad. Renato Janine Ribeiro. — 3ª ed. — São Paulo : Martins Fontes, 2002.

KEINERT, M. et AL. Diferenciação E Complementaridade Entre Direito E Moral In: Direito e Democracia / Um Guia de Leitura de Habermas, Org. NOBRE, M. e Terra, R. São Paulo : Malheiros, 2008.

KÜNG, H. Por qué una ética mundial? Religión y ética en tiempos de globalización Conversaciones con Jürgen Hoeren, Versión castellana de Gilberto Canal Marcos de la obra de Hans Küng, Wozu Weltethos? Religión und Ethik in Zeiten der Globalisierung, Verlag Herder Freiburg im Breisgau. Barcelona : Herder. 2002

LIMA, N. O Direito Liberal À Luz Do Pensamento Habermasiano. AUFKLÄRUNG, João Pessoa, v.4, p.1124, abril, 2017, Edição Especial. DOI: <http://dx.doi.org/10.18012/arf.2016.34028>.

# OS VALORES NA FORMAÇÃO DO DIREITO E NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA



## **EDUARDO SILVEIRA FRADE**

Doutorando em Direito Tributário pela Pontifício Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Especialista em Gestão de Cooperativas de Crédito pela Universidade de São Paulo (USP). Atual é conselheiro do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba. Advogado e Professor Universitário na graduação em Direito da Faculdade Três Marias e das pós-graduações do IBET, ESA/PB, UNIESP e UNIMAIS. E-mail: eduardosfrade@hotmail.com

**Sumário:** 1. Introdução — 2. A enunciação como fonte do direito — 3. A norma jurídica e o sistema de direito — 4. Os valores no sistema de direito — 5. A argumentação no direito — 6. Considerações finais — Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

O homem, enquanto sujeito cognoscente, ao construir os significados do objeto, realiza o ato de interpretação, o que faz influenciado por suas próprias experiências que, simultaneamente, delimitam os limites de sua compreensão.

As experiências do sujeito cognoscente, todavia, também determinam e orientam seus valores, determinando os núcleos de preferência que possui o homem ao apreender o objeto e impor-lhe definição e uso.

Assim, a linguagem com que o homem descreve a realidade está arraigada de valores que determinam sua própria compreensão de mundo.

A construção dos sistemas com os quais o homem estabelece vínculos de significação entre os elementos passa, portanto, a também a ser erigida a partir de valores.

Com efeito, tem-se que a própria definição do sistema jurídico é arraigada de valores, na medida em que o fato jurídico somente se verifica como tal a partir da eleição dos critérios do sistema de direito.

As normas que compõem o sistema jurídico bem como suas enunciações, enquanto fruto da atividade do sujeito cognoscente, tampouco pode ser dissociadas dos valores que carregue o intérprete, mesmo porque as normas jurídicas são construídas a partir das significações que constrói o intérprete ao tempo em que, ao serem expedidas, aquele enuncia também carrega consigo valores.

A argumentação jurídica, enquanto cumprindo a função retórica de convencimento no contexto comunicativo, também se faz arraigada de valores, notadamente presentes desde a formulação gramatical dos enunciados até o atingimento de seus objetivos.

Erguidas, portanto, estas premissas, o presente estudo busca discorrer sobre o papel dos valores na formação do direito, de sorte a intentar responder ao questionamento de como os valores se inserem e influenciam à formação do direito.

Para tanto, cuidar-se-á em discorrer sobre a enunciação como fonte da qual surge o direito para, em seguida, compreender a norma jurídica enquanto elemento de formação do sistema de direito positivo e, então, adentrar à compreensão dos valores dentro do direito, e, por fim, compreendê-los na argumentação do direito.

Para tanto toma-se o constructivismo lógico-semântico como referencial teórico, pautado, pois, na filosofia da linguagem, a fim de formular



uma pesquisa que tem na pesquisa bibliográfica sua principal fonte de pesquisa.

## 2. A ENUNCIÇÃO COMO FONTE DO DIREITO

Como observa Ricardo Guiborg(1987, p. 28), “una buena teoria, en efecto, debe servir para mejor interpretar la realidad y para guiar más eficazmente la práctica hacia los objetivos que ésta se haya fijado”.

Para se construir, pois, uma teoria, como bem assentou o professor supramencionado, deve-se interpretar a realidade e, a partir dela, desenvolver sua compreensão teórica, erguida sempre pelas premissas que sejam fixadas.

Uma vez que a compreensão dos eventos no mundo sensível somente se dá na medida em que estes são revestidos em linguagem, tem-se que aquilo que conhecemos, somente o fazemos conquanto os inserimos em linguagem.

Os eventos correspondem a acontecimentos ocorridos e que, ao serem vertidos em linguagem, que lhes atribui significado, passam a ser denominados fatos.

Os fatos, enquanto relatos linguísticos, podem ser construídos nos mais diversos sistemas de conhecimento. Com efeitos, podem existir fatos que importem à linguagem da biologia, da psicologia, da história, etc.

Ao serem vertidos em linguagem própria do direito, sendo inserido, portanto, na estrutura normativa típica deste sistema, os fatos passam a ser compreendidos como fatos jurídicos.

O direito constitui sua própria realidade, enquanto sistema, através dos fatos jurídicos, de sorte que, como bem observa Lourival Vilanova (2010, p.22), “não há fato jurídico ‘fora’ do sistema normativo”. Assim, todo fato jurídico, por ostentar tal predicado passa ser pertencente ao sistema de direito.

Os fatos passam a ser compreendidos na estrutura normativa, em seu aspecto antecedente, como descrições a partir dos quais pode-se firmar a incidência da norma e atribuir-lhe, como consequência deôntica, o firmamento de uma relação jurídica. Nas palavras de Tarék Moussallem (2006, p.

135), “o fato jurídico é o enunciado protocolar resultante do ato de aplicação que executa a incidência da linguagem normativa sobre a linguagem da realidade social, localizado no antecedente de uma norma concreta”.

A construção das normas jurídicas, como fruto da exegese do intérprete, todavia, pressupõe que os fatos jurídicos estejam presentes nos veículos introdutores, compreendidos a partir da leitura dos suportes físicos, documentos de onde se expressam as marcas da enunciação-enunciada.

Através do enunciado, ou seja, das orações coordenadas presentes no suporte físico (marcas de tinta no papel), ter-se-ia a expressão da pessoa, espaço e tempo conseqüentemente, as marcas da enunciação.

