

TEMAS EM TEORIA DA JUSTIÇA I

ANDREA CACHEL
ANDREA FAGGION
CHARLES FELDHAUS
FÁBIO SCHERER
(ORGS)



TEMAS EM TEORIA DA JUSTIÇA I

APOLODORO VIRTUAL EDIÇÕES
Direção editorial: Evandro Oliveira de Brito

SÉRIE “FILOSOFIA, ARTE E EDUCAÇÃO”
Editor da série: Jason de Lima e Silva (UFSC/Brasil)

Comitê Editorial

- Aline Medeiros Ramos (UQAM e UQTR/ Canadá)
- Alexandre Lima (IFC/Brasil)
- Arthur Meucci (UFV/Brasil)
- Caroline Izidoro Marim (UFPE/Brasil)
- Charles Feldhaus (UEL/Brasil)
- Cleber Duarte Coelho (UFSC/Brasil)
- Elizia Cristina Ferreira (UNILAB/Brasil)
- Ernesto Maria Giusti (UNICENTRO/Brasil)
- Evandro Oliveira de Brito (UNICENTRO/Brasil)
- Fernando Mauricio da Silva (FMP/Brasil)
- Flávio Miguel de Oliveira Zimmermann (UFFS/Brasil)
- Gilmar Evandro Szczepanik (UNICENTRO/Brasil)
- Gislene Vale dos Santos (UFBA/Brasil)
- Gilson Luís Voloski (UFFS/Brasil)
- Halina Macedo Leal (FSL-FURB/Brasil)
- Héctor Oscar Arrese Igor (CONICET/ Argentina)
- Jean Rodrigues Siqueira (UNIFAI/Brasil)
- Joedson Marcos Silva (UFMA/Brasil)
- Joelma Marques de Carvalho (UFC/Brasil)
- José Cláudio Morelli Matos (UDESC/Brasil)
- Leandro Marcelo Cisneros (UNIFEBE/Brasil)
- Lucio Lourenço Prado (UNESP/Brasil)
- Luís Felipe Bellintani Ribeiro (UFF/Brasil)
- Maicon Reus Engler (UNICENTRO/Brasil)
- Marciano Adílio Spica (UNICENTRO/Brasil)
- Marília Mello Pisani (UFABC/Brasil)
- Noeli Ramme (UERJ/Brasil)
- Paulo Roberto Monteiro de Araujo (Mackenzie/Brasil)
- Renato Duarte Fonseca (UFSM/Brasil)
- Renzo Llorente (Saint Louis University/Espanha)
- Rogério Fabianne Saucedo Corrêa (UFSM/Brasil)
- Vanessa Furtado Fontana (UNIOESTE/Brasil)

ANDREA CACHEL
ANDREA FAGGION
CHARLES FELDHAUS
FÁBIO SCHERER
(ORGS.)

TEMAS EM TEORIA DA JUSTIÇA I

APOLODORO VIRTUAL EDIÇÕES
2017

APOLODORO VIRTUAL EDIÇÕES

Coordenadora Administrativa: Simone Gonçalves

Diagramação: Apolodoro Virtual Edições

Capa, preparação e revisão: organizadores

Concepção da obra

Grupo de Pesquisa Teorias da Justiça/Uel

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T278

Temas em teoria da justiça I. / Andrea Cachel [et al.]
(Orgs.) – 1 ed. – Guarapuava: Apolodoro Virtual
Edições, 2017.
263 p.

Bibliografia

ISBN 978-85-93565-07-6 (e-book)

ISBN 978-85-93565-06-9 (papel)

1. Filosofia. 2. Teorias da justiça. 3. Ética I. Faggion,
Andrea. II. Feldhaus, Charles. III. Scherer, Fábio.
IV. Título.

CDD 170

Atribuição - Uso Não-Comercial
Vedada a Criação de Obras Derivadas

APOLODORO VIRTUAL EDIÇÕES

editora@apolodorovirtual.com.br

Rua Coronel Luís Lustosa, 1996 Batel, Guarapuava/PR
85015-344

AGRADECIMENTOS

Agradecemos a todos os professores, pesquisadores e estudantes que colaboraram com o envio de textos a esta coletânea a respeito do pensamento relacionado a questões de filosofia do direito e teoria da justiça. Esta coletânea pretende inaugurar uma série de publicações a respeito de filosofia do direito e teoria da justiça, reunindo periodicamente estudos, mediante a chamada de textos a pesquisadores de todo o país e do exterior, embora esta aqui apresentada reúna apenas estudos de pesquisadores nacionais. Esta publicação foi idealizada pelos professores que fazem parte do grupo de pesquisa do CNPq denominado "Teorias da Justiça", vinculado à Universidade Estadual de Londrina.

*Andrea Cachel
Andrea Faggion
Charles Feldhaus
Fábio Scherer*

“Desde Platão tem sido suscitada a questão se filósofos devem se ocupar com o governo - se bem que os papéis propostos por eles têm variado. Mas antes de discutir as possibilidades eu deveria fazer uma advertência. Procurar salvação política dos filósofos é como procurar salvação nacional de um retorno à religião. Tudo depende de a que religião se é suposto retornar. Eu duvido que pudéssemos esperar que resultasse algo muito bom de uma conversão em massa à religião do Astecas, por exemplo, ou ao fundamentalismo islâmico do Ayatollah Khomeini. É preciso escolher seus filósofos com igual discernimento.”

Richard Hare

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	13
---------------	----

AS LEIS DE NATUREZA DE HUME E O JUSNATURALISMO DE KANT: DOIS LIBERALISMOS DE ESTADO MAIS-QUE-MÍNIMO

<i>Andrea Faggion.....</i>	21
----------------------------	----

DIREITO DE RESISTÊNCIA EM KANT COMO PRESSUPOSTO DE INCONSTITUCIONALIDADE

<i>Ana Carolina Venancio Silva.....</i>	59
---	----

A FUNDAMENTAÇÃO MORAL DA POLÍTICA EM ROBERT NOZICK – UM ESTUDO SOBRE A *EXPERIMENT MACHINE* E OS PRESSUPOSTOS ÉTICOS EM *PHILOSOPHICAL EXPLANATIONS*

<i>Antonio Afonso Ribeiro Neto.....</i>	75
---	----

RAZÃO COMUNICATIVA E JURISPRUDÊNCIA: A APLICAÇÃO DO DIREITO SOB A ÓTICA DE HABERMAS E DELEUZE

<i>Déborah Cristina Stagliano</i>	91
---	----

TEORIA DA DECISÃO COMO CONFORMADOR DA JUSTIÇA

<i>Emily Garcia e Bruno Ferreira de Souza</i>	107
---	-----

A DIGNIDADE HUMANA - O NOVO FUNDAMENTO DO
PROJETO COSMOPOLÍTICO DE HABERMAS

João Tescaro Junior 135

AS CRÍTICAS DE HART AO SOBERANO DE AUSTIN: UM
MODELO FALIDO DE NORMATIVIDADE

Mayara Pablos..... 159

AS CRÍTICAS DE HABERMAS À NOÇÃO DE “RAZOÁVEL”
EM RAWLS

Emanuel Lanzini Stobbe..... 177

O DEBATE HART-FULLER E A NATUREZA DOS
PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE

Guilherme dos Santos 191

CRÍTICA DA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS
ACERCA DA POBREZA

Henrique Franco Morita 229

INJUSTIÇA COMO HUMILHAÇÃO E DESRESPEITO EM
AXEL HONNETH

Juliana Marques Saraiva 255

PREFÁCIO

A reflexão filosófica a respeito do conceito de justiça e direito está presente na história da filosofia desde a antiguidade clássica. Aristóteles e Platão já se dedicaram a esse tema. Entretanto, esta coletânea reúne estudos a respeito de filosofia política e filosofia do direito, tratando de pensadores que se situam nos períodos moderno e contemporâneo da história da filosofia.

Durante a Idade Moderna, a teoria do conhecimento firmou-se como filosofia primeira. Porém, isso ocorreu, porque, via de regra, pensava-se a teoria do conhecimento como a área da filosofia em que seriam erigidas as bases sobre as quais a filosofia prática deveria ser construída, ou, no mínimo, a teoria do conhecimento deveria limpar o terreno para a edificação da filosofia prática. Assim, é inegável a importância que o filósofo moderno concede às discussões em ética e filosofia política, o que pode ser bem ilustrado pelas obras de dois dos maiores expoentes da modernidade, David Hume e Immanuel Kant, cujas doutrinas merecem nossas reflexões no presente livro.

No entanto, a passagem da modernidade para a contemporaneidade filosófica parecia marcar uma era de franco declínio da filosofia prática, expulsa do domínio do discurso significativo por filósofos que contrapunham o estudo lógico da linguagem à centralidade do sujeito no período que os precedeu. É nesse contexto que compreendemos a importância de filósofos surgidos no século XX, como John Rawls, Robert Nozick e Jürgen Habermas, dentre outros abordados em nosso livro, cujas ideias seminais continuam germinando entre nós hoje. Quando esses filósofos ofertaram ao público suas teorias pela primeira vez, era preciso que reaprendêssemos a fazer filosofia prática em um mundo cada vez mais plural e globalizado, rico em desafios que não confrontaram os modernos, mostrando, além disso, que, a despeito de não poder ser ma-

tematicamente certo ou empiricamente verificável, o discurso prático, nem por isso, deixava de ser racional e publicamente compartilhável.

É exatamente nesse cenário em que o discurso prático reivindica seu estatuto de discurso legitimamente racional, pretendendo, no mesmo movimento, também afastar-se do utilitarismo, que Herbert L. A. Hart rompe com a chamada Teoria Imperativa do Direito, desenvolvida pelos utilitaristas Jeremy Bentham e John Austin, uma doutrina que visava, justamente, reduzir o discurso prático jurídico a dados empíricos, explicando leis positivas como comandos habitualmente obedecidos, emitidos por quem não obedece habitualmente a mais ninguém. Hart resgata a normatividade irreduzível do direito ao considerar que o ponto de vista externo não é o ponto de vista adequado a quem queira compreender o direito como tal. Em outras palavras, nenhum discurso prático poderia ser compreendido por quem pretendesse observá-lo apenas externamente, como se observa (e descreve), por exemplo, um fenômeno meteorológico qualquer. Normas só têm sua natureza compreendida enquanto razões para ações. Ora, tal consideração, uma vez feita, reabre com novo vigor o debate entre juspositivistas, como o próprio Hart, e jusnaturalistas a respeito da relação entre o discurso jurídico e o discurso moral. Poderia a norma jurídica ser entendida como uma razão para ação sem que o discurso jurídico fosse tratado como caso especial do discurso moral?

Seja lá como for compreendida a relação entre as diferentes formas de discurso prático, sendo elas autônomas com respeito umas às outras ou não, a questão da justiça, aquela parte da moralidade mais intimamente relacionada à lei, preocupa de forma especial ao filósofo contemporâneo. Qual o estatuto de um direito individual? A que temos direitos? Como direitos devem se relacionar com outros tipos de valores que também perseguimos?

Na contemporaneidade, o problema da justiça configura-se, no mais das vezes, como o problema da justa distri-

buição dos ônus e dos bônus da vida em sociedade. Mas, como sugere a reflexão de filósofos mais recentes, como Axel Honneth, o bem a ser distribuído não precisa ser entendido em sentido material. A busca por justiça seria, acima de tudo, uma busca por reconhecimento?

O livro que temos a oferecer pretende contribuir com a investigação filosófica sobre alguns dos temas mencionados. Acima de tudo, pretendemos que o livro sirva como uma pequena amostra do quanto a filosofia prática não é apenas racionalmente viável, mas absolutamente imprescindível para a inteligibilidade de uma experiência cotidiana que lança a tantos em confusão e perplexidade cada vez maiores. O grande desafio do século XXI, afinal, não se esgota na busca da compreensão teórica de quem somos. Esse desafio está lançado, sobretudo, pela pergunta: o que devemos fazer? Pergunta esta que ciência alguma pode nos responder.

Tomando como ponto de partida a definição de Estado presente na tradição weberiana, a autora Andrea Faggion, em seu texto *“As Leis de Natureza de Hume e o Jusnaturalismo de Kant: Dois Liberalismos de Estado Mais-Que-Mínimo”*, pretende esclarecer como David Hume e Immanuel Kant, cada um a sua maneira, ampliaram suas respectivas concepções das funções justificadas do Estado para além das que constituiriam um Estado Mínimo. É nesse sentido, que a expressão “Estado Mais-Que-Mínimo” é utilizada no título deste trabalho. Ainda assim, o trabalho apresenta as teorias de Hume e Kant como liberais em sentido clássico, pois ambos, segundo a reconstrução oferecida para seus argumentos, fazem a propriedade privada, de alguma forma, preceder ao Estado, que teria então como função primordial a sua proteção.

Ana Carolina Venancio Silva, em “Direito de Resistência em Kant como pressuposto de Inconstitucionalidade”, esboça alguns elementos da filosofia kantiana, expostos nos textos *Teoria e Prática* (1793), *Paz Perpétua* (1795) e *Doutrina do Direito* (1797), em relação ao direito de resistência. Discutindo temas como o uso kantiano do princípio de publicidade,

em A Paz Perpétua, bem como a função dos três poderes do Estado no que tange à preservação da liberdade dos cidadãos, tal como abordada na Doutrina do Direito, a autora procura discutir os argumentos kantianos que determinam a inconstitucionalidade do direito de resistência.

Em “A fundamentação moral da Política em Robert Nozick – um estudo sobre a Experiment Machine e os pressupostos éticos em Philosophical Explanations”, Antonio Afonso Ribeiro Neto discute se o experimento de pensamento chamado “A máquina de experiências”, proposto por Robert Nozick em “Anarquia, Estado e Utopia”, consegue atingir toda doutrina utilitária clássica. Investigando também as bases éticas e morais para a filosofia política libertária de Nozick, a partir de alguns de seus trabalhos posteriores, tais como Philosophical Explanations e Invariances, o autor estabelece um diálogo especialmente com as filosofias de Jeremy Bentham (1748 – 1832) e John Stuart Mill (1806 – 1873). Visa ponderar, com esse diálogo, em que medida o experimento de pensamento impacta os posicionamentos filosóficos éticos, psicológicos e políticos destes autores do utilitarismo clássico.

A autora Déborah Cristina Stagliano debate, em seu texto “Razão Comunicativa e Jurisprudência: a aplicação do direito sob a ótica de Habermas e Deleuze”, as divergências entre Habermas e Deleuze quanto ao papel do Direito, das leis e dos julgamentos, partindo-se de suas concepções de direitos humanos. Realizando inicialmente uma exposição da visão habermasiana de jurisdição, considerando sua concepção dialógica da razão prática kantiana (razão comunicativa) e o papel que os direitos humanos têm, a autora investiga os possíveis contrapontos de Deleuze a essa visão, tendo em vista sua qualificação da atividade filosófica como criadora de conceitos. Trata-se de mostrar duas concepções distintas quanto ao modo de articulação entre a lei e o fato, quais sejam, a visão habermasiana pautada na atividade discursiva e a deleuziana, segundo a qual é a Jurisprudência que permitiria o exercício da criação no interior da atividade adjudicativa.

Emily Garcia e Bruno Ferreira de Souza, no texto “Teoria da decisão como conformador da justiça”, abordam a questão da jurisdição constitucional e dos meios encontrados pelas sociedades do segundo pós-guerra para superar o positivismo legitimador dos regimes totalitários mediante o resgate de valores, o que tem levado a um alto grau axiológico nas constituições contemporâneas, num fenômeno conhecido como pós-positivismo (neoconstitucionalismo), caracterizado pela institucionalização da moral ou moral constitucionalizada. Dado esse fator histórico, as consequências jurídicas aparecem de plano num agigantamento da jurisdição constitucional, reflexo dos diversos elementos que as constituições contemporâneas se propõem a realizar, num manifesto caráter mutante da realidade social, econômica e jurídica e a garantia dessas promessas passa pelo Poder Judiciário, especialmente em países com dificuldades de concretizar até mesmo os direitos de primeira geração, como é o caso do Brasil. A reaproximação entre Direito e Moral, com a institucionalização de valores, exige uma teoria da decisão que limite a atuação jurisdicional frente a onda de judicialização dos mais diversos temas da sociedade. Diversos jusfilósofos enfrentam esse tema, Alexy busca em Habermas elementos da linguagem para uma racional fundamentação das decisões; Dworkin confia numa interpretação principiológica e histórica do Direito que se sustenta a partir de um sistema coerente; a hermenêutica filosófica inter-relaciona texto e norma para superar a ruptura entre esses dois elementos para que a integração não seja realizada pelas concepções pessoais dos intérpretes.

O autor João Tescaro Junior, em “A Dignidade Humana – o Novo Fundamento do Projeto Cosmopolítico de Habermas”, aponta a originalidade de Habermas – em relação à tradição do liberalismo político e, até mesmo, em vista da filosofia do direito como um todo – ao articular a forma jurídica de tal modo que ela por si mesma requer os direitos humanos com independência de qualquer justificação moral. Argumenta, nesse sentido, que já em *Direito natural e revolução* (1963),

Habermas estabelecerá uma ligação, ainda que *fraca*, entre direitos humanos e soberania popular. O texto acompanha o que entende ser um projeto cosmopolita, expresso em textos como *A idéia kantiana de paz perpétua – à distância histórica de 200 anos* (1995), em que passa a haver a necessidade de resolver a tensão entre a carga semântica universal dos direitos humanos e o sentido particularista dos Estados Nacionais. O autor pretende discutir, nesse contexto, alguns aspectos que dizem respeito a essa tensão no projeto habermasiano, a partir do delineamento da ideia de uma ordem jurídica cosmopolita, o qual se estabelecerá a partir de *Faktizität und Geltung*.

O texto "As críticas de Habermas à noção de 'razoável' em Rawls", de Emanuel Lanzini Stobbe, busca apresentar e discutir, em linhas gerais, a noção de "razoável" na filosofia política de John Rawls, sobretudo frente aos comentários de Jürgen Habermas. Por "razoável", Rawls entende uma noção contraposta tanto ao mero "racional", quanto ao "verdadeiro" de um ponto de vista metaético - sendo que sua teoria da justiça precisaria levar em consideração ambas as noções. Habermas, em todo caso, discute a utilidade de tal noção frente ao controverso "consenso sobreposto" rawlseano, ao qual princípios razoáveis de justiça deveriam almejar. Deste modo, o texto parte da abordagem inicial de Rawls, para considerar mais apuradamente as críticas de Habermas, bem como a réplica de Rawls.

O texto "As Críticas de Hart ao Soberano de Austin: um modelo falido de normatividade", de autoria de Mayara Pablos, reconstitui os argumentos de Austin, segundo os quais o cumprimento da lei expressa e ordenada pelo soberano estaria relacionada à coerção da ameaça de sanção pelo soberano, caso haja descumprimento das leis e ordens soberanas. A partir dessa exposição, a autora analisa a crítica de Hart a tal modelo jurídico, segundo a qual o Austin não conseguiria justificar a normatividade das leis. O artigo procura apresentar os argumentos centrais de Hart, no sentido de sustentar a afirmação de que a normatividade de um sistema depende da aplica-

ção de regras necessárias à autorização e à validade das leis cumpridas pela maioria de um corpo político.

Em “O debate Hart-Fuller e a natureza dos Princípios da Legalidade”, Guilherme dos Santos aborda a relação dos princípios de legalidade com o Direito e com Moral em Hart e Fuller, procurando discutir, em especial, o debate quanto a esses princípios estarem ou não entre os critérios necessários para a aplicação dos conceitos de lei e sistema legal, bem como quanto a fazerem ou não diferença para a qualidade moral de um sistema jurídico. Nesse contexto, o autor aborda algumas das críticas de Hart a Fuller, apresentadas na sua resenha do livro “A Moralidade do Direito” e, por fim, investiga parte das colocações de Raz, referentes aos temas implicados no debate entre esses autores.

Em “Crítica da perspectiva dos Direitos Humanos acerca da Pobreza”, Henrique Franco Morita critica o discurso predominante dos direitos humanos pela sua falta de consideração a respeito dos deveres. O texto inicia apresentando um breve retrato sobre o conceito de pobreza e as caracterizações da pobreza relativa e absoluta. Em seguida, concentra-se nos direitos sociais e econômicos como direitos humanos, como os toma James W. Nickel. Nisso tem-se também uma discussão da clássica separação dos direitos em positivos e negativos, o que leva à consideração dos deveres negativos e positivos. Uma vez que se passa a considerar o debate sobre os deveres, passa-se às críticas de Onora O’Neill à perspectiva dos direitos humanos. O autor mostra em que medida a prova sistemática dos direitos humanos não garante sua eficácia, uma vez que isto é principalmente um atributo das ações e dos deveres alocados que, por sua vez, não dependem apenas da vigilância e colaboração estatal.

Em “Injustiça como Humilhação e Desrespeito em Axel Honneth”, Juliana Marques Saraiva expõe brevemente uma das formas de injustiça decorrente de situações de *misrecognition*. Na obra do filósofo Axel Honneth, o conceito de reconhecimento é a base para se revisitar a teoria crítica e é ele

que descreve as etapas necessárias de formação interpessoal que, caso desrespeitadas, motivam as lutas e reivindicações contemporâneas. Em seu artigo escrito com Avishai Margalit, Honneth trata da experiência de injustiça que se dá ao se negar a outrem a visibilidade de sua própria identidade, a humilhação e o desrespeito decorrentes da invisibilidade. O texto da autora Juliana Saraiva apresenta essas questões ao leitor, mostrando a experiência de invisibilidade como resultado de processos equívocos de reconhecimento e, portanto, de injustiça.

*Andrea Cachel
Andrea Faggion
Charles Feldhaus*

AS LEIS DE NATUREZA DE HUME E O JUSNATURALISMO DE KANT: DOIS LIBERALISMOS DE ESTADO MAIS-QUE-MÍNIMO

Andrea Faggion¹

Universidade Estadual de Londrina

Univeridade Estadual de Maringá

Introdução

Vulgarmente, qualquer defensor da austeridade fiscal acaba passando por um defensor do Estado Mínimo, ainda que ele não proponha que o Estado deixe, em absoluto, de atuar em áreas como educação, saúde, assistência social e infraestrutura. Contudo, a rigor, um Estado mínimo, como o nome diz, é um Estado cujas funções se restringem ao mínimo necessário e suficiente para que ele se configure como tal, isto é, para que possamos dizer, com algum sentido, que, em determinada sociedade, há Estado. Nesse sentido, parece que o conceito de Estado mais amplamente aceito é aquele formulado por Max Weber em seu ensaio “Política como uma Vocação”, segundo o qual: “um estado é uma comunidade humana que (de forma bem sucedida) reclama o *monopólio do uso legítimo da força física* dentro de um dado território” (WEBER, 1946, p. 78). Dada essa definição, o Estado mínimo é o Estado que se restringe a administrar a justiça ou executar o direito. Em outras palavras, para termos um Estado, basta que uma comunidade humana tenha sucesso em aplicar sanções físicas àqueles que violarem certas leis em seu território e, ainda, em proibir que outros façam o mesmo paralelamente.

Esclarecido o conceito de Estado mínimo com o qual operamos nestas notas, resta-nos constatar que tanto Hume

¹ Professora Associada do Departamento de filosofia da Universidade Estadual de Londrina. (email: andreaaggion@gmail.com)

quanto Kant estendem as funções do Estado que encontram justificativas em suas respectivas teorias para além do mínimo. Porém, ainda classificaremos ambos os autores como liberais, o que, obviamente, significa que não tomamos o liberalismo político como uma etiqueta a ser aplicada apenas a doutrinas políticas que tenham em comum justamente o fato de defenderem o Estado mínimo no sentido precisado acima. O motivo para tanto é que, neste caso, teríamos que excluir até mesmo nomes como Adam Smith (ver, por exemplo, SMITH, 1984, p. 81 e 1981, p. 723) e Friedrich Hayek (ver, por exemplo, HAYEK, 1982, v. 1, p. 48) da esfera dos autores legitimamente liberais. Por sinal, Hayek está entre os muitos que classificam Hume e Kant como pertencentes à tradição do liberalismo clássico (ver Hayek, 1982, p. 52), dizendo-se, inclusive, um continuador de suas obras (ver Hayek, 1982, v. 1, p. 06).

Neste trabalho, tomamos Hume e Kant como liberais, porque, cada um a seu modo, ambos defenderam que, de certa forma, a propriedade privada precede o Estado, que tem a função de protegê-la. Ainda que de forma um tanto breve e esquemática, procuraremos explicar como se dá a defesa da propriedade privada em ambos os autores e de que forma ambos, por argumentos diferentes, acabam ampliando as funções do Estado, para além da defesa da propriedade privada.

Kant e a razão pura que é prática

Antes de examinarmos como Hume e Kant entendem e justificam a propriedade privada, bem como de que maneira ambos pensam o governo civil como um guardião da propriedade privada, e ainda estendem suas funções para além desse papel, devemos ter em vista que estamos falando de dois projetos filosóficos basicamente antagônicos, ainda que se movimentem no interior de uma mesma tradição liberal, em virtu-

de das teses mais amplas que sustentam. O ponto central de divergência entre os dois pensadores modernos que comparamos é o papel atribuído à razão no tocante a avaliações e decisões morais. Enquanto, para Kant, a moralidade nada mais é do que o exercício incondicionado ou puro da racionalidade prática, para Hume, a razão não possui um princípio ativo, o que significa dizer que ela não pode nos mover à ação e nem determinar o conteúdo de um juízo moral.

Vejamos como Kant entende o caráter ativo da razão pura, ou sua capacidade prática. Para esse filósofo, quando reprovamos moralmente uma regra subjetiva de conduta, que ele chama de “máxima”, o fazemos com base em um critério puramente racional: uma lei objetiva da razão. Para entendermos como isso é possível, precisamos saber, primeiramente, que, grosso modo, a razão prática, em termos gerais e não especificamente morais, consiste em um procedimento de justificativa de ações. Estamos no âmbito da razão prática, quando respondemos a questões sobre a razão de termos agido de uma forma em vez de outra.

Razões para agir, quando se tornam motivos de uma ação, não são causas de um tipo qualquer. Uma causa de uma ação pode ser um impulso cego, como em um ato reflexo ou instintivo. Mas se um ser é capaz de razão prática, ele é capaz de agir segundo incentivos que ele articula com a ação praticada na forma de regras. Podemos dizer que ele incorpora o incentivo para a ação na regra de conduta que ele adota, ou, nas palavras de Kant, ele “o transformou para si em regra universal de acordo com a qual se quer comportar” (KANT, 1992, p. 30). Seres capazes de razão prática não são, portanto, desprovidos de influências dos sentidos. Mas eles são motivados por esses elementos sensoriais depois deles serem incorporados em regras de conduta.

Um agente racional enquanto tal, por exemplo, não segue um impulso de colocar uma substância qualquer na boca, mastigá-la e engoli-la. Ele o faz, porque entende que o que ele está sentindo é fome, que ele quer se livrar desse estado,

que aquela substância mastigada e engolida tem a propriedade de saciar a fome, que aquela substância não tem outras propriedades capazes de prejudicá-lo no mesmo processo, etc. Pode ser, e geralmente é o caso, que o agente não tenha feito todas essas ponderações explicitamente antes de colocar cada alimento na boca. Porém, se ele for interpelado, ele saberá oferecer essas justificativas quanto ao porquê de estar ingerindo certa substância. Mais do que isso, deve ser notado que o agente racional, justificando-se, não oferecerá uma mera explicação teórica das causas que o levaram a colocar aquela substância na boca, como ele faria se ele fosse um simples espectador desse fato. Ele dirá que o que ele está fazendo é um meio para um fim que ele tem, no caso, matar sua fome. Por fim, essa justificativa será aceita se o interpelador considerar que, qualquer outro agente, nas mesmas circunstâncias, tendo os mesmos fins, poderia praticar a mesma ação como um meio.

Temos, assim, que razões para ações são sempre razões igualmente válidas para outros agentes. Imagine se, ao ser interpelado sobre o porquê de estar comendo, um agente respondesse que é porque ele sente calor. Sua máxima ou regra de conduta seria algo como: “sempre como ao sentir calor”. A interpelação continuaria. O interpelador não se daria por satisfeito com essa resposta, porque ele não entenderia por que alguém com calor - um agente qualquer - deveria comer. É assim que Kant descobre que a razão prática tem uma forma, seja lá qual for o conteúdo sobre o qual ela se detenha: a universalidade.

Dessa descoberta, Kant passa à tese de que juízos morais poderiam ser explicados como juízos em que a universalidade é o critério de avaliação, sem que essa universalidade seja restrita por circunstâncias especiais. Ou seja, se algo deve ser feito por qualquer agente racional, seja lá quais forem os seus fins subjetivos, então esse dever é moral ou absoluto, e não meramente prudencial ou contingente.

A ideia é então que a própria compreensão da impossibilidade de que universalizássemos uma linha de conduta já

seria motivo suficiente para adotarmos a linha oposta. Veja que o critério formal da razão prática - a universalidade - se torna, por si só, o critério para a avaliação moral, sendo ainda a razão tida por capaz de motivar a uma ação em conformidade com esse critério. Kant, famosamente, diz: “o imperativo categórico é um único apenas e, na verdade, este: *age apenas segundo a máxima pela qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal*” (KANT, 2009, p. 215). O imperativo ou mandamento da razão é chamado de “categórico”, exatamente porque ele não depende de fins que possam diferenciar um agente de outro.

Colocando em termos mais concretos, se eu digo que como, porque tenho fome, presumo que todo agente que tem fome tem um bom motivo para comer. Essa justificativa para minha ação depende do conhecimento de leis empíricas sobre propriedades de objetos, bem como de meus próprios fins. Esses elementos são o conteúdo contingente em minha justificativa. Mas a forma racional da justificativa é a sua universalidade, ainda que restrita a uma classe: no caso, a dos agentes famintos.

Já o raciocínio moral derruba essa restrição a uma classe específica de agentes racionais: os portadores de um dado fim. Com isso, a imoralidade consistiria em fazer o que não se pode querer como lei universal para todo agente racional em geral. A imoralidade consiste no caráter de uma regra de conduta de inviabilizar a si mesma se for tomada como lei universal. Pense em alguém que tenha mentido. Ele pode se justificar dizendo que mentiu para conquistar um dado benefício, como conseguir um emprego, por exemplo. Note, agora, que a mentira só funcionou, porque ninguém parte do pressuposto de que a mentira seja a regra adotada por todos os agentes racionais. A mentira “colou”, digamos assim, porque a regra é a honestidade. Em um mundo onde todos fossem sabidamente desonestos, ninguém conseguiria enganar ninguém. A mentira funciona como exceção que abro para mim. Ajo de

uma forma, esperando que a lei universal da conduta dos agentes racionais seja da forma oposta. Eis a irracionalidade.

Ademais, como dito acima, Kant acredita que somos capazes de nos motivarmos a adotar um curso de ação, simplesmente por sabermos que a razão pura reprova o curso oposto, ou seja, que o curso de ação oposto não passa no teste da universalidade irrestrita. Até quando uma regra é tão racionalmente aceitável quanto seu oposto (ambas passam pelo crivo da razão pura), moralmente, adotamos uma delas porque sabemos que temos permissão da razão para a escolha, escolha que então é subordinadamente determinada por nossos fins subjetivos. Ou, ao menos, é este nosso dever: a subordinação dos fins subjetivos ditados por nossas paixões à razão que é, a um só tempo, pura (soberana) e prática (ativa). A maldade consistiria na inversão dos móveis: exatamente em colocarmos a razão como escrava das paixões, o que nos leva a Hume.

Hume, a razão escrava das paixões e o surgimento da justiça

A filosofia moral de Hume antagoniza com as posições que acabamos de atribuir a Kant, em virtude da recusa do filósofo escocês em aceitar que um critério racional poderia determinar a distinção entre o vício e a virtude, bem como que a própria razão poderia nos motivar a uma ação. Por sinal, é tamanha a convicção de Hume quanto ao caráter inativo da razão que, ao constatar que, efetivamente, agimos com base em crenças morais, ele já exclui a possibilidade de que crenças morais poderiam ser determinadas pela razão.

É verdade que precisamos ter em mente que Hume foi um predecessor de Kant, sendo ainda que seu real adversário racionalista, Samuel Clarke, não foi um proponente de um

modelo de razão prática nos moldes kantianos. Nesse sentido, a mais famosa objeção de Hume ao racionalismo moral diz respeito à crítica da inferência de valores ou normas morais a partir do conhecimento meramente descritivo com o qual a razão pode nos prover. Isso já nos mostra que a razão em sentido estrito, para Hume, tem um papel reservado ao que Kant trataria por razão teórica. Ademais, Kant, certamente, concorda que a razão em seu uso teórico não poderia nos oferecer provas para normas de conduta ou valores morais. No entanto, também é verdade que essas considerações não provam que, se Hume tivesse sido confrontado com a ideia de uma razão pura e prática, ele não a teria descartado como uma simples quimera.

Mas se um princípio racional não opera a distinção entre vícios e virtudes, como Hume pensa essa diferenciação? Enquanto, em Kant, encontramos um princípio moral que, depois, se converte no próprio motivo das ações; para Hume, é, primeiramente, o motivo de uma ação que define se ela deve ser classificada como uma virtude ou um vício. A própria ação é um sinal externo de um motivo, que é o definidor de seu caráter moral. E com base em que avaliamos o motivo sinalizado pelas ações? Hume responde: “[a] virtude é distinguida pelo prazer, e o vício pela dor, que qualquer ação, sentimento ou caráter nos dá pela sua mera visão e contemplação” (HUME, 2006, p. 81).