Por enunciação, portanto, compreende-se o ato de produção do enunciado, enquanto suporte físico que poderá vir a servir como veículo introdutor de normas jurídicas, caso em conformidade com as regras próprias do sistema de direito positivo, notadamente, em relação à regra de competência e à forma prevista pelo próprio sistema.

A enunciação, portanto, corresponde ao ato de produção de enunciados e, como tal, pode ser considerado como ato de fala, sendo os enunciados sejam expressões de seus resultados.

Desta sorte, não se teria acesso à enunciação, mas sim às suas marcas deixadas nos enunciados. Tais sinais, compreendidos como veículo introdutor das normas jurídicas são também chamadas de enunciação-enunciada, ao passo que as orações produzidas podem ser denominadas de enunciado-enunciado.

Em relação ao processo de produção dos sentidos, bem observa Tárek Moysés Moussallem (2006, p. 141):

a partir da linguagem do veículo introdutor (enunciação-enunciada), reconstruímos a linguagem do procedimento produtor de enunciados (enunciação), e realizamos o confronto entre esta e a linguagem da norma de produção normativa (fundamento de validade do veículo introdutor) para aferirmos se a produção se deu ou não em conformidade com o prescrito no ordenamento.

A enunciação, considerada, portanto, como o ato produtor de enunciados é, por excelência a fonte do direito.

Esta afirmativa, entretanto, contrapõe-se com a tradicional consideração da lei, jurisprudência e costumes como fonte do direito. Com efeito, estas podem ser consideradas como produto da fonte do direito, entretanto, não são a fonte em si, pois esta compreende a enunciação.

Ademais, no caso dos costumes, cumpre destacar que estes somente podem vir a ser considerados como produto da fonte do direito se inseridos dentro da forma que o direito admita para tanto, passando a ser juridicizados.

Tanto a lei como a jurisprudência e os costumes apresentam vestígios da enunciação, assentadas em enunciação-enunciada, uma vez que identificam a pessoa, tempo e lugar da enunciação.

Através da enunciação-enunciada é que se faz possível debruçar-se acerca da enunciação e, conseqüentemente, ponderar-se sobre sua coerência enquanto fonte do sistema de direito positivo. Assim, por meio da enunciação-enunciada se verifica a enunciação como ato de fala que corresponde à fonte do direito.

Isto posto, o estudo das fontes do direito deve ocorrer não somente através dos enunciados-enunciados, sejam estes contidos na lei, jurisprudência ou nos costumes positivados. Deve ater-se, em maior medida à enunciação, pois por meio desta é que se produzem os enunciados.

### **3. A NORMA JURÍDICA E O SISTEMA DE DIREITO**

Ao conjunto de normas jurídicas, em síntese, compreendidas como enunciados prescritivos de condutas expressos em linguagem deôntica e cujo conteúdo, ao ser formulado em normas jurídicas expressaria um modal de proibido (v), obrigatório (o) e permitido (p), ter-se-ia a compreensão de sistema de direito positivo.

A esta construção sistematizada de normas jurídicas também pode-se empregar o termo “ordenamento jurídico”, devendo ser esta sua acepção como conjunto de normas válidas, as quais seriam reunidas em sistema à

medida em que o intérprete se debruce sobre este emaranhado normativo e atribuíam-lhes relações de coordenação e subordinação. Não obstante, ao passo em que essa construção se dá em âmbito interno, ou seja, no juízo do intérprete, tem-se como possível o emprego de sistema de direito positivo como sinônimo de ordenamento jurídico, de modo a significar o conjunto de normas jurídicas, notadamente dotadas de linguagem prescritiva de condutas e de regulação de comportamentos (CARVALHO, 2018, p. 226)

A Ciência do Direito, entretanto, não deve ser confundida com o direito positivo, posto situarem em níveis e possuírem sistemas de linguagem distintos. Trata-se de construção linguística de nível mais alto em relação ao último, através da formulação de enunciados descritivos sobre as normas jurídicas de direito positivo.

O direito positivo apresenta produção de enunciados prescritivos de condutas, ao passo que a Ciência cuida em descrever o conteúdo dos enunciados do primeiro. Desta sorte, pois, tem-se que a Ciência do Direito como linguagem de sobrenível em relação à linguagem do direito positivo, pois o toma como objeto de estudo e sobre ele constrói sua própria linguagem sem, contudo, lhe alterar ou inovar, mas determinando-lhe sentido a partir de sua descrição.

Ademais, outra distinção importante entre estes dois sistemas de conhecimento do direito se dá no que concerne aos veículos introdutórios da linguagem. No âmbito do direito positivo destacam-se as leis, decretos, medidas provisórias, dentre outros, ao passo que a dogmática estaria compreendida como produto da Ciência do Direito.

O Direito, enquanto ciência, insere-se na categoria das Ciências Sociais Aplicadas, cujo objeto reside em compreender a inserção do homem em sociedade, mais especificamente – no que atine especificamente ao papel do direito – sobre o funcionamento das regras de convívio social. Neste sentido, servem as lições dos contratualistas, destacando-se a figura de Rousseau e John Locke, que têm como premissa a compreensão de que o homem, para inserir-se em sociedade, abre mão de parcela de sua liberdade, dadas as regras por eles próprios limitadas em sociedade,

identificando maiores vantagens neste convívio social em detrimento do isolamento.

A vida em sociedade, neste sentido, passa a ser compreendida a partir de regras, cujo conjunto é responsável por orientar o convívio social, sendo orientação dessas condutas, o objetivo e objeto do direito positivo, que toma, portanto, a linguagem das relações sociais e imprime-lhe uma linguagem própria, prescritiva de condutas, que orientam como o homem deve proceder enquanto vivendo em sociedade.

Para Hart (2007, p.91), o direito pode ser compreendido como um conjunto de regras, as quais podem ser identificadas a partir de dois tipos. O primeiro destes refere-se às exigências para os seres humanos que façam ou se abstenham de fazer alguma coisa, consideradas por este como deveres, ao passo que o segundo tipo alude àquelas pelas quais se atribuem poderes, públicos ou privados, para alguém. Ao primeiro tipo, o autor denomina de regras primárias ou de obrigação, ao passo que ao segundo tipo, este denomina de regra de reconhecimento.

Diferentemente de Hart, Paulo de Barros Carvalho (2015, p. 67-68). propõe uma distinção entre as normas – estas compreendidas como construções formuladas em juízo hipotético-condicional pelo intérprete, que reúne os fatos jurídicos e sobre estes atribui uma consequência deôntico-implicacional –, de sorte que as divide entre primárias e secundárias, para tanto assentando que

como critério fundamental da distinção entre normas primárias e secundárias repousa na circunstância de estas últimas expressarem, no conseqüente, uma relação de cunho jurisdicional, em que o Estado comparece como juiz para obter, coativamente, a prestação insatisfeita, advém o corolário de que as relações que não revestirem essa forma estarão em normas primárias

Neste sentido, salienta-se o poder de coercibilidade contido das regras secundárias, que determinam uma sanção, consistente na providência

tomada pelo Estado face uma determinada conduta praticada pelo particular, em desacordo com o que prescreve a norma primária

Paulo de Barros Carvalho, entretanto, fornece-nos ainda outra posição acerca das classificações das normas. Destaca que estas poderiam ser classificadas, ainda, como de estrutura ou de conduta. Para ele (2015, p. 66), as normas seriam de estrutura, conforme sirvam de suporte para elaboração de outras normas ou de conduta, quando vertem sobre relações intersubjetivas, prescrevendo condutas das quais emergiriam condutas de modal de proibido (v), obrigatório (o) e permitido (p),

Tais classificações, entretantes, não são excludentes, mas complementares, na medida em que apresentam, sob critérios distintos, classificação normativa com finalidade de compreendê-las, ainda que sob vieses diversos.

A noção de regras, todavia, difere de normas, uma vez que estas são fruto do processo de identificação de sentido, o que se dá a partir da atuação do intérprete que, ao tomar a regra posta, atribui-lhe sentido. Destarte, assume-se que sejam as regras a estrutura genérica de onde se emergiriam os enunciados, por sua vez compreendidos por Paulo de Barros Carvalho (2013, p. 184-185) como estruturas que, apesar de plenas de sentido, são capazes de dar significação deôntica completa, a qual somente se atinge a partir da atuação do intérprete, hábil a completar o processo de significação.

O processo de criação de normas, por sua vez, envolve tomar os enunciados de forma individual, ou conjugado com outros, e atribuir-lhes sentido. Ou seja, os enunciados não possuem valor em si mesmo, prescindiriam, pois, do processo de significação. No âmbito jurídico, a significação demandaria a interpretação do enunciado, a fim de que pudessem ser construídas as normas jurídicas. Neste sentido, esclarece, pois, Paulo de Barros Carvalho (2013, p; 182), que “a norma jurídica é juízo implicacional construído pelo intérprete em função da experiência no trato com esses suportes comunicacionais”. Neste sentido, a norma jurídica constrói-se no juízo do intérprete que toma os enunciados no processo de significação.

O processo de significação, portanto, é inerente e indispensável à interpretação, como observa Lourival Vilanova (2003, p.227), pois, sem sua realização, não se obtém o conteúdo do texto, que deve ser construído

numa construção não dissociada das experiências do intérprete, bem como dos valores que este carrega.

Todavia, cumpre destacar que o processo de significação se opera a partir de um triângulo semiótico que, conforme destacado por Edmund Husserl, toma por partida o suporte físico, ou seja, parte material do signo, apreendida pelos nossos sentidos, em referência ao que está no mundo. De outra sorte, o signo deve ser apresentado em forma/objeto, o que lhe atribui um significado, por sua vez compreendido como representação do suporte físico. A significação, por sua vez, compreenderia o que é suscitado na mente de quem interpreta uma noção, ideia ou conceito, ou mesmo o significado, correspondendo, portanto, a todo o processo de apreensão de sentidos, inerente à interpretação. Neste sentido, destaca Aurora Tomazini Carvalho (2013, p. 132):

Todo suporte físico suscita uma interpretação (significação), que constitui uma realidade como seu significado, esta realidade, por sua vez, é também uma linguagem, materializa-se num suporte físico, que suscita outra interpretação (significação), numa semiose sem fim

A norma prescinde, portanto, de processo de construção ontológica, quando o intérprete, tomando os enunciados de direito positivo atribuí-  
-lhes sentido, e, com isso, depreende a prescrição da conduta jurídica.

Paulo de Barros Carvalho (2015, p.44) expressa, ainda a norma jurídica em sentido amplo, ou seja, como “mínimo irreduzível de manifestação do deontico”, na seguinte estrutura lógica:  $D[f \text{ à } (S' R S'')]$ , passível de ser compreendido como dever ser (“D”) que ocorrendo um fato “F” implique-se uma relação jurídica formada entre S' e S". Esta seria, pois, a estrutura lógica mínima que implique na compreensão da norma jurídica em seu sentido amplo.

Todavia, a norma jurídica também pode ser compreendida pelo intérprete no afã de regular condutas intersubjetivas empiricamente verificáveis. Neste sentido, para que uma mensagem seja postuladora de um sentido deontico completo pelo intérprete, em seu juízo este produzirá

uma relação implicacional entre um antecedente, descritivo de um evento social possível e um conseqüente, de onde emergiria ao vínculo abstrato para cumprimento da prestação.

Portanto, reduzindo as complexidades, poder-se-ia reduzir a norma jurídica na relação “D{H à C}”, onde “D” representa a indicação de uma formulação deôntica a ser onde “H” representaria a descrição de um fato jurídico e “C” os efeitos jurídicos que irá provocar.

Este representa, pois, o sentido estrito da norma, em que a parte antecedente ao modal de deôntico é denominada de hipótese (ou mesmo de antecedente), ao passo que a parte posterior ao referido modal denomina-se conseqüente. Neste sentido, esclarece o Professor Robson Maia Lins (2018, p. 49):

La norma jurídica en sentido estricto se compone de una hipótesis y de una consecuencia. La hipótesis describe um hecho de posible ocurrencia (hecho natural o conducta). A esta hipótesis se vincula una consecuencia que ordinariamente tiene como referencia la conducta humana.

Na estrutura normativa verificável em sentido estrito, estariam, pois, a hipótese/antecedente compreendo a descrição do fato jurídico, ao passo que o conseqüente prescrevendo a ordenação para a conduta humana que da ocorrência da descrição do antecedente derivasse.

As normas, portanto, expressam-se em linguagem prescritiva, não obstante em sentido amplo se situem em processo de significação anterior à ação do intérprete, ou seja, antes da atribuição de seu sentido conquanto na identificação daquilo que aplicar-se-ia concretamente.

Quanto a classificação das normas, como observa Robson Maia Lins (2019, p. 126), estas poderiam ser gerais, quando destinadas a um número indefinido de sujeitos e abstratas, conquanto regulem um número não preciso de fatos. Por outro lado, poderiam ser compreendidas como individuais, para designar uma relação intersubjetiva específica a um único



indivíduo e concretas, quando especifique, em tempo e espaço, determinada conduta<sup>[181]</sup>.