É preciso, todavia, ter cautela aqui. Diante de passagens como a citada acima, podemos concluir, apressadamente, que qualquer ato, sentimento ou caráter que agrade a qualquer pessoa deveria então ser tido por virtuoso por um humeano. Um rapaz rouba um carro para passear com a namorada, que se sente feliz com a perspectiva. Pronto, achamos que Hume nos diria que esse ato revela um motivo virtuoso. Na verdade, há um papel para a razão no julgamento moral humeano. Comparando o julgamento moral com a crítica das belas artes, Hume ressalta o quanto precisamos de nossas faculdades intelectuais para que tenhamos um discernimento próprio do obje-

to do juízo e para que ele tenha uma influência apropriada sobre nossa mente (cf. HUME, 2006, p. 189-190). Ademais, Hume acredita que sejamos capazes de sentimentos que a natureza teria tornado universais em nossa espécie, sendo que apenas esses sentimentos baseados em nossa humanidade, e não em nossa condição privada, seriam propriamente sentimentos morais, capazes de nos capacitar à distinção entre o vício e a virtude (cf. por exemplo, HUME, 2006, p. 260). Assim, muito do papel da razão, na filosofia moral de Hume, diz respeito a garantir que não estejamos sendo influenciados por nossos interesses particulares ao julgarmos moralmente uma ação, o que desqualifica o juízo da namorada do bandido, no exemplo acima, como juízo moral. Agora, há que se notar que, feito todo o trabalho da razão para qualificar e informar nosso juízo, a última palavra é de um sentimento. A razão ilumina o caminho para que o sentimento possa aprovar ou não o que vê.

Como falado, o sentimento de aprovação ou reprovação se volta, em última instância, ao afeto que motiva o agente. Uma virtude natural seria uma virtude motivada por um afeto pertencente à natureza humana em sentido bruto, ou não cultivada. Nesse sentido, seria a justiça uma virtude do tipo?

Hume analisa os candidatos naturais ao motivo para uma ação justa. Sabemos que, se não houver um motivo na natureza humana para a prática da ação, segundo o filósofo, ela não pode ser virtuosa. O amor-próprio ilimitado é um candidato rapidamente descartado por Hume, pois, uma vez que se dê vazão sem limites a esse sentimento, teremos mais ações injustas do que o seu contrário: “o amor-próprio, quando age em sua liberdade, em vez de nos engajar em ações honestas, é a fonte de toda injustiça e violência” (HUME, 2006, p. 84). Essa passagem, por sinal, já é suficiente para notarmos que Hume não se alinha com os defensores de uma visão egoísta da natureza humana.

Segundo Hume, o ser humano não se motiva exclusivamente por uma preocupação com a qualidade de sua pró-

pria existência. No entanto, o altruísmo que Hume atribui à natureza humana é limitado ou qualificado. Tomamos um interesse na qualidade da existência de outras pessoas, que até pode superar o interesse em nossa própria existência, quando essa pessoa nos prestou um serviço, possui algum vínculo conosco ou é portadora de alguma qualidade que julgamos especial. Esse altruísmo limitado, por conseguinte, também não pode ser o motivo da prática da justiça, afinal, concordamos que a justiça seja devida a todas as pessoas irrestritamente, e não apenas àqueles a quem somos gratos, amamos ou admiramos.

Talvez, alguns seres humanos possam demonstrar uma consideração equivalente pela sorte de qualquer outra pessoa, pelo simples fato dela ser humana, mas esse tipo de afeto generalizado pelo gênero humano, se existe, não é suficientemente geral entre seres humanos. A maioria de nós se comove ao saber do infortúnio de um semelhante, por mais remota que seja sua ligação conosco, desde que o episódio envolvendo esse estranho seja colocado diante de nós de forma suficientemente viva. Porém, notamos facilmente que essa comoção se dissipa com muito mais facilidade do que a preocupação com os menores pesares relativos a nós mesmos e aos nossos.

Ora, mas se não é o amor-próprio ilimitado, nem o altruísmo limitado e nem o amor pela humanidade que nos motivam à justiça, como ela poderia ser uma virtude? A resposta de Hume é que a justiça não poderia ser uma virtude natural, mas deve, sim, ser uma virtude artificial, ou seja, uma virtude que se relaciona com nossos afetos apenas se formos cultivados em uma civilização e esclarecidos pela razão.

Para nos guiar até sua concepção de justiça, Hume destaca a importância da sociedade para cada um de nós. Sua observação básica é que o mais miserável dos homens em sociedade ainda estaria em pior condição se vivesse sem sociedade (cf. HUME, 2006, p. 96). É verdade que, aqui, já devemos nos lembrar que Hume não acredita que uma preferência pos-

sa ser mais racional do que outra. O que parece é que ele consideraria exótico ou excêntrico por demais, um ser humano que, uma vez esclarecido sobre tudo que ele perderia se perdesse a possibilidade de vida em sociedade, ainda manifestasse essa preferência pela vida sem cooperação e assistência mútua. Esse agente exótico estaria optando por cuidar sozinho de sua própria alimentação: da caça, coleta ou plantio ao preparo. Ele teria que cuidar ainda de seu vestuário e de seu abrigo, dado que nosso corpo precisa desse tipo de proteção das intempéries. Para piorar, ele teria que proteger sozinho a si próprio de cada ser humano que se aproximasse, pois o outro nada mais seria para ele do que uma ameaça em potencial.

Traçado o cenário em que a opção pela vida em sociedade parece a escolha natural a qualquer ser humano normal, Hume cuida de apresentar a justiça como sua condição *sine qua non*. A justiça, para Hume, não é uma realidade objetiva ou um mandamento da razão pura. Pelo contrário, é uma convenção social, uma invenção ou artifício humano. Porém, isso não impede que Hume apresente as leis da justiça como leis de natureza, exatamente em virtude de sua indispensabilidade para a vida em sociedade. A justiça, para Hume, será natural, não no sentido de ser dada independentemente das convenções e instituições humanas, mas no sentido de ser inseparável da espécie humana, ainda que seja criação sua (cf. HUME, 2006, pp. 86-87). Entendamos o porquê de tamanha necessidade.

Segundo Hume, os bens humanos podem ser de três tipos: 1) a satisfação interna de nossa mente; 2) as vantagens externas de nosso corpo, e; 3) o gozo das posses que adquirimos por nossa indústria ou boa sorte (cf. HUME, 2006, p. 89). O primeiro tipo de bem não pode ser transferido a outro. O segundo tipo de bem é algo de que podemos ser privados com mais facilidade, mas outro não pode usar meu corpo como eu mesma o uso. Em suma, meu corpo, para outro, não tem as mesmas vantagens que possui para mim. Assim, o terceiro tipo de bem é que daria origem aos conflitos que impedem a

vida em sociedade. São bens que podem ser transferidos, por violência, de um indivíduo para o outro, sendo que o indivíduo que toma um bem de outro à força ainda pode fazer um uso tão vantajoso desse bem quanto o primeiro possuidor fazia. Dessas considerações, adicionadas à constatação da escassez dos bens do terceiro tipo e do altruísmo limitado da natureza humana, Hume conclui que a vida em sociedade exige a estabilização da posse dos bens do terceiro tipo.

Com a convenção social que estabiliza essas posses, surge a justiça, a obrigação e a propriedade. Vale a citação: “Depois de todos entrarem nessa convenção, com respeito à abstinência da posse dos outros, e adquirirem uma estabilidade em sua posse, imediatamente surgem as ideias de justiça e injustiça, assim como de *propriedade, direito e obrigação*” (HUME, 2006, p. 91). Por sinal, a propriedade, para Hume, “não é nada exceto aqueles bens, cuja posse constante é estabelecida pelas leis da sociedade, isto é, pelas leis da justiça” (HUME, 2006, p. 91). É nesse sentido que Hume nos diz, na mesma passagem, que a propriedade não é uma relação natural, mas moral.

Como Hume não acredita em direitos que precedam convenções, ele não se preocupa com a maneira como cada indivíduo chegou à posse de um determinado bem. O importante é que se faça a convenção para estabilizar a posse. Como ninguém pode reclamar ter sofrido injustiça até então, coisa que ainda nem existia, o que parece mais natural para Hume é que, no estabelecimento da convenção, cada um mantenha aquilo que já tinha em sua posse.

Temos aqui, então, dois problemas distintos: a origem da propriedade privada, como um direito de um agente perante outro, com respeito a um objeto; e a distribuição das posses aos agentes. No momento em que uma sociedade passa a reconhecer a propriedade privada e se organizar em torno dela, Hume propõe que não seja feita uma redistribuição dos bens (cf. HUME, 2006, p. 100). Claro que alguém poderia pensar em cenários improváveis em que um indivíduo teria monopoliza-

do todos os bens em sua posse. Seria ele então o único proprietário? Ora, em um cenário assim não surgiria a convenção pela estabilização da posse, pois o único possuidor seria o único interessado nela.

A tese humeana é que, no fim das contas, o amor-próprio é, sim, a paixão que dá origem à justiça, como motivo da prática de ações justas, mas apenas quando ele percebe que estará mais bem servido pela justiça. O ponto é que a ausência de restrições ao egoísmo faria com que o próprio egoísmo jamais fosse satisfeito. É por esse motivo que a justiça é uma virtude artificial. O egoísmo só leva à justiça após longas experiências de frustração, quando há engenho suficiente para que se aprenda o quanto a sociedade nos importa e o que a mantém de pé. Ainda assim, o egoísmo sozinho não explica nosso sentimento de aprovação pelas ações justas e reprovação pelas ações injustas. Hume recorre à simpatia pelo interesse comum, que é atendido pelas ações justas, para explicar nossa aprovação moral pelo ato daquele que se abstém da posse alheia (e reprovação pelo contrário) (cf. HUME, 2006, p. 97).

Naturalmente, porém, a abstenção da posse alheia não pode esgotar a justiça. Hume fala em três leis de natureza, sendo a estabilização da posse apenas a primeira. A segunda lei é a transferência por consentimento. Precisamos dela por um motivo bastante simples. Sempre precisaremos também daqueles bens que estarão em posse alheia. Como a estabilização da posse impede que os tomemos violentamente, surgiria, concomitantemente à estabilização da posse, a convenção das trocas voluntárias. Por fim, a terceira lei de natureza da justiça diz respeito ao cumprimento das promessas, afinal, nem tudo que trocamos diz respeito a objetos tangíveis imediatamente cambiáveis. Podemos, por exemplo, prometer um serviço para amanhã em troca de um objeto agora, ou prestarmos um serviço hoje em troca de outro amanhã. Esses esquemas viabilizam nossa vida prática, mas só são possíveis porque as ações humanas deram origem a uma convenção segundo a qual um

indivíduo adquire uma obrigação se ele pronunciar determinadas palavras em determinadas condições.

Agora, onde entra o governo nisso? Antes de sabermos, voltemos a Kant para vermos como a propriedade privada tem lugar em seu projeto jusnaturalista.

Um valor objetivo, liberdade e propriedade, em Kant

Agora que conhecemos a proposta convencionalista de Hume para uma teoria da justiça liberal, devemos entender a alternativa jusnaturalista kantiana. Antes de mais nada, convém esclarecermos que Kant situa o tema da propriedade no âmbito de sua doutrina do direito, que deve ser distinta de sua doutrina da virtude. Para o filósofo prussiano, a filosofia moral ramifica-se em direito e ética, sendo a primeira ramificação restrita à análise de nossas ações e interações como fatos externos. Uma doutrina do direito em sentido estrito é uma doutrina dos limites que devemos respeitar ao agirmos com relação uns aos outros, limites estes que devem ser estabelecidos por uma legislação externa condizente com a autonomia dos sujeitos a ela subordinados. Uma doutrina da virtude, por sua vez, é uma doutrina dos fins que devemos adotar por auto-legislação.

Fica claro já a partir daqui que Kant, como bom jusnaturalista, acredita em fins ou valores objetivos. Os fins subjetivos aos quais nos referimos em nossa primeira apresentação da filosofia moral kantiana são sempre relativos às inclinações de cada sujeito. Segundo Kant, se todos os fins forem relativos dessa forma, não poderá haver moralidade, pois não poderá haver imperativo categórico: um fim que subordine esses fins subjetivos. No quadro de uma filosofia como a de Hume, onde todos os valores são subjetivos, os mandamentos da razão poderiam ser dispensados conforme abríssemos mão de fins contingentes. Tais mandamentos seriam todos redutíveis a conse-

lhos técnicos ou prudenciais, pois, ainda que quem quer os fins deva querer os meios, nenhum fim iria se impor ao nosso arbítrio.

Mas como um fim poderia ser objetivo? Segundo Kant, como vimos, o imperativo categórico pressupõe um valor absoluto, que é o mesmo que um fim em si mesmo. Mas como todos os objetos de nossas inclinações têm apenas um valor condicionado, o único candidato ao posto de fim em si não pode ser uma coisa. Para Kant, apenas a natureza racional, como uma vontade legisladora, é capaz de ser colocada por essa mesma natureza racional como seu fim absoluto. É assim que o imperativo categórico assume também a forma de um mandamento para não usarmos pessoas como simples meios ou fontes de recursos para fins quaisquer. Pela capacidade de moralidade, a natureza racional adquire dignidade, e não meramente um preço. Assim, dizer que o imperativo categórico subordina nossos fins subjetivos a um fim objetivo é apenas dizer que ele subordina nossos fins subjetivos ao necessário respeito pelo agente racional, como um ser que deve dar seu consentimento se precisar ser usado por nós e como um ser cujos próprios fins morais devemos fomentar (cf. KANT, 2009, pp. 239-251).

A primeira parte do duplo respeito que devemos ter pelo agente racional é que nos interessa sobremaneira nesse texto: a existência de outros agentes racionais limita a liberdade de nossas escolhas, na medida em que, se precisarmos deles para a realização de nossos fins, devemos conquistar sua cooperação voluntária, ou seja, devemos respeitar o fato de que eles também são seres dotados de vontade própria. Na interpretação que proponho aqui, é a partir dessa argumentação em torno do único fim objetivo ou valor absoluto que devemos entender a doutrina do direito de Kant e, mais especificamente, o único direito inato que Kant atribui a seres humanos em virtude de sua humanidade, que é a: “*Liberdade* (independência de restrição pelo arbítrio de outro), na medida em que ela

possa coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal” (KANT, 1999, pp. 48-49).

Quanto ao fomento positivo dos fins do agente racional, isso pertence à doutrina da virtude, não à doutrina do direito, porque direitos, para Kant, correspondem a obrigações que podem ser impostas externa e coercitivamente. Assim, se, por sermos racionais, tivéssemos um direito à cooperação de outros seres racionais, poderíamos obrigá-los pela força a fomentarem nossos fins, o que entraria em contradição com o respeito como fim que precisamos ter pela natureza racional deles próprios. É por isso que não podemos usar a coerção externa para obrigarmos um ser racional à beneficência. Podemos usá-la apenas para impedirmos que um ser racional, primeiramente, coaja a outros.

Assim, temos que a doutrina do direito de Kant é, essencialmente, uma doutrina de direitos negativos, ficando a positividade das obrigações morais restrita ao domínio da ética ou da virtude, em que, como dito, a legislação é apenas interna. Inclusive, também não interessa ao direito qual motivo o agente incorporou em sua máxima de não violar a liberdade alheia. O agente pode respeitar externamente a liberdade de outro, ainda que ele o faça apenas por receio de sofrer uma sanção física, conforme a legislação externa, em caso contrário. Assim, compreendemos que a doutrina do direito de Kant não é uma doutrina da felicidade da nação e nem uma doutrina da virtude ética dos cidadãos. É uma doutrina da liberdade de agentes autônomos. O que temos que entender agora é como seres dotados do direito inato negativo à ausência de restrição pelo arbítrio alheio podem adquirir direitos de propriedade sobre bens externos, ou seja, bens diferentes de seus próprios corpos.

Primeiramente, devemos entender que a simples detenção física de um objeto não é um problema para o jusnaturalismo kantiano. Se o objeto externo está fisicamente ligado a seu corpo, é apenas com violência contra sua própria pessoa que ele pode ser desligado de seu corpo contra sua vontade.

Assim, a violação da simples detenção física de um objeto por parte de um agente racional seria uma violação do direito inato à liberdade desse agente racional. O problema é que propriedade não é detenção física e nem sequer existe uma relação de implicação entre esses dois conceitos: você pode estar na posse física daquilo que não é sua propriedade e pode ser proprietário daquilo que não está em sua posse física no momento.

Propriedade, para Kant, assim como vimos ser o caso para Hume, é uma relação moral, ou, mais especificamente, uma relação jurídica entre agentes. Mais especificamente ainda, propriedade é, por um lado, um direito ao uso de um objeto sem impedimento por parte de outro, desde que se respeite igual direito do outro, e, por outro lado, um direito de impedir outro de fazer uso de um dado objeto sem sua autorização.

O problema então é o seguinte. Se o único direito que me assiste, assim como aos demais, a princípio, é o direito à liberdade, uma vez que um objeto não seja fisicamente detido por mim no momento, mas, sim, por outro agente livre, como eu poderia ter o direito de impedi-lo fisicamente de usar esse objeto, sem violar a liberdade dele? Eu teria que mostrar que, ao usar um determinado objeto, ainda que ele não esteja fisicamente ligado ao meu corpo, outro agente, de certa maneira, me coage primeiramente, de tal forma que eu posso coagi-lo a se separar fisicamente desse objeto, sem estar iniciando violência contra ele. Naturalmente, não é evidente que um agente que faz uso de um objeto que não está ligado ao meu corpo agride minha liberdade de qualquer forma. Eis a dificuldade que Kant pretende superar.

O âmago da defesa da propriedade privada, em Kant, consiste em argumentar que, se defendêssemos que bens externos não deveriam se tornar propriedade privada, então, em nome do direito à liberdade, estaríamos aniquilando os objetos do ponto de vista prático, o que significa que estaríamos impedindo o exercício da própria liberdade. O argumento se baseia na premissa de que objetos só são usáveis se puderem

pertencer a determinados indivíduos, em vez de apenas estarem na posse física momentânea deles (cf. KANT, 1999, pp. 56-57).

Imagine, por exemplo, que a propriedade de qualquer porção de terra fosse impossível do ponto de vista jurídico, dado que contrariaria o direito natural à liberdade. Então, eu poderia ter meu uso desse pedaço de terra legitimamente interrompido por outro a cada vez que eu saísse de cima dele, e vice-versa. Vemos aqui um argumento que ecoa a tese humeana sobre a indispensabilidade de que a posse de bens externos seja estabilizada, para que possamos viver em sociedade, em um mundo de bens escassos e sujeitos dotados de altruísmo limitado.

Alternativamente à admissão da validade da propriedade privada, o único modo de resolver essa situação em que um inviabiliza o uso prolongado e temporalmente espaçado (que é justamente o uso produtivo) de objetos por parte de outro seria postular uma autoridade natural sobre ambos, que determinaria quem faria qual uso de quê, por quanto tempo e para quê. Mas o direito à liberdade como único direito inato no sistema kantiano impossibilita essa solução. O jusnaturalismo de Kant não é uma doutrina da autoridade natural, mas, pelo contrário, a doutrina da ausência de tal autoridade, dado o direito inato de cada um de ser senhor de si mesmo. Daí que se admita a propriedade privada como direito adquirido, isto é, não há direito inato do sujeito de ser provido com bens, mas um dever jurídico de tratar os bens externos como bens que podem vir a ser meus e seus.

Agora, afirmar que o problema do uso prático dos objetos é resolvido por Kant por via do direito à aquisição de propriedade privada, e não por via da postulação de uma autoridade natural distributivista entre os seres humanos, não é afirmar que Kant acredite que a propriedade privada poderia dispensar inteiramente o poder estatal, isto é, nossa saída do estado de natureza para entrada na condição civil. Na argumentação kantiana, o Estado não é o distribuidor, mas, sim, o

único garantidor possível da propriedade privada. Trataremos desse ponto em uma próxima seção. Por ora, voltemos a Hume, para entendermos o governo civil como garantidor da justiça em seu projeto empirista.

Justiça e governo em Hume

Finalmente, estamos em condições de compreendermos a justificativa para o governo civil no pensamento dos filósofos sobre os quais nos debruçamos. Começemos por Hume. Primeiramente, devemos observar que as três convenções às quais Hume se refere como absolutamente indispensáveis para a vida em sociedade - estabilização da posse de bens externos, transferências por consentimento e cumprimento de promessas - precedem a existência do governo em termos justificacionais (cf. HUME, 2006, p. 128). Mais do que isso, o principal objetivo da existência de um governo, segundo Hume, é exercer coerção para que observemos as leis de natureza (cf. HUME, 2006, p. 129). Quer dizer, o governo teria sua principal função pré-determinada, o que é característico de uma concepção de Estado limitado, ainda que não mínimo. Ainda antes de adentrarmos o argumento, devemos notar que o governo, no pensamento de Hume, não possui o mesmo caráter necessário das leis de natureza. Enquanto as últimas são imprescindíveis para a vida em sociedade, o primeiro não é imprescindível para o cumprimento das últimas. Hume concebe que pequenas comunidades possam observar a justiça sem a constituição de um governo civil. Grandes sociedades abertas é que não teriam essa capacidade. Agora, para entendermos o porquê dessa ressalva, temos que entender seu argumento em prol do governo civil.

Antes de mais nada, lembremos que a justiça, na visão de Hume, não caminha apartada do amor próprio, como em Kant. Porém, a justiça se origina de uma evolução do amor próprio, digamos assim. Trata-se do amor próprio cultivado

pela razão após um longo processo de aprendizado por experiência. A experiência nos ensina que, se dermos vazão irrestrita ao amor próprio, nosso egoísmo acabará menos satisfeito, pois acabaremos em um estado de violência de todos contra todos, onde a cooperação social foi inviabilizada. Assim, nós restringimos nossos interesses, ao atendermos as três leis de natureza, em nome desses mesmos interesses, e não em nome de algum mandamento absoluto da razão, como na filosofia kantiana, ainda que a simpatia pelo interesse comum explique um sentimento de dever com respeito às três leis de natureza. No entanto, há, ao menos, dois problemas com esse quadro explicativo: 1) Eu posso entender que a sociedade será mantida, mesmo que eu abra uma exceção para mim, desde que os outros continuem jogando conforme as regras. 2) A violação das leis de natureza me propicia bens imediatos, ao passo que os malefícios decorrentes dessa violação se dão a longo prazo, sendo que eu tenho um preconceito natural pelo presente.

Começando pelo primeiro ponto, naturalmente, ele será implosivo para a vida em sociedade, porque o mesmo raciocínio será válido para todo e qualquer indivíduo: cada um querará ser o único a não cumprir as leis de natureza.

Em outras palavras, do ponto de vista egoísta, o ideal para qualquer indivíduo que calcula seus melhores interesses é ser o carona da sociedade: os outros limitam os seus próprios interesses, enquanto ele dá vazão ilimitada aos seus. Inclusive, se cada indivíduo incluir em seu cálculo que cada outro indivíduo vai calcular que o melhor para si mesmo é violar as leis de natureza, ele terá uma razão mais forte ainda para ele próprio também violar as leis de natureza, pois, em hipótese alguma, seria conveniente para seus interesses que ele fosse o único a seguir as leis de natureza. Esse raciocínio já explica a necessidade de uma coerção externa para o cumprimento das leis de natureza, mesmo sendo elas a garantia da realização dos melhores interesses egoístas de todos. Uma vez instaurada a coerção, idealmente, o indivíduo passa a ter boas razões para acreditar que outros indivíduos egoístas, que calculam seus

melhores interesses, passarão a tomar interesse pelo cumprimento das leis de natureza, o que lhe dá ainda mais uma razão para que ele próprio cumpra essas leis, posto que não será mais o único a fazê-lo.

Agora, antes de tentarmos entender por que Hume pensaria que, em grandes sociedades, a coerção externa teria que ser exercida por um governo, e não, por exemplo, por mecanismos quaisquer de controle social, vejamos o segundo ponto destacado acima: o preconceito humano pelo imediato.

O ponto de Hume aqui é que o ser humano possui uma propensão natural a valorizar mais o bem mais próximo. Quer dizer, ao compararmos um bem A, temporalmente mais próximo, com um bem B, temporalmente mais distante, somos mais facilmente determináveis por A, mesmo quando, abstraindo dessas circunstâncias temporais, consideramos B preferível segundo nossas próprias paixões. Por sinal, Hume considera que uma paixão calma, que permite que reflitamos sobre ambos os bens, abstraindo da particularidade de um deles ser mais presente e comparando-os por suas demais qualidades, mais gerais e discerníveis, é o que, impropriamente, costuma ser chamado de “razão”. Todavia, trata-se de uma paixão, e não de razão, porque, como já vimos, para Hume, só uma paixão pode exercer preferências por fins. A paixão se faz, então, passar por razão, quando consegue exercer essa preferência sem ser logo determinada, simplesmente, pelo que é mais próximo no tempo. O problema é que não seria nada comum termos a capacidade de seguir apenas paixões calmas. Nem o filósofo escaparia da fraqueza da paixão violenta: a preferência pelo bem presente pelo simples fato dele ser presente. Hume faz questão de se incluir na categoria dos suscetíveis ao bem imediato, bem como ao leitor: “Você tem a mesma propensão que eu tenho a favor do que é contíguo e contra o que é remoto. Portanto, você é naturalmente levado a cometer atos de injustiça, tanto quanto eu” (HUME, 2006, p. 124).

É pela fraqueza da natureza humana que Hume explica como contrariamos nosso próprio interesse maior pela

sociedade, assumindo, novamente, que só um ser muito excêntrico preferiria realmente acabar com a sociedade para, por exemplo, poder roubar um carro hoje. Daí que a coerção externa ao cumprimento da justiça nada mais seja do que o remédio para essa fraqueza de nossa natureza: “como é impossível mudar ou corrigir qualquer coisa material em nossa natureza, o máximo que podemos fazer é mudar nossa situação e nossas circunstâncias, tornando a observância das leis da justiça o nosso interesse mais próximo, e sua violação, o mais remoto” (HUME, 2006, p. 125). Em suma, o governo existe, acima de tudo, para tornar a observância das leis de justiça o nosso bem mais presente.

Neste ponto, finalmente, podemos indagar: por que o governo seria necessário para criar a situação em que o cumprimento da justiça seria nosso bem mais presente? Como já dito, de fato, Hume não defende que o governo seja sempre necessário para tanto. Então, reflitamos sobre algumas diferenças essenciais entre pequenas comunidades e grandes sociedades relativamente à nossa questão.

Para entendermos uma teoria do Estado moderno como a de Hume, temos que ter em vista que está em jogo uma investigação sobre as condições de possibilidade de uma grande sociedade baseada em contratos, e não mais em status. É nesse sentido que muitos argumentam, contra anarcocapitalistas, que o capitalismo seria impensável sem o Estado moderno. Certamente, parece ser assim para autores como Hobbes e Hume. Não é que o Estado seja um ente produtivo para esses autores. Mas, sim, que a racionalidade dos contratos dependeria normativamente da existência de um Estado. Para entendermos, pensemos na seguinte situação, desenhada por Hume, que podemos chamar de “dilema do agricultor”:

Seu milho está pronto para ser colhido hoje; o meu estará amanhã. É lucrativo para nós dois que eu deva trabalhar com você hoje, e que você deva me ajudar amanhã. Eu não tenho qualquer sentimento

generoso por você, e sei que você se sente da mesma forma quanto a mim. Portanto, eu não assumirei qualquer ônus por sua causa, e se eu devesse trabalhar com você por minha própria conta, esperando uma retribuição, eu sei que eu deveria ser desapontado, e que eu deveria em vão depender da sua gratidão. Aqui, então, eu deixo você trabalhar sozinho: Você me trata do mesmo modo. O clima muda; e nós dois perdemos nossa colheita pela falta de confiança e segurança mutuas (HUME, 2006, p. 114).

Podemos entender esse dilema do seguinte modo. Se eu já obtive a vantagem que eu esperava obter de um negócio, do ponto de vista egoísta, eu não devo fazer minha parte, ou seja, cumprir minha promessa, porque esse seria um ônus aceito em vão. O melhor para os meus interesses, já tendo o meu bônus, é evitar o ônus. Mas a outra parte pode antecipar esse raciocínio, assim, ela também não faz a sua parte para evitar seu próprio ônus sem bônus. Nós dois deixamos de ganhar nosso bônus pela falta de confiança, mesmo que ambos considerássemos o bônus do negócio maior do que o ônus para cada um.

É claro que Hume sabe que podemos resolver esse dilema por controles externos representados pela própria dinâmica social:

[E]u aprendo a fazer um serviço para outro, sem ter qualquer sentimento generoso por ele, porque eu prevejo que ele retribuirá meu serviço, na expectativa de outro do mesmo tipo, e para manter a mesma correspondência de bons negócios comigo e com outros. Consequentemente, depois que eu o servi, e ele está de posse da vantagem que se originou da minha ação, ele é induzido a fazer sua par-

te, prevendo as consequências da sua recusa (HUME, 2006, p. 114).

Podemos pensar que as consequências relativas à perda da boa reputação em uma comunidade são suficientemente presentes para que um indivíduo possa se determinar por essa perspectiva, arcando com o ônus que lhe cabe no negócio. Não se trata aqui de ter que especular sobre o efeito longínquo da destruição da comunidade por uma soma de práticas de má-fé, mas de perder agora toda a capacidade de negociar de novo com o mesmo indivíduo, assim como com outros que venham a saber da minha falta com minha palavra.

A questão é que, em uma grande sociedade, a perda da boa reputação é muito menos importante como incentivo. O indivíduo sempre pode mudar de freguesia para aplicar seus golpes. Em outras palavras, com o nascimento da sociedade moderna, surge a necessidade de confiarmos em completos estranhos. Nesse tipo de negócio, que extrapola a política de boa vizinhança entre pequenos agricultores, é que se pensa a necessidade, ainda que contingente, de um Estado garantidor dos contratos. Claro que poderíamos defender que um agente privado fosse então contratado para garantir os contratos. O problema é que já teríamos um contrato com ele a ser garantido, o que nos levaria a um regresso infinito.

Aparentemente, essa é uma boa razão para que nem Hobbes e nem Hume defendam que existiria um contrato entre os indivíduos e o Estado. Quem garantia esse contrato? Na visão de Hume, o Estado é obedecido simplesmente na medida em que é útil para fazer valer os tão indispensáveis contratos, com suas promessas embutidas, garantindo ainda que nos abstenhamos dos bens possuídos por outros: “Evidentemente, não há qualquer outro princípio [da obediência] senão o interesse; e se o interesse primeiro produz obediência ao governo, a obrigação de obediência precisa acabar, seja lá quando for que o interesse acabe, em um alto grau e em um número considerável de instâncias” (HUME, 2006, p. 136).

Pois bem, até aqui, temos um Estado mínimo. Mas Hume dará um ousado passo além, o que é assunto para uma próxima seção. Antes de vermos isso, trataremos do surgimento do governo civil em Kant.

O surgimento do governo civil em Kant

Já no título do §8 de sua Doutrina do Direito, Kant afirma que alguém só pode ter algo como seu sob uma autoridade legislando publicamente, ou seja, dentro de uma condição civil. Quer dizer, a necessidade jurídica de que a propriedade privada seja reconhecida como um direito é dada por um argumento que não envolve a existência de um governo civil, mas o mesmo é colocado, por um novo argumento, como condição de possibilidade para que alguém tenha alguma propriedade.

Em geral, podemos separar dois problemas no tocante à propriedade privada, como já dissemos. Um é o problema da legitimidade de que um indivíduo, não apenas detenha fisicamente, mas se aproprie de um bem externo. Outro é o problema do que vem a ser de quem, que podemos chamar de problema da distribuição dos bens, sem querermos com isso pressupor que o problema seja resolvido por um distribuidor ou em uma distribuição deliberada. A questão é se Kant acredita que a atribuição de propriedade privada a indivíduos, ou seja, o problema da distribuição, deva ser resolvido por meio do governo civil como distribuidor. Essa questão é fundamental. Só temos um Estado liberal - entendido como um Estado limitado, e não como um Estado mínimo - se há direitos ao meu e ao teu que precedam o Estado em termos justificacionais.

Agora, se lermos mais do que o título do §8, sabemos que a tese de Kant é justamente que há direitos que precedem a condição civil. O ponto de Kant nesse parágrafo central é apenas que, dado o direito inato à liberdade, que signifi-

ca que não temos um senhor natural, a vontade de um indivíduo não pode ter autoridade sobre a de outro para a execução de um direito, afinal, cada um tem igual direito de fazer o que lhe *pareça* justo e nenhum de nós teria legitimidade para se colocar, privadamente, como um juiz competente sobre o outro (cf. KANT, 1999, p. 141).

Assim, segundo a filosofia jurídica de Kant, porque há direitos a serem executados - notadamente, porque é preciso que haja propriedade privada - entramos na condição civil, que é *idealizada*, não como um poder privado de alguns sobre todos, mas como um poder público de todos sobre todos: "Se precisa ser possível, em termos jurídicos, que um objeto externo pertença a alguém, o sujeito precisa ter permissão para obrigar a todos os outros com quem ele entre em conflito sobre se um objeto externo é seu ou de outro a entrar com ele na condição civil" (KANT, 1999, p. 70). Na verdade, Kant chega a ser mais enfático adiante, defendendo que podemos obrigar à condição civil qualquer indivíduo com quem tenhamos que conviver, sem termos que esperar por sua hostilidade, simplesmente, porque seria essa a condição da administração da justiça entre nós (cf. KANT, 1999, p. 138).