Independentemente de sua classificação, as normas jurídicas, como assentado, resultam de construções intelectivas elaboradas pelo intérprete, cujo objetivo é prescrever condutas. Desta sorte, sua elaboração se faz indissociável de valores, posto que tomas as experiências que carregue o homem compõem seu juízo e a maneira pela qual enxergam o mundo.

Até mesmo a Administração Pública, por meio de agentes habilitados para tanto, por a exemplo através das autarquias e agências reguladoras, também têm a capacidade de expedir normas, com vistas a regulamentar a ação de todo um grupo sobre as quais estas construções normativas pretensamente se destinem. Assim, também é a Administração Pública hábil no processo de valorização para a produção das normas, conforme observância de suas competências, bem como também são aptas à interpretação dos enunciados propostos pelo Legislador, produzindo, conseqüentemente, normas a partir da interpretação destas, como bem observa Lucas Galvão de Brito (2018, p. 181).

Ou seja, considera-se que o intérprete, assim como determinadas autoridades administrativas, além dos legisladores, teriam competência tributária para construir normas jurídicas, consorte compreendida pelo Professor Tácio Lacerda Gama (2020, p. 359) como “a aptidão jurídica, modalizada em obrigatório ou em permitido, para criar normas jurídicas que, direta ou indiretamente disponham sobre a instituição, arrecadação e fiscalização de tributos”, não obstante estejam em tal atividade limitadas pelo próprio sistema de direito.

Os destinatários das normas jurídicas, por sua vez, também podem formular normas jurídicas, como no caso das relações fiscais – onde os sujeitos muitas vezes são denominados como contribuintes – que também elaboram, eles próprios, normas jurídicas em sentido estrito e, a partir delas, identificando condutas que lhes sejam obrigatórias, permitidas ou proibidas.

---

<sup>181</sup> Não se exclui que a normas possam ser gerais e concretas ou individuais e abstratas.

De igual sorte, as autoridades fazendárias, ao interpretar as normas em abstrato e aplicá-las ao caso concreto, por sua vez, também criam as próprias normas, consorte os parâmetros de interpretação sistemáticos, com destaque aos estabelecidos dentre os artigos 107 e 112 do Código Tributário Nacional.

Estes mesmos parâmetros de interpretação também assistem ao Poder Judiciário, quando da interpretação e eleição de uma dentre as diversas normas possíveis para a resolução da demanda que lhe seja posta.

Todos esses agentes têm, em comum, portanto, o papel de intérprete das normas jurídicas abstratas e são responsáveis por escolher ao menos um dos diversos sentidos possíveis dentre de serem construídos dentre as diversas normas que consigam identificar.

Diante deste cenário é, pois, possível que exista um conflito normativo entre as normas propostas pelos intérpretes quando confrontadas, tendo, a argumentação papel primordial na justificação da eleição da(s) norma(s) colecionadas para decisão da contenda apresentada, conforme se evidenciará.

Não obstante, também resta importante à compreensão do direito enquanto sistema carregado de valores, a análise de sua fonte, com atenção à enunciação, compreendida como ato de fala responsável pela criação sistêmica do direito, o que se fará.

#### **4. OS VALORES NO SISTEMA DE DIREITO**

Discussão acentuada na filosofia se dá acerca da compreensão dos valores, do que eles significam ou representam. É, inclusive, comum a distinção das acepções que se dê a estes, classificando-os em correntes de pensamento, quais sejam subjetivistas ou objetivistas, conforme observa Bianor Arruda Bezerra Neto (2018, p. 34), que, em síntese destaca:

Nas primeiras, estão os modelos teóricos que veem os valores como oriundos da subjetividade de quem realiza o juízo de valor. Elas compreendem os valores como fruto de vivências pessoais, ou seja, de

juízos baseados em critérios eminentemente subjetivos, como o prazer, a vontade os sentimentos, os afetos, os desejos, as paixões e as crenças individuais. Os valores, portanto, seriam as qualidades (ou os critérios de valoração das ações ou dos objetos voltados a satisfazer essas inclinações, propósitos ou tendências da psique humana.

Isto posto, nas correntes ditas subjetivistas ter-se-ia ampla influência do elemento psicológico dos sujeitos, de sorte que os valores não sejam compreendidos a partir de uma racionalidade lógica, mas sim pelo elemento volitivo dos indivíduos. De outra senta, ter-se-ia a corrente objetivista, onde os valores seriam construções independentes dos sujeitos, existindo para além deles. Em outras palavras,

A corrente objetivista é composta por todos os modelos teóricos de ação e decisão que compreendem os valores como independentes do sujeito do juízo. Esse grupo de teorias imputa ao sujeito do juízo do valor o dever de reconhecimento de critérios de finalidades que estejam para além de sua vontade, sentimentos, afetos, desejos e crenças individuais (BEZERRA NETO, 2018, p. 35).

Com efeito, observa-se que tal proposta classificatória entre as diferentes compreensões quanto aos fundamentos de existência dos valores, se imanentes aos sujeitos ou se independente destes, já revela, *per si*, carga axiológica, na medida em que os valores se fazem presentes nas construções linguísticas que constituem a realidade.

Sendo as classificações sobrelinguagem em relação à linguagem que constitui o real, como tal, são carregadas de valoração, posto que, para se classificar, se elegem critérios pelo quais se objetiva determinados fins. Neste sentido, a própria escolha destes elementos que distingam de outros do sistema, se faz a partir de juízos valorativos, na perspectiva de que o ato de classificar possa ser útil ao fim que se almeja, mesmo porque, como observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1991, p.111), também se pode compreender os valores como “preferências por núcleos de significação,

ou melhor, são centros significativos que expressam preferibilidade por certos conteúdos de expectativas”.

Destarte, os valores são compreendidos a partir do que eles concebem, como observa Luiz Fernando Coelho (2004, *passim*). Assim, os valores não têm expressão ôntica, mas valem na medida em que representam um vínculo abstrato entre aquele que os experimenta e exprimem em linguagem, seja atribuindo qualidades positivas ou negativas ao que lhe seja caro e, portanto, julgue merecedor de atenção. Esse simples recolhimento de atenção, aliás, já representa elemento axiológico, pois tira o sujeito de uma situação de indiferença, renunciando que ajam valores para tanto.