Que o poder público protege direitos, não os cria, fica evidente, por exemplo, já quando Kant nos diz que a condição civil não cria deveres jurídicos entre os indivíduos que já não existam no estado de natureza. A matéria do direito é a mesma em ambas as situações: o estado de natureza e a condição civil. A forma da lei é que é pública na condição civil (cf. KANT, 1999, p. 137). Adiante, Kant é ainda mais explícito sobre o ponto, removendo qualquer dúvida possível: "Se nenhuma aquisição fosse reconhecida como conforme ao direito, ainda que de modo provisório, antes de entrarmos na condição civil, a própria condição civil seria impossível" (KANT, 1999, p. 141). Nesse caso, a condição civil seria impossível, na visão de Kant, porque ela é pensada por Kant exatamente como garantidora ou protetora, e não como geradora de direitos sobre objetos. Tanto é assim que, na mesma passagem, Kant reafirma que:

“leis sobre o que é meu ou seu no estado de natureza contêm a mesma coisa que elas prescrevem na condição civil [...]. A diferença é apenas que a condição civil providencia as condições sob as quais essas leis são postas em efeito (ao manterem a justiça distributiva)” (KANT, 1999, p. 142).

Estou insistindo nesse ponto, ultimamente, tão negligenciado por intérpretes do pensamento jurídico-político de Kant, porque é sobre ele que repousa o direito de Kant a um lugar na tradição filosófica liberal, por mais que nosso filósofo não tenha reconhecido qualquer direito individual à execução da justiça. Por sinal, se retomarmos o texto de Kant exatamente na sequência do parágrafo onde ele argumenta que a resolução de possíveis conflitos sobre a propriedade demanda a condição civil, ou seja, no §9 de sua Doutrina do Direito, veremos Kant afirmando exatamente o limite normativo do Estado: “Quando o povo está sob uma constituição civil, as leis estatutárias existentes nessa condição não podem infringir o *direito natural*” (KANT, 1999, p. 70). Podemos dar nosso caso a favor dessa interpretação liberal de Kant por encerrado com a seguinte passagem: “[U]ma constituição civil é apenas a condição em conformidade com o direito, pela qual o que pertence a cada um é somente assegurado, mas não realmente fixado e determinado. - Qualquer garantia, então, já pressupõe o que pertence para alguém (a quem ela o assegura)” (KANT, 1999, p. 71).

Em suma, assim como o governo civil humeano tem a função de proteger convenções que o precedem, o governo civil kantiano tem a função de proteger direitos cuja matéria também o precedem. É nesse sentido que, mesmo quando não se reconhece o direito à resistência ou revolução, um problema à parte, reconhece-se que faz sentido que um indivíduo aponte eventuais transgressões por parte do governo. A justiça não é aqui equiparada, por exemplo, com qualquer decisão que tenha se originado a partir de um processo democrático estabelecido em uma lei estatutária, uma decisão que poderia, também por exemplo, até abolir a propriedade privada. Tanto

Kant quanto Hume oferecem argumentos para que uma lei do tipo possa ser classificada como injusta.

Agora que alcançamos este ponto de nossa análise, estamos em condições de procurarmos entender como e por que nem Hume e nem Kant limitam o Estado a essas funções mínimas de proteção de direitos à propriedade privada prévios ao próprio Estado.

O Estado Mais-Que-Mínimo de Hume

Mas o governo estende para além [da execução da justiça] a sua influência benéfica; e não satisfeito em proteger os homens naquelas convenções que eles fazem por seu interesse mutuo, frequentemente, ele os obriga a fazerem tais convenções, e os força a buscarem a sua própria vantagem, por cooperação em algum fim ou propósito comum (HUME, 2006, p. 126).

Facilmente, nos recordaremos aqui do terceiro dever do soberano de Adam Smith, aquele de erigir e manter instituições e obras públicas, que:

[E]mbora possam ser vantajosas no mais alto grau para uma grande sociedade, são, contudo, de tal natureza, que o lucro nunca compensaria o investimento de qualquer indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos, de modo que, portanto, não se pode esperar que qualquer indivíduo ou pequeno grupo

de indivíduos devam erigi-las e mantê-las (SMITH, 1981, p. 723).²

Além disso, o tipo de argumento que Hume desenvolve neste ponto antecipa embrionariamente o que, contemporaneamente, autores como Hart e Rawls chamaram de “princípio da equidade” (cf. HART, 1955, p. 185; RAWLS, 1999, p. 96), um princípio segundo o qual a coerção à cooperação seria justificada para impedir a formação de um cenário de decisão racional, em que cada indivíduo se beneficiaria de um empreendimento coletivo, ao passo que procuraria se esquivar da sua parte do ônus envolvido nesse empreendimento, deixando-a para os demais, ou seja, sendo o famoso “carona”.

Sobre isso, Hume considera que seria muito fácil que dois vizinhos concordassem em cooperar em um projeto comum, que fosse do interesse de ambos, cada um percebendo com clareza que, se ele não fizesse sua parte, o projeto naufragaria imediatamente e nenhum deles se beneficiaria. Porém, segundo Hume, um problema surgiria se a mesma cooperação precisasse envolver milhares de indivíduos. Novamente, portanto, vemos a sociedade grande e aberta levando a problemas ausentes em pequenas comunidades, problemas que Hume supõe serem solúveis por meio do governo. No caso, Hume considera que, em um empreendimento coletivo de grandes dimensões, cada indivíduo encontraria um pretexto para se tornar o carona (cf. HUME, 2006, p. 126). Assim, a função secundária do governo, na filosofia humeana, é permitir a coordenação de uma massa de indivíduos em um projeto de interesse comum, eliminando a lógica do carona.

De fato, parece difícil conseguirmos eliminar os incentivos para o carona, sem a introdução de uma figura coerci-

² Deve ser observado que Adam Smith é otimista quanto a, ao menos, a maior parte do financiamento dessas obras e instituições poder ser obtido por meio de taxas cobradas dos usuários, como pedágios e mensalidades, em vez da cobrança ser diluída em impostos cobrados de toda a sociedade.

tiva, que, como diz Hume, nos obriga a fazermos convenções e buscarmos nosso próprio interesse. Naturalmente, o grande problema com a racionalidade da estratégia do carona não é o simples fato de que haveria uma injustiça se um indivíduo se beneficiasse do ônus dos demais, ao menos, supondo que ele reconheça o benefício como tal e não tenha cooperado para se aproveitar deliberadamente dos demais. O maior problema é a inviabilidade do projeto, enquanto decisão racional coordenada, dado que a escolha racional de cada indivíduo será a de ser o carona se ele assim puder optar. Afinal, dentro da lógica do egoísmo com altruísmo limitado, não podemos supor indivíduos que, podendo colher apenas o bônus, façam questão de arcarem também com um ônus, apenas para aliviarem o fardo de estranhos. Daí que a cooperação, em grandes sociedades, estaria fadada ao fracasso sem a invenção do governo como remédio. Ou, ao menos, normativamente, sem o governo, os indivíduos egoístas e racionais deveriam fazer escolhas que fariam o projeto cooperativo fracassar. Em suma, a cooperação poderia até ocorrer, mas não seria a estratégia racional.

Como mostra a Teoria dos Jogos contemporânea, há situações, em que a escolha mais racional de cada jogador é também a escolha que contraria os melhores interesses de cada jogador. Nesse caso, o jogador não pode fazer nada, racionalmente, para mudar o resultado. Os incentivos para as decisões individuais é que precisam mudar, fazendo com que a escolha mais racional, finalmente, seja também a escolha que conduz à maior satisfação do indivíduo.

O famoso dilema do prisioneiro ilustra bem essa questão. Dois prisioneiros, A e B, recebem a seguinte oferta de seus captores: se ambos cooperarem com a investigação, confessando um crime, recebem 5 anos de pena cada um; se um deles confessar e o outro não confessar, o primeiro é solto e o segundo recebe 10 anos de pena; se ambos não confessarem, ambos recebem 6 meses de pena. Nessas circunstâncias, não importa o que B faça, a melhor estratégia para A é confessar. Chamamos isso, em Teoria dos Jogos, de estratégia estritamente

te dominante, pois ela deve ser seguida a despeito de qual seja a estratégia adotada pelo outro jogador. O problema é que a mesma estratégia se aplica para B: ele também deve confessar, a despeito do que A decidir fazer. Assim, a melhor estratégia de ambos os indivíduos que visam diminuir suas próprias penas, posta em prática, leva a um cenário em que ambos ficam com penas mais altas do que receberiam se ambos tivessem visado não diminuir a própria pena, mas diminuir a pena do outro. Afinal, se A e B adotassem cada um a estratégia que conduz à menor pena para o outro jogador, ambos terminariam com 6 meses de pena para cada, em vez de 5 anos.

Como essa reforma na natureza humana, que coloque um altruísmo irrestrito em primeiro plano, não é possível para Hume, o autor proporia uma mudança nas circunstâncias do jogo que obrigasse o jogador a abandonar aquela que, a princípio, seria a estratégia mais racional do ponto de vista egoísta. Essa mudança, restringindo a escolha egoísta, levaria à própria satisfação do egoísmo. No dilema do prisioneiro, essa satisfação seria a obtenção de 6 meses de pena para cada um, em vez de 5 anos; no exemplo de Hume, seria a realização do projeto que traz vantagens para todas as partes, com um ônus menor que o bônus para todas as partes.

Neste ponto, contudo, o leitor deve ter percebido um possível problema com o argumento de Hume. Ele supõe que, de fato, os projetos a serem desenvolvidos com base em ônus coercivos sejam de interesse comum. Quer dizer, o indivíduo não cooperaria, somente por ser melhor para ele transferir o ônus para os demais, ficando apenas com o bônus, e não porque, em vez disso, ele apenas calculasse que o ônus, para ele, não compensaria os benefícios do projeto, de modo que ele, realmente, não se importasse com o fracasso do projeto, desde que isso evitasse que ele tivesse que arcar com aquele ônus. No capítulo 5 de *Anarquia, Estado e Utopia*, Nozick desenvolve em detalhes esse tipo de crítica ao “princípio da equidade” (cf. NOZICK, 1974, cap. 05).

Dentro do quadro conceitual de Hume, fica mais difícil que o filósofo se esquive da crítica esboçada no último parágrafo, afinal, vimos que, para Hume, não há fins racionais ou objetivos. Esse fato já trazia uma dificuldade para a própria justificativa do governo em sua função primária, afinal, não é impossível que um indivíduo prefira a destruição da sociedade, mesmo ao fazer considerações de longo prazo, uma vez que um fim jamais pode ser considerado mais racional do que outro, dada a teoria da razão prática de Hume (ou dada a falta de uma autêntica teoria da razão prática em Hume). Todavia, podemos conceder que um indivíduo que, honestamente, não valorizasse a sociedade, ao excluir seu preconceito pelo bem mais presente como tal, seria por demais exótico para constituir um entrave aos argumentos de Hume em prol da utilidade da justiça e do próprio governo. É quanto a projetos outros que não a própria manutenção da sociedade que o problema se torna mais premente. Fica difícil que tratemos um indivíduo que, honestamente, prefira não contribuir com a construção de uma ponte, para pegarmos um dos exemplos de Hume (cf. HUME, 2006, p. 126), como um excêntrico que possa ser desconsiderado.

Com isso, no fim, se aceitarmos todas as premissas de Hume, parece que temos duas opções mutuamente excludentes: 1) ou aceitamos que projetos do interesse de parte considerável da população (talvez até de todos) possam naufragar sistematicamente em grandes sociedades; 2) ou aceitamos que interesses minoritários possam ser sistematicamente contrariados em grandes sociedades. Hume parece ter feito sua opção por 2), o que muitos não veriam como algo escandaloso, sobretudo, se pensassem que o mesmo indivíduo pode ora fazer parte da minoria ora da maioria em grandes sociedades, ficando, ao final, mais satisfeito do que contrariado. Certamente, existem visões mais otimistas, segundo as quais poderíamos evitar termos que fazer essa escolha entre 1) e 2). Mas analisar essas posições alternativas extrapolaria o foco deste trabalho. O que veremos agora é com que argumentos Kant

também estende sua concepção de Estado para além do mínimo.

O Estado Mais-Que-Mínimo de Kant

Ao comandante supremo pertence *indiretamente*, isto é, na medida em que ele tomou o dever do povo, o direito de impor taxas sobre o povo para sua própria preservação, tais como as taxas para apoiar organizações de assistência aos pobres, orfanatos e igrejas, usualmente chamadas de instituições de caridade ou *pias*.

A vontade geral do povo se uniu em uma sociedade que deve ser mantida perpetuamente; e para esse fim se submeteu à autoridade interna do Estado para manter aqueles membros da sociedade que são incapazes de manterem a si mesmos. Por razões de Estado, o governo está, portanto, autorizado a obrigar os ricos a prover os meios de subsistência para aqueles que não são capazes de prover nem mesmo para suas necessidades naturais mais básicas. Os ricos adquiriram uma obrigação para com a comunidade, desde que eles devem sua existência a um ato de submissão à sua proteção e cuidado, de que eles precisam para viver; sobre essa obrigação o Estado agora baseia seu direito de contribuir com o que é deles para manter seus concidadãos. [...] Isso será feito por meio de coerção (desde que estamos falando aqui somente do *direito* do Estado a ser oposto ao povo), por taxação pública, não meramente por contribuições voluntárias... (KANT, 1999, p. 159).

Primeiramente, esta passagem torna evidente que, se Kant pode ser considerado um liberal clássico, ele, certamente, não pode ser considerado um libertário, pois Kant admite que o Estado possa ter direitos que, claramente, não são portados pelos indivíduos submetidos a ele. Na filosofia de Kant, um indivíduo não pode obrigar outro a ser cooperativo. Não existem deveres jurídicos de cooperação, mas apenas de não intervenção. Porém, uma vez constituído, o Estado teria o direito de forçar os ricos a proverem os hiposuficientes.

Curiosamente em se tratando de Kant, esse suposto direito do Estado, que não se baseia em um direito individual dos hiposuficientes, mas, sim, em uma “razão de Estado”, parece tomar uma forma instrumental. Em suma, o dever do Estado tampouco é, diretamente, um dever para com o hiposuficiente, mas um dever para com a preservação perpétua da sociedade civil. O provimento das necessidades básicas dos mais vulneráveis aparece como um meio para esse fim. Kant é ainda mais explícito a respeito do propósito desse tipo de legislação, em outra obra, intitulada *Sobre a Expressão Corrente: Isto Pode Ser Correto na Teoria, Mas Nada Vale na Prática*:

Se o poder supremo legisla de forma dirigida principalmente à felicidade (a prosperidade dos cidadãos, aumento da população e assim por diante), isso não é feito como o fim para o qual a constituição civil é estabelecida, mas meramente como um meio para *assegurar uma condição conforme ao direito*, especialmente contra os inimigos externos do povo (KANT, 1996, locação 6824 de 16541).

Enquanto, para Hume, o governo não é absolutamente imprescindível para a administração da justiça, mas, uma vez que se torne necessário para esse fim, também pode expandir suas funções para garantir outras vantagens de interesse comum; para Kant, não há, em absoluto, justiça possível sem o governo civil, mas a expansão das funções do go-

verno fica sempre atrelada ao que a autoridade política considera necessário para a manutenção da própria condição civil. O argumento kantiano pela ampliação das funções do governo civil, assim como o humeano, também guarda semelhanças com um argumento smithiano, mas, desta vez, trata-se de um argumento encontrado na obra *A Teoria dos Sentimentos Morais*.

Adam Smith distingue entre justiça e beneficência, considerando que a última é uma virtude cuja prática não pode ser imposta pela força entre os indivíduos, ou seja, a falta com essa virtude não expõe o indivíduo a punições por parte de outros indivíduos, mas apenas à desaprovação moral, de modo que um espectador imparcial só pode intervir nas práticas egoístas de alguém por meio do conselho e da tentativa de persuasão. A tese subjacente aqui é que aquele que pode fazer um bem ou evitar um mal, mas não o faz, não pode ser equiparado àquele que causa um dano real e positivo. A injustiça, sim, para Smith, seria a causa de um dano real e positivo, de modo que poderia ser impedida ou punida pelo uso da força, que então seria meramente defensivo e reativo (cf. SMITH, 1984, pp. 78-81).

Ao fazer essa distinção, Smith está tratando dos direitos e deveres que os indivíduos possuem uns com relação aos outros. As coisas mudam de figura quando surge o governo civil, que passaria a ter o direito de usar a força para além da coerção ao cumprimento da justiça, obrigando os indivíduos também a certas práticas beneficentes:

Ao magistrado civil é confiado o poder não somente de preservar a paz pública por restringir a injustiça, mas de promover a prosperidade da comunidade [...]; portanto, ele pode prescrever regras que não somente proíbem a injúria mutua entre concidadãos, mas comandam o serviço mutuo até um certo ponto (SMITH, 1984, p. 81).

A justificativa para o comando público à beneficência parecer ser instrumental, antecipando a preocupação kantiana com a manutenção da sociedade civil como tal, pois, segundo Smith, se o governo civil negligenciar esses seus deveres que se estenderiam para além da mera contenção da injustiça, a sociedade será exposta a “graves desordens” e “crimes chocantes” (cf. SMITH, 1984, p. 81). Por outro lado, Smith parece mais atento do que Kant às ameaças que essa extensão dos poderes do governo civil podem representar para a justiça e a liberdade. Smith nos diz que o bom juízo do governo civil é mais exigido nesses casos de coerção à beneficência, pois “ir muito longe com isso é destrutivo de toda liberdade, segurança e justiça” (SMITH, 1984, p. 81). Quanto a isso, Kant parece contente em afirmar que o chefe de Estado tem que poder julgar por si mesmo se as regras que ele prescreve são necessárias para assegurar a força e a estabilidade interna e externa da comunidade (KANT, 1996, locação 6824 de 16541).

Considerações finais

Ao percorrermos, ainda que muito esquematicamente, alguns dos principais pontos da filosofia moral e política de dois gigantes do pensamento ocidental, acabamos constatando como dois projetos filosóficos tão díspares podem chegar a conclusões que convergem em vários pontos. Vimos, primeiramente, como Hume e Kant, cada um a seu modo, buscaram elucidar o senso moral que faz com que, muitas vezes, sejamos motivados a deixar de lado as urgências do nosso amor-próprio, preferindo cumprir com nosso dever. Para o primeiro, o próprio egoísmo, cultivado ao longo do desenvolvimento da civilização humana, recebe uma nova direção e, juntamente com a simpatia pelo que é de interesse comum, dá origem à justiça, coisa desconhecida para a natureza humana em estado

bruto. Para o segundo, a moralidade nada tem ou pode ter a ver com o amor-próprio, originando-se da racionalidade prática em seu estado puro.

Diferenças à parte, ambos os filósofos concordam que a observância da justiça demanda coerção externa e, portanto, uma condição civil. O que nos importa acima de tudo em uma identifica a justiça ou o direito com o conteúdo dos estatutos criados na condição civil pela autoridade política, por mais que essa autoridade, na visão de ambos, seja necessária e deva ser obedecida. O próprio argumento em prol da nossa entrada em uma condição civil - seja em Hume, seja em Kant - pressupõe que já haja algo anterior, um meu e um teu, a ser guardado pela condição civil. Em Hume, são as convenções indispensáveis à existência da sociedade, chamadas por ele de “leis de natureza”, que precedem o governo civil; em Kant, é o direito natural entendido como direito derivado de princípios *a priori*.

Posteriormente, porém, vimos que ambos os autores ampliam as funções do Estado para além do seu dever mínimo originário de protetor da justiça. Em Hume, isso ocorre, porque, segundo ele, a mesma lógica que leva à invenção do governo poderia ser replicada para a obtenção de novas vantagens comuns, além da manutenção da sociedade. Em Kant, a própria manutenção de uma condição civil como tal demandaria do governo civil mais do que a simples aplicação de restrições a injustiças. São ou não, os argumentos apresentados pelos dois filósofos devem ser conhecidos por todos aqueles que pretendam pensar seriamente sobre a origem da justiça, a legitimidade do Estado e suas funções.

Referências

HART, Herbert. (1955) “Are There Any Natural Rights?”, *The Philosophical Review*, v. 64, n. 2, pp. 175-191.

- HAYEK, Friedrich A. (1982) *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. London: Routledge.
- HUME, David. (2006) *Moral Philosophy*. Ed. by Geoffrey Sayre-McCord. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company.
- KANT, Immanuel. (1992) *A Religião nos Limites da Simples Razão*. Trad. de Artur Morão. Lisboa: Edições 70.
- _____. (2009) *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla.
- _____. (1999) *La Metafísica de las Costumbres*. 3 ed. Madri: Tecnos.
- _____. (1996) *On The Common Saying: That may be correct in theory, but it is of no use in practice*. In: *Practical Philosophy*. Trans. Mary J. Gregor. Kindle edition. Cambridge: Cambridge University Press.
- NOZICK, Robert. (1974) *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford: Blackwell.
- RAWLS, John. (1999) *A Theory of Justice: Revised edition*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- SMITH, Adam. (1981) *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Indianapolis: Liberty Fund, 2 v.
- _____. (1984) *The Theory of Moral Sentiments*. Indianapolis: Liberty Fund.
- WEBER, Max. (1946) "Politik as a Vocation". In: GERTH, H. H.; WRIGHT MILLS, C. (Ed.). *From Max Weber: Essays in Sociology*. New York: Oxford University Press, pp. 77-128.

DIREITO DE RESISTÊNCIA EM KANT COMO PRESSUPOSTO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ana Carolina Venancio Silva¹
Universidade Estadual de Londrina

O direito de resistência na atualidade vem obtendo considerável atenção, em razão dos desdobramentos internacionais dos conflitos internos ocorridos em diversos países por todo o mundo, fomentando um movimento de fuga e resistência ao governo, nunca antes visto. Em face deste crescimento constante das diversas formas de defesa contra a opressão, que esta pesquisa buscou uma reflexão filosófica, que contempla uma visão contrária ao direito de resistência, a sua negação, que é proporcionada pelo filósofo Immanuel Kant, que diante dos fatos que ocorriam no final do século XVIII afirmava que é completamente inconstitucional.

Destarte, é necessário compreendermos que desde os primórdios a humanidade sempre teve que resistir a diversos fatores: sejam eles a opressão, a sobrevivência, a desigualdade, entre tantos outros desafios que rondam o ser humano diariamente, não é por menos que o direito de resistência brote no íntimo do ser humano quando algo está em sua completa desordem. Nesta perspectiva, que a insurreição passou a representar conceitos ligados à política, uma espécie de “contra poder” ao Estado, seja por seu aspecto repressor ou por sua falta de prover ou tutelar seus cidadãos.

Pode-se dizer que é graças ao direito de resistência que grandes transformações vêm ocorrendo na sociedade, não

¹ Mestranda em filosofia contemporânea na Universidade Estadual de Londrina e graduada em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina. (email:carol.venacio2005@gmail.com).

é de se espantar que algumas constituições em seus textos atribuem aos seus cidadãos a possibilidade do direito de rebelar-se contra o Estado, outras, entretanto, negam completamente o direito de insurreição, estabelecendo, inclusive, que aquele que o praticar poderá sofrer sanções gravíssimas.

Historicamente, a Revolução Francesa foi um marco significativo na história da humanidade, tendo um papel importantíssimo nas questões relacionadas aos direitos civis, com o manifesto do direito de resistência não poderia ser diferente. No texto da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* promulgada em 1789, sendo visivelmente influenciada pelos primeiros passos da revolução, estabeleceu a resistência como um direito natural e fundamental ao homem. O seu segundo artigo dispõe: “a finalidade de toda associação é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem; estes direitos são: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

Obviamente que o primeiro documento proposto na França revolucionária deveria prever o direito que grande parte de seus cidadãos estava vivenciando ou ainda participando. Não é surpresa que a Constituição de 1791 aceitava a resistência legal e ainda oferecia em seus artigos a utilização de meios legais para resistir à opressão, reconhecendo que este era o modo apropriado para se opor a atos autoritários.

No decorrer dos anos, a resistência à opressão deixa de ser um direito fundamental, visto os problemas que legitimar esse direito poderia causar na república recém-formada, tanto que o direito de resistência passa a configurar como uma consequência do direito à cidadania, e, para tanto, a Constituição Francesa de 1793 propõe em seu artigo 35 que: “quando o governo violar os direitos do povo, a revolta é para o povo e para cada agrupamento do povo o mais sagrado dos direitos e o mais indispensáveis dos deveres” (FRANÇA, 1793). Pouco a pouco o direito de resistência deixou de configurar a Constituição da França. Apesar disso, a ideia do direito de resistência sempre estará vinculada à Revolução Francesa.

Não é surpresa, que Kant entusiasmado pelo processo revolucionário e um dos grandes teóricos do contrato social, não deixaria de se manifestar sobre este direito de revoltar-se, de praticar a insurreição contra um Estado opressor, que parecia abrir um precedente para configurar todas as constituições a partir daquele período de agitação revolucionária.

Kant, apesar de admirar o processo revolucionário, mesmo condenando o terror disseminado pelos jacobinos, era completamente contrário a um artigo constitucional que proporcionasse o direito de resistência aos cidadãos. Ao longo de suas obras, tais como: *Teoria e Prática* (1793), *Paz Perpétua* (1795) e *Doutrina do Direito* (1797), o filósofo teoriza sobre a negação do direito de resistência. Tal negação coloca Kant em completa contradição com seu entusiasmo à Revolução.

Compreende-se que o direito de resistência está intrinsecamente ligado à noção de soberania popular, na vontade do povo a ser respeitada. Sobre este aspecto, Ingeborg Maus (2009, p. 58) em *O Direito e a Política* escreve:

Na teoria de Kant, resistência e soberania popular evidentemente concordam em seu caráter fático, extra-jurídico. Entretanto, enquanto a soberania popular incorpora o real princípio da ideia jurídica ao fundamentar como extra-jurídico um Direito que corresponde à “vontade de todos”, a ação isolada de resistência consiste em uma negação pontual do Direito. Mas também esse último pode se apresentar como meio ao fim da afirmação da soberania popular, sem que esse fim justifique os meios.

Em vista disso, o direito de resistência é completamente contrário ao Estado de Direito que se dá após a instituição do contrato originário. Sendo o povo soberano, e participante da legislação que representa a sua vontade unida, é incongruente para Kant que esta mesma constituição permita

que o povo aja contrário à própria lei que definiu. Porém, o filósofo irá afirmar, que caso uma nova constituição esteja em vigência, ainda que resultante uma revolução, a mesma deve ser obedecida sem questionamentos.

Acerca desta ideia, em *A Paz Perpétua* encontramos o seguinte esclarecimento:

Se um movimento revolucionário, provocado por uma constituição péssima, consegue instaurar ilegalmente outra mais de acordo com o direito, já não poderá ser permitido a quem quer que seja reconduzir o povo à observância da constituição anterior; naturalmente, enquanto a primeira estava em vigência, era legítimo aplicar aos que, por violência ou por astúcia, perturbavam a ordem, as penalidades impostas aos rebeldes (ZeF, VIII, 372-373/KANT, 2010, p. 93).

O filósofo por mais receoso que se apresente com a insurreição que um povo pode provocar em um Estado, define que se uma nova constituição civil for resultado desta revolta, o Estado deve submeter-se a ela, uma vez que ela substituirá à anterior e, portanto, estará mais de acordo com o direito. Ao ser legitimada esta nova constituição, que irá assegurar os direitos, sendo assim, tornando-se impossível retornar a constituição e/ou a situação anterior a ela.

Na *Doutrina do Direito*, texto posterior à *Paz Perpétua*, mais uma vez o ilustre pensador prussiano irá dissertar acerca de uma constituição oriunda de uma revolução.

Se uma revolução triunfou e foi fundada uma nova constituição, então a ilegalidade do começo e da realização da mesma não pode dispensar os súditos da obrigação de se submeterem, como bons cidadãos, à nova ordem das coisas e eles não podem se recusar a obedecer lealmente à autoridade que

tem agora o poder (RL, VI, 322-323/KANT, 2013, p. 129).

Parece verossímil que a negação ao direito de resistência em Kant é mais uma resposta aos contrarrevolucionários que ansiavam por retornar ao Antigo Regime do que a Revolução propriamente dita. É compreensível que Kant ao defender a negação ao direito de resistência recorra à instituição do Estado, pois ao permitir o direito de resistência todo o Estado de Direito formado após a instauração de uma constituição seria aniquilado e o estado de natureza retornaria, deixando para trás todas as consequências boas e ruins que a instauração da constituição promoveu naquele Estado.

Domenico Losurdo, comentador da filosofia kantiana, justifica que para Kant pouco importa os percalços de uma revolução, se ela ocasionou em morte ou não. O que realmente ele atenta é a falta de uma constituição, pois para ele melhor ter uma constituição, mesmo que essa seja ruim, do que não ter nenhuma.

Com este modo [revolução] de buscar seus direitos, teria, todavia agido com a máxima ilegitimidade; pois ela (tomada como máxima) torna insegura toda a constituição jurídica e introduz o estado de uma plena ausência de leis (*status naturalis*), onde todo o direito cessa ou, pelo menos, deixa de ter efeito (TP, VIII, 301/KANT, 1993, p. 43).

Assim cabe ao chefe de Estado o poder de impedir que qualquer manifestação contrária à lei seja realizada, pois se a lei possui um caráter legal e irrepreensível, representando, portanto, a vontade unida do povo, este mesmo povo agir contrária a esta lei seria um completo absurdo.

Não existe nenhuma comunidade que tenha uma existência de direito sem um tal poder que supri-

me toda a resistência interna, pois esta teria lugar segundo uma máxima que, uma vez universalizada, aniquilaria toda a constituição civil e o estado em que unicamente os homens podem estar na posse dos direitos em geral (TP, VIII, 299/KANT, 1993, p. 40).

Uma situação que possa colocar a constituição civil em risco se revela para Kant como o maior crime que pode ser cometido contra o Estado, porque “toda oposição ao poder legislativo supremo, toda a sedição para transformar em violência (...), toda a revolta que desemboca na rebelião, é um corpo comum o crime mais grave e mais punível que arruína o seu próprio fundamento” (TP, VIII, p. 301/KANT, 1993, p. 42).

Sob esta prerrogativa que Kant irá fazer a sua defesa sobre a negação do direito a resistência, no que tange o opúsculo *Sobre a expressão corrente isto pode ser correto na teoria, mas de nada vale na prática* (TP, VIII, 302/KANT, 1993, p. 44), o filósofo afirma:

compreender-se-ia que, antes de a vontade geral existir, o povo não possui nenhum direito de constrangimento relativamente ao seu soberano, porque só por meio deste é que ele pode coagir juridicamente; mas, uma vez que ela existe, também nenhuma coação se deve exercer por parte do povo contra o soberano, porque então o próprio povo seria o soberano supremo; portanto, o povo não dispõe de nenhum direito de constrangimento (de resistência em palavras ou em atos) a respeito do chefe de Estado.

Observa-se que no texto *Teoria e Prática*, Kant nega o direito de resistência levando em consideração o contrato originário (contrato social), na afirmativa que uma lei que permitisse tal direito seria contrária a ele, isto é, a constituição. Se

uma constituição fosse instituída a partir deste preceito ela própria seria uma contradição, ou seja, ela mesma negaria todas suas leis, pois ela representa toda a vontade emanada do povo.

Não obstante, Kant em *A Paz Perpétua*, também irá se manifestar acerca do direito de resistência. É sabido que este texto fora concebido como uma forma de apoio a Revolução Francesa, então para justificar a negação ao direito de resistência, o filósofo irá invocar o “princípio da publicidade” que é considerado um princípio transcendental, ou seja, inteiramente fundado na razão *a priori*. Kant inicia o segundo suplemento afirmando que: “um artigo secreto nas negociações relativas do direito público, objetivamente, equivale no seu conteúdo, a uma contradição” (ZeF, VIII, 368/KANT, 2010, p. 83).

Suponha-se que um artigo secreto fosse possível ao se instituir uma legislação de direito público, não obstante, suponha que este artigo conste uma lei que fere o princípio da igualdade dos súditos, desse modo, em qualquer momento um conhecedor da lei, poderia se valer desta “brecha” e utilizá-la para impor a sua vontade individual de maneira injusta sobre os outros. Uma constituição que permita tal possibilidade é um completo absurdo, pois esta constituição contém um artigo “secreto” que possibilitaria sua autonegação.

Se no direito público, tal como costumam concebê-lo os juristas, prescindimos de toda a “matéria” (as diferentes relações consumadas empiricamente entre os indivíduos de um estado ou entre vários Estados), só nos ficaria a “forma da publicidade”, cuja possibilidade se contém em toda pretensão de direito. Sem a publicidade, não haveria justiça, pois a justiça não pode ser concebida ocultamente, mas sim publicamente manifesta; não haveria, portanto, direito, que é que a justiça distribui e define (ZeF, VIII, 381/KANT, 2010, p. 109).