A construção dos valores, portanto, forma o sistema seletor daquilo que seja caro, permitindo reconhecer e tirar o sujeito da indiferença (CARVALHO, 2018, p. 183). Neste sentido, a experiência, como observa Hessen, reflete na valoração que fazemos sobre algo, seja de forma positiva ou negativa, de sorte que a experiência do sujeito representa a existência do valor e permite sua ponderação objetiva.

Portanto, a eleição de critérios classificatórios já representa núcleos de preferência, de onde se assentam valores.

É árdua a tarefa de definição dos valores, mesmo porque “os valores seriam aquelas entidades cujo modo específico de ser é o valer. Eles são na medida em que valem” (2018, p. 182), de sorte que sua compreensão está sempre atrelada àquilo que expressam.

Assim, entende-se que valor “é um vínculo que se institui entre o agente do conhecimento e o objeto, tal que o sujeito, movido por uma necessidade não se comporta com indiferença, atribuindo-lhe qualidades positivas ou negativas” (CARVALHO, 2018, p. 182).

Portanto de modo que são indissociáveis e aderentes ao ser, bem como ao objeto – uma vez que representam o vínculo que entre eles se estabelece – a melhor maneira de serem apreendidos, os valores, seria por meio destes.

Não obstante, reitera-se que aos valores, enquanto objetos, não se tem acesso, mas sim às marcas que eles deixam na medida do que representam.

Estudar os valores, portanto, envolveria compreender os significados destes a partir dos objetos e como atributos inerentes aos sujeitos.

Os valores, todavia, enquanto objeto de estudo, podem ser identificados a partir de suas características, para que, de forma autônoma sejam tratados como objeto de estudo, esforço que iniciou Miguel Reale (1994, p. 141), aos constatar que os valores estariam sujeitos à: a) bipolaridade, de sorte que onde houver um valor, haverá um desvalor; b) implicação recíproca, entre estes valores e desvalores; c) necessidade de sentido ou referibilidade de modo que os valores precisam ser tomados como referência; d) entidades vetoriais, indicando que os valores levam à uma direção determinada; e) incomensurabilidade, não podendo os valores serem valorados; f) tendência a graduação hierárquica; g) necessidade de objetos para que neles se possa assumir objetividade; h) construção e evolução do processo histórico e social; i) inexauribilidade, indicando que os valores sempre excedem aquilo que objetivam; j) atributividade, destacando que os valores importam em deixar uma situação de indiferença do sujeito, representando núcleos de preferência por determinadas significações; k) indefinibilidade, assentando-se a dificuldade de definição do valor como objeto, mesmo porque, eles são na medida em que valem.

Paulo de Barros Carvalho (2018, p. 186) acresce, todavia, mais algumas características dos valores, quais sejam: l) sua vocação para se expressar em termos normativos; m) associatividade como forme de compreendê-los; n) ingresso no mundo dos valores por via das emoções.

O vínculo que se forma entre o agente e o objeto, ao qual denominamos de valor, além de refletir núcleo de preferência, assenta-se através de características que permitem a sua identificação, embora não sejam estas suficientes para defini-lo, mas sim para identificá-lo.

Os valores que carrega o intérprete importam para a interpretação do direito na medida em que influenciam na maneira pelo qual este compreende o sentido do texto posto, pois implicam na medida daquilo que possa compreender em seu juízo como sendo positivo ou negativo.

No âmbito do direito, a valoração está compreendida tanto no processo da produção das normas jurídicas em sentido amplo, dada a

construção do fato jurídico enunciar sua formação a partir da seleção dos eventos dentro do sistema de direito, como na formação das normas jurídicas em sentido estrito, através da formulação do juízo deontológico implicacional e prescritivo de condutas, com também podem ser depreendidos da enunciação-enunciada, ou seja na marca da enunciação, aqui compreendida como ato de fala da qual se produz o direito, além de estarem presentes na argumentação que justifica as escolhas

A enunciação, compreendida como ato de fala e fonte do direito é, também, notadamente componente que representa os núcleos de preferência nos quais o expediente da enunciação, ou seja, sujeito competente pelo sistema de direito, se apoia para emitir os enunciados.

Não se tem acesso, todavia, a estes valores, mas tão somente às marcas por ele deixados na enunciação-enunciada e que podem ser evidenciadas a partir da interpretação que lhe faz o intérprete e que, ao realizá-la, assenta também valores, conforme se discorrerá mais detalhadamente nas próximas páginas.

Os enunciados, em si, não são valores, mas a escolha das palavras que o compõe e, daquilo que representam, já denotam essa preferência de elementos dentro do sistema, de sorte que dele se possa assumir valores.

As normas jurídicas, enquanto juízo implicacional deontológico que reúne a descrição de um fato e lhe atribui consequências normativas também apresenta valores, mesmo porque este ato de construção não pode ser dissociado do intérprete, que ao construir o vínculo normativo os faz arraigado de seus valores e experiências, na medida em que elabora sua linguagem prescritiva, e evidencia preferência tanto pelos fatos jurídicos que ensejaram a norma, como nas consequências que dela derive.

Outrossim, na argumentação que justifique as escolhas normativas também estará presente carga valorativa, esta desde a eleição das palavras que compõem a frase, até cumprir sua função retórica, qual seja de convencimento do interlocutor.

Um conclusão, então, já é possível, qual seja a de que “ali onde houver direito, haverá, certamente, o elemento axiológico” (CARVALHO, 2018, p.181), posto que o valor se insere enquanto elemento inerente

ao sujeito, que tira-lhe da situação da indiferença, bem como se forma a partir das experiências a que se submete o sujeito produtor da norma jurídica, de sorte quem como aderem à existência do ser, se faz impossível a construção normativa e, conseqüentemente do sistema de direito, sem a presença de valores.

Isto posto, não haveria norma sem valores, nem enunciação sem valores, tampouco haveria direito positivo sem valores, uma vez que a carga axiológica está presente na linguagem e nos sujeitos que emitem enunciações e interpretações sobre elas, sendo indissociáveis do ser, para compreensão do objeto, inclusive do direito.

## **5. A ARGUMENTAÇÃO NO DIREITO**

O sistema de direito positivo, conforme já destacado, é formado por elementos, ditos normas jurídicas, que são construídas a partir de esforço intelectual do intérprete, que, atribuindo significação aos signos, o insere em linguagem normativa – própria do direito – outorgando-lhes o sentido prescritivo de condutas humanas intersubjetivas, bem como sendo as fontes destas normas o ato de enunciação do direito, esta evidenciada a partir da enunciação–enunciada.

A Ciência do Direito, por sua vez, cuida em atribuir sentido descritivo às normas de direito positivo, sendo um sistema próprio, de sobrenível em relação ao último, mas que também cuida da construção de sentido normativo, não para prescrever condutas, mas para descrever sentidos que possam ser obtidos da norma que, por estar sujeito à diferentes e inesgotáveis interpretações, pode obter sentidos diversos.

Considerando a construção normativa no âmbito de um processo judicial ou de um procedimento administrativo, ter-se-á como objeto a análise da norma jurídica como ato decisório que ponha fim – ao menos pretensamente – aos interesses contrapostos, positivando uma conduta a ser obedecido por aqueles que a ela se submetam.

Notadamente, no âmbito deste embate de pretensões contrapostas levadas à decisão por uma autoridade competente, haverá normas diferentes

construídas pelos diferentes partícipes, inclusive quanto ao julgador, que poderá tomar uma das normas a ele apresentadas para decidir ou, ele próprio, construir uma outra.

Neste sentido, aquele que detenha poder de decisão deverá apresentar argumentos pelos quais assente em linguagem a escolha da norma ou da construção de uma outra.

Tomando como exemplo o processo tributário, a autoridade fiscal poderia ter entendido que o contribuinte havia descumprido um dever legal e, com isso entendido que dever-se-ia ser aplicada uma sanção. De igual sorte, poderia ter o contribuinte proposto a demanda processual tendo em vista que o Fisco teria insurgido contrariamente a uma imposição legal que deveria observar.

Competirá, portanto, a autoridade julgadora decidir por uma dentre as diversas normas que lhe sejam apresentadas ou, ainda formular uma nova norma jurídica individual e concreta para a solucionar o caso.

O raciocínio jurídico visa à persuasão, objetivando ao convencimento daqueles que estão submetidos. Argumentar, pois, é impor técnica à retórica, no sentido de que se possa atingir o convencimento das partes que, diante dos argumentos, passam a aceitar a decisão. Neste sentido, destaca Perelman (1980, p.108):

Argumentação é a técnica que nós usamos em controvérsias, quando nós estamos preocupados com criticar e justificar, objetar e refutar, perguntar e dar razões. É à argumentação que temos recorrido quando nós discutimos e deliberamos, quando nós tentamos convencer e persuadir, quando nós damos razões favoráveis e contrárias

As experiências que vivenciamos, as leituras que fazemos, todas elas penetram no juízo do intérprete, lhe servindo como referências, as quais implicam na forma com que se enxergue o mundo. Os limites do mundo correspondem aos limites da linguagem a qual, por sua vez, se verifica com fundamento em tudo que vivencia o sujeito cognoscente. Por exemplo, para um sujeito que jamais saiu de sua casa, sem qualquer tipo de contato



com o mundo exterior, terá como limites de sua compreensão as paredes de sua morada, diferentemente, pois, do que ocorre com um sujeito que, tendo visitado todos os países do globo, tenha se deparado com diversos costumes e culturas distintos. Para cada um destes as referências do que seria o “mundo” seriam, pois, distintas, as quais são indissociáveis do próprio sujeito.

As experiências e a vivências do intérprete, na medida em que compõem si próprio, são indissociáveis da análise e elaboração da norma individual e concreta.

Assim, retomando o processo tributário como referência, os valores que entenda o contribuinte estarão presentes na norma que ele formulou, de igual sorte que também estarão existentes na norma jurídica autoridade fiscal e naquela formulada pelo julgador (além de também estarem presentes naquela formulada legislador), mesmo porque compõem a interpretação que tenham do mundo.

Todavia, apesar de ser elemento indissociável, os valores não necessariamente estarão mencionados no texto positivo, mas podem ser deles compreendidos, na medida da exposição da argumentação.

Tanto os valores, como as normas jurídicas, devem ser compreendidos nas limitações do próprio sistema, conferindo-lhe contorno. Ou seja, uma vez que sistema de direito positivo é formado por normas jurídicas, os argumentos devem operar-se para convencer quanto à utilização dos elementos do sistema.

Tomando o direito como um conjunto “A”, que seja formado pelos elementos “1,2,3 e 4”, representado da seguinte forma:  $A = \{1,2,3,4\}$ , ao formular suas interpretações e assentar suas argumentações, o intérprete poderá conjugar somente os elementos do conjunto, construindo, por exemplo, os subconjuntos  $\{1,2\}$ ,  $\{1,3\}$ ,  $\{1,4\}$ ,  $\{1,2,3\}$ ,  $\{2,1\}$  e assim sucessivamente, sem, entretanto, poder inserir um elemento “5” ou qualquer outro que não esteja contido no conjunto “A”, pois estes excedem seus limites.

Ademais, os argumentos também devem estar assentados em provas, tomadas aqui no sentido de elementos produzidos pelas partes e recolhidos

pelo julgador que sirvam para atestar a existência dos fatos descritos, não obstante, este termo tenha, também, outras acepções, como observa Fabiana Del Padre Tome (2016, p. 92).

Para servir ao caso concreto, a prova deve ser, portanto, expressa em linguagem, a fim de que possa figurar como elemento do processo ou procedimento, sendo imprestáveis, pois, aquilo que não estiver consignado nos autos, mesmo porque, como observa Bianor Arruda Bezerra Neto (2018, p. 304), “ao proferir decisões o magistrado deve partir dos enunciados normativos e das normas jurídicas já existentes no ordenamento, estas últimas já construídas e expostas pelos precedentes judiciais”.

Ademais, a norma jurídica que decida a demanda, bem como os argumentos que serviram para a eleição dos valores que determinaram a construção normativa deve ser fundamentada.

Ao se assentar que tanto os argumentos como os valores e as normas jurídicas devem ser justificados, assume-se sua indispensabilidade para que, com isso, seja formada um canal comunicacional que permita a comunicação entre as partes do processo. Neste sentido,

Justificar é atividade que consiste em explicar, provando ou demonstrando, os critérios utilizados e respectivos sistemas de referência, usados pelo magistrado no processo de valoração, que redundam na atribuição de sentido à linguagem e, portanto, na criação da realidade que é a própria decisão (BEZERRA NETO, 2018, p. 250).

É no processo de justificação, portanto, que devem ser expostos os motivos pelos quais o julgador criou a norma jurídica que decidiu o caso concreto, evidenciando os argumentos pelos quais se fundamentou. A fundamentação, todavia, não se confunde com a justificação, na medida em que se apresenta em etapa anterior, na construção dos argumentos no juízo do julgador, notadamente, lastreados em provas.