Se toda reivindicação política possui capacidade de pretensão, podemos compreender que o cerne do processo revolucionário são as ideias contidas na mente dos cidadãos insatisfeitos que tendem a possuir um desejo pela justiça. Ao darmos voz ao princípio da publicidade esta vontade dos cidadãos de revolucionar-se seria interrompida, e qualquer insurreição contra o chefe de Estado, a simples ideia de revolução ou ainda a ideia de praticar o direito de resistência, seria decididamente negada, para isto bastaria utilizar-se do princípio transcendental da publicidade para sua recusa.

Não bastando essa teorização da negação do direito de resistência por meio do princípio da publicidade, mais adiante no mesmo texto, Kant irá se posicionar a respeito deste direito de insurreição utilizando-se deste princípio para justificar a resolução deste impasse:

Será a revolução um meio legítimo para livrar um povo da opressão de um tirano – *non titulo sed exercitio talis?* -. Os direitos do povo estão conspurcados, e não faz ao tirano nenhuma injustiça, destruindo-o; não resta a menor dúvida. Não obstante, é altamente ilegítimo, por parte dos súditos, reivindicar o seu direito desse modo, e não podem de maneira nenhuma queixar-se da injustiça recebida se são vencidos na demanda e obrigados a cumprir penas que de seu ato resultarem (ZeF, VIII, 382/KANT, 2010, p. 111)

Este trecho apresenta a certeza do filósofo sobre a negação do direito de resistência, afirmando que caso aconteça uma insurreição contra o chefe de Estado, estes cidadãos que cometeram este ato devem sofrer penas duríssimas. A resposta para a negação do direito de resistência esta pautada na ideia do contrato originário, e é nesta ideia que Kant reflete sobre esta problemática da resistência.

Kant argumenta enfaticamente que:

Este princípio [da publicidade], indague-se do próprio povo, antes de cerrar o contrato social, caso se atreva a manifestar publicamente a máxima pela qual se reserva o direito de sublevar-se. Bem se vê, se ao fundar-se um estado, se pusesse como condição de que em certos casos poder-se-ia fazer uso da força contra o soberano, isto equivaleria a dar ao povo um poder legal sobre o soberano. Mas então o soberano não seria soberano e caso se pusesse como condição a dupla soberania, resultaria então impossível instaurar o Estado, que seria contrário ao propósito inicial. A ilegitimidade da sublevação se manifesta, pois, patente, já a máxima em que se fundamenta não pode tornar-se pública sem destruir o propósito do Estado propriamente dito. Seria necessário, neste caso ocultá-la (ZeF, VIII, 382/KANT, 2010, p. 111).

Em face do que foi apresentado até aqui sobre o direito de resistência na obra *A Paz Perpétua*, podemos enfim observar que o princípio da publicidade, tão evidenciado pelo autor, é o que decidirá sobre a legitimidade de uma praticável resistência ou ainda, uma ideia que possa levar a uma revolta. Deduzimos que o princípio da publicidade nada mais é que a manifestação do imperativo categórico. Na sua primeira formulação o imperativo categórico se expressa: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (GMS, IV, 421/KANT, 2009, p. 215), portanto, o princípio da publicidade exige que todas as máximas as quais uma pessoa possa submeter devem ser expostas em público, para que assim ocorra a universalização desta.

Por fim, a última obra em que Kant fará uma defesa da negação do direito de resistência é a *Doutrina do Direito*. O filósofo pensa o Estado como portador de três poderes distin-

tos, dos quais deve estar manifestados em pessoas diversas, e cabe a estas três pessoas (legislativo, executivo e o judiciário) na figura do Estado preservar as leis da liberdade aos seus cidadãos.

Levando em conta que o chefe de Estado é um poder irresistível e incontestável, segundo o que o próprio filósofo escreve no parágrafo 48 da *Doutrina do Direito*, podemos observar que é a primeira manifestação da negação do direito de resistência.

O poder executivo supremo, não pode agir injustamente -, pois este seria de novo um ato do poder executivo, ao qual cabe, acima de tudo, a faculdade de *coagir* em conformidade com a lei, mas que assim estaria ele mesmo submetido a uma coerção – o que é contraditório (RL, VI, 317/KANT, 2013, p. 123).

Analisando a citação do filósofo observamos que se o chefe de Estado, é quem compõe a representação máxima do poder executivo, é aquele que recebeu a tarefa de salvaguardar a ordem pública seguindo as leis estabelecidas. Este representante do poder executivo não pode em hipótese alguma ser coagido pelos seus súditos, pois se ocorre à possibilidade para tal fato, este estaria em constante fragilidade e podendo sofrer qualquer manifestação de interesses privados por parte dos súditos, o que impossibilitaria o chefe de Estado cumprir fielmente suas obrigações legais com a constituição anteriormente estabelecida.

Caso o chefe de Estado cometa atos que ultrapassem a sua alçada de representante supremo do poder executivo, ainda assim Kant irá negar o direito de resistência aos súditos, cabendo a estes tão somente se opor ao poder executivo por meio de queixas.

Frente ao súdito, o soberano no Estado tem somente direitos e nenhum dever (*coercitivo*). – Se, além disso, o órgão do soberano, o *regente*, também infringir as leis – se, por exemplo, em questões de impostos, recrutamentos, etc. proceder contra a lei da igualdade na distribuição dos encargos públicos –, é lícito ao súdito opor queixas (*gravamina*) a essa injustiça, mas não resistência (RL, VI, 319/KANT, 2013, p. 125).

Kant irá afirmar, novamente, que uma constituição não pode de maneira alguma ter um artigo que possibilite um poder aos cidadãos de resistir ao poder do governante, ele escreve no texto supracitado: “mesmo a constituição não pode conter nenhum artigo que permita a um poder no Estado, em caso de violação das leis constitucionais pelo detentor supremo do poder, opor-lhe resistência e assim limitar a sua atuação” (RL, VI, 319/KANT, 2013, p. 125).

Uma constituição que atribuí na sua instituição um artigo que poderia negar a si mesma é um completo absurdo, pois possibilita que o povo cometa um ato que representa o oposto a sua vontade, que anteriormente fora reunida no contrato originário, isto é, na constituição.

Para clarificar a sua opinião contrária ao direito de resistência, considere que o direito de resistência seja possível e como tal esteja configurado em uma constituição, o problema da contradição, ao qual Kant faz alusão é que se súditos e o soberano configurassem ambos os lados opostos de uma disputa judicial, e sendo pessoas morais e portadoras de direito, surge à questão que o próprio filósofo nos pressiona a questionar (TOSEL, 1990, p. 86): “quem deveria ser o juiz nesse conflito entre o povo e o soberano (já que, do ponto de vista jurídico, trata-se sempre de duas pessoas morais diferentes)?” (RL, VI, 320/KANT, 2013, p. 127).

A resposta que podemos obter é que ninguém poderia julgar esta matéria, pois se estenderia ao infinito a busca de

alguém que pudesse julgar esta pendência judicial. Kant nos proporciona a resposta de que “o povo quer ser juiz em causa própria” (RL, VI, 320/KANT, 2013, p. 127). Conjuntamente a este litígio, quando os franceses executam o Luís XVI, sendo juiz em causa própria, Kant visualiza sob duas óticas a defesa desta ação:

A primeira com referência de que ao assassinar o monarca o povo estava protegendo-se de um possível levante deste. A segunda, e que mais interessa a nossa investigação, é a que recai justamente no assunto que discutimos é acerca do regicídio quanto um ato formal, ou seja, é um ato tão condenável que se iguala a um pecado imperdoável (TOSEL, 1990, p.86-88), ora, pois, para Kant:

*A execução formal é o que comove a alma imbuída das ideias do direito humano com um horror que se sente tão logo e tão freqüentemente se pense nessa cena, como no destino de Carlos I ou de Luís XVI. Como explicar, contudo, esse sentimento que não é aqui estético (uma compaixão, efeito da imaginação que se põe no lugar da vítima) e sim moral, o sentimento da total inversão de todos os conceitos jurídicos? É considerado como crime o que permanece perpetuamente e nunca pode expiar (*crimen immortale, inexpiabile*), e parece assemelhar-se ao que os teólogos chamam de pecado, o qual não pode ser perdoado nem neste mundo nem no outro (RL, VI, 320, nota/KANT, 2013, p. 127, nota).*

A condenação de Kant ao regicídio cometido pelos franceses faz com que o filósofo continue seguro de sua posição de negar ao direito de insurreição. O assassinato de Luís XVI, para o idealismo político proporcionando pela filosofia de Kant é um acontecimento para a sociedade civil que se assemelha a um crime hediondo seja para o direito, seja para o povo.

Ao assassinar o monarca o povo francês cometera uma espécie suicídio do Estado, pois tal ação faz com que a sociedade civil tão bem estabelecida por meio do contrato originário seja completamente destruída fazendo com que os seus cidadãos retornem ao estado de natureza (TOSEL, 1990, p. 87-88).

Não obstante, é importante ressaltar que aos súditos não cabe qualquer tipo de resistência ativa, nem tão pouco o direito de executar o chefe de Estado, mesmo que tais ações sejam para promover uma mudança radical na constituição civil daquele Estado (RL, VI, 315/KANT, 2013, p. 121). Podemos, portanto, compreender que de modo algum a mudança num Estado deve partir diretamente dos cidadãos, para o filósofo, qualquer mudança em um Estado deve partir do regente e tal mudança deve acontecer por meio de reformas graduais.

Diante do argumento kantiano da negação ao direito de resistência, é relevante analisarmos como este direito é tido em algumas constituições do mundo. Na constituição federal brasileira de 1988, o direito de resistência pode ser interpretado sistematicamente, ou seja, no parágrafo 2º do artigo 5º do referido texto constitucional, é possível o reconhecimento implícito do direito de resistência em suas modalidades coletivas e não violentas, como uma decorrência da opção do constituinte originário por Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana como valor essencial a ser realizado pelo Estado Brasileiro.

Na constituição dos Estados Unidos da América há a possibilidade de resistência, desde que a mesma tenha uma relação com algum tipo de governo despótico. Por sua vez, na constituição alemã, o direito de insurreição também é expresso, contudo a inclusão deste direito é tida por muitos, como uma resposta aos atos contra a humanidade praticada pelo regime nazista, isto é, a inclusão do direito de resistência na constituição alemã deve-se mais a uma concessão histórica dos doutrinadores do direito natural que a vontade de instituir-se uma norma de plena validade. Assim, expressa a constituição

alemã: “não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter essa ordem” (ALEMANHA, 1949).

Outra constituição que merece atenção, diante deste aspecto do direito de resistência, é a constituição da França, que sendo o primeiro Estado a legitimar este direito é importante compreendermos como na atualidade tal direito é visto. Na magna carta francesa, vigente atualmente, o direito de resistência, já não é mais legitimado como outrora, contudo, sendo o berço da fundação deste direito, é compreensível que caso o governo soberano haja contra os interesses de seus súditos, o direito de insurreição pode ser reivindicado.

Hoje, como observamos o direito de resistência existe como uma forma de assegurar os interesses do povo mediante os atos tirânicos do soberano. Entretanto, diante da perspectiva atual, bem como o argumento kantiano, podemos concluir que a negação do direito de resistência no pensamento político de Kant está intrinsecamente vinculada à ideia de contrato originário e em alguns elementos de sua própria teoria jurídica.

Observamos, que ao longo das três obras que discutimos (*Teoria e Prática*, *A Paz Perpétua* e a *Doutrina do Direito*), o filósofo expressa de maneiras distintas a negação do direito de resistência, mas mesmo estas distinções ainda podem ser conectadas para a melhor compreensão do porque o filósofo nega categoricamente o direito de insurreição. Para ele a manifestação do direito de resistência, irá destruir todas as coisas boas que o contrato originário trouxe, retornando aquela sociedade ao estado de natureza.

Kant compreende que possibilitar na constituição de um Estado o direito de resistência, é manchar esta constituição de um defeito. O direito de resistência é completamente contrário ao Estado de Direito que se dá após a instituição do contrato originário. Sendo o povo soberano, e participante da legislação que representa a sua vontade unida, é incongruente para Kant que a mesma constituição permita que o povo aja

contrário a ela. Assim, nenhuma constituição, pode possibilitar a existência de um poder que seja capaz de resistir ao governante.

Referências

- ARAÚJO, Cláudia de R. M. de. (2002) *O Direito Constitucional de Resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. (2005) Tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes.
- KANT, Immanuel. (2009) *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla.
- _____. (2013) *Metafísica dos Costumes: primeiros princípios metafísicos da Doutrina do Direito*. Tradução de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco.
- _____. (2010) *Rumo à Paz Perpétua*. Tradução de Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone.
- _____. (1993) *Teoría y Práctica*. Tradução de Juan Miguel Palacios, M. Francisco Pérez López e Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid: Editorial Tecnos.
- LANGER, Claudia. (1986) *Reform nach Prinzipien: Untersuchungen zur politischen Theorie Immanuel Kants*. Stuttgart: Klett-Cotta.
- LOSURDO, Domenico. (2015) *Autocensura e Compromisso no Pensamento Político de Kant*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves. São Paulo: Ideias & Letras.
- MAUS, Ingeborg. (2009) *O Direito e a Política: Teoria da Democracia*. Tradução de Elisete Antoniuk e Martonio Mont'Alverne Barreto. Belo Horizonte: Del Rey.
- TOSEL, André. (1990) *Kant révolutionnaire: Droit et politique*. Paris: Presses Universitaires de France.

A FUNDAMENTAÇÃO MORAL DA POLÍTICA EM ROBERT NOZICK – UM ESTUDO SOBRE A *EXPERIMENT MACHINE* E OS PRESSUPOSTOS ÉTICOS EM *PHILOSOPHICAL EXPLANATIONS*¹

Antonio Afonso Ribeiro Neto²
Universidade Estadual de Londrina

Introdução

Em *Anarquia, Estado e Utopia*, Robert Nozick propõe um famoso experimento de pensamento chamado “A máquina de experiências” que, supostamente, serviria como refutação dos pressupostos utilitaristas e das filosofias hedonistas. Parte do objetivo deste trabalho é verificar se a crítica de Nozick aos utilitaristas objeta-se a toda doutrina utilitária clássica. Para tanto investigaremos as bases do pensamento utilitarista de Jeremy Bentham (1748 – 1832) e de John Stuart Mill (1806 – 1873) e em que proporção o experimento de pensamento de Nozick responde a estas concepções utilitaristas.

Investigaremos ainda o sentido real deste experimento de pensamento e como ele se relaciona com os fundamentos morais que norteiam as concepções políticas de Nozick e com as noções de vida significativa e o que tais noções implicam para a base dos direitos vistos como “restrições laterais”. Ao final, uma comparação dos pontos de vista utilitários em face do experimento de pensamento.

Além disto, uma recorrente crítica feita ao livro *Anarchy, State and Utopia* é a de que a obra apenas afirma a existência de certos direitos, possuídos por todos os indivíduos, que

¹ Esse trabalho foi escrito com base no material produzido durante a bolsa de Iniciação Científica sob a orientação da Prof^a Andrea Buchile Faggion da Universidade Estadual de Londrina.

² Graduando em direito na Universidade Estadual de Londrina.

constrangem as ações de outros indivíduos (e do Estado) sobre eles, mas não fundamenta em bases morais e filosóficas a existência desses direitos. Pretendeu-se neste trabalho investigar, portanto, quais são as bases éticas e morais para a filosofia política libertária de Nozick, fundada na ideia de direitos como “side constraints”, ou seja, restrições laterais aos fins perseguidos pelos indivíduos. Para isto, recorreremos a trabalhos posteriores de Nozick - *Philosophical Explanations* e *Invariances* - investigando os fundamentos morais de seu pensamento político e as raízes de sua concepção libertária da política.

Na primeira parte deste trabalho investigaremos o experimento de pensamento chamado Máquina de Experiências, elaborado por Nozick na primeira parte de *Anarquia, Estado e Utopia*. A crítica geral³ tende a perceber neste experimento um simples ataque às correntes utilitaristas da filosofia política, o hedonismo ético ou alguma forma de hedonismo psicológico, porém, sublinhadas estas aparentes significações do experimento de pensamento, reside uma importante noção norteadora de todo pensamento moral presente no livro e na filosofia política libertária Nozickeana: a vida com significado.

Em primeiro lugar analisaremos as doutrinas utilitaristas clássicas, como a de Jeremy Bentham e J.S Mill, investigando o que fundamenta sua moral, sua visão sobre a utilidade, estudando detalhadamente cada um dos autores e suas respectivas principais obras sobre o assunto. O objetivo destas investigações é esclarecer em que medida o experimento de pensamento impacta os posicionamentos filosóficos éticos, psicológicos e políticos destes autores, como se julgássemos o “desafio” do experimento sob o ponto de vista de Jeremy Bentham e J.S. Mill e suas respectivas noções éticas e políticas.

³ FELDMAN, Fred - What we learn from the experiment Machine - The Cambridge companion to Nozick's *Anarchy, state, and* [edited by] Ralf M. Bader, John Meadowcroft.

Ao fim da primeira parte, é apresentada uma visão crítica sobre o experimento de pensamento, relacionando-o aos conceitos mais caros à filosofia ética de Nozick, apresentadas posteriormente em outros trabalhos, como *Philosophical Explanations*, e a comparação destes utilitarismos com a fundamentação moral do pensamento de Nozick evidenciado pela passagem “A Máquina de experiências”, com o objetivo de tentar responder se tais pensadores utilitaristas considerariam utilizar a máquina.

Nozick assenta sua visão política libertária numa concepção moral da pessoa humana, valendo-se da noção de autopropriedade e do princípio kantiano que nos diz para tratarmos cada indivíduo humano como um fim em si mesmo e não meramente como meio: “As restrições indiretas à ação refletem o princípio kantiano implícito de que os indivíduos são fins e não simplesmente meios; não podem ser sacrificados ou usados para a realização de outros fins sem o seu consentimento. Os indivíduos são invioláveis” (NOZICK, 2011, p. 37). Nozick advoga a inviolabilidade dos direitos naturais e a existência de restrições laterais morais absolutas. Tratar os indivíduos como fins implica respeitar os fins que eles possuem, ou seja, respeitar suas escolhas e não interferir em sua liberdade. Mas por que os indivíduos são invioláveis nesse sentido? Nozick responde afirmando que pessoas são seres que têm a capacidade de moldar sua vida segundo um conceito ou plano que elas mesmas objetivam.

Para Nozick, responder esta pergunta não é só dizer que os direitos do indivíduo são invioláveis por ser o homem um ser racional, que possui livre-arbítrio e é, ao mesmo tempo, um agente moral. Nozick conjectura que a noção de restrições morais “esteja ligada àquela indefinida e difícil noção: o sentido da vida. Organizar a própria vida de acordo com um plano geral é a maneira de que dispõe uma pessoa para dar sentido à sua vida; só um ser com capacidade de organizar sua vida pode ter – ou esforçar-se por ter – uma vida que faça sentido” (NOZICK, 2011, p. 64). Mas por que devemos respeitar seres

capazes de atribuírem um sentido à própria vida? Essa questão não é respondida na obra *Anarchy, State and Utopia*. Posteriormente, o problema é retomado por Nozick nas obras *Philosophical Explanations* e *Invariances*.

Assim, analisaremos partes dessas obras em que Nozick desenvolve sua ética com o intuito de analisar até que ponto essa ética fundamenta os direitos pressupostos pela filosofia política exposta na obra *Anarquia, Estado e Utopia*.

O Utilitarismo de Bentham

Bentham acredita que o fim de nossas aspirações é o prazer, e é bom aquilo que é útil e que proporciona prazer. Por consequência, mau seria tudo o que proporciona sofrimento. Isto é, todo ser humano busca, por natureza, o prazer e evita a dor. Mesmo que Bentham não tenha criado esta noção utilitarista da natureza humana (pois está presente já em Epicuro) ele a formula desta maneira: "A Natureza colocou a humanidade sob o governo de dois senhores soberanos, a dor e o prazer. Ambos nos governam em tudo o que fazemos, dizemos e pensamos"⁴. Através desta formulação, custa a Bentham determinar o que são e o que significam estes conceitos de Prazer e Dor, e a assim o faz: assume estes conceitos pelo significado do senso comum, sem apelar a conceitos metafísicos ou definições arbitrárias.

Desta feita, Bentham não pretende expressar apenas o que ele entende como uma verdade antropológica: O homem age baseado em sua atração pelo prazer e sua repulsa pela dor. Deseja também estabelecer um critério objetivo de moralidade do caráter das ações humanas, e o faz baseado na noção de utilidade. A ação que trazer a maior quantidade de Prazer é a mais benéfica e, por conseguinte, mais rica em valor moral do

⁴ BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles and Morals and Legislation*. Chapter I Section I.

que qualquer outra ação. Este raciocínio não se encerra apenas na unidade do indivíduo, mas se estende por todo o corpo social: A ação mais benéfica (a que gere uma quantidade maior de prazer) para a sociedade toda é a que possui mais valor moral.

Cálculo Utilitário de Bentham

Bentham postula em seu *Essay on political tactics* que a utilidade consiste em qualquer propriedade em qualquer objeto a qual tende a produzir felicidade, benefício, vantagem ou bem, ou que tende prevenir a dor, o mal ou a infelicidade a um indivíduo ou a um conjunto de indivíduos com um determinado interesse.

Se uma ação é moral (ou se tenho o direito de conduzir determinada ação) na medida em que esta ação irá aumentar a soma total de prazer (entendido como felicidade, benefício, vantagem ou bem) ou evitar o máximo de dor (entendida como mal, infelicidade ou desvantagem) para um determinado indivíduo, "party", ou toda a sociedade organizada resta ao agente moral, ao estimar a moralidade de sua ação, estimar a quantidade de prazer ou de dor a ação provavelmente dará origem, e balancear um valor a outro.

Bentham, então, fornece um cálculo para tal propósito:

Os fatores majoritários de sensações de prazer ou dor resultantes de uma dada ação são resumidos em algumas variáveis: Intensidade, duração, certeza, propinquidade, fecundidade e pureza. As primeiras quatro variáveis representam o valor e as propriedades do prazer ou da dor causadas "considerados em si mesmos." As outras duas variáveis são propriedades do evento ou ação produzidos pelo prazer ou dor - e não propriedades do prazer ou dor, em si. Há por último, a variável de extensão, relacionada ao número de indivíduos atingidos ou beneficiados.

O que significam e como podemos quantificar tais variáveis?

Intensidade – Quão intenso é o prazer ou dor causados?

Duração – Quanto dura o prazer ou a dor causados

Certeza – Qual a probabilidade do prazer ou a dor causados acontecer?

Propinquidade – Quão longe no tempo estão o prazer ou dor causados?

Fecundidade – Qual a probabilidade da sensação dar origem a outra sensação do mesmo tipo?

Pureza – Qual a probabilidade da sensação dar origem a outra de um tipo oposto?

Extensão – Quantas pessoas são afetadas?

Por exemplo, um prazer pode ser muito intenso, mas de curta duração, enquanto outro, menos intenso mas muito mais duradouro poderia ser quantitativamente mais benéfico do que o primeiro. Ademais, ao considerar ações que tendem a produzir prazer ou dor, o agente moral tem de ter em mente dois outros fatores, fecundidade e pureza: Se de dois tipos de ação em que ambas tendem a produzir sensações de prazer, uma tende a ser seguida de outra sensação de prazer futura e a outra não, ou o faz em um grau quantitativo (considerando as variáveis que descrevem as propriedades das sensações nelas mesmas, intensidade e duração e certeza) menor, a primeira é considerada mais “fecunda” ou “frutífera” que a segunda. Por pureza, entende-se a liberdade destas sensações serem seguidas por outras de um tipo oposto. Por exemplo, a apreciação de música (sensação mais pura) abre uma variedade de prazeres duradouros que não se desencadeiam nos resultados malignos do uso de drogas viciantes (sensação menos pura).

Bentham, no entanto, não propôs seu cálculo para que apenas um indivíduo tomasse suas atitudes baseado nesta quantificação, o intelectual inglês está preocupado com a aplicação prática de sua teoria ética na sociedade organizada e na feitura mesma das leis com o fim no bem comum. Por isso,

adiciona ao cálculo uma última variável: A extensão, que leva em conta o número de pessoas que são afetadas pela sensação ou que vão experimentar tal sensação.

Nas palavras de Bentham :

It is not to be expected that this process should be strictly pursued previously to every moral judgment, or to every legislative or judicial operation. It may, however, be always kept in view: and as near as the process actually pursued on these occasions approaches to it, so near will such process approach to the character of an exact one (1907, p.33).

O cálculo, portanto, não serve como uma norma universal a toda ação moral ou elaboração legislativa, mas um modelo a ser seguido e um método de avaliação das ações morais de indivíduos isolados (como uma aquisição de propriedade, hábitos e decisões interiores), interesses de comunidades e no processo das operações legislativas ou judiciais de uma nação.

A noção de utilidade em John Stuart Mill: Hedonismo Qualitativo

Em sua formulação, a teoria de Mill estabelece um único padrão de moralidade, no entanto, o princípio de utilidade é mais ligado a um princípio do Bem que é o fundamento para todo raciocínio prático. A maximização da felicidade é, portanto, o fim moral, mas isso não deve ser considerado em termos toscos. Mill não é um utilitarista meramente material e os prazeres sensoriais não são a sua meta. Ao contrário de Bentham, ele crê que bem-estar (welfare) reside sim em experimentar alguns estados mentais de prazer, mas a qualidade e não somente a quantidade de prazer deva ser tomada em con-

ta: “É melhor ser Sócrates insatisfeito do que um porco satisfeito” – como posto pelo próprio autor. Algumas experiências são qualitativamente superiores: Ora, Sócrates está insatisfeito, mas este modelo de vida é mais desejável do que a de um porco totalmente satisfeito, pois o porco se satisfaz com experiências de caráter inferiores a do homem. A vida de Sócrates, mesmo insatisfeito, é a vida de um homem que desenvolveu melhor as potências que são o fim para todo o Homem enquanto espécie. Vê-se mais claramente esta dissociação do pensamento de Bentham, e a importância do conhecimento dos fins morais do Homem em uma citação: “[Man is never recognized by him as a] being capable of pursuing spiritual perfection as an end; of desiring, for its own sake, the conformity of his own character to his standard of excellence, without hope of good or fear of evil from other source than his own inward”⁵. Para Mill, conceitos como “a busca pela perfeição espiritual” e “o total desenvolvimento do Homem” são estreitamente conectados à sua noção de utilidade e o princípio da máxima felicidade.

Mill, apesar de considerar o postulado maior do pensamento utilitário de que o fim da moralidade em geral é maximizar o bem-estar da humanidade, faz emendas à noção dos pensadores que o precedem no que concerne à noção mesma de ‘bem-estar’ - situação em que os prazeres contrabalançam a dor com o tempo-distribuindo os prazeres em categorias que os diferenciam quanto à qualidade destes, propondo como o ápice dos prazeres os afetos morais e a experiência estética.

Resta-nos saber, porém, quais preceitos fundamentam esta categorização qualitativa e em que fundamentos residem

⁵ MILL, John Stuart. *Dissertations and Discussions* – “[o homem nunca é reconhecido por ele como um ser capaz de buscar perfeição espiritual como fim; de desejar, para seu próprio bem, a conformidade de seu próprio caráter com seu próprio padrão sem esperança de um bem ou medo de um Mal de outra fonte que não seu próprio interior”.

a Natureza - psicológica - do "Bem-Estar", no pensamento de J.S. Mill.

A análise psicológica em Mill parte também dos postulados originais dos seus predecessores no campo da lógica, ou seja, através de um método lógico-indutivo.

Para pensadores como Bentham ou James Mill as análises lógica e psicológica eram de natureza unívoca. Se um conceito complexo é formado a partir da soma lógica de partes reais mais básicas e 'simples' (o conceito de homem poderia ser explicado como uma relação das somas das partes animal + racional), uma Ideia complexa - entendida como "mental phenomena"- gradualmente emerge através de um processo de associação das sensações mais simples (dados fornecidos pelos cinco sentidos). Portanto, a análise psicológica nos revela os antecedentes do 'fenômeno mental', em outras palavras, significa dizer que a partir da análise descobrimos por quais processos associativos estes fenômenos são adquiridos e incorporados à personalidade.

John Stuart Mill nunca abandonou tais alegações de seus mestres e que a moral e nossos sentimentos estéticos são, em grande parte, adquiridos através destes mesmos processos de associação. No entanto, ele compreende que tais experiências (a moral e estética) não poderia ser a mera soma de quaisquer partes básicas, em que as mesmas propriedades das supostas partes pudessem ser separadas e observadas uma por uma, ao final da análise. Tais estados de consciência qualitativamente superiores formavam, através do processo associativo, um caráter qualitativo *intrínseco* completamente novo.

Mill parece, então, adquirir a consciência de que os sentimentos morais e estéticos são unidades com qualidades distintas das encontradas nas partes associadas mais simples, e que, como tal, são algo maior do que a mera conjunção conectiva de sensações de prazer. Tais experiências superiores são prazeres de fato, mas estão ligados com a educação e desenvolvimento mesmo do homem, já que tais experiências são os verdadeiros portadores de valor moral. Algumas passagens do

ensaio *On Liberty* denotam sua visão mais ampla e seu método nas ciências psicológicas e morais:

I regard utility as the ultimate appeal on all ethical questions; but it must be utility in the largest sense, grounded on the permanent interests of man as a progressive being (MILL, 1859. p. 14).
the end of man is the highest and most harmonious development of his powers to a complete and consistent whole (MILL, 1859. p. 54).

Apesar de não ter-nos deixado com clareza o que entendia como natureza humana, Mill enfatiza o fato do desenvolvimento do homem, e desenvolvimento significa, em última instância, individualidade. Felicidade - e a ética utilitária resguarda todo o valor moral à maximização desta - reside, portanto nessas experiências com mais valor do que a mera soma de partes de sensações correlatas aos sentidos, e sim o total desenvolvimento das potencialidades do homem e o fim da natureza humana.

O experimento da máquina de experiências e a Vida significativa:

Anteriormente, observamos que os parágrafos em que Nozick descreve sua máquina de experiências podem funcionar como uma simples refutação às clássicas proposições utilitaristas que precisam a utilidade como a única e verdadeira portadora do valor moral. No entanto, é mister apresentar em nosso estudo, que nesta passagem reside mais do que uma simples refutação, mas um diálogo com tradições do pensa-

mento clássico (como posteriormente estudaremos, o resgate de um diálogo da *República*) e uma bela discussão do que importa e tem valor no campo ético e da ação humana.

Esta passagem, portanto, aponta mais do que uma resposta aos utilitaristas. Em última instância, nela, Nozick baseia sua ideia de restrições morais e o fundamento da existência de direitos que não podem ser violados ao questionar “o que nos importa, além de nossas experiências?” (Nozick ASU, 59). A conexão a esta máquina, equiparar-se-ia a um suicídio, uma pessoa que ficasse no tanque não seria nada do que apenas experimentou nela. A resposta da supracitada questão – *o que nos importa, além das experiências* – não é respondida. Há a certeza, no entanto, que há coisas que importam mais do que as simples experiências e estados mentais pelo fato de que, em última instância, não entraríamos na máquina.

O experimento assume, neste sentido, o mesmo caráter “inspirador” identificado por Nozick na resposta Socrática ao “desafio de Glauco” (tratado por Nozick em *Philosophical Explanations*), quando o autor afirma que: “Descobrimos que alguma coisa importa, para nós, além da experiência, imaginando uma máquina de experiências, e em seguida dando-nos conta de que não a usaríamos” (Nozick, ASU, 60). O que reside por baixo deste experimento é a noção de que há algo que valorizamos em viver a realidade. Nozick baseia sua noção de direitos “naquela difícil e escorregadia ideia: a do significado da vida” (ASU: 65), a que o autor retorna em *Philosophical Explanations*. E mesmo que em *Anarquia, Estado e Utopia*, este tópico seja tratado de forma geral e abstrata, no Experimento da Máquina de Experiências, podemos perceber melhor a visão de Nozick sobre onde reside o valor moral das ações humanas: Na noção de vida significativa e de que pessoas tem a capacidade de imprimir e objetivar um significado em suas vidas, para além de simples experiências.

Bentham e Mill entrariam na máquina? Utilitarismo de Bentham

Vale comparar agora as correntes utilitárias, e quais seriam suas posições diante do Experimento.

Bentham, como visto, afirma que a natureza das ações humanas está vinculada intrinsecamente nas sensações de prazer (felicidade, vantagem, etc) e dor (infelicidade, desvantagem, etc) e que além de governarem aquilo que fazemos, é a partir da quantidade de prazer que geramos em uma ação (ou a quantidade de dor que evitamos) que podemos mensurar o valor moral de tal determinada ação. Mensurar em seu sentido literal, de cálculo, em que a partir de uma série de variáveis, determinaríamos seu valor (moral ou imoral, certa ou errada). Parece-nos, portanto, que Bentham veria na máquina de experiências uma vantagem para o indivíduo, que teria as experiências mais agradáveis e prazerosas, na medida em que desejasse.

Hedonismo Qualitativo de Mill

Também nos parece que Mill veria na máquina vantagem, e nela se conectaria, pois para o mesmo a utilidade ainda reside como sendo a última palavra em assuntos morais, e ela também reside na experiência de certos estados mentais ou sensações.