A construção argumentativa, contudo, seja no processo seja no procedimento administrativo, todavia, não deve desprezar a construção sistêmica

do direito. Em outras palavras, deve-se prestigiar a argumentação jurídica inerente ao próprio sistema

Todavia, ao construir sua argumentação, as autoridades julgadoras, muitas vezes, fogem à própria lógica do sistema jurídico, para que a decisão sirva aos valores que entenda por caros, ainda que para tanto, as explicações repousem em elementos de outros sistemas de referência como econômico, histórico, sociológico, etc.

Ao decidir com base em possíveis consequência de outros sistemas, o julgador passa a ponderar questões outras como efeitos econômicos, éticos, sociais, etc., o que, todavia, é assentado em linguagem distinta àquela do sistema de direito positivo, em que a norma jurídica se verifica como elemento prescricional de condutas.

Reitera-se, portanto, que os argumentos devem ser preferencialmente pautados com base nos elementos do conjunto.

Não se quer dizer, contudo, que em outros sistemas, não hajam normas, mesmo porque elas podem sim ser existentes naqueles, caracterizando-os e definindo-os. O que se assenta, todavia, é que no sistema de direito positivo, hajam normas jurídicas, as quais tomam o fato jurídico para atribuir-lhes consequências também jurídicas, com isso prescrevendo condutas.

Por exemplo, tomando-se a economia e o direito, cuida-se em destacar que ambos correspondem sistemas distintos, cada um dos quais atento a objetivos e premissas próprias.

Ocorre que somente ao direito assiste o papel de regular condutas intersubjetivas, uma vez que esta é a linguagem própria deste sistema. A economia, por exemplo, como assenta, Gregory N Mankiw (2008, p.4), assenta seus esforços em compreender a atividade econômica, ou seja, de como o homem racionaliza o uso dos recursos escassos. Sua linguagem, portanto, não é a de prescrever condutas, mas de compreender o processo de tomada de decisões do ser humano considerando a escassez dos recursos disponíveis. De modo que, ainda que possa entre eles haver aproximação, por ambos serem sistemas linguísticos que tomam a sociedade por

objeto, estes hão de ser compreendidos de forma diferente, face as suas próprias regras.

Com isto somente importam ao direito os fatos juridicalizados, que passam a adotar a linguagem desse sistema. Sendo que, somente passam a ingressar se construídos em linguagem normativa, em conformidade com as normas de competência que delimitam esse sistema, e que, como observa Tácio Lacerda Gama (2020, p.124), qualificam o sujeito competente (s), estabelecem a forma de enunciação (p), as respectivas condições de espaço (e) e de tempo (t), bem como a matéria sobre a qual poderá versar a norma jurídica.

Com isso, somente ingressarão no sistema de direito positivo as normas que obedecem às regras de competência deste sistema, por sua vez assentadas em normas de competência, considerando-se, pois, o direito como sistema que se autorregule.

Portanto, norma que encerre o processo deve ser concebida em critérios jurídicos, tomando, assim a linguagem jurídica e o sistema de direito como critério de escolha em detrimento do cunho econômico, por serem, o direito e a economia, sistemas de referências distintos.

Ademais devendo ainda no âmbito da justificação da norma jurídica tributária que decida o caso apresentado, serem expostos fundamentos do sistema referencial jurídico, a fim de que a norma possa se fazer pertencente a este sistema de referência.

Não obstante possa haver argumentos de outros sistemas de referência, a decisão, portanto, deve ser preponderantemente jurídica, justificada, pois, no âmbito desse sistema de referência.

Portanto, não obstante possam existir valores de outros sistemas que sejam caros ao intérprete, tomando a estrutura argumentativa do direito estes devem ser considerados somente em segundo plano, face a preferência que se deva dar aos argumentos inerentes ao próprio sistema de direito.

Não obstante, na medida em que sejam assentados, os argumentos, sejam quais forem, são indissociáveis dos valores que carregue o intérprete e, como tais, devem ser demonstrados a fim de que passem a compor o

sistema de direito e possam servir às sucessivas reestruturações deste, posto que podem servir ao fundamento de outras normas.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação do direito está emaranhada de valores, estes compreendidos como o vínculo abstrato que se observa entre o sujeito e o objeto, representando uma tomada de posição do ser humano a partir de um núcleo de preferência que, ele próprio, identifique.

Os valores, outrossim, são indissociáveis do sujeito, de sorte que a melhor maneira de estudá-los seja a partir do que representam e não do que são, mesmo porque são de difícil compreensão, ainda que possam ser identificados atributos que os indiquem.

As construções linguísticas, todavia, a partir que se formulam com construções de enunciados gramaticais, assentam valores desde as escolhas dos termos nos quais os objetos são definidos.

O direito positivo não foge a tal constatação. Como assentado, ele é definido enquanto sistema que reúne normas jurídicas, estas construções de juízo hipotético-condicional de modal deôntico, de onde se prescrevem condutas intersubjetivas.

A enunciação, aqui considerada como ato de fala de onde se firma o direito, inclusive, também é dotado de carga axiológica, pois expedido por um sujeito que carrega consigo valores, também é indissociável dos valores que a este sejam caros.

Outrossim, o próprio fato jurídico, enquanto construção linguística de um evento na linguagem do sistema de direito também se faz arraigada de carga valorativa, dado que o adjetivo jurídico importa ao sistema de direito positivo com valores que são próprios e a este inerentes.

Ademais, as normas jurídicas são elaboradas a partir de juízos do intérprete que, também carrega consigo valores, que emergem desde a construção do recorte linguístico do fato jurídico a veículo introdutor de normas, estando, pois, presentes no antecedente normativo, bem como no seu conseqüente, a partir da relação jurídica que se assente.

A argumentação das normas que consubstanciem qualquer processo ou procedimento também são formuladas considerando-se os valores que carregue o intérprete, seja parte ou autoridade julgadora, os quais devem ser justificados, a fim de que seja possível compreender as dimensões destes.

Ademais, considerando-se que o direito também seja pautado no axioma da hierarquia, tem-se que os valores inerentes ao sistema de direito devem preponderar sobre aqueles derivados de outros sistemas, face a necessidade de coerência lógica que deve orientar todo o sistema.

Desta sorte, verifica-se que o direito é, essencialmente, formado por valores que são estabelecidos entre os diversos agentes do sistema e que subsistem positivados na medida em que passem a compor os enunciados, bem como se formem a partir do intérprete que se fará sempre presente na construção normativa e, ainda, se fazem presentes na argumentação que sirva a justificação das normas postas, sendo, pois, indissociável do direito, enquanto objeto.