Em contrapartida, Mill difere-se de outros pensadores utilitários no que corresponde à natureza destas sensações e estados mentais ao aferir uma diferença qualitativa entre certas experiências e sensações, elevando a apreciação estética e os afetos morais a um tipo de experiência com um valor intrínseco distinto dos meros estados mentais, e que estas experiências deveriam ser estreitamente ligadas ao aperfeiçoamento do espírito do homem e a utilidade, por seu lado, também conectada ao desenvolvimento do homem e de “seus interesses

permanentes” num todo harmonioso. Ao enfrentar o desafio proposto por Nozick, portanto, parece-nos que Mill se aproxima da ideia de que há algo que nos importa mais do que as meras experiências, porém relegando a elas um importante fator e meio eficiente para o alcance do que há de valor na vida humana.

Os pressupostos éticos de *Anarchy State and Utopia* em *Philosophical Explanations*: uma conclusão

Esta seção do trabalho consiste em uma reconstrução dos pressupostos éticos de *Anarchy, State, and Utopia*, centrada em sua noção de “vida significativa”, para uma comparação com a ética de fato desenvolvida posteriormente por Nozick em *Philosophical Explanations* e *Invariances*, avaliando se essa ética proporciona uma fundamentação moral adequada para a filosofia política libertária de *Anarchy, State, and Utopia*. Já que o sistema delineado por Nozick repousa, precipuamente, na noção de direitos, e à medida que indivíduos possuem direitos, considerados invioláveis, e por isso relacionados intimamente à noção ‘restrições laterais’, funcionando exatamente como limites da ação humana por meio da interferência de terceiros, isto é, coerção, uma sólida base de pensamento moral e ético deve ser estabelecida para que consideremos válidas estas restrições.

Para isto, diversos pontos foram analisados e investigados, na obra posterior de Robert Nozick *Philosophical Explanations*, idealizada com o objetivo mesmo de esclarecer pontos importantes no trato da filosofia, abrangendo tanto do campo da metafísica, quanto à ética, moral, questões sobre valor.

Ao tratar-se sobre ética, e procurando uma visão objetiva desta, Nozick considera importante também tratar sobre a motivação do agir moral. Portanto, afirma, que a moralidade, sendo um dos principais guias da vida humana, nos aparece

como um *chamado*, vindo de algo exterior, e o agir ético é contrastado com o auto-interesse. Nozick afirma que há sempre conflitos existentes entre estas duas instâncias, valendo-se da clássica discussão, presente no segundo livro da *República* de Platão, em que os personagens Gláuco e Adimanto desafiam Sócrates a lhes mostrar que agir moralmente é de nosso interesse, intrinsecamente e não apenas um agir buscando consequências vantajosas. Isto é, uma discussão sobre se a justiça tem um valor em si mesmo.

É com este desafio que Nozick inicia a discussão sobre o 'empurrão ético', ou seja: a verdadeira motivação para o agir moral. Seu objetivo é demonstrar que e como "estamos melhores – *better off* – sendo morais. Ser moral não é simplesmente um sacrifício. Há algo nisto [agir moral] para nós" PE: 403). O que Nozick afirma, de fato, é que o custo para o comportamento imoral seria um custo de valor. Uma pessoa imoral levaria uma vida de menos valor e, portanto seria uma pessoa de menos valor. O agente imoral pode ter ou não a consciência, ou nem ao menos se importar em ter menos valor, mas paga este custo e sofre esta sanção mesmo assim. O agir ético, portanto é algo que 'agrega' valor à vida humana, mesmo que o agente não possa entender ou senti-lo. A natureza do valor é discutida também na obra, equanto unidade orgânica, conceito trabalhado com mais familiaridade na área da filosofia estética.

Sendo o homem (e este conceito é caro à Nozick) um "ser buscador de valor" o agir ético é parte decisiva na própria realização da vida significativa. Buscar valor, para Nozick, não é simplesmente buscar satisfação de algum desejo. Para separar a busca do Valor mesmo de algo ou a busca de satisfação, Nozick afirma que a satisfação de algum desejo implica buscar algo por sua singularidade ou por possuir um aspecto agradável ou prazeroso, enquanto que a busca de valor implica que questionamos se 'devo fazer algo'. Os 'side constraints' fazem restrições à ação de indivíduos contra outros enquanto deve-se "tratar outros Eus-Buscadores de Valor enquanto Eus Busca-

dores de valor” (PE : 462) no sentido em que Kant afirma que devemos tratar pessoas como fins e nunca meramente como meios. Este tratamento consiste, prossegue Nozick, em respeitar o campo de autonomia individual de cada pessoa, não deixando de perceber as diversas questões e problemas que podem ensejar a delimitação deste campo, na vida prática e na política.

Neste itinerário de estudos, que não se encerram nos parágrafos supra, concluímos que a noção de “vida significativa” que permeia a ideia de toda a conclusão a que nos leva a Máquina de Experiências em *Anarchy, State and Utopia*, em que Nozick afirma estar conectada ao conceito de vida significativa, aqui é estendido até o conceito de busca de valor, e o agir moral como o agir entre seres que buscam valor e dar significado à sua própria existência em sua própria autonomia. Que estes conceitos emergem, nos trabalhos posteriores de Robert Nozick como uma sólida base moral e ética para a filosofia política libertária como exposta em *Anarchy, State and Utopia*.

Referências

- BADER, R.; MEADOWCROFT, J. (2011) *The Cambridge Companion to Nozick's Anarchy, State, and Utopia*. Cambridge University Press.
- BENTHAM, Jeremy. (1907) *An Introduction to the Principles and Morals and Legislation*. 2^a ed, Oxford, 436 p.
- FRANCIS, L. P.; FRANCIS, J. G. (1976) “Nozick's Theory of Rights: a Critical Assessment”. *The Western Political Quarterly*, v. 29, n. 04, pp. 634-644.
- MILL, John Stuart. (1860) *Dissertations and Discussions: Political, Philosophical, and Historical*. Harvard. J. W. Parker, 1859, vol. MILL, John Stuart. *On Liberty*, 2. Ed., London: John W. Parker & Son, 122p.

- MILL J.S. (1986) *Utilitarianism*. Parker, Son, and Bourn: London.
- NOZICK, R. (1974) *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford, UK & Cambridge, USA: Blackwell.
- NOZICK, R. (2011) *Anarquia, Estado e Utopia*. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- NOZICK, R (1981) *Philosophical Explanations*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- WOLFF, J. (1991) *Robert Nozick: Property, Justice, and the Minimal State*. Stanford University Press.
- LACEY, A.R. (2001) *Robert Nozick*, Philosophy Now Series. Princeton University Press.
- BOAHENG, P & COOPER, W . (2011) *Robert Nozick, Libertarian?*. South African Journal of Philosophy.

RAZÃO COMUNICATIVA E JURISPRUDÊNCIA: A APLICAÇÃO DO DIREITO SOB A ÓTICA DE HABERMAS E DELEUZE

Déborah Cristina Stagliano¹
Universidade Estadual de Londrina

“O primeiro princípio da filosofia é que os Universais não explicam nada, eles próprios devem ser explicados.”
Deleuze

Introdução

Este estudo visa proporcionar a análise e a discussão entre o pensamento de Habermas e de Deleuze quanto ao papel do Direito, das leis e dos julgamentos, tendo como ponto inicial a concepção de direitos humanos para cada um destes pensadores. Para tanto, *a princípio*, será desenvolvida a visão habermasiana - teórica e prática - de jurisdição, considerando sua concepção dialógica da razão prática kantiana (razão comunicativa) e o papel que os direitos humanos têm, segundo Habermas. No entanto, o argumento de Habermas recebe críticas quanto à real aplicabilidade do Direito, indicando que contempla apenas a aplicação e não a criação deste. Paradoxalmente, *em segundo momento*, utilizar-se-á o pensamento de

¹ Mestranda em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) desde 2016. Possui especialização e Filosofia Política e Jurídica pela mesma instituição (2015) e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008). (email: deh.stag@gmail.com).

Deleuze como crítica a esta teoria de adjudicação, uma vez que Deleuze é contrário à articulação do Direito por meio de filosofias da comunicação, pois, em sua visão, uma filosofia comunicativa de adjudicação não criaria conceitos, os quais são requisitos fundamentais para a filosofia, como expõe em sua obra *O que é filosofia?* (1991). Cumpre observar que a teoria não se separa da prática, há fatores a serem considerados ante a ação humana. Ademais, no funcionamento do Direito não ocorrem, tão somente, uma decisão e sua aplicação, há agenciamentos de poder e efeitos inerentes.

Das formas de aplicabilidade do direito

A filosofia política e jurídica apresenta várias vertentes de pensamento, sendo que, na filosofia, há um predomínio e uma tendência a tratar os assuntos político-filosóficos sob o prisma da corrente transcendental. No entanto, Deleuze deixou uma vasta obra relacionada à ontologia e filosofia política, além de entrevistas que servem como sustentação às futuras fundamentações sobre aplicabilidade do Direito. Utilizar-se-á assim, a construção da aplicabilidade do Direito, defendida por Jürgen Habermas, corrente filosófica kantiana, contrastando com os conceitos e a filosofia de Deleuze.

Sendo assim, será apresentada a aplicabilidade do Direito, *a priori*, por meio da visão de Direitos Humanos e Direito para ambos os autores e, posteriormente, suas defesas respectivas sobre a aplicação do Direito e a relação com os acontecimentos.

Ao analisar uma das entrevistas de Jürgen Habermas - "*América e o Mundo*" (entrevista realizada por Eduardo Mendieta em 2004) -, Jürgen Habermas retrata o cenário político internacional um ano após a invasão do Afeganistão e Iraque por tropas norte-americanas. Habermas defende que as intervenções internacionais sejam legalizadas em substituição à moralização de conflitos ou à exacerbação da ira contra o oponente nas

disputas internacionais, imagem utilizada como justificativa para às intervenções de George Bush.

Para o filósofo, ataques bélicos deveriam ser substituídos por ações de proteção aos direitos humanos, nas quais o uso da força estaria condicionado a julgamentos nos quais todas as partes envolvidas receberiam igual consideração. Para dar início a tal processo, a liderança dos EUA seria fundamental. Nesse sentido, segundo Habermas:

As Nações Unidas sofrem, acima de tudo, com a dependência nos governos que, de sua parte, não só perseguem seus interesses nacionais, mas são eles próprios dependentes do consentimento de seus respectivos públicos. Até que a autocompreensão dos Estados-membros mude – e que ainda é uma compreensão de si mesmos como atores soberanos –, temos que pensar sobre como uma separação dos diferentes níveis de decisão poderia ser alcançada. Os Estados-membros poderiam, por exemplo, manter um contingente disponível para os propósitos das Nações Unidas sem abrir mão de seu direito nacional legal sobre o comando de suas forças militares.

Um público mundial se formou, até o momento, apenas de maneira intermitente devido a grandes eventos históricos, como o 11 de Setembro. Graças à mídia eletrônica e ao impressionante sucesso de organizações não-governamentais atuando ao redor do mundo, como a Anistia Internacional e a Human Rights Watch, o público mundial pode ter uma infra-estrutura mais permanente e alcançar uma continuidade mais estável.

Em tais circunstâncias, a ideia de se estabelecer uma “segunda câmara” paralela à Assembleia Geral, um “parlamento de cidadãos mundiais” (David Held) não seria mais um absurdo, ou se não for

esse o caso, pelo menos uma expansão da câmara existente para incluir a representação de cidadãos. Isto seria uma evolução na lei internacional, que está há tempos em gestação, e que então encontraria sua expressão simbólica e realização institucional. Enquanto isso, não só os Estados, mas os próprios cidadãos é que seriam os sujeitos da lei internacional: como cidadãos mundiais, eles poderiam, se necessário, apresentar ações contra seus próprios governos

[...]

Mas considerando as funções limitadas das Nações Unidas, deve-se ter em mente que os representantes deste parlamento estariam representando as populações que por necessidade não estariam unidos por fortes tradições, como estão os cidadãos de uma entidade política.

De fato, a resistência e as reações a serem superadas ao longo do caminho em direção à constitucionalização completa serão tão grandes que o projeto só pode ser realizado se os EUA, como em 1945, forem a locomotiva na liderança do processo.

Isto não é tão improvável quanto parece no momento. Entre outras coisas, é um acidente feliz da história mundial que o único superpoder é a democracia mais antiga da terra e, portanto, ao contrário do que Kagan nos faria acreditar, tem, podemos assim dizer, afinidades com a ideia kantiana de legalização das relações internacionais.

[...]

Por outro lado, é do próprio interesse dos Estados Unidos da América fazer com que as Nações Unidas sejam capazes de ação antes que outro grande poder, menos democrático, ascenda ao status de superpoder. Impérios vão e vem. Ao final, a União Européia concordou, apenas recentemente, em

contrapor o “ataque preventivo” ilegal com um “engajamento preventivo” sobre princípios de políticas de segurança e defesa; isto pode influenciar a opinião pública em nosso aliado americano (HABERMAS, 2006).

Portanto, Habermas propõe a institucionalização de um público mundial, talvez capaz de identificar violações notórias dos direitos humanos e expressar a vontade universal. Defende ainda, que a liderança dos Estados Unidos antes que uma nação “menos democrática” assuma o papel de liderança.

Em contrapartida, na entrevista *O Abecedário* (realizada por Claire Parnet em 1988), Gilles Deleuze, quando abordado sobre Direitos Humanos, assim responde:

CP: E o respeito aos Direitos Humanos que está tão em voga hoje em dia? É o contrário do devir revolucionário, não?

[...]

É puramente abstrato. O que quer dizer “Direitos Humanos”? É totalmente vazio. É exatamente o que estava tentando dizer há pouco sobre o desejo. O desejo não consiste em erguer um objeto e dizer: “Eu desejo isto”. Não se desejar a liberdade. Isso não tem valor algum. Existem determinadas situações como, por exemplo, a da Armênia. É um exemplo bem diferente. Qual é a situação por lá? Corrijam-me se estiver errado, mas não mudará muita coisa. Há este enclave em outra república soviética, este enclave armênio. Uma República Armênia. Esta é a situação. Primeira coisa. Há o massacre. [...] CP: Os Azeris. GD: Pelo que se sabe atualmente, suponho que seja isso: o massacre dos armênios mais uma vez no enclave. Os armênios se refugiam em sua República. Corrija-me se estiver

errado. E aí, ocorre um terremoto. Parece uma história do Marquês de Sade. Esses pobres homens passaram pelas piores provas, vindas dos próprios homens e, mal chegam a um local protegido, é a vez de a natureza entrar em ação. E aí, vêm me falar de Direitos Humanos. É conversa para intelectuais odiosos, intelectuais sem ideia. **Notem que essas Declarações dos Direitos Humanos não são feitas pelas pessoas diretamente envolvidas: as sociedades e comunidades armênias. Pois para elas não se trata de um problema de Direitos Humanos.** Qual é o problema? Eis um caso de agenciamento. O desejo se faz sempre através de um agenciamento. O que se pode fazer para eliminar este enclave ou para que se possa viver neste enclave? *É uma questão de território.* **Não tem nada a ver com Direitos Humanos, e sim com organização de território.** Suponho que Gorbatchev tente safar-se desta situação. Como ele vai fazer para que este enclave armênio não seja entregue aos turcos que o cercam? **Não é uma questão de Direitos Humanos, nem de justiça, e sim de jurisprudência.** Todas as abominações que o homem sofreu são casos e não desmentidos de direitos abstratos. São casos abomináveis. Pode haver casos que se assemelhem, mas é uma questão de jurisprudência. O problema armênio é um problema típico de jurisprudência extraordinariamente complexo. O que fazer para salvar os armênios e para que eles próprios se salvem desta situação louca em que, ainda por cima, ocorre um terremoto? Terremoto este que também tem seus motivos: construções precárias, feitas de forma incorreta. Todos são casos de jurisprudência. Agir pela liberdade e tornar-se revolucionário é operar na área da jurisprudência! **A justiça não existe! Direitos Huma-**

nos não existem! O que importa é a jurisprudência. Esta é a invenção do Direito. [...] Trata-se de criar, não de se fazer aplicar os Direitos Humanos. Trata-se de inventar as jurisprudências em que, para cada caso, tal coisa não será mais possível. É muito diferente. Vou dar um exemplo de que gosto muito, pois é o único meio de fazer com que se entenda o que é a jurisprudência. [...] Eu me lembro da época em que foi proibido fumar nos táxis. Antes, se fumava nos táxis. Até que foi proibido. Os primeiros motoristas de táxi que proibiram que se fumasse no carro causaram um escândalo, pois havia motoristas fumantes. Eles reclamaram. E um advogado... Eu sempre fui um apaixonado pela jurisprudência. Se não tivesse feito Filosofia, teria feito Direito. Mas não Direitos Humanos. Teria feito jurisprudência, porque é a vida! Não há Direitos Humanos, há direitos da vida. Muitas vezes, a vida se vê caso a caso. Mas eu estava falando dos táxis. Um sujeito não queria ser proibido de fumar em um táxi e processa os táxis. Eu me lembro bem, pois li os considerandos do julgamento. O táxi foi condenado. Hoje em dia, nem pensar! Diante do mesmo processo, o cara é que seria condenado. Mas, no início, o táxi foi condenado sob o seguinte considerando: quando alguém pega um táxi, ele se torna locatário. O usuário do táxi é comparado a um locatário que tem o direito de fumar em sua casa, direito de uso e abuso. É como se eu alugasse um apartamento e a proprietária me proibisse de fumar em minha casa. Se sou locatário, posso fumar em casa. O táxi foi assimilado a uma casa sobre rodas da qual o passageiro era o locatário. Dez anos depois, isso se universalizou. Quase não há táxi em que se possa fumar. O táxi não é mais assimilado a uma locação

de apartamento, e sim a um serviço público. Em um serviço público, pode-se proibir de fumar. [...] Tudo isso é jurisprudência. **Não se trata de direito disso ou daquilo, mas de situações que evoluem. E lutar pela liberdade é realmente fazer jurisprudência. O exemplo da Armênia me parece típico.** Os Direitos Humanos... Ao invocá-los, quer dizer que os turcos não têm o direito de massacrar os armênios. Sim, não podem. E aí? O que se faz com esta constatação? São um bando de retardados. Ou devem ser um bando de hipócritas. Este pensamento dos Direitos Humanos é filosoficamente nulo. A criação do Direito não são os Direitos Humanos. A única coisa que existe é a jurisprudência. Portanto, é lutar pela jurisprudência (DELEUZE, 1997, grifo nosso).

Nesse sentido, Deleuze apresenta a "filosofia política" como aquela que conecta o conceito (isto é, a filosofia) com o meio atual, o contrário disso encaminhariam para o vazio. Defende que a teoria dos Direitos Humanos não possui conexão com problemas e multiplicidades concretas. Mas isso não quer dizer que Deleuze não apresente uma alternativa, pois ao trabalhar conceitos, ao invés de direitos humanos, Deleuze defenderá um conceito de jurisprudência. Jurisprudência como "filosofia do direito" – uma filosofia propriamente política – que funciona caso a caso, "em singularidades". Jurisprudência sensível para cada caso. Solicita-se uma jurisprudência adequada para adaptar e criar conceitos. Direito adequado à situação, a fim de melhorar. Nesse sentido:

A filosofia é um construtivismo, e o construtivismo tem dois aspectos complementares, que diferem em natureza: criar conceitos e traçar um plano. Os conceitos são como as vagas múltiplas que se er-

guem e que se abaixam, mas o plano de imanência é a vaga única que os enrola e os desenrola. O plano envolve movimentos infinitos que o percorrem e retornam, mas os conceitos são velocidades infinitas de movimentos finitos, que percorrem cada vez somente seus próprios componentes (DELEUZE; GUATTARI, 1993, p.51).

O que difere Habermas e Deleuze é como eles relacionam o fato e a lei em aplicação. Habermas por meio dos discursos e Deleuze por meio da jurisprudência. Embora um caso a ser estipulado seja o da adjudicação, para Habermas, o julgamento aconteceria de forma antecipada aos participantes dos discursos democráticos, uma experiência retrospectiva e, portanto, a legitimidade antecederia a norma em discursos de adjudicação. Criam-se normas por meio de discursos democráticos de justificação. Esta relação entre os discursos de aplicação e de justificação nos permite perceber que o juízo é alcançado comunicativamente.

[...] uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos. **A teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia do cidadão; por isso, ela não precisa reservar o modo da política deliberativa a um estado de exceção.** E um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimenta-se no interior das

competências da aplicação do direito – claramente determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático, que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção (HABERMAS, 1997, p.346, grifo nosso).

Dessa forma, pode-se observar que Habermas exclui a criatividade dentro da adjudicação: os julgamentos alcançados seriam explicados em discursos de justificação. A partir daí, é possível dizer que a razão possibilita uma política deliberativa, não sendo necessário contrapor-la a esta última como se fosse uma autoridade estranha, situada além da comunicação política.

Por meio da jurisprudência de Deleuze, pelo contrário, não se admitiria este tipo de comunicação e, portanto, a lei somente seria originária de um encontro com o caso e a norma. Deleuze busca argumentar que os direitos devem ser entendidos e atualizados não por meio de comunicação, mas pela inevitável intervenção jurídica concreta e criativa.

Habermas, baseando-se em Kant, desenvolve seus conceitos e sua própria filosofia do Direito. Quando Habermas defende que é necessária uma decisão racional para a solução de problemas práticos, percebe-se a visão kantiana da razão prática que coincide com a moralidade. Para Habermas:

Em resumo, a razão prática volta-se para o arbítrio do sujeito que age segundo a racionalidade de fins, para a força de decisão do sujeito que se realiza automaticamente ou para a vontade livre do sujeito capaz de juízos morais, conforme seja usada sob os aspectos do adequado a fins, do bom e do justo (HABERMAS, 1989, p. 12).

Habermas, assim sendo, como teórico legal recorre ao referencial de um "Comunicativo kantiano". A grande manifestação se dá na doutrina do Direito em Kant, as leis jurídicas

somente seriam racionalmente válidas, ao contrário de uma lei moral executória e factual. Na teoria política, a legitimidade das leis é racional, e não com origem nos fatos, ou seja, o legislador deve enquadrar as leis de tal forma que estas possam afetar cada sujeito. Para Habermas, as leis são normas de ação; de fato. Tipos principais de normas de ação para as sociedades modernas. Uma norma de ação ou uma lei, portanto, é executável e racionalmente aceitável. Aceitável em princípio, as leis são criadas através da comunicação entre os participantes, de forma racional e aceitável.

Habermas defende que o princípio do discurso deve assumir a forma de um princípio de democracia por meio de uma institucionalização jurídica. O princípio da democracia é o que confere legitimidade ao processo legislativo. A origem lógica dos direitos é que o princípio da democracia deriva da interpenetração do princípio do discurso e da forma legal.

Em suma, para Habermas, os direitos humanos são o mecanismo de institucionalizar condições para uma vontade política razoável. A institucionalização do princípio do discurso não é uma idealização do meio jurídico democrático e a forma estatal em si é estabelecida para permitir e proteger a atividade comunicativa generativa de futuras normas de ação.

Em virtude dessa relação interna entre soberania e direitos humanos, Habermas argumenta que os direitos humanos são sempre positivos e jurídicos por natureza. Direitos não preexistem à criação democrática do Estado, mas são originais dessa formação. A única lei que se considera legítima é a de origem racional, a qual é aceita por todos os cidadãos num processo discursivo de opinião e de formação.

Deleuze, em contraste, apresenta aversão à filosofia da comunicação. Se a tarefa da filosofia é, como Deleuze constantemente expõe, criar conceitos, então a filosofia da comunicação deve ser criticada por duas razões: *Doxa* santificada - Sua ambição filosófica é estabelecer as condições para a opinião (*Doxa*) ser intersubjetivamente compartilhada e santificada;

e generalidades vazias. “O filósofo é criador, ele não é reflexivo” (DELEUZE, 1992, p. 152).

Para Deleuze, a filosofia da comunicação não produz conceitos. Dessa forma, os direitos humanos existem para codificar relações simétricas de reconhecimento. O que eles concordam é abstrato porque é sem referência a uma determinada situação ou problema. Segundo o filósofo francês, a filosofia não deve ser comunicativa e sim, deve ser revolucionária, criadora de conceitos advindos de problemas. “O conceito é o que impede que o pensamento seja uma simples opinião, um conselho, uma discussão, uma tagarelice. Todo conceito é forçosamente um paradoxo” (DELEUZE, 1992, p. 170).

É que o conceito, creio eu, comporta duas outras dimensões, as do percepto e o afecto. É isso que me interessa, e não as imagens. Os perceptos não são percepções, são pacotes de sensações e de relações que sobrevivem àqueles que os vivenciam. Os afectos não são sentimentos, são devires que transbordam aquele que passa por eles (tornando-se outro). [...] O afecto, o percepto e o conceito são três potências inseparáveis, potências que vão da arte à filosofia e vice-versa (DELEUZE, 1992, p. 171).

Para Deleuze, tal acordo seria como uma proposição arbitrariamente isolada de seu contexto apresentaria sentido vazio, uma vez que não adveio de um devir de construção com ligação factual. Discursos morais compartilhados são proposições tão abstratas que tendem ao vazio, sem sentido. Portanto, não só são discursos comunicativos incapazes de criar conceitos, eles são igualmente incapazes de criar direitos, determinação, sentido ou aplicação. Para o filósofo:

O Abstrato nada explica, devendo ser ele próprio explicado: não há universais, nada de transcenden-

tes, de Uno, de sujeito (nem de objeto), de Razão, há somente processos, que podem ser de unificação, de subjetivação, de racionalização, mas nada mais. Esses processos operam em 'multiplicidades' concretas, sendo a multiplicidade o verdadeiro elemento onde algo se passa. São as multiplicidades que povoam o campo da imanência, um pouco como as tribos povoam o deserto sem que este deixe de ser um deserto. E o plano de imanência deve ser construído; a imanência é um construtivismo e cada multiplicidade assinalável: as unificações, subjetivações, racionalizações, centralizações não têm qualquer privilégio, sendo frequentemente impasses ou clausuras que impedem o crescimento da multiplicidade, o prolongamento e o desenvolvimento de suas linhas, a produção do novo [...] Não existem universais, mas apenas singularidades. Um conceito não é um universal, mas um conjunto de singularidades em que cada uma se prolonga até a vizinhança de outra (DELEUZE, 1992, p. 183).

Deleuze deixa claro que acredita em uma filosofia política que não esteja totalmente atrelada à análise do desenvolvimento capitalista, pois, sua crítica é que neste a única coisa universal que existe é o mercado. "Não existe Estado Universal, justamente porque existe um mercado universal cujas sedes são os Estados, as Bolsas. Ora, ele não é universalizante, [...] é uma fantástica fabricação de riqueza e de miséria humana" (DELEUZE, 1992, p.213). A jurisprudência na ética do discurso é, portanto, animada pela perseguição de normas perfeitas. Pois, as normas acordadas em discursos jurídicos são indeterminadas e abstratas para sentido real. Os direitos considerados comunicativos eram considerados nulos porque são

formais, tendo apenas uma referência incrivelmente vaga, problemas que não podem nem apreciar nem melhorar.

Interessante faz-se frisar que, quando a questão da filosofia política é lidar institucionalmente, tudo acontece como se não houvesse qualquer tipo de investigação ontológica. "Os direitos do homem não nos obrigarão a abençoar as 'alegrias' do capitalismo liberal do qual eles participam ativamente. Não há Estado democrático que não esteja totalmente comprometido nesta fabricação de miséria humana" (DELEUZE, 1992, p. 213).

Conclusão

Diante do exposto, ao comparar a visão desses dois filósofos, pode-se concluir que são visões antagônicas de percepção do mundo e das questões jurídicas como um todo.

Deleuze não é contra o direito escrito e tipificado em normas, mas se opõe à sua articulação em filosofias de comunicação. Para ele, o maior desenvolvimento é unificar o Direito e a Filosofia como atividades construtivistas, sendo que todas as modificações do mundo estão atreladas ao movimento de devir e à construção. O fato de criar um parlamento mundial para discutir as questões sobre as nações de modo universal, com uma visão exterior, fere a importância que Deleuze dá às singularidades. O "pensamento dogmático" sustenta erroneamente que as desventuras do pensamento vêm do exterior. Em contrapartida, para Deleuze o pensamento gira de forma pragmática quando suprime encontros constitutivos com o exterior. Se o pensamento procura apenas reconhecer, eliminaria assim o potencial para todos os demais encontros.

Em Habermas, a justificação e a adjudicação são as próprias formas pelas quais a *Doxa* troca de opiniões universalmente de forma comunicativa, a fim de ser o coração de uma democracia. Não reconhece como os direitos surgem e atuam em conjunto com as situações. Ao considerar a adjudi-

cação como a retrospectiva aplicação de normas, a ética do discurso elimina o encontro. A jurisprudência procura fluir os encontros.

Os comentários de Deleuze no *O Abecedário* tornam-se mais claros com a percepção que os direitos são criados em discursos de justificação universal e não em problemas jurídicos, caso a caso, encontro a encontro. Para Deleuze, direitos não podem ser assegurados de forma comunicativa porque são criados em conjunto com o caso que tratam. O novo é o não reconhecível e não pode ser reduzido a uma simples antecipação.

Referências

- DELEUZE, Gilles. (1992) *Conversações*. Entrevista a Toni Negri. Tradução de Peter Pál Pelbard.. Rio de Janeiro: Editora 34.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. (1993) *O que é filosofia?* 2 ed. São Paulo: Editora 34.
- DELEUZE, Gilles. (1997) *O abecedário de Gilles Deleuze*. Entrevista com G.Deleuze. Edição: Brasil, Ministério da Educação, TV Escola, 2001. Paris: Éditions Montparnasse, VHS, 459min.
- HABERMAS, Jürgen. (1997) *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade. Vol.I. p. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- HABERMAS, Jürgen. (2000) *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Editora Martins Fontes.
- HABERMAS, Jürgen. (2004) *América e o mundo: uma conversa com Jürgen Habermas*. Entrevista de Eduardo Mendieta. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/1462/1167>>. Acesso em: 10/12/2016.
- LEFEBVRE, Alexandre. (2006) *Habermas and Deleuze on law and adjudication*. Law Critique: 17(3): 389-414. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/225527693_Habermas_and_Deleuze_on_Law_and_Adjudication>. Acesso em: 20/11/2016.

TEORIA DA DECISÃO COMO CONFORMADOR DA JUSTIÇA

Emily Garcia¹

Bruno Ferreira de Souza²

Universidade Estadual de Londrina

Introdução

O modelo de Estado de Direito visto contemporaneamente se materializa a partir do fim da Segunda Grande Guerra Mundial. Até então, vigorou um Estado no qual a Constituição se tratava de normas políticas, sem aplicabilidade imediata. De fácil acentuação é que à época o Judiciário era enfraquecido perante a força do Legislativo. A mudança se dá com a crescente importância da Constituição como documento normativo, não apenas político. Arelado a isso está a Jurisdição Constitucional e a força do Poder Judiciário, pois este é o responsável direto pela justa aplicação e por fazer cumprir a Constituição.

O neoconstitucionalismo, apesar de o nome sugerir, não é uma continuidade do constitucionalismo (liberal), nem tampouco é simplesmente positivismo jurídico a fim de introduzir a moral ao sistema. O que é claro, sob todos os aspectos e teorias, é a tentativa de superação do modelo de regras em

¹ Advogada. Mestranda em Filosofia, UEL-PR. Pós-graduada em Filosofia Política e Jurídica, UEL-PR. Bacharel em Direito, PUC-PR. (email: emily.eg@hotmail.com).

² Advogado. Pós-graduado em Direito Constitucional Contemporâneo, IDCC/UENP. Bacharel em Direito, UEM-PR.

razão de sua incompletude, com base numa perspectiva normativa e considerando o mundo fático.

Em observação à experiência brasileira, existe uma grande dificuldade de, por um lado, garantir a efetividade da Constituição, e, por outro lado, realizar isso dentro duma realidade deficiente nas diversas ordens, política, jurídica, econômica e social. O vasto rol de direitos fundamentais e a característica analítica da Constituição, além da impossibilidade de previsão dos fatos pelo Legislativo por meio das leis (além da crise de representatividade pela qual passa tal Poder), inflaciona-se a jurisdição constitucional em busca da realização dos ditos direitos e, na mesma medida, o poder hermenêutico dos juízes deve ser limitado.

Da judicialização e seus efeitos

A judicialização da vida política, social e moral diz respeito à transferência das decisões acerca desses temas para os órgãos judiciais, retirando-as do domínio político exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Os motivos para o fenômeno em questão passam por vários âmbitos, tanto políticos quanto de naturezas social e pragmática. Um dos relevantes motivos, pode ser citada a crise da representativa, em que se tornam desacreditadas as instituições executiva e legislativa, fazendo com que o povo jogue suas expectativas e anseios sociais no Judiciário; outro motivo, este de cunho eminentemente político, é o de que os representantes eleitos, conscientemente, se absterem de certas questões polêmicas, as quais podem importar um desgaste dos políticos. Isso se reflete em temas como: união homoafetiva, interrupção de gestação, demarcação de terras indígenas, dentro outros.

É bem verdade que, num primeiro vislumbre, se torna difícil fazer um juízo de valor frente a essas mudanças, pois não há necessariamente uma decisão melhor ou pior, mais

democrática ou menos democrática, pelo simples fato de essas questões serem transferidas ao julgo das instâncias judiciais, no entanto, as regras do jogo democrático não comportam certas mudanças de competência, pelo fato de que a construção de cada Poder é realizada com suporte sobre bases elementares de características dos próprios Poderes; é de se advertir que, por vezes, a sociedade não está madura o suficiente para certos temas e, inclusive por isso, não são temas levantados no Congresso, o qual deve ser lembrado, é o ambiente democrático legítimo a fim de decidir temas morais e sociais. Vale a referência à anotação realizada pelo Juiz Federal mineiro Dr. Fabiano Verli, no Processo 582-23.2015.4.01.3811, que afirmou: “sou do Poder Judiciário e não faço política pública. Isto é do Executivo e do Legislativo.”

No Brasil, acrescenta-se também uma Constituição analítica, a qual, portanto, demanda mais juízo político e mais pretensões judicializadas. Além, é claro, do amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal (STF) em face do controle de constitucionalidade.

Por esses motivos explanados, questões de relevância social e/ou moral chegam, invariavelmente, ao Judiciário. Luís Roberto Barroso, em seu sítio na rede mundial de computadores, analisa e disponibiliza seus votos em algumas das muitas ações decididas pelo STF: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente com a

identificação de casos de grande visibilidade e repercussão como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP).

O Judiciário, a fim de se estabelecer no papel constitucional de concretizador de direitos, “começou a pressionar diferentes setores e instâncias da administração pública com objetivo de criar as condições necessárias para a implementação dos direitos econômicos e sociais assegurados pela Constituição de 88; ou, então, a interpretá-la em perspectiva oposta aos interesses dos responsáveis pelas políticas de “ajuste fiscal” e estabilização monetária no âmbito do Executivo; ou, ainda, a tomar decisões com enormes custos para a “governabilidade”, como nas ações relativas à criação de novos tributos, desindexação de salários, privatização de empresas públicas, etc.” (FARIA, 2003, p. 10). Por outra via, para neutralizar retaliações, o Judiciário pode agir pragmaticamente e, em nome da estabilidade monetária, revogar atos juridicamente perfeitos e interferir em direito adquiridos.

O Judiciário poderia levar seus integrantes a assumir a perspectiva de juízes-executores ou, no máximo, de juízes delegados, conseguindo assim preservar a independência da instituição frente aos demais poderes. Mas, a eficácia da tutela judicial em parte ficaria comprometida, levando a Justiça a riscos, como de se tornar uma instituição irrelevante e de perder crédito perante à sociedade, afastando os cidadãos dos tribunais (SANTOS, 1993, p. 31).

O atual momento é de instabilidade monetária, inflação econômica descontrolada, e a solução dos Governos passa por uma desenfreada produção legislativa, o que gera a instabilidade legal e inflação jurídica. Pronto, a equação se estabelece dentro de um ciclo vicioso. O Legislativo acaba sendo refém do Executivo, considerando que não atua segundo a representação política, mas segundo as necessidades do Executivo. Já no Judiciário, as tensões levam à lides perante seus

tribunais, responsáveis por assegurar coerência, unidade e integralidade a um sistema jurídico caótico. Daí chamarmos o fenômeno da intervenção dos tribunais na vida política e econômica de “judicialização”.

Segundo José Eduardo Faria, esse fenômeno não é atual.

Essas dificuldades do Executivo e do Legislativo e a “judicialização” da política e da economia daí advindas não são um fato novo no Brasil. Elas começaram a aparecer quando o legislador ordinário dos anos 80, ao modernizar a legislação processual com o objetivo de ampliar o alcance da tutela judicial para proteger os direitos difusos, passou a delegar competências para a magistratura, aumentando seus poderes cautelares, expandindo suas prerrogativas em matéria de apreciação de provas, etc. E se tornaram visíveis na Assembléia Constituinte, quando seus integrantes optaram por redigir uma Carta com “textura aberta” e normas programáticas nas matérias polêmicas, por causa da ausência de bancadas hegemônicas, capazes de propiciar um tratamento jurídico objetivo. Como nenhum partido dispunha, por si ou sob a forma de coalizões, de maioria qualificada para agir na conformidade de um projeto político capaz de dar um mínimo de unidade conceitual e coerência programática à nova ordem constitucional, o recurso a normas programáticas e cláusulas indeterminadas, que poderiam ser reguladas posteriormente por leis complementares e ordinárias, em outras condições e outras configurações partidárias, foi a estratégia adotada para permitir a conclusão dos trabalhos (FARIA, 2003, p. 15).

E acrescenta: “o Judiciário teve sua discricionariedade ampliada na dinâmica do processo de redemocratização e re-

constitucionalização do País, sendo levado a assumir o papel de revalidador, legitimador, legislador e até de instância recursal das próprias decisões do sistema político, formado pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Ministério Público.” (FARIA, 2003, p. 16).

Um raciocínio se mostra basilar para o apresentado, os Poderes Legislativo e Executivo, dentro de suas competências e independências constitucionais, têm a “discricionariedade” de atuar nos momentos oportunos, ou seja, existe a possibilidade de um agendamento ou melhor planejamento para como e quando agir de uma devida maneira. Diametralmente oposta é a situação do Judiciário, este não pode deixar de decidir, mesmo quando é subitamente provocado sobre questões das mais diversas e difíceis espécies. E esse trabalho se torna ainda mais árduo quando não há coerência e integridade na produção legislativa e jurisprudencial, pois a maciça produção legislativa e de precedentes obedece às sucessivas mudanças econômicas. E além, pois não há parâmetros claros de ação do Judiciário, já que à sua apreciação surgem, pelos motivos trabalhados, conflitos de natureza política, não podendo exigir, assim, decisões meramente técnicas e formais.

Breve análise da intervenção judicial na vida social, política e econômica

Numa análise político-ideológica imediata, não há, nos membros do Poder Judiciário, a sabatina popular, ou seja, não são eleitos pelo povo, então suas investidas não possuem legitimidade para atuação dentro da moral social, além de ser afronta à política majoritária, considerando que é a maioria do povo quem escolhe seus representantes nos Legislativo e Executivo por meio das eleições.

Do ponto de vista da capacidade institucional, os Poderes instituídos devem fazer valer a Constituição e se basear nela para suas próprias atividades, o que inclui competência.

O que tem ocorrido nas situações de divergência é a decisão final do Judiciário. Essa preferência acarreta um desequilíbrio entre os Poderes. Em benefício da democracia não se espera uma instância hegemônica, pois, além de respeitada as competências, nem sempre os juízes são aqueles mais capacitados para uma melhor decisão.

Com base nisso, observa-se que as mais diversas questões relevantes, como exposto acima, são encaminhadas ao Judiciário, e é claro que o juiz não se faz experto em todas elas, nem se espera isso dele. O local de maior pluralidade, com técnicos e expertos nos mais diversos temas, é o Poder Legislativo, que tem a seu favor a vasta composição, e mais, tem um processo democrático de discussão acerca dos temas.

Outros aspectos a serem considerados são a questão orçamentária, os impactos socioeconômicos e outros, em que os juízes, por vocação e treinamento, não são preparados para eles.

O debate das questões, especialmente aquelas mais relevantes e com reflexos em toda sociedade, não pode ser aristocratizado, ou seja, não pode ser circunscrito a uma classe específica, no caso, a dos magistrados. O Judiciário vem se modernizando e se democratizando a fim de melhorar tais condições, por exemplo, por meio de audiências públicas, no entanto, ainda assim, a melhora nas condições democráticas do debate não são consideráveis.

O principal papel do Tribunal Constitucional é o de proteger e promover os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático. Em eventual posicionamento contramajoritário, deve haver a defesa dos elementos essenciais expostos na Constituição e se dar a favor da democracia (BARROSO, 2009, p. 89-90). Do contrário, o juiz tem o dever de aplicar a lei, ou seja, de aplicar aquilo que foi legitimado pelos legisladores através do devido processo democrático, bem como pelo exercício prudente de discricionariedade dos administradores. A análise realizada não se limita à legitimidade democrática para decidir acerca da vida política, mas também se deve estar aten-

to às “capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias.” Por fim, e ainda na linha do Ministro Barroso, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único âmbito de debate e de reconhecimento da vontade constitucional, “A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.” (BARROSO, 2009, p. 91).

Entre os autores contemporâneos das mais diversas áreas, é comum a afirmação de que a Constituição é repleta de “cláusulas abertas”, como dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, fato esse que pode insurgir construções hermenêuticas opostas. Contudo, isso não é ou não deveria ser tolerado, busca-se segurança e integridade na jurisprudência, e não o contrário, como mais adiante se buscará deixar mais claro.

As colisões entre princípios, as contraposições de interesses, os antagônicos conteúdos dos direitos fundamentais, e uns com outros, causam tensões, por exemplo, entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, a liberdade individual e a segurança da ordem pública e a persecução penal para aplicação da lei penal. Dentro de um Estado estruturado com bases democráticas, legais, políticas e morais, não se pode permitir, especialmente nas questões penais que envolvem o precioso direito à liberdade, em nome de outro princípio, a unidade da Constituição, que o intérprete se valha de escolhas desvalidas de critérios objetivos para decidir (fundamentadamente) por um dos lados, que, reforça-se, ambivalentemente possuem proteção constitucional, daí a dificuldade maior e redobrada responsabilidade na decisão.

Diferenças entre regras e princípios para uma devida aplicação do direito

Interessante iniciar o tópico com explanação realizada por Luís Roberto Barroso em "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito" que afirma: "há direitos fundamentais que assumem a forma de princípios (liberdade, igualdade) e outros a de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não são direitos fundamentais (livre-iniciativa)." (BARROSO, 2007, p. 10).

Humberto Ávila apresenta um panorama da evolução da distinção entre estes institutos, podendo resumir da seguinte forma seus estudos: para Josef Esser, o critério distintivo estaria na "função de fundamento normativo para a tomada de decisão", ou seja, seria uma distinção qualitativa; para Karl Larenz, distinguem-se também em "função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo a qualidade decorrente do modo de formulação da prescrição normativa", posto que os princípios "não são regras suscetíveis de aplicação"; já para Canaris a distinção se dá pelo fato de os princípios possuírem "conteúdo axiológico explícito" e necessitarem de regras para serem concretizados, além de serem precedidos de "processo dialético de complementação e limitação"; para Dworkin, a distinção "não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios"; e Alexy os distingue por entender que os princípios possuem "apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras" (ÁVILA, 2009. p. 35 a 37).

Ronald Dworkin assevera que "a diferença entre princípio jurídico e regra é de natureza lógica. (...) as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada." (DWORKIN, 2002. p. 39).

Na lição de Alexy, fator distintivo é o fato de os princípios "serem razões para regras ou serem eles mesmos re-

gras", ressaltando, ainda, a possibilidade de se constituírem "normas de argumentação ou normas de comportamento" (ALEXY, 2008 p. 89).

Em sua mais conhecida obra, Alexy certifica.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Barroso faz um bom traçado dos critérios de distinção. Primeiramente, apresenta como parâmetro o conteúdo da norma. Nesse aspecto, os princípios são normas que expressam decisões políticas fundamentais, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética, ou fins públicos a serem seguidos. E as regras jurídicas não conduzem valores ou fins públicos porque são a concretização destes. Outro critério de diferenciação é quanto à estrutura normativa. Os princípios apontam para estados ideais a serem buscados, e as regras descrevem comportamentos. Assim, os princípios são normas

finalísticas e as regras são normas descritivas. Outro critério observado por Barroso é o modo de aplicação. Esse último critério é, para o autor, a mais importante distinção: regras são aplicadas na modalidade do tudo ou nada, operada por subsunção; enquanto os princípios indicam uma direção, um valor ou um fim, assumindo dimensão de peso no caso concreto. E, por isso, é que “se diz que princípios são mandamentos de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível.” (BARROSO, 2008. p. 205-208).

A solução de conflitos entre regras não causa problemas teóricos, apesar de que na prática ocorrem distorções das mais diversas. Quanto à solução num caso de conflito de normas, afirma Ronald Dworkin que “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. (...) Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras que dão precedência à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero” (DWORKIN, 2002. p. 43).

No mesmo enfoque, Robert Alexy define que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma delas for declarada inválida”. Conclui-se que a solução se encontra no plano da validade.

De maneira diversa, quando há embate entre princípios, ambos podem ser válidos e não totalmente excludentes. A questão passa, portanto, não pela análise da validade, mas pela perquirição de qual princípio, no caso concreto, tem maior peso (segundo a visão alexyana). Ocorre que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e os princípios com maior peso têm precedência. Alexy, em outras palavras, sintetiza que se dois princípios colidem, um dos princípios tem que ceder, sem, no entanto, ser declarado inválido ou introduzida cláusula de exceção (ALEXY, 2008. p. 93).

Por tais razões, na colisão entre princípios não há invalidação, mas há sopesamento entre os interesses inseridos nesses princípios colidentes. A partir do sopesamento se define qual o princípio prevalece (tem maior peso) no caso concreto. São essas as estruturas da lei de colisão de Alexy.

Racionalidade discursiva como tentativa de combate ao decisionismo

A preocupação com o subjetivismo decorre da verificação, que muitos autores praticam, de que as cláusulas abertas da Constituição e as definições normativas de aspecto valorativo atribuíram ao magistrado uma margem de autonomia. Acresce-se a esse fator aquele de que tais normas não são mais entendidas como meramente programáticas, e sim de aplicabilidade imediata, o que atribuiria ao intérprete a tarefa de preencher e limitar esses dispositivos. O embargo da subjetividade é a maior meta do pós-positivismo, que se ocupa com apresentar uma resposta jurídica para situações antes entregues à discricionariedade do magistrado.

A partir da consciência de que “a lógica formal é insuficiente para a justificação de enunciados jurídicos” (BUSTAMANTE, 2005, p. 59) nasce a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, que intenta minimizar a subjetividade das interpretações a serem procedidas pelos aplicadores do Direito. A Teoria da Argumentação Jurídica é, antes de tudo, um método que institui regras de interpretação para a interpretação de regras (as regras como componentes do ordenamento jurídico).

Os aspectos valorativos, que passaram a ser entendidos também como parte do Direito, inserem-se na teoria do jusfilósofo alemão através da pretensão de correção do discurso; constatada a necessidade de que as ações moralmente cor-

retas sejam abarcadas pelo Direito, Alexy determina que o ordenamento seja erigido sobre uma pretensão de correção. Somada à pretensão de correção, que está prevista também na teoria habermasiana (HABERMAS, 1989), Alexy entende ser necessária a justificação da decisão tomada.

Habermas sustenta a ideia da verdade como consenso, pois a entende como aquilo que é socialmente difundido e aceito. Trata, ainda, de dois âmbitos da comunicação: a ação e o discurso. A primeira não porta a pretensão de validade, busca apenas a correspondência com a “realidade”, entretanto, quando se procura a justificação para os atos de fala, entra-se no âmbito do discurso. As experiências trazidas ao discurso advêm da ação, mas não são produzidos por ele. Assim, a possibilidade de se realizar um discurso é o que determina a existência de um fato, como afirma Alexy (ALEXY, 2005, p. 112): “Um fato é o que expressa uma proposição que pode ser fundamentada discursivamente”.

Alexy parte da Teoria do Discurso Racional para propor a sua Teoria da Argumentação Jurídica. As regras sobre a carga de argumentação pretendem distribuir entre os falantes o ônus da fundamentação, e resultam conjuntamente do princípio da universalidade e da regra da fundamentação, cingindo-se no enunciado de que “quem pretende tratar uma pessoa “A” diferente de uma pessoa “B” está obrigado a fundamentá-lo” (Alexy, 2005, p. 197).

A submissão do discurso ao mundo jurídico não o exime de se relacionar com a Moral. Na verdade, o ponto de contato entre o Direito e a Moral torna a teoria de Alexy algo novo, distinto da Teoria Positivista. Superado o entendimento do Direito como ciência meramente procedimental, advoga-se em defesa da aplicabilidade dos aspectos valorativos no discurso jurídico. Contudo, para evitar que essa valoração acabe por levar à resolução das decisões do subjetivismo dos tribunais, busca-se realizar um mínimo racional.

O modelo de Alexy: “Princípio” da Proporcionalidade

Humberto Ávila ensina que a ponderação se realiza por meio de três fases: a) fase preparatória, na qual se analisam argumentos e elementos; b) fase de realização da ponderação, na qual se fundamenta a relação entre os elementos objeto de sopesamento; c) fase da reconstrução da ponderação, na qual se formula regras para se definir os elementos que prevalecem no sopesamento, inclusive, com pretensão de validade para além daquele caso singular (ÁVILA, 2009, p. 144).

Para Robert Alexy, a aplicação do princípio da proporcionalidade é feita através da “máxima da proporcionalidade”, a qual se divide em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 116).

Em seguida, continua o autor alemão e explica cada máxima parcial. Meio adequado ou idôneo é aquele que concretiza o direito fundamental em questão. Trata-se de uma análise da possibilidade fática. Humberto Ávila, em razão de sua clareza, dá contribuição essencial ao tema: “A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim” (ÁVILA, 2009, p. 165).

Na análise da necessidade, observa-se que para a concretização de um dos direitos fundamentais em colisão deve ser utilizado o meio pelo qual seja menos gravoso para o direito fundamental submergido. Conclui-se que, se houver meio menos gravoso para o direito fundamental perdedor, não é legítimo tal meio, portanto não há necessidade. Trata-se, assim, de verificação de possibilidade fática, conforme doutrina de Alexy. Em outras palavras, para Ávila, trata-se de “verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido” (ÁVILA, 2009, p. 170).

Por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito é propriamente o “sopesamento”. Trata-se de análise

jurídica. Deve ficar claro que essas três parciais dizem respeito à três níveis, ou seja, só se caminha para o nível seguindo se perfeito o nível anterior. Outra afirmação importante é a de que o prejuízo de um princípio deve ser proporcional ao cumprimento do outro, ou seja, quanto maior o dano do princípio perdedor, maior deve ser a realização do princípio vencedor.

Dworkin, integridade do direito e o juiz “Hércules”

Antes de tudo, vale retificar algum entendimento equivocado das lições de Dworkin que, apesar da realização por um protagonismo judicial, para o autor, não deve existir discricionariedade. Explica que a função de decidir cria o direito, entretanto, ao decidir um caso importante em que não há precedentes, deve-se decidir a partir “da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direitos” (DWORKIN, 2007, p. 9).

Em suas lições, Dworkin acentua que o mau juiz é aquele que é rígido e mecânico. O juiz deve fundamentar as decisões com base na observação da sociedade, pois o direito é mais que regras e princípios, é uma atividade interpretativa e reflexiva (DWORKIN, 2007, p. 19).

Assim Dworkin define princípio: “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2002, p. 36). Desse fragmento da obra de Dworkin vale dizer que as decisões judiciais e também as leis não se sustentam por si sós, devem respeito aos preceitos valorativos da Constituição e não apenas do princípios legalmente previstos.

Lênio Streck dá contribuição valiosa à questão, faz um breve comentário de Dworkin e propõe que a fuga do autor estadunidense para fora da Constituição a fim de busca fundamentos valorativos se encaixa de outro modo à realidade

brasileira, pois esses valores já estão incluídos em Constituições analíticas como a brasileira.

(...) Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariedade – e nisso Habermas tem inteira razão – entre direito e moral, isto é, aquilo que Dworkin parece buscar ‘fora’ do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissárias e sociais como a brasileira (STRECK, 2008, p. 315).

A integridade que se demanda no Direito pode ser subdividida: a) integridade na legislação, da qual se exige do legislador a coerência aos princípios; b) integridade no julgamento, na qual se espera ser cumprida a lei coordenadamente com todo o sistema legal e constitucional. Lênio Streck esclarece:

um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja visto como coerente nesse sentido”; (...) “o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto” (STRECK, 2008, p. 233).

Observando-se que o direito é criação e reflexo da sociedade, e vice-versa, a necessária integridade cria balizas aos juízes para identificação dos direitos e deveres legais, expressando coerência de justiça e equidade. As definições jurídicas só são legítimas se obtidas dos “princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 271-272).

Para utilizar e aplicar a integridade, o autor criou a figura do Juiz Hércules “dotado de capacidade e sensibilidade sobre-humanas de resgatar principiologicamente toda a história institucional do Direito, considerando adequadamente as pretensões jurídicas levantadas nos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação; é um tipo ideal, metafórico, criado para demonstrar a tese da única resposta correta” (STRECK, 2008, p. 315).

Nesse sentido, a lei não é aquilo que o legislador deseja que seja, mas é resultado da integridade, considerando todo o caminho histórico traçado até o momento decisório. O método de Hércules não permite significados e interpretações estáticas, mas feitas “não só do texto da lei, mas também da sua vida”, assim os significados variam historicamente (DWORKIN, 2007, p. 416). Aqui talvez se encaixe a briosa frase do ilustre autor Gadamer, em seu livro *Verdade e Método*: se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga algo (GADAMER, 2004).

Hermenêutica como instrumento de proteção constitucional

O ilustre membro do Ministério Público e autor Álvaro Ricardo de Souza Cruz entende que o Judiciário, preocupado com os arbítrios cometidos pelo Estado, procura saná-los com decisões judiciais, mesmo que direitos fundamentais sejam violados. Essa atitude por parte das cortes constitucionais

é adjetivada como postura “responsável”, ou seja, o Judiciário não “quebrou o Estado”, não fez a “inflação explodir”. Ao contrário, ele se coloca na posição de reparador dos erros do Executivo e do Legislativo. Contudo, não se questiona o fato de essa postura do Judiciário vir a cancelar implicitamente os abusos dos governantes. “Ele não percebe que sua postura intransigente em favor de um ativismo do judiciário pode levar a distorções. Com isso não se fala em punição de governantes irresponsáveis e tudo continua como antes.” (SOUZA CRUZ, 2006, p. 143 e ss).

Talvez um interessante perfil a ser adotado pelo Estado brasileiro, diante do embate entre Estado Liberal e Estado Social, seja a de um Estado transformador (STRECK, 2008, p. 143). O Poder Judiciário, nesse ínterim, superaria, em definitivo, os entendimentos expostos até aqui neste trabalho a fim de se guiar por interpretações conforme à Constituição, não atuando nem com ativismos nem com restrições, mas dentro de uma hermenêutica concisa. Pode-se ilustrar, para melhor esclarecer, que não se espera filhos com dois pais ou duas mães (Judiciário criou tal hipótese), nem que direito, como à saúde, não seja garantido, mas, que neste caso, seja observado o caso concreto, a fim de dar uma resposta conforme a Constituição, sem o necessário uso, como na teoria de Alexy, do sopesamento, que pode, dentro dessa técnica, mais precisamente na terceira fase de sopesamento, ocasionar discricionariedades indesejadas. No primeiro exemplo (filho com múltiplas filiações), a semântica não permite interpretações a esse alcance; no segundo exemplo (concretização de direito à saúde), o intérprete não pode ficar aquém da vontade constitucional de prover a saúde, pois há comandos legais e constitucionais no sentido da proteção desse direito (art. 196, da Constituição).

Este é o ponto: em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para

o resgate das promessas incumpridas da modernidade. D'onde é possível dizer que não será a iniciativa privativa que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, plus normativo em relação aos modelos que o antecederem. Deixemos de lado, pois, tanta desconfiança para com o Estado, o Estado, hoje, pode – e deve – ser amigo dos direitos fundamentais. E esta é uma questão paradigmática (STRECK, 2008, p. 143).

Oras, mas no fim das contas, a jurisdição constitucional é responsável pela concretização dos direitos fundamentais? Sim, objetivamente todos os Poderes são legitimados para isso, e devem atuar à luz da Constituição. Há um caso emblemático que é trabalhado e congratulado por Souza Cruz e Streck. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi provocado a decidir sobre um caso em que uma mãe solicitava o levantamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) a fim de tratar um filho soropositivo. Na busca por uma resposta, não há previsão de levantamento do referido fundo para tal situação, pois existe um rol presente no art. 20, XI, da Lei nº 8.036/90. Dessa forma, numa visão legal, a resposta para o pedido haveria de ser negativa. Mas, quicá a ausência de previsão legal para a hipótese do caso, o STJ fez uma leitura constitucional (e não meramente legal) e decidiu por conferir o pedido com base nos direitos fundamentais à saúde, à vida e à dignidade, estendendo essas garantias não só para a pessoa titular do FGTS, mas para seu filho também (STJ, REsp nº 249026/PR).

É perigosa a afirmação de que “o intérprete atribui sentido ao texto”, melhor seria a de que “o intérprete retira o sentido atribuído pelo texto”. Não se pode aceitar algo retirado do texto sem as devidas pré-compreensões atinentes ao texto, e nas palavras de Stein, citado por Streck, “o texto não é

um lugar em que se produz a realidade objetiva; o texto não é uma coisa que espera que o compreendamos; o texto é o lugar produzido pela pré-compreensão” (STRECK, 2008, p. 215). O trabalho do juiz, afinal, é a adaptação da lei à vida prática.

Interessante a passagem de Lênio Streck acerca de sua proposta para a não discricionariedade:

Sendo mais claro: a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de “decisionismo” ou “realismo”. Gadamer rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo à hermenêutica (jurídica). Falar de relativismo, reafirma o mestre de Tübingen, é admitir verdades absolutas, problemáticas, aliás, jamais demonstrada. A hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e seqüestra a temporalidade. A multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, mas, sim, do positivismo (STRECK, 2008, p. 115).

O Estado Democrático de Direito não pode estar baseado na intersubjetividade. A interpretação do direito não cabe num sistema de respostas incertas e discricionárias. Comum a expressão “o tribunal X ‘entende’ de um jeito”, “o juiz Y ‘decide’ diferente do ‘entendimento’ de Z”. A hermenêutica filosófica, encontrada nas lições de Lênio Streck, busca uma resposta correta, nos termos também usado por Dworkin, não é a melhor nem a pior, mas é aquela adequada à Constituição.

Lênio Streck contribui para o profundo entendimento de como atua os subjetivismos ao afirmar que

(...) entre texto e sentido do texto (norma) não há uma cisão – o que abriria espaço para o subjetivismo (teorias axiológicas da interpretação) – e tampouco existe, entre texto e norma, uma identificação (colagem) – o que abriria espaço para o formalismo de cunho objetivista. Entre texto e sentido de

texto há, portanto, uma diferença. Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma (sentido enunciativo do texto, ou seja, o modo como o podemos descrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo.

E continua

Deixo claro – e isto tenho feito também em outros trabalhos – que a distinção entre tempo e norma, embora deite raízes de Friedrich Müller (retrabalhada principalmente por Eros Grau) e com ela tenha várias identificações, possui uma série de particularidades que tendem a afastar do original. A distinção texto-norma por mim adotada está baseada na fenomenologia hermenêutica e nos seus teoremas fundamentais, mormente naquele que sustenta a revolução copernicana produzida pela fenomenologia hermenêutica ao introduzir o mundo prático para a compreensão: a diferença ontológica (STRECK, 2008, p.286).

Entende-se dessa mensagem que o texto não está isolado da norma. Mas há algo além, o texto já vem carregado de pré-compreensão, ou seja, não se pode dizer o que se quer sobre o texto, pois há precedentes ao texto que devem ser respeitados, assim existe uma orientação pressuposta do texto que não pode ser negada, que, caso contrário, cai-se na vala da discricionariedade, possibilitando dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. O cerne da hermenêutica (fenomenológica) trabalhada por Streck, que a buscou em Gadamer e Heidegger, é que o texto só existe “normado” (significado). Nas palavras de Castanheira Neves, “a norma dá sentido ao texto” (STRECK, 2008, p. 289).

Afirma Gadamer, acompanhado por Streck, que a hermenêutica é filosófica (e não metodológica). Isso tem como consequência, juridicamente falando, a superação de um sistema não apenas baseado em regras, “fenômeno que (somente) se torna possível a partir de algo novo introduzido no discurso constitucional: os princípios, que passam a representar a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo (veja-se, nesse sentido, por todos, o sistema de regras defendido por Kelsen e Hart).” (STRECK, p.4).

A verdade passa a ter um sentido prático, há, assim, condutas corretas e incorretas, afirmações corretas e incorretas, e, em face da Constituição, interpretações corretas (constitucionais) e incorretas (inconstitucionais).

A fim de encontrar o equilíbrio no Estado Democrático de Direito, ou seja, a razão ótima entre democracia e constitucionalismo, em face do engrandecimento da jurisdição constitucional, necessário um controle das decisões judiciais para que o juiz não substitua o legislador.

Como já tratado neste trabalho, Robert Alexy propõe uma distinção estrutural entre as espécies de normas, regras e princípios, a qual tem grande aderência nacional. Em consequência dessa diferenciação, na colisão entre princípios de direitos fundamentais, em razão de seu caráter ampliativo e abstrato, a solução se dá pelo procedimento da ponderação. Por outro lado, as regras de direitos fundamentais, de caráter restrito e objetivo, são aplicadas pelo procedimento da subsunção.

Propõe-se, diferentemente, com base nas lições de Streck, que a norma não tenha esse caráter semântico de Alexy, mas que seja o produto da interpretação do texto, isto é, “produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Norma é produto da aplicação. Lênio Streck ensina que, opostamente ao sugerido pela hermenêutica e sua normatividade oriunda da aplicação do direito ao caso concreto, “para realizar essa distinção (entre

regras e princípios), o jusfilósofo (Alexy) afirma um conceito de norma que é a priori e que leva até as regras e aos princípios o atributo da normatividade.” (STRECK, 2008, 504).

Conclui-se do exposto acima que não há, nesse contexto contrário à Alexy e conectado à hermenêutica, conceito prévio de norma, nem anterior ao caso concreto. Assim, não existe um abismo entre texto e norma a ser preenchido pelo intérprete, pois a normatividade é retirada do caso concreto, é o que Lênio Streck afirma ser “a normatividade como condição de possibilidade de regras e princípios”, e não o contrário. Deve-se aclarar que não se trata de mera conjectura temporal, mas de uma exigência da hermenêutica que trata esses elementos como cíclicos e inter-relacionados.

(...) não há um conceito a priori de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras. A norma é o produto da interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude. Essa realização não pode ser considerada uma singularidade existente por si só, mas, sim, como componente de uma cadeia que a transcende em direção à história institucional do direito. Nessa medida – e novamente com Dworkin – insisto em afirmar: a norma é um conceito interpretativo e não um conceito semântico (STRECK, p. 505).

A distinção feita por Alexy traz alguns problemas no nível prático pela apreensão de resolver os casos concretos. Percebe-se, desde logo, que opostamente à solução buscada pela hermenêutica, a argumentação jurídica acredita em respostas prontas (regras com mandamento definitivo), porém se o caso se trata de um *hard case* busca solução a partir do caso concreto, hierarquizando aprioristicamente os princípios envolvidos. Os princípios, em razão da distinção estrutural, ganham um poder olímpico no caso de não haver resposta definitiva no sistema, o que se observa com a tendência que existe

na doutrina, jurisprudência e com o projeto de lei para incluir na Constituição o princípio da felicidade (se a questão é normatividade, qual a normatividade do princípio da felicidade?). Essa tendência é uma busca incessante de encontrar todas as respostas no sistema jurídico, o que se convém anotar como sistema autopoietico (LUHMANN, 2009), e, para tanto, a “criação” dos princípios é uma maneira simples, fácil, rápida e, aparentemente, aceitável para se decidir. Existe ainda outra mazela quando se percebe que os princípios, na teoria de Alexy, são aplicados por ponderação, realizada segundo o “convencimento do juiz”, ou seja, ponderação das vontades subjetivas. Deve se ter em definitivo: princípios não são valores. Acrescenta-se a nota de que o Novo Código de Processo Civil exclui o livre convencimento do juiz, por outro lado, contém dispositivo que permite a ponderação de normas.

Interessante observar, já tratado do tema anteriormente neste trabalho, que a diferenciação primeira entre regra e princípio dada por Alexy é a semântica, a fim de resolver a dogmática dos direitos fundamentais, eis que essa diferença se constitui da amplitude do dever-ser, ou seja, se o alcance (descritivo) da norma é restrito, trata-se de regra; já no caso de dever-ser ampliativo, trata-se de princípio. Em interessante análise, contudo, infinitamente mais profunda do que aquela tentada neste trabalho, Lênio Streck, citando Friedrich Müller, afirma que “é necessário dar razão a Müller, quando entende superada a discussão entre ser e dever-ser no âmbito da ciência jurídica, a partir do momento em que se tomou consciência de que o problema é a concretização da norma e não da aplicação do texto da norma” (STRECK, 2008, p.517).

Lênio Streck tem contribuição importante ao tema anunciado. Para ele, o sentido da afirmação que princípios são normas, entende-se que

Os princípios possuem força normativa. Como todo princípio encontra sua realização em uma regra, é possível dizer que há uma espécie de sentido

eficaz em um princípio. Desse modo, um possível “catálogo de princípio” seria em verdade reduzidíssimo. Isso precisa ficar bem claro: não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios. Princípios utilizados de maneira ad hoc para solucionar pseudo-problemas não são princípio porque, tanto quanto é correto dizer que os princípios só são concretamente – vale dizer, na applicatio – é também correta a afirmação de que princípios não existem sem a historicidade do direito. Se é certo que os princípios são a história institucional do direito, eles não cabem dentro de uma concepção instantaneísta de tempo; eles não podem ser “criados” a partir de graus zeros de sentido (STRECK, 2008, p. 537).

A força normativa dos princípios não é encarada como a leitura textual do enunciado (como propõe Alexy). Ou seja, a normatividade do princípio não é retirada da interpretação de um texto. O caráter de princípio não está na grafia, assim não basta chamar de “princípio”. A igualdade não é princípio porque o art. 5º, I, CF, diz que é. Antes disso foi desejado um Estado Democrático de Direito, do qual igualdade é pressuposto fundante. E aí está o princípio, “aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim assumida” (STRECK, 2008, p. 537). Por serem os princípios instituidores, fundadores e estruturantes do sistema, as regras derivam desses princípios.