## REFERÊNCIAS

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. *O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?* Valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial. São Paulo: Noeses, 2018.

BRITTO, Lucas Galvão de. *Tributar na era da técnica*: como as definições feitas pelas agências reguladoras vêm influenciando a interpretação das normas tributárias. São Paulo: Noeses, 2018

CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito*: o construtivismo lógico-semântico. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. Noeses, 7ª edição, 2018, p. 183

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário*: fundamentos jurídicos da incidência. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015

COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito*. São Paulo: Manole, 2004

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1991

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2020

GUIBORG, Ricardo. *El fenómeno normativo*. Buenos Aires, Astrea, 1987

HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007

LINS, Robson Maia, *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2019

LINS, Robson Maia, *La Mora em el Derecho Tributario*. Lima: Noeses, 2018

MANKIW, Gregory N. *Introdução à Economia*. Trad. Alan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2008

MOUSSALLEM, Tarék Moyses. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006

PERELMAN, Chaim. *Justice, Law, and Argument – Essays in Moral and Legal Reasoning*. Trad. Vários. Netherlands: D. Reidel Publishing Company, 1980

REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 141

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2016

VILANOVA, Lourival. *Universo das formas lógicas e o direito*. Escritos jurídicos e filosóficos. Vol. 1. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003

VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.







# ÍNDICE REMISSIVO

## A

acesso à justiça 10, 409

Água 9, 251, 253, 260, 267

## B

Berlin, Isaiah 9, 316, 317, 331, 333

## C

cidadania 8, 11, 110, 187, 192, 209, 218, 418, 453

crítica 9, 43, 57, 73, 111, 209, 339, 343, 344, 454

## D

defensoria 8, 172, 182, 188, 191

Direito de resistir 8, 155

Dahl, Robert 9, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 259, 260, 275, 279

## **E**

educação jurídica 8, 172

ética 10, 336

## **F**

filosófico-político 7, 19

formação do direito 11, 465

forma-de-vida 7, 69

## **G**

Giorgio agamben 7, 69

## **H**

Habermas 9, 17, 31, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 216, 217, 218, 221, 222, 223, 224,  
227, 237, 249, 385, 387, 388, 391, 394, 396, 397, 399, 400, 401, 403, 405, 406,  
407, 408, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 463, 464

Hobbes e Rousseau 9, 17, 316

## **I**

infocracia 10, 354, 355, 374, 382

## **J**

juízes 10, 285, 424, 425, 435, 437, 448

## **K**

Kant 10, 216, 224, 336, 340, 343, 346, 347, 348, 353

## **L**

liberdade 9, 15, 17, 18, 20, 44, 47, 52, 54, 61, 75, 100, 103, 156, 159, 165, 196, 199,  
214, 217, 220, 226, 228, 231, 232, 233, 236, 237, 238, 239, 241, 243, 247, 266,  
284, 304, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 323, 324, 326, 329, 330, 331, 332, 337,  
338, 339, 340, 341, 343, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 375, 376, 400,  
403, 406, 411, 412, 457, 459, 470

liberdade religiosa 11, 453

## **M**

moradia 8, 112, 115, 127, 131

## **P**

pedagogia jurídica 8, 87

pluralismo 10, 257, 384, 407

politização 7, 43, 56, 58, 59, 69, 435

pragmatismo 9, 280, 281, 282, 283, 284, 298, 314

procedimentalismo 9, 225, 234

## **W**

Walzer, Michael 9, 244, 251, 252, 253, 254, 256, 259, 260, 262, 275, 279





**Filosofia do**

**Direito e**

**Direitos Humanos**



ISBN 978-65-85626-19-4 | Físico  
ISBN 978-65-85626-20-0 | Digital

**FILOSOFIA DO DIREITO E DIREITOS HUMANOS**

Gustavo Barbosa de Mesquita Batista  
Newton de Oliveira Lima  
Raphael Silva Rodrigues  
Ricardo Henrique Carvalho Salgado  
(Organizadores)

1ª Edição 2023



## **Autores**

**AENDRIA DE SOUZA DO CARMO M. SOARES**

ALEX JORDAN SOARES MONTEIRO MAMEDE

**AMANDA CRISTINA PACÍFICO**

ANA CAROLINA GONDIM DE A. OLIVEIRA

**ANDRÉ LUNA**

CAIO LÍVIO SULPINO DANTAS

**EDJAELSON PEDRO DA SILVA**

EDUARDO SILVEIRA FRADE

**EMMANUEL PEDRO RIBEIRO**

FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA

**GABRIELLA DE MIRANDA H. CAVALCANTE**

GUILHERME CAMARGO MASSAÚ

**GUILHERME CASTRO NUNES MESQUITA**

GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA

**HIAGO PEREIRA SILVA MOURA**

LEONARDO FERNANDES DOS ANJOS

**LIRTON NOGUEIRA SANTOS**

LUCIANO NASCIMENTO SILVA

**NARBAL DE MARSILLAC**

NEWTON DE OLIVEIRA LIMA

**PAULO AUGUSTO ALMEIDA DE OLIVEIRA**

RAFAELLA SILVEIRA SUCUPIRA DA COSTA

**RAPHAEL SILVA RODRIGUES**

RENATA PATRÍCIA O. NÓBREGA GAMBARRA

**RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO**

WALDEMAR DE ALBUQUERQUE ARANHA NETO

## **Organização**

**Gustavo Barbosa de Mesquita Batista**

**Newton de Oliveira Lima**

**Raphael Silva Rodrigues**

**Ricardo Henrique Carvalho Salgado**

**É** no complexo cenário de evolução das relações sociais, do fenômeno do poder social ou econômico que os pesquisadores, ora autores, elaboram e desenvolvem as linhas de reflexão das quais resultaram os artigos ora publicizados com grande brilhantismo nos grupos de pesquisa do PPGCJ/UFPB e nos demais grupos de pesquisa dos autores da coletânea, além da UFPB. A presente obra é um brinde à inteligência nacional, com a pluralidade e a liberdade de pensamento asseguradas e motivadas, realizações como essa é que abrirão caminhos para o lumiar da História da razão e da ciência no Brasil.



O PRESENTE TRABALHO FOI REALIZADO COM APOIO DA COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR - BRASIL (CAPES) - CÓDIGO DE FINANCIAMENTO 001.



Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