A hermenêutica fenomenológica tem a pretensão, juntamente com as preleções da teoria integrativa de Dworkin, no contexto do pós-positivismo, de proteger o sistema jurídico das interpretações que desvalidam substancialmente a norma-

tividade constitucional. Isso quer dizer, a fenomenologia aplicada à hermenêutica almeja “substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica.” (STRECK, 2008, p. 544).

Conclusão

A superação do modelo de regras leva ao ingresso dos princípios no ordenamento. Ocorre que o constitucionalismo compromissório (aquele que define programas e ideais a serem cumpridos, de cunho social), com a implantação de programas sociais a serem cumpridos, fazem com que a teoria das fontes mude juntamente, já que regras e princípios trazem diferenças substanciais, superando, assim, o modelo de regras e, conseqüentemente, o modelo de subsunção.

A introdução do mundo fático ao direito se deve a necessária análise do caso concreto para daí se buscar uma resposta no direito, sem que se pressuponha uma resposta pronta. Existe um componente integrador capital que une todos os elementos expostos nessa mudança paradigmática do neoconstitucionalismo: a mudança do caráter de Estado. O Estado não é mais apenas definidor de deveres e/ou promovedor de direitos, mas agente transformador da realidade. O Estado Democrático de Direito, por meio da jurisdição constitucional, se torna o protetor dos direitos fundamentais.

Não existe a possibilidade real de concordar texto e norma (sentido do texto). A cognição não permite abranger todas as hipóteses de aplicação dos textos. A melhor explicação é: não há como retirar do texto todas as normas. A solução proposta, a fim de impedir discricionariedades, é a busca por uma resposta correta, que é aquela adequada à Constituição.

Referências

- ALEXY, Robert. (2008) *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros.
- ÁVILA, Humberto. (2009) *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). (2008) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- BARROSO, Luís Roberto. (2009) *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. (Acessado em 17/02/2015) *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp).
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. (2005) *Argumentação contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar.
- DWORKIN, Ronald. (2002) *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.
- DWORKIN, Ronald. (2007) *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes.
- FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. (2003) *Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil*.
- HABERMAS, Jürgen. (1989) *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- LUHMANN, N. (2009) *Introdução à Teoria dos Sistemas* [trad. Ana Cristina Arantes Nasser]. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes.
- SANTOS, Wanderley Guilherme. (1993) *As razões da desordem*. Rio de Janeiro: Rocco.
- SOUZA CRUZ, Álvaro. (2006) *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Emily Garcia e Bruno Ferreira de Souza

STRECK, Lenio Luiz. (2008) *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

A DIGNIDADE HUMANA - O NOVO FUNDAMENTO DO PROJETO COSMOPOLÍTICO DE HABERMAS

João Tescaro Junior¹
Universidade Estadual de Londrina

A cooriginalidade entre direitos humanos e soberania popular

Em *Faktizität und Geltung* (1992), Habermas apresenta os direitos humanos na forma de direitos fundamentais constituídos democraticamente no interior do Estado nacional. A reconstrução lógica do sistema de direitos proposta aplica-se tão somente aos direitos fundamentais – considerados aqueles que os indivíduos de uma dada comunidade jurídica (os parceiros do direito) devem dar-se de forma recíproca – e não indistintamente aos direitos subjetivos de todos os homens enquanto tais. No campo do experimento mental, estes direitos são deduzidos de consensos racionais obtidos pelos participantes de discursos (de fundamentação) práticos-jurídicos ocorridos dentro de um processo de autolegislação.

Na tradição do direito civil alemão do século XIX, que avança da leitura voluntariosa-intersubjetiva de Savigny até a concepção funcionalista-autopoiética de Kelsen, os direitos subjetivos são despojados de conteúdos morais e interpretados de forma individualista. Com base nas posições de Raiser e Michelmann, Habermas (1997, p. 117-122) sustenta que tal evolução encobre a cooperação e a reciprocidade existentes entre os sujeitos do direito, as quais se revelam constitutivas da ordem jurídica, mostram a cooriginalidade dos direitos subjeti-

¹ Mestre em filosofia contemporânea pela Universidade Estadual de Londrina. (email:jtescarojr@gmail.com).

vos e objetivo e, também, sinalizam para o processo legislativo democrático como fonte da legitimidade.

Por sua vez, as teorias do contrato social de Kant e Rousseau deram origem a leituras concorrentes que estão, respectivamente, nas bases do liberalismo político e do republicanismo cívico. De um lado, a interpretação liberal compreende os direitos políticos fundamentados na autodeterminação moral dos indivíduos, o que resulta na primazia dos direitos subjetivos a liberdades pré-políticas dos indivíduos (direitos humanos). De outro, a interpretação republicana entende a autonomia política como expressão da autorrealização ética de uma comunidade concreta, destacando como direito somente aquilo que corresponde ao projeto de vida comum da coletividade (soberania popular)². Conforme Habermas (1997, p. 133-138), dessa relação concorrencial também decorre o ocultamento da cooriginalidade entre autonomia privada e pública dos cidadãos.

Em seus primeiros estudos sobre o assunto, quando ainda a sua teoria discursiva do direito estava longe de ser formulada, Habermas já compreendia que os direitos humanos não poderiam ser metafisicamente justificados. Com efeito, no texto *Direito natural e revolução* (1963), haveria uma ligação, que entendo *fraca*, entre direitos humanos e soberania popular – sem, evidentemente, entendê-la como um nexos interno e em termos de cooriginalidade –, pois, afirmava ele, os “direitos humanos”, ainda que coincidentes com as fórmulas liberais das declarações norte-americanas, só poderiam ter a sua validade reconhecida quando estivessem fundamentados

² Segundo Habermas (2001, p. 147), no liberalismo político, os direitos humanos surgiram para “construir limites legítimos a partir deles mesmos que vedassem à vontade soberana do povo a usurpação das esferas de liberdades subjetivas intocáveis”. Já no republicanismo cívico, eles deveriam a sua “legitimidade ao resultado da autocompreensão ética e da autodeterminação soberana de uma coletividade política”.

nos “direitos políticos” (HABERMAS, 2013, p. 174). Posteriormente, Habermas nega a lateralidade interpretativa do sistema de direitos, o qual, sob o filtro da sua teoria discursiva, acaba por evidenciar que a “autonomia privada” não pode sobrepor-se tampouco ser subordinada à “autonomia política”:

A co-originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo de autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica. (HABERMAS, 1997, p. 138-139)

Ora, se para Habermas os direitos humanos clássicos, diante das condições vigentes de pensamento pós-metafísico, não podem mais ser justificados no direito natural e no direito racional, qual seria a sua fonte de fundamentação? Segundo ele, o nexó interno entre direitos humanos e soberania do povo, bem como a cooriginalidade entre autonomia privada e política, só pode ser estabelecido se “o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente” (HABERMAS, 1997, p. 138). Portanto, sob a perspectiva da teoria do discurso, os direitos humanos são recebidos como condição formal para a formação discursiva da opinião e da vontade, dentro da qual a soberania popular adquire forma jurídica (HABERMAS, 1997, p. 139). Sobre tal fundamentação político-discursiva dos direitos humanos, K.-O Apel (2004, p. 300) assinala que:

[...] os Direitos Humanos já não poderão mais ser fundamentados, no sentido da metafísica do Direito natural, como direitos individuais “inatos” de todos os seres humanos antes de qualquer reflexão a respeito do princípio do discurso, e de que eles finalmente deverão tornar-se partes integrantes do Direito positivo de cada um dos Estados democráticos – isto é, para tornar-se, em definitivo, juridicamente efetivos na atualidade – pela via de um procedimento democrático-discursivo que os estabeleça como direitos fundamentais dos cidadãos nas respectivas constituições.

A novidade de Habermas, em relação à tradição do liberalismo político e, até mesmo, em vista da filosofia do direito como um todo, está justamente em articular a forma jurídica de tal modo que ela por si mesma requer os direitos humanos com independência de qualquer justificação moral. Embora tenham também a pretensão de ser moralmente fundamentados, os direitos humanos são *ab initio* compreendidos como direitos jurídicos. Caso contrário, o direito não poderia ser dotado do seu indispensável caráter coercitivo, uma vez que, explica Repa, não é possível “coagir aquele que não tem liberdade de ação e liberdade de arbítrio. Ao mesmo tempo, uma forma de normas que possibilita um espaço negativo de liberdade e é remetida por natureza à coerção externa não pode ser moralmente fundada”³.

Desta feita, Habermas não pode garantir a qualidade de direitos legais fundamentais somente àqueles direitos clássicos de liberdade (direitos negativos), mas, de modo consequente, deve incluir dentre eles principalmente os direitos de

³ REPA, Luiz. *Os direitos humanos entre moral e a política: sobre o cosmopolitismo de Jürgen Habermas*.

https://gttj.files.wordpress.com/2013/07/luiz_repa.pdf.
[06/08/2016], p. 5.

comunicação e participação oriundos da tradição republicana (direitos positivos) que, agora, são discursiva e proceduralmente interpretados, pois, somente assim, o “direito positivado” pode render a legitimidade necessária para garantir a proteção equânime das “autonomias privada e civil do indivíduo” (HABERMAS, 2001, p. 146.). Disso deriva um catálogo composto de cinco categorias de direitos fundamentais – as quatro primeiras fundamentadas de forma absoluta e a última delas de forma relativa.

Primeiramente, tem-se três categorias de direitos vinculados à esfera da autonomia privada que são (a) os direitos à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação, (b) direitos à condição de membro em uma associação voluntária de parceiros do direito, e (c) direitos de ação judicial e de proteção jurídica individual. Na sequência, é inserida uma categoria de direitos pertencentes ao domínio da autonomia pública que são (d) os direitos à participação igualitária em processos de formação da opinião e vontade. Ao final, é apresentada uma categoria de direitos sociais que são (e) os direitos às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na proporção em eles se mostram indispensáveis para a fruição, em igualdade de chances, das primeiras quatro categorias (HABERMAS, 1997, p. 159-160.).

A tensão entre direitos humanos e estatalidade

Considerado isso, Habermas depara-se com a tensão entre a carga semântica universal dos direitos humanos e o sentido particularista de sua aplicação alocada apenas na circunscrição do Estado nacional. De fato, enquanto os direitos humanos encontram-se desvencilhados dos limites sócioespaciais e histórico-temporais, abrangendo todos os que portam feição humana, a coletividade jurídica garante a integridade dos seus membros somente sob a condição de aceitação do *status* artificialmente construído de portadores de direitos sub-

jetivos positivos (HABERMAS, 2001, p. 145). Deste modo, se a questão, colocada em *Die postnationale Konstellation* (1988), sobre quais direitos fundamentais os cidadãos livres e iguais devem conceder-se mutuamente se almejarem regular a sua vida comum através do direito estatal (HABERMAS, 2001, p. 147.), pôde ser respondida no texto de 1992, o mesmo problema, quando transferido para a esfera da sociedade dos povos, parece ser muito mais difícil de ter uma resolução. Em *Faktizität und Geltung*, sem qualquer sugestão de solução do problema, resta colocada apenas a exigência consequente do sistema dos direitos:

A discrepância entre o conteúdo dos clássicos direitos de liberdade, ou seja, direitos humanos, e a validade limitada de suas concretizações através do direito – que se restringem a um Estado nacional – revela que o ‘sistema dos direitos’, fundamentado discursivamente, ultrapassa o nível de um único Estado democrático de direito, tendo como alvo a globalização dos direitos. Kant já entrevira, com razão, que o conteúdo semântico dos direitos fundamentais exige um ‘estado cosmopolita’. (HABERMAS, 1997, p. 317)

Não obstante o efeito lógico do sistema de direitos na direção de uma “ordem cosmopolita [...] que está por surgir” (HABERMAS, 2007, p. 225), Fine e Smith apontam que Habermas entende como inadequado o estabelecimento de uma de federação democrática de estados baseada na ideia de uma democracia cosmopolita. Segundo eles, há diversos problemas para a efetivação de uma democracia de massa em larga escala e o estabelecimento de uma *ethos* de solidariedade cosmopolita, tais como: problemas de representação atinentes ao estabelecimento de um sistema partidário cosmopolita e de uma assembleia deliberativa; problemas administrativos de efetivação das decisões democráticas e de condução do poder delibe-

rativo em iniciativas políticas concretas; problemas de execução de como garantir que atores estatais individuais cumpram a legislação cosmopolita; e problemas de legitimidade de como fazer as pessoas identificarem-se com as instituições cosmopolitas, aceitar suas decisões e respeitar os demais membros como cidadãos livres e iguais (FINE & SMITH, 2003, p. 475).

Assim, mesmo diante de tais dificuldades, com o escopo principal de transpor a proteção dos direitos humanos e a garantia da paz para além dos limites estatais, em *A idéia kantiana de paz perpétua – à distância histórica de 200 anos* (1995), Habermas inicia o desenho do seu projeto cosmopolita, que mais tarde seria batizado de *política interna mundial sem governo mundial*, o qual, seguindo a seu modo a trilha de Kant, procura evitar a instituição de uma democracia cosmopolita em vista do receio de prejuízos à soberania estatal e da sua degeneração em uma monarquia universal (HABERMAS, 2009, p. 126; 198). Inicialmente, tal projeto exigiria da comunidade internacional um consenso em, ao menos, três sentidos: (a) uma consciência histórica compartilhada da ausência de simultaneidade das diferentes sociedades; (b) um acordo normativo a respeito dos direitos humanos; e (c) uma concordância partilhada sobre o conceito de paz (HABERMAS, 2004, p. 216).

No que diz respeito à exigência de concordância normativa sobre os direitos humanos, a principal dificuldade conceitual interna, do projeto cosmopolita pretendido por Habermas, encontra-se alocada justamente na forma como os direitos humanos são particularmente por ele compreendidos. Por certo, apesar de Habermas reconhecer que tais direitos têm um sentido validativo (universal), que transborda os limites das ordens jurídicas estatais, dando-lhes a aparência de direitos morais, e implicam uma proteção ampliada para além de tais limites, eles não são entendidos como direitos de linha-gem moral, mas sim como direitos de procedência jurídica. Os direitos humanos não são de “origem moral”, mas sim “uma manifestação específica do conceito moderno de direitos subjetivos” (HABERMAS, 2004, p. 222) que pertence a “uma ordem

do direito positivo e coercitivo” que respalda “reivindicações jurídicas subjetivas que se podem reclamar em juízo” (HABERMAS, 2004, p. 222; 225.). Eles são expressão da conceitualidade jurídica moderna cuja efetivação continua limitada ao espaço constituído pela coletividade política estatal (HABERMAS, 2004, p. 222; 225.), o que não apenas sinaliza mas evidencia a problemática questão da acomodação da sua teoria jurídica dos direitos humanos ao âmbito da comunidade dos povos.

Outro problema, que não se mostra menos importante, dá-se com a ideia de soberania popular expandida para a sociedade dos povos. Como vimos, a soberania popular é reinterpretada na forma de um procedimento jurídico dentro do qual os membros de uma comunidade jurídica são concebidos como sujeitos cooperativos que se reconhecem mutuamente como parceiros do direito livres e iguais (HABERMAS, 1997, p. 120-121.). Nessa ótica, os direitos humanos são os direitos que tais parceiros são “obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo” (HABERMAS, 1997, p. 154). Com isso, a “gênese lógica dos direitos” parece estar presa a uma configuração estritamente estatal, na medida em que a qualidade de “parceiros do direito” implica indispensavelmente a condição de ser portador de certos direitos que não existem antes do processo democrático de formação da opinião e da vontade, o qual só pode ocorrer no *medium* do direito estatal. Ou seja, se os direitos humanos não existem antes da coletividade estatal, eles também parecem não existir fora dos limites estatais. Desse modo, em razão da sua cooriginalidade com os direitos humanos, a soberania popular apresenta um talho restrito que, consequentemente, lhe confere os contornos particularistas próprios do Estado nacional que é o seu ponto de referência.

Destes embaraços conceituais, que, eventualmente, podem requerer a reconstrução teórica dos direitos humanos e da soberania do povo, para o fim de adequá-los às exigências de uma organização política mais ampla, decorre uma dificul-

dade externa que diz respeito à legitimidade do poder político mundial. Segundo Habermas, as tarefas específicas do Estado são “*implicações jurídicas objetivas*” compreendidas internamente nos próprios direitos subjetivos. O poder político não se vincula de forma externa ao direito, mas procede do próprio código jurídico – constituído como direitos fundamentais –, podendo apenas reproduzir-se quando nele baseado (HABERMAS, 1997, p. 171). Ora, se o direito legítimo é aquele que, de acordo com a teoria discursiva do direito, está atrelado à aceitação e reconhecimento racional por parte de todos os parceiros do direito, não é a “forma do direito” que, por si própria, legitima o “exercício do poder político”, mas sim o seu vínculo com “o direito *legitimamente estatuído*” (HABERMAS, 1997, p. 172).

Em outras palavras, as ações do poder político estatal não podem apenas revestir-se da forma jurídica, mas devem necessariamente estar ligadas às práticas comunicativas produzidas no contexto da soberania popular que, “interligada internamente com as liberdades subjetivas”, conecta-se ao “poder politicamente organizado” de forma que “o princípio ‘todo poder político parte do povo’” realiza-se através dos “procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e da vontade” (HABERMAS, 1997, p. 173). Habermas ressalta que, se o poder administrativo do Estado, juridicamente constituído, não estiver ancorado em um “poder comunicativo normatizador, a fonte da justiça, da qual o direito extrai sua legitimidade, secará” (HABERMAS, 1997, p. 186). Disso decorre as seguintes questões: como se poderia obter um direito cosmopolita legítimo com tal concepção restrita de direitos humanos? De que forma um poder político mundial, que de modo consequente deve estar internamente ligado ao código jurídico, poderia conquistar sua legitimidade com base em um direito deficitário de legitimidade?

De agora em diante, tentarei explicar como Habermas procura resolver os apontados problemas dos direitos huma-

nos e do déficit de legitimidade do poder político no âmbito do seu projeto cosmopolita. Primeiro, mostrarei como ele articula um terceiro princípio jurídico universal que passa a ser a base conceitual do seu projeto cosmopolita e a fonte dos direitos humanos e, ainda, tem uma função construtivista expansionista de novos direitos (HABERMAS, 2012, p. 16; 17). Segundo, tentarei mostrar como ele apresenta uma teoria jurídica cosmopolítica diferente da sua teoria discursiva do direito e que esta nova teoria só é possível em razão da sua anterior reconstrução do sistema político mundial. Terceiro, tentarei mostrar como Habermas fia-se nas amarras reconstrutivas externas do seu projeto cosmopolita com o fim de evitar o mau uso ideológico da dignidade humana para fins imperialistas. Quarto, procurarei mostrar que o fundamento da teoria jurídica cosmopolítica de Habermas é, possivelmente, uma construção provisória à espera do amadurecimento da esfera pública mundial no sentido do princípio do discurso.

O conceito jurídico de dignidade humana

Com o texto *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos* (2010), Habermas, de forma intencionada, inaugura o livro *Sobre a constituição da Europa* (2012), o qual, até onde se tem notícia, é a sua última palavra a respeito do seu projeto cosmopolita. Nele os direitos humanos são estreitamente relacionados ao primado da “dignidade humana” do igual respeito a cada um, do qual eles (direitos humanos) deduzem todo o seu conteúdo (HABERMAS, 2012, p. 16; 17). Segundo Habermas, a “promessa moral” da dignidade humana, que tem em vista o “valor absoluto” e “incomparável de cada um”, tem que ser cumprida na forma de direitos subjetivos coercitivos que garantem aos indivíduos um “espaço de liberdade e pretensões” (HABERMAS, 2012, p. 18; 25). Assim, a dignidade humana passa a ser a “fonte” conceitual que alimenta os direitos humanos com a “indignação dos humilha-

dos pela violação de sua dignidade” (HABERMAS, 2012, p. 11), provocando uma “fusão explosiva da moral no *medium* do direito” dentro do qual deve ser realizada a “construção de ordens políticas justas” que implica aquela “dinâmica de abrir portas” para a efetividade de uma “sociedade mundial constituída democraticamente” (HABERMAS, 2012, p. 30; 31; 37).

Com esta concepção de dignidade humana de Habermas, têm surgido dúvidas a respeito de qual seria a natureza de seu estatuto (jurídico ou moral?). Também, tem-se debatido sobre quais seriam as implicações deste novo conceito para a filosofia política de Habermas, principalmente sobre a sua concepção de direitos humanos que, agora, são indicados como sendo uma *utopia realista*, termo este que remete diretamente àquele cunhado por Rawls em *O direito dos povos*. Ainda, há insinuações de que tal concepção, por estar ligada a termos como “transcendente”, aproximaria Habermas dos defensores daquelas teorias normativas da justiça que ele sempre contestou (PINZANI, 2012, p. XIV; XXX). Isso posto, tenho comigo as hipóteses de que (a) a dignidade humana também é expressão (tardia) da conceitualidade jurídica moderna que assume a forma de um conceito jurídico universal, sobre o qual se pode construir e aplicar o direito cosmopolita sem ter sobre si aquelas restrições de aplicação próprias dos direitos humanos; que (b) não só os direitos humanos, mas também a dignidade humana, são uma utopia realista em sentido bem diferente daquele apresentado por Rawls; e que (c) a transcendência, a que Habermas faz menção, pode ser interpretada como uma “transcendência a partir de dentro”⁴.

De fato, embora Habermas entenda que ela é uma fonte moral para os direitos humanos, a dignidade humana também aparece, em referências textuais explícitas

⁴ Embora possamos enxergar certa analogia entre elas, não uso o termo “transcendência a partir de dentro” da forma como Habermas a utiliza em sua investigação sobre a “comunidade de interpretação” de Charles Sanders Peirce (Habermas, 1996, p. 51).

(HABERMAS, 2012, p. 9; 13; 24), como expressão tardia da conceitualidade jurídica moderna que, todavia, não se vincula aos limites do Estado moderno (HABERMAS, 2012, p. 9; 12; 13). Nas palavras de Habermas, a “carreira tardia do conceito de dignidade humana” iniciou-se somente no pós-II Grande Guerra quando, então, ele foi “introduzido nos textos do direito das gentes e nas diferentes constituições nacionais desde então em vigor” (HABERMAS, 2012, p. 9; 10). Assim, consideradas a sua incorporação tardia nos textos jurídicos internacionais e a existência de um consenso sobreposto a seu respeito (HABERMAS, 2012, p. 9; 12; 13), entendo que a dignidade humana, na forma como é articulada, nasce como um conceito jurídico moderno serôdio que, por não ter sido vinculado primeiramente ao Estado moderno, logrou a forma de um conceito jurídico universalmente aceito, um conceito jurídico sobreposto, que fugiu das raias estatais (PINZANI, 2012, p. XXX)⁵. Ela é “una e a mesma em todo lugar e para cada um” (HABERMAS, 2012, p. 9; 12; 16), diz Habermas. Ainda:

[...] na fundação das Nações Unidas, principalmente na negociação de pactos sobre os direitos humanos e nas convenções do direito das gentes, o apelo ao conceito de dignidade humana sem dúvida facilitou a produção de um consenso sobreposto entre as partes de diferentes origens culturais. “Cada um podia concordar com a posição de que a dignidade

⁵ Segundo Pinzani, o apelo ao conceito da dignidade humana igual de cada um apresenta-se com força superior a qualquer outra forma de argumento, o que o torna independente do consenso, e do princípio e regras do discurso. Em sentido contrário, apesar de reconhecer que a efetivação do conteúdo normativo da dignidade humana é uma questão aberta, Lohmann vincula a dignidade humana ao processo democrático de formação da opinião e da vontade, dentro do qual as suas diversas dimensões (moral, legal, político-histórico etc.) são debatidas e institucionalizadas.

humana tinha um significado central, mas não por que e de que forma” (HABERMAS, 2012, p. 9; 12; 13).

Com essa roupagem, entendo que não somente os direitos humanos, mas também a dignidade humana, são considerados uma *utopia realista* em um sentido bem diverso daquele pretendido por John Rawls. Em *O direito dos povos*, Rawls a compreende na forma de uma ideia que manifesta a sociedade dos povos como uma construção que expande os limites da nossa realidade e é capaz de ser alcançada no mundo. Nela, o direito político e a justiça universal para os povos liberais e decentes são combinados na direção de eliminar-se os “grandes males da história humana – a guerra injusta, a opressão, a perseguição religiosa, a escravidão e o resto” e estabelecer-se “instituições básicas justas (ou, pelo menos, decentes) [...] por povos liberais e decentes que honram o Direito dos Povos” (RAWLS, 2001, p. 6; 7; 165; 166). Por sua vez, na minha interpretação, Habermas não compreende que a utopia realista seja uma *ideia* expansiva da realidade concreta, mas sim que ela é algo efetivamente inscrito no mundo real que apoia e oferece significado a outro algo também participante da realidade dos homens. Poderíamos dizer que a utopia realista de Habermas trata-se de uma “utopia [realmente] realista”, uma vez não tem como fundamento a “imagem decalcada de uma utopia social”, mas refere-se à ancoragem do “próprio objetivo ideal de uma sociedade justa nas instituições” políticas existentes (RAWLS, 2001, p. 31).

Dessa forma, se eu estiver correto, os direitos humanos e a dignidade humana formam ambos um conjunto “utópico [realmente] realista” que provoca uma “transcendência a partir de dentro” (HABERMAS, 2012, p. 28)⁶. Com efeito, ten-

⁶ É interessante observar que Habermas comedidamente parece adotar a perspectiva teórica de Axel Honneth (2009, p. 14-18), segundo a qual a razão prática kantiana é interpretada de forma destranscendentalizada, uma

do como fonte criativa, heurística e sismográfica (HABERMAS, 2012, p. 14-17) o conceito jurídico da dignidade humana – que já se encontra inscrito nas convenções e tratados internacionais –, os direitos humanos mantêm uma relação juridicamente interna com a dignidade humana, da qual retiraram a “força política explosiva de uma utopia concreta” (HABERMAS, 2012, p. 9; 12). A relação de transcendência entre eles é imanente às instituições jurídicas concretas, na medida em que a dignidade humana, que foi “deslocada para o interior da dimensão temporal”, expande suas luzes sobre os direitos humanos que, por seu turno, tornam-se “algo de insaturado”, o que lhes dá margem para a “construção de novos direitos” que não são outra coisa senão a atualização de “outras dimensões do sentido da dignidade humana” (HABERMAS, 2012, p. 14; 29). A esse respeito, Habermas ressalta a função inventiva do conceito de dignidade humana, citando o exemplo do Tribunal Constitucional Federal alemão que, com base em tal primado, deduziu um novo direito fundamental:

Un ejemplo llamativo es la denominada sentencia “Hartz IV” del Tribunal Constitucional Federal alemán del 9 de febrero de 2010; el tribunal “dedujo” del artículo 1 de la Constitución un nuevo de-

vez que ela aparece encravada em instituições sociais concretas. Nesse sentido, Habermas diz, de forma expressa, que a relação entre moral e direito é concebida de forma destranscendentalizada, principalmente quando se tem vista o conceito de dignidade humana: “Sob as premissas da própria teoria de Kant tal ‘mediação’ entre o reino transcendental da liberdade e o reino fenomênico da necessidade não é possível e nem necessário. Mas tão logo o caráter da vontade livre é destranscendentalizado (como na *teoria da ação comunicativa*), a distância entre moral e direito tem de ser transposta. É precisamente isto que o conceito de dignidade humana realiza” (Habermas, 2012, p. 28). .

recho fundamental con ocasión de una discusión concreta sobre la base de cálculo de las prestaciones sociales. Este derecho garantiza una seguridad social y una jubilación básica que está por encima del mínimo vital que marca la economía y que posibilita a las personas adultas tanto la participación “en la vida social como en la vida cultural de la sociedad” (o bien, a los niños afectados, la preparación para esa participación). (HABERMAS, 2015, p. 261)

Desta feita, o conceito jurídico de dignidade humana surge como o principal fundamento do direito cosmopolita cujo sentido validativo universal não encontra barreiras estatais. De fato, a “substância normativa da dignidade humana”, expressa na “indignação dos humilhados pela [sua] violação”, agora, na condição de conceito jurídico “sobreposto”, pode ser institucionalmente transposta para a “formação de compromissos negociados”, uma vez que, diferente dos direitos humanos, não precisa ser concretizada em “cada caso particular” (HABERMAS, 2012, p. 11-13). No entanto, em vista da forma como os direitos fundamentais são politicamente justificados no interior do Estado nacional, resta obscura a aplicação da teoria discursiva do direito na fundamentação da dignidade humana, o que pode dar a impressão de que Habermas retroage em termos morais quando tenta encontrar uma fundamentação razoável e menos problemática para a sua proposta cosmopolita.

Uma nova teoria do direito internacional?

Não obstante Habermas entenda que suas ponderações sobre o conceito da dignidade humana não requer a revisão do sistema de direitos, conforme colocado em *Faktizität*

und Geltung, ele parece abandonar (provisoriamente?) a sua teoria discursiva do direito para conseguir fundamentá-lo teoricamente e, por conseguinte, fixar os alicerces conceituais para a instituição de uma ordem jurídica cosmopolita no formato por ele pretendido. Todavia, isto não quer dizer que ele retroceda em bases morais quando se tem em perspectiva a fundamentação do direito estatal, pois, como vimos, ele afirma explicitamente que o conceito de dignidade humana, embora moralmente sobrecarregado, é um conceito jurídico tardio. No meu ponto de vista, quando Habermas tem em perspectiva a comunidade dos povos, o que ele propõe não é uma adaptação da sua teoria discursiva do direito tampouco uma versão moralmente inflacionada dela, mas sim uma nova teoria jurídica cosmopolítica que, por hora, tem apenas um vínculo externo e parcial com a teoria de 1992.

De fato, Habermas afirma que, no texto de 1992, ele não considerou duas circunstâncias relevantes – que as experiências cumulativas de violação da dignidade humana estabelecem uma “fonte de motivação moral”, sem antecedentes históricos, “para a prática constitucional” do Estado-nação moderno; e que a “noção geradora de *status* do reconhecimento social da dignidade do outro” proporciona o nexo conceitual entre o “conteúdo moral do respeito igual de cada um e a forma jurídica dos direitos humanos” (HABERMAS, 2012, p. 19). Com isso, ele parece dar uma guinada teórica no sentido da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, segundo a qual a razão prática é lida de forma destranscendentalizada mediante sua alocação em instituições sociais concretas (HONNETH, 2009, p. 14-18). Nesse sentido, Habermas afirma que a “dignidade universal” tem o sentido de “um *autorrespeito* que se apoia no *reconhecimento social*” que implica o seu “ancoramento em um *status civil*”, ou seja, “o pertencimento a uma comunidade organizada no tempo e no espaço” (HABERMAS, 2012, p. 23). Assim, na condição de conceito jurídico, Habermas, segundo G. Lohmann, tenta salvaguardar o “conteúdo universal, moral”, implícito no conceito de dignidade humana, da-

quela “estreiteza do princípio jurídico” que leva os direitos humanos a serem efetivados somente nos limites estatais (LOHMANN, 2013, p. 99).

Se o fundamento teórico do modelo cosmopolítico de Habermas não corresponde àquele da sua teoria discursiva do direito, não deixa de intrigar o motivo que o levou a abandonar a segunda por uma outra que, apesar de jurídica, mostra-se moralmente onerada, o que poderia trazer sobre ela aquela mesma e velha suspeita schmittiana que recai sobre os direitos humanos, sempre hostilizada por ele, segundo a qual o conceito de humanidade é “um instrumento ideológico especialmente útil para expansões imperialistas, sendo, em sua forma ético-humanitária, um veículo específico do imperialismo econômico”. Por isso, “quem diz humanidade, pretende enganar”, dispara Schmitt (2008, p. 59). Nesse sentido, o próprio Habermas ressalta que no âmbito da ONU a retórica dos direitos humanos efetivamente tem seu uso desvirtuado para a legitimação de políticas de poder usuais e, ainda, para fundamentar decisões seletivas e parciais autorizativas de intervenções desastrosas que colocam “os próprios padrões morais na penumbra” (HABERMAS, 2012, p. 32-33). E continua ele:

Quando a política dos direitos humanos torna-se um mero simulacro e veículo para impor interesses das grandes potências; quando a superpotência empurra para o lado a Carta das Nações Unidas e arroga-se o direito de intervir; quando ela conduz uma invasão que viola o direito das gentes humanitário e a justifica em nome de valores universais, então se confirma a suspeita de que o programa dos direitos humanos consiste em seu mau uso imperialista (HABERMAS, 2012, p. 33).

Aqui, a minha hipótese é que Habermas, após empreender a reconstrução institucional do sistema político interna-

cional (reconstrução externa) ao longo de quatorze anos de estudos, observou a possibilidade de introduzir uma nova teoria jurídica específica para a sociedade dos povos que, a um só tempo, seria amplamente aceita e aplicável pela comunidade internacional, através do seu órgão supranacional, sem ter sobre si as acusações e os problemas advindos do seu mau uso ideológico para fins imperialistas. Como já discuti em outra oportunidade (TESCARO, 2015, p. 167-191), Habermas articula o seu modelo de organização política mundial – ou *política interna mundial sem governo mundial* – na forma de um sistema pluridimensional juridicamente hierárquico formado pelos níveis supranacional, transnacional e nacional cuja principal finalidade seria o gerenciamento do poder de comando relativo às funções de preservação da paz e defesa dos direitos humanos, da qual decorreria, simultaneamente, a integração da comunidade de Estados e cidadãos (HABERMAS, 2009a, p. 132-133; 2009b, p. 17).

Neste modelo, o plano supranacional seria aquele, especializado apenas na garantia da paz e dos direitos humanos, cujos comandos vinculativos obrigariam as demais esferas da organização mundial, ocasionando o uso de poder sancionador – emprestado das potências participantes –, em caso de descumprimento (HABERMAS, 2009b, 120). Assim articulada, a organização supranacional seria desonerada da tensão entre o caráter inclusivo próprio da organização mundial e as assimetrias econômicas e de poder entres os seus membros, pois as funções intensas de política interna mundial, em boa parte coincidentes com a clássica política de equilíbrio de interesses – questões econômicas, de bem-estar, ameaças coletivas, ecológicas etc. –, seriam rigorosamente alocadas no “quadro de sistemas de negociação transnacionais” que apenas se comunicaria com o nível supranacional para o fim de verificar o cumprimento dos seus parâmetros de equidade (HABERMAS, 2007, p. 372; HABERMAS, 2009b, p.122). Portanto, ao que aparenta ser, a organização supranacional estaria habilitada a proteger os direitos liberais de liberdade e os direitos de participa-

ção política, enquanto o trato dos direitos sociais e culturais seria delegado à organização transnacional⁷.

Com esse desenho, a meu ver, o nível supranacional estancaria o mau uso da retórica da dignidade humana para a dissimulação de interesses próprios, que historicamente pesa sobre os direitos humanos, uma vez que o cuidado das questões atinentes ao “equilíbrio de poderes” seria funcionalmente deslocado para o nível transnacional. Deste modo, isso acarretaria forte resistência institucional ao uso ideológico do conceito da dignidade humana para fins expansionistas que, então, encontraria um ambiente promissor institucionalizado para receber o “*clamor unánime de la indignación moral ante las masivas violaciones de los derechos humanos y las vulneraciones evidentes de la prohibición de las agresiones militares*” que expressam “*inequívocas obligaciones negativas de una moral deontológica universalista*” e, em última instância, perfazem “*los critérios para la administración de justicia de los tribunales internacionales*” (HABERMAS, 2009a, p. 132-133). Ou seja, o conceito jurídico universal da dignidade humana, além de restar desatrelado dos limites de aplicação estatais, estaria protegido do mau uso ideológico com finalidades imperialistas, podendo, assim, liberar processos de aprendizagem, de superação de uma consciência particularista em direção a uma consciência mais ampla, cujo horizonte seria a efetivação gradual de um *medium* discursivo global e a construção de novos direitos cosmopolitas. Nesse sentido:

As construções jurídicas introduzidas pelas elites políticas em arenas supra-estatais são fórmulas cu-

⁷ A esse respeito, Pinzani (2012, p. XXVIII) esclarece que as funções da organização supranacional são limitadas à “operação de policiamento e defesa dos direitos humanos”, os quais, por sua vez, se restringem às liberdades fundamentais e direitos políticos, pois, neste momento, a “imposição global” de direitos sociais seria uma tarefa inexecutável (Lohmann, 2013, p. 100).

ja eficácia se assemelha à de uma antecipação que tende a se realizar por si mesma (*self-fulfilling prophecy*). Tal tipo de colocação do direito antecipa a modificação da consciência que tem lugar apenas no decorrer de uma implementação gradativa (HABERMAS, 2007, p. 358).

Nesse passo, na forma como foi proposto, advogo que o conceito da dignidade humana de Habermas é uma construção jurídica provisória que, por já ter sido introduzida nos textos políticos internacionais, desencadeou um processo de aprendizagem que gradualmente modifica a consciência dos Estados e cidadãos, mediante a “internalização de um teor de prescrições que inicialmente são reconhecidas apenas de modo declamatório” (HABERMAS, 2007, p. 358), em direção a uma consciência cosmopolita. Assim, à questão “O que restou da democracia no nível supranacional do modelo habermasia-no?”, colocada pelos teóricos do cosmopolitismo (FINE, 2007, p. 62), poderíamos responder que a existência de um provável déficit discursivo, e também de uma notável sobrecarga moral em tal conceito, não podem ser interpretados como sendo retrocessos teóricos, mas sim como tentativas honestas de lidar com enormes dificuldades conceituais e empíricas no intuito de, progressivamente, superá-las sem, contudo, provocar rupturas sistemáticas incorrigíveis e desprezar garantias políticas institucionais já alcançadas⁸. No espírito da filosofia da paz de Kant, diríamos que este novo conceito, articulado por Habermas, segue a ideia de reforma constitucional progressiva que,

⁸ De acordo com Fine (2007, p. 72), em comentários feitos antes da publicação do texto *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos*, os problemas do modelo cosmopolítico de Habermas não envolveriam somente a teoria da cooriginalidade, mas também os custos políticos de sua implementação, uma vez que estes não desapareceriam mediante um simples processo de racionalização.

baseada no conceito *lex permissiva* (KANT, 2011, p.70), autoriza construções transitórias e preparatórias a fim de superar hiatos que, de outra forma, seriam intransponíveis. Nesse sentido, G. Cavallar explica que:

As leis permissivas possibilitam aplicar a lei do direito à realidade “no modo de uma reforma paulatina”. Essas assumem uma função de transição [...]. A evolução do direito racional continua sendo o objetivo, mas o político pode continuar provisoriamente injustiças herdadas da tradição, até que surja uma oportunidade favorável para uma transformação (CAVALLAR, 1997, p. 82-83).

Apesar de o próprio Habermas insistir que é “improvável [...] a formação da opinião e da vontade dos cidadãos do mundo” no âmbito do parlamento mundial e que “não podemos esperar [deles] uma formação coletiva da vontade em sentido propriamente político” (HABERMAS, 2012, p. 102; 98), a sua teoria cosmopolítica, baseada no conceito de dignidade humana, aparenta ser um estágio preparatório que, considerada aquela “fusão explosiva da moral” causada no “*medium* do direto” (HABERMAS, 2012, p.37), empurra progressivamente a sociedade dos povos rumo à implementação de uma esfera pública mundial, menos colonizada e manipulada pelos imperativos sistêmicos, constituída por Estados e cidadãos do mundo, cuja formação paulatina da opinião e da vontade pode dar maior efetividade à proteção dos direitos humanos e à garantia da paz sem aquela antiga preocupação da política internacional corromper-se num despotismo sem alma. Aqui, mais uma vez o eco da voz de Kant é sentido claramente: “Se a cana se dobrar demasiado quebra; e quem quer demasiado nada quer” (KANT, 2009, p. 159).

Referências

- FINE, Robert; SMITH, Will. (2003) *Jürgen Habermas's Theory of Cosmopolitanism*. In: *Constellations*. Vol.10, n. 4.
- HABERMAS, Jürgen. (2001) *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi.
- HABERMAS, Jürgen. (2007) *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola.
- HABERMAS, Jürgen. (2009) *¡Ay, Europa! Pequenões escritos políticos XI*. Madrid: Trotta.
- HABERMAS, Jürgen. (1997) *Direito e democracia: entre facticidade e validade (vol. I)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- HABERMAS, Jürgen. (1997) *Direito e democracia: entre facticidade e validade (vol. II)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- HABERMAS, Jürgen. (2009) *El occidente escindido: pequeños escritos políticos X*. Madrid: Trotta.
- HABERMAS, Jürgen. (2007) *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- HABERMAS, Jürgen. (2015) *Mundo de la vida, política y religión*. Madrid: Editorial Trotta.
- HABERMAS, Jürgen. (2012) *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. São Paulo: Ed. Unesp.
- HABERMAS, Jürgen. (2013) *Teoria e práxis: estudos de filosofia social*. São Paulo: Editora Unesp.
- HABERMAS, Jürgen. (1996) *Textos e contextos*. Barcelona: Ariel.
- HONNETH, Axel. (2009) *Pathologies of reason: on legacy of critical theory*. New York: Columbia University Press.
- KANT, Immanuel. (2011) *Metafísica dos costumes*. 2 ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian.
- LOHMANN, Georg. (2013) *As definições teóricas de direitos humanos de Jürgen Habermas – o princípio legal e as correções morais*. Trans/Form/Ação, vol. 36.
- MOREIRA, Luiz (org.). (2004) *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy.
- RAWLS, John. (2001) *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes.

- REPA, Luiz. *Os direitos humanos entre moral e a política: sobre o cosmopolitismo de Jürgen Habermas*. https://gttj.files.wordpress.com/2013/07/luiz_repa.pdf. [06/08/2016].
- ROHDEN, Valério (coord.). (1997) *Kant e a instituição da paz*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA.
- SCHMITT, Carl. (2008) *O conceito de político/Teoria do partisan*. Belo Horizonte: Del Rey.
- TESCARO JÚNIOR, João. (2015) *A ordem política mundial: um diálogo entre Kant e Habermas*. Curitiba: Editora CRV.

AS CRÍTICAS DE HART AO SOBERANO DE AUSTIN: UM MODELO FALIDO DE NORMATIVIDADE

Mayara Pablos¹

Universidade Federal de Santa Catarina

Introdução

O presente capítulo trata sobre o tema da normatividade jurídica e sua possível aplicação nas teorias jurídicas de Austin e Hart. O intuito da abordagem é mostrar, via Hart, a ineficácia do modelo normativo defendido por Austin pautado na ideia de soberania. Para Austin, as leis são concebidas como a expressão da ordem do soberano, por meio da qual sua vontade é evidenciada e torna-se lei. Uma vez que a vontade do soberano é lei, o não cumprimento da ordem expressa por ele implica infração jurídica. O problema quanto a este pretensão modelo de normatividade, segundo Hart, é o de que o cumprimento da lei está ligado à ideia coerção e sanções sofridas diante da desobediência ao soberano e não, propriamente dito, à normatividade de tal sistema jurídico.

O sistema jurídico assim entendido seria fruto da ameaça e da coerção. Não seria fundamentado pela normatividade requerida pelos sistemas de direito. Tendo isto em vista, Hart tece diversas críticas à teoria de Austin ao argumentar contra a ideia de lei e ordenamento jurídico pautado na ordem de um soberano, mostrando a insuficiência da teoria do direito pautada a partir deste critério de coerção. As críticas de Hart à Austin, não obstante, serviram como ponto de partida na fun-

¹ Mestre em filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina e graduada em filosofia pela Universidade Estadual de Londrina. (email:mayarapablos@gmail.com).

damentação da sua teoria do direito, apresentada como alternativa às teorias até então conhecidas. Segundo Hart, o direito é constituído pela união de regras primárias e secundárias, cuja normatividade se expressa a partir da própria lei. Ou seja, a normatividade do sistema jurídico é dada pela própria regra, ao invés de ser derivada da vontade de um soberano.

Com isso, Hart pretende oferecer um modelo de normatividade jurídica que corresponda à dinâmica interna do próprio ordenamento, isto é, não seja derivada de uma vontade externa como a do soberano. Ao final do capítulo, após percorrer a leitura entre ambos os autores acerca da questão da normatividade a conclusão a qual se pretende chegar, a partir de Hart, aponta para a ineficácia de um modelo jurídico restrito à concepção de coerção e ordem, sobretudo, as que são provenientes de um soberano, bem como, de que modo a normatividade, conceito imprescindível para que se pense o direito, permanece ausente no modelo jurídico pautado na soberania.

Soberania e normatividade como conceitos opostos

Na obra *The Province of Jurisprudence determined*, John Austin defende a ideia de um soberano legislador. Os aspectos que definem de forma clara o projeto podem ser agrupados nas seguintes teses: (a) Toda lei é um comando; (b) por comando se entende a expressão da vontade do soberano legislação que estabelece o que deve ou não ser feito pelos indivíduos, (c) as leis são positivadas pela pessoa do soberano ou o conjunto de pessoas que o formam, (d) deve haver o hábito de obediência ao soberano, mas este, não deve obediência a ninguém.

A figura do soberano, segundo o modelo austiniano, é a forma mais eficaz de garantir o cumprimento da lei, o que ocorre pelo medo da sanção nos casos de desvio de conduta. De acordo a postura sustentada por Austin, o direito consiste em comandos e ordens que expressam a vontade ilimitada do

soberano. Este, por sua vez, é caracterizado por Austin como aquele que é obedecido por todos, mas não tem por hábito obedecer a ninguém. A figura do soberano pode ser determinada por apenas um indivíduo, tanto quanto, por um corpo de indivíduos.

A obediência por parte dos demais cidadãos é crucial para a caracterização da imagem do soberano aplicador de direito. Sua importância se mostra no fato de que somente um soberano que possua poderes ilimitados e indeterminados poderia assegurar que o estado de caos não se instalasse na sociedade². O direito assim visto figura como um conjunto de regras e suas ordens de cumprimento, sustentadas pela ameaça de punição, caso haja o descumprimento da lei. Diante disso, os cidadãos estariam submetidos e obrigados a agir de acordo com as regras jurídicas impostas sob a pena de punição em casos de desobediência.

Ao escrever *O Conceito de Direito*, Hart toma como ponto de partida para apresentar seu conceito de direito as críticas que tece contra o modelo jurídico de Austin, por considerar a teoria do soberano um modelo imperativista do direito. Ao fazer isto, Hart não estava interessado apenas em fazer uma crítica pela crítica, mas sim, em fornecer um modelo de direito mais condizente com os sistemas sociais nos quais opera. A crítica ao modelo de Austin, diante disso, é vista co-

²A ideia de um soberano com poderes ilimitados nos remete à figura do soberano descrita por Hobbes no *Leviatã*. Segundo alguns comentaristas, Hart teria concebido a teoria hobbesiana como uma entre as teorias imperativistas que haviam, inclusive, influenciado Bentham e Austin para a fundamentação de suas teorias, ambas imperativistas. Anos após ter atribuído a Hobbes a teoria imperativista, Hart teria voltado atrás em sua conceituação ao reconhecer a má compreensão da interpretação feita acerca da teoria da obrigação em Hobbes. Este assunto, contudo, está além dos limites deste trabalho. Para uma discussão pormenorizada acerca da relação entre Hobbes e os demais autores sugere-se ver: SHINER, R. A. *Hart and Hobbes*. Wm. & Mary L. Rev. 201 (1980). V. 22. Issue 2. Art. 3.

mo relevante, pois através dela é possível mostrar o afastamento de Hart dos modelos tradicionais de normatividade do direito defendido por algumas correntes positivistas.

Hart considera que “os erros da teoria imperativa simples são uma melhor bússola para a verdade, do que os das suas teorias rivais mais complexas” (2011, p. 21). Ou seja, a estrutura do direito e seu sistema podem ser esclarecidos de forma mais eficaz quando se parte da ineficácia da conhecida teoria sobre o soberano e as regras de aplicação do direito do que, por exemplo, da controversa relação entre direito e moralidade³. Os erros e críticas que Hart dirige à Austin serão aqui apresentados a partir dos seguintes aspectos: (a) a ideia de um direito baseado fundamentalmente em sanções e ameaças; (b) a ineficiência de um modelo jurídico pautado no hábito de obediência ao soberano e, por fim, (c) a insustentabilidade e as limitações de tal sistema.

O primeiro aspecto a ser tratado será a ideia de um direito pautado em sanções. Ainda que as regras jurídicas sejam diferentes das demais regras cotidianas ou hábitos, isto é, que as leis jurídicas sejam fontes de sanções, o direito não pode ser compreendido a partir dessa visão restrita. A respeito da conceituação jurídica a partir da noção de comandos, César Kilarý ressalta que, diferentemente de Austin, Hart chama a atenção para o fato de que não “podemos limitar a compreensão da lei à noção de comandos sancionatórios, pois existe uma larga série de normas que não acarretam nenhum mal para aqueles que as descumprem” (2008, p.66). Tal é o caso, por exemplo, de leis que “atribuem algum poder a alguém ou que regulamentam o âmbito de aplicação de uma lei” (2008, p. 66).

O sistema jurídico é formado não apenas por leis que acarretam sanções quando descumpridas, mas também, por

³ O autor não nega, entretanto, a importância da tese da separabilidade, mas, tão somente, apresenta outra diretriz metodológica para empreender a discussão por ele desenvolvida.

leis como as que estabelecem as condições para a celebração de contratos como, por exemplo, o matrimônio, testamentos e etc., que ao invés de impor deveres e obrigações regulam as condições e criam mecanismos para que estes sejam realizados. Em outras palavras, conferem “poderes jurídicos legais para criar, através de certos procedimentos especificados e sujeitos a certas condições, estruturas de direitos e deveres dentro do quadro – coercitivo do direito” (HART, 2011, p. 35).

Hart acusa Austin de ter cometido um erro, portanto, ao não se dar conta de que nem todas as regras são dotadas de sanção. Um segundo ponto a ser mencionado é que assim como nem todas as regras são dotadas de sanção, igualmente elas não estão fundamentadas em ameaças. Esse fato torna evidente que há uma diferença entre comandos baseados em ameaças e comando baseados em regras, que consiste no fato de que as regras figuram como ordens, uma vez que foram emitidas por uma autoridade (estabelecida através de uma norma jurídica)⁴, enquanto os comandos, ao contrário, podem ser emitidos tanto pelo soberano de Austin como por um assaltante, por exemplo.

Para Hart, há uma diferença crucial entre a ordem que emana de uma regra e a obrigação que se gera diante disso, da obrigação que decorre do comando do soberano ou do assaltante, conforme dito acima. Esta diferença diz respeito à distinção entre “*ter uma obrigação de*” e “*ser obrigadoa*”, cujo divisor de água é o aspecto que fundamenta cada tipo de obrigação. Enquanto o primeiro tipo tem como fundamento o caráter normativo, o segundo tem como base apenas a ameaça. A fim de melhor compreender a diferença fundamental entre os tipos de obrigação mencionados e de que modo elas correspondem respectivamente ao modelo de direito formado por regras e à teoria imperativista, considere o exemplo do assaltante usado pelo próprio Hart.

⁴ Neste caso, leia-se a regra de reconhecimento do sistema jurídico hartiano (2011, p. 104).

Imagine que um indivíduo A' é surpreendido por um assaltante que lhe emite a seguinte ordem: me entregue todo o dinheiro que você possui. A' recebe uma ordem e a executa diante da ameaça sofrida pelo assaltante e por medo da punição (levar um tiro, sofrer agressão física etc.) que este pode vir a lhe infligir. O que se nota diante disso é que, assim como as ordens do soberano, as ordens de um assaltante também são baseadas em ameaças e emitidas por um comando, uma ordem. Neste sentido, no que diferiria as ordens do soberano e as do assaltante, uma vez que ambas são cumpridas pelo medo?

Substancialmente não haveria diferença alguma além do fato de que as ordens do soberano têm a pretensão de extensão, de ser aplicável a todos, ao passo que as ordens do assaltante são individuais. A conclusão a qual se poderia chegar diante destes exemplos é a de que um modelo jurídico baseado em ordens e ameaças pode ser situado no mesmo patamar de ordens emitidas por um assaltante, salvo a diferença de que a ordem do assaltante é temporária, ao passo que a ordem do soberano almeja ser permanente⁵. Não haveria nenhum critério de normatividade no modelo jurídico baseado em ordens e comandos, mas, tão somente, medo diante do descumprimento da ordem. Além disso, o que se nota é que este modelo de ordem pautada no desejo expresso pelo soberano só funcionaria bem em uma sociedade autoritária, mas não em sociedades democráticas.

Estas considerações levaram Hart a rejeitar a definição e o funcionamento do direito como sendo o conjunto de comandos baseados em ameaças e a apresentar sua concepção pautada no conceito de regras. Ainda diante da mesma situação exemplo, vejamos de que modo a ordem emitida pelo assaltante difere, portanto, da ordem que emana das regras jurídicas.

⁵ Este argumento será mais bem desenvolvido ao tratarmos sobre a temporalidade.

Somos obrigados a fazer ou deixar de fazer algo no exemplo do assaltante, pois o descumprimento da ordem pode gerar danos físicos maiores do que o cumprimento, mesmo contra a nossa vontade. Assim, só agimos de acordo com a ordem do assaltante para evitar, por exemplo, ser ferido pelo disparo de um revólver e não porque entendemos que esta seja uma ordem que deve ser seguida de livre e espontânea vontade ou conscientemente. A ação é realizada mediante coação neste caso.

Não há qualquer elemento normativo que determine a ação quando se está diante de fatos que nos obrigam a agir em circunstâncias como o assalto e etc. Antes, a ação é pautada no medo do dano físico que o agente poderá vir a sofrer. A motivação neste caso é a sanção, a coerção, medo ou qualquer elemento outro, mas não o sentido de normatividade ou a reflexão crítica acerca da ordem, pois estes elementos são inexistentes quando se trata de *ser obrigado a* algo.

De forma oposta, quando temos uma obrigação de agir ou de nos abster de agir de determinada forma o fazemos porque há uma interiorização da ordem realizada por meio de uma reflexão crítica, cujo fundamento é normativo. Segundo Hart, “nada mais se quer significar por termos normativos tais como <<obrigação>> do que uma predição de comportamento oficial” (2011, p. 151). Há, portanto, uma explicação, justificação, plausível para eu que aja de modo concordante com a ordem expressa. Isso porque, esta ordem é expressa por uma regra do ordenamento jurídico e não por ameaças.

A confusão gerada pela não distinção entre *ser obrigado a* e *ter a obrigação de* leva a má compreensão do caráter do direito e das regras e tem como pressuposto “a afirmação de que alguém tem ou está sujeito a uma obrigação traz na verdade implícita a existência de uma regra”, ideia esta combatida por Hart ao afirmar que “nem sempre se verifica o caso de, quando existem regras, o padrão de comportamento exigido por elas ser concebido em termos de obrigação”, cujo não cumprimento resulte em coação (2011, p. 95 - 96).

Desse modo, Hart rejeita a compreensão de que o direito seja constituído a partir da ideia de comandos e ordens baseadas em ameaças. Essa rejeição aparece de forma clara na fala do autor quando este se questiona sobre o fato de se “terão as leis promulgadas, para serem leis, de exprimir realmente os efectivos desejos, intenções ou aspirações de um qualquer legislador?” (2011, p. 33); ao que Hart responde negativamente reiterando que:

Para além destas objecções a respeito do conteúdo, modo e origem e campo de aplicação, toda a concepção de um soberano supremo e independente habitualmente obedecido, na qual assenta o modelo, é enganadora, visto pouco haver em qualquer sistema jurídico real que lhe corresponda (HART, 2011, p. 34).

A figura de um soberano, cuja expressão do desejo deve ser obedecida é incompatível com o real modelo de direito das mais variadas sociedades. Do mesmo modo, em tais sociedades as regras não têm como função o papel de “obrigar” as pessoas a agirem de determinado modo nos moldes da obrigação do assaltante, mas sim, de guiar o comportamento das pessoas de acordo com os padrões estabelecidos para sua aplicação e uso.

O segundo aspecto da referida crítica versa sobre a ineficiência de um sistema baseado no hábito de obediência. De acordo com Austin, embora o soberano não tenha o hábito de obedecer a ninguém, suas ordens devem ser obedecidas por todos. Contudo, o que se verifica é que em sociedades reais até mesmo o Rei encontra-se sobre a ordem da Constituição, não podendo se impor acima dela. As leis podem até ser criadas por um soberano, ao invés de um corpo legislativo, porém, uma vez criadas todos estão condicionados ao seu conteúdo normativo, inclusive o Rei. O mesmo exemplo pode ser dado quando comparamos o modelo de sociedades democrá-

ticas atuais, que possuem um direito positivado para seu ordenamento, e tentamos justificá-las a partir do hábito de obediência. Obediência habitual e democracia parecem situar-se em extremos opostos tornando o diálogo entre ambas as esferas algo distante e incompatível.

Austin parece não levado este fato em consideração. Ao contrário, as ordens emitidas pelo soberano têm como característica a coerção que as mesmas exercem sobre os indivíduos, de tal forma que tais leis são obedecidas pelo medo da punição que o transgressor sofrerá. O fundamento da obediência diante de tal modelo jurídico não teria como fundamentação a compreensão do que a regra ordena, seu conteúdo normativo e a obediência a elas, mas sim, a coerção e o medo da sanção sofrida.

O terceiro e último aspecto a ser tratado versa sobre as limitações de um sistema baseado da obediência é decorrente do segundo aspecto abordado. Mostraremos a insuficiência da teoria imperativista tomando como argumento a noção de temporalidade, que como será visto, reforça não só a incapacidade de um sistema tal como proposto pelos imperativistas, como também, a ideia de que as ordens do soberano e do assaltante possuem a mesma natureza.

Com relação à indistinção entre as ordens do assaltante e a do soberano, fora afirmado que ambas possuem a mesma natureza, uma vez que tem como pressuposto a ameaça e o medo da sanção como fundamento para a ação. Conforme dito acima, as únicas características que separam a ordem do soberano das de um assaltante seriam a extensão e a temporalidade visto que a ordem do soberano pretende ser aplicável a todos e permanente, enquanto a do assaltante é individual e sua duração é temporária. A questão é: seria a ordem do soberano permanente tal como reivindicado por Austin?

O fato é que mesmo que o soberano reivindique a permanência de suas ordens, seu desejo não é suficiente para garantir tal permanência. Não há um critério normativo na

ordem do soberano tanto menos no hábito de obediência que resista de forma atemporal às mudanças, o que leva Hart a afirmar que somente “as leis têm, todavia, de forma proeminente, esta característica de ‘permanência’ ou persistência” (2011, p. 28). Ainda que os padrões de uma sociedade, seus costumes, seu legislador ou qualquer outra mudança ocorra, uma norma jurídica permanecerá sendo o que é até o momento de sua revogação ou alteração. Entretanto, o mesmo não se pode dizer sobre o hábito de obediência ao soberano.

Isto por sua vez, torna evidente que as ordens do soberano por si só não garantem esse caráter perene das regras, de tal forma que sua ordem se constitua como uma obrigação normativa em todos os tempos e sob quaisquer circunstâncias. A determinação da persistência da ordem emanada do soberano também é passível de controvérsias, uma vez que o caráter duradouro está na regra, na lei e no que ela ordena, e não no comando como os imperativistas pareciam acreditar. Nesse sentido, a continuidade do poder do soberano é questionada por Hart tanto nos casos em que ocorre sucessão dos soberanos, quanto acerca do que garante e legitima o poder do novo soberano nas sociedades onde o hábito de obediência ainda não foi interiorizado pelos cidadãos.

A questão aqui posta é a de que uma vez que o soberano institui outro soberano para legislar em seu lugar, o hábito de obediência que os sujeitos possuíam até então, não é transferido para o novo legislador de forma automática (HART, 2011, p. 62). Isto porque, não se trata de um processo mecânico, passível de sucessão sem qualquer perda de obrigatoriedade. A transferência do poder quando pautado no hábito de obediência não possui força normativa capaz de transferir o hábito para o novo soberano, fazendo com que todos passem a obedecer ao novo soberano da mesma forma como faziam anteriormente. Não obstante, Hart reitera que “o facto de se prestar obediência habitual a um legislador não fundamenta nem a afirmação de que o seu sucessor tem direito a criar direito, nem a afirmação factual de que será provavelmente obe-

decido” (2011, p.69). O que leva Hart a afirmar que diante de casos como estes ocorreria uma cisão na obediência habitual. Assim sendo,

(...) a idéia de obediência habitual é incapaz, por dois modos diferentes, embora relacionados, de dar conta da continuidade que se observa em qualquer sistema jurídico normal, quando um legislador sucede a outro. Em primeiro lugar, os melhores hábitos de obediência a ordens dadas por um legislador não podem conferir ao novo legislador qualquer *direito* à sucessão do anterior e a dar ordens em seu lugar. Em segundo lugar, a obediência habitual ao legislador antigo não pode, por si própria, tornar provável, ou fazer de algum modo presumir, que as ordens do novo legislador serão obedecidas (HART, 2011, p. 64).

Diante de casos como os citados acima, haveria uma interrupção do hábito de obediência, o que tornaria inviável a ideia de soberania apresentada por Austin⁶. Este lapso temporal proveniente da alteração de soberania, entretanto, não ocorre quando a obediência se origina do conteúdo das regras, ou das leis, ao invés de estar pautado na figura do soberano. Isso porque, uma vez que regras são instituídas seu conteúdo normativo passa a ser imediatamente vigente sobre os cidadãos que seguem as regras de acordo com seu conteúdo normativo, seja qual for o soberano ou legislador que as aplicam. Neste caso, há não apenas a interiorização do conteúdo

⁶ Novamente, o mesmo pode ser estendido às sociedades democráticas e a troca de seus líderes, bem como, às incertezas que esta mudança acarreta nos períodos iniciais do mandato que se seguem após as novas eleições. Em outras palavras, nem eleições democráticas conseguem garantir apreço pelo novo líder eleito, ainda que democraticamente.

expresso pela regra, isto é, uma compreensão da diretriz que resulta da regra e não de seu aplicador, mas também a compreensão de que o novo legislador foi instituído para exercer sua função a partir de regras jurídicas válidas. A sucessão neste caso é amparada pelo próprio sistema jurídico e não pela hereditariedade, hábito de obediência e etc.

Ronald Dworkin, crítico de Hart, resume de forma clara a diferença entre as concepções expressas em ambos os autores, ao afirmar que

Hart concorda com Austin que as regras jurídicas válidas podem ser criadas através de atos de autoridades e instituições públicas. Contudo, Austin pensava que a autoridade dessas instituições encontrava-se tão-somente no seu monopólio do poder. Hart localiza a autoridade dessas instituições no plano dos padrões constitucionais a partir dos quais elas operam, padrões constitucionais esses previamente aceitos pela comunidade que é por eles governada, na forma de uma regra de reconhecimento fundamental. Esse plano legitima as decisões do governo e lhes confere a forma e o caráter de obrigação que faltava às ordens cruas do soberano de Austin (DWORKIN, 2002. p. 34-35).

A conclusão a qual Hart chega ao analisar a teoria imperativa de Austin é a de que a “continuidade da autoridade legislativa, que caracteriza a maior parte dos sistemas jurídicos depende daquela forma de prática social que constitui a aceitação de uma regra” (2011, p. 68), diferindo assim, substancialmente, da ideia de mera obediência habitual. Nestes termos, falta ao modelo austiniano de direito a perspectiva da prática social de interiorização da regra e seu conteúdo normativo, já que o hábito de obediência ao soberano não deriva da prática coletiva acima descrita, podendo ser visto apenas como a soma convergente de cada prática individual. Isto é, a teoria

imperativa do direito não pode ser compreendida como uma prática social (caracterizada pelo engajamento de todos os participantes da comunidade), haja vista o fato de que o hábito de obediência não pressupõe tal prática, mas, tão somente, o comportamento solipsista dos indivíduos.

Tendo isto em vista, Hart afirma que a teoria austiniana se apresenta como uma má leitura do sistema jurídico, sendo incapaz de explicar seus mecanismos. A causa desta incapacidade tem como origem os “elementos a partir dos quais a teoria foi construída, nomeadamente as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças” (HART, 2011, p. 90). Todos estes elementos são avessos à ideia de regras, ideia “sem a qual não podemos esperar elucidar mesmo as formas mais elementares de direito” (HART, 2011, p. 90). Sendo assim, o direito tal como apresentado por Austin não pode ser entendido como uma prática social, tanto menos, como normativo, já que a obediência habitual não é capaz de sustentar tal tese.

Frente ao exposto, Hart apresenta o conceito de direito a partir de uma concepção jurídica baseada na aplicação das regras. A proposta de Hart se caracteriza como uma alternativa mais eficaz e plausível de definição acerca do direito, na medida em que o ordenamento jurídico passa a ser entendido como constituído por regras. Por meio das regras é possível compreender o direito e sua aplicação a partir do caráter normativo, proveniente das regras que o compõe, sendo esta concepção oposta à apresentada através da figura do soberano.

Para o autor, o direito é formado pela união de regras primárias e secundárias. As regras primárias exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos impondo, dessa forma, deveres. A obrigação de seguir tais regras e, por conseguinte, abster-se ou não de determinadas condutas pode ser explicada pela aceitação da regra por parte dos indivíduos. Contudo, o fato de que a maior parte dos sujeitos aceita determinadas regras não é capaz, por si só, de definir e distinguir um sistema jurídico dos demais sistemas de

regras. Para tanto, é necessário introduzir o elemento da validade.

As regras secundárias são aquelas instituidoras ou as atribuidoras de poderes, sejam públicos ou privados e exercem a função de validade que falta as regras primárias. As regras secundárias são parasitárias das primeiras, pois são estas que estipulam o que as pessoas podem fazer ou dizer, permitem introduzir novas regras, extinguir ou modificar as antigas e ainda controlar sua aplicação (HART, 2011, p.91). Neste sentido, estas regras figuram como metarregras. As regras secundárias são de três tipos, a saber: regra de reconhecimento, regra de modificação e regras de aplicação.

A regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa, uma vez que os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e inclui uma constituição escrita, a promulgação do poder legislativo e precedente judiciais. Desta forma, através dela é que se estabelece se uma dada norma do grupo, apoiada pela pressão social que exerce, pertence ou não ao sistema jurídico e se é válida (HART, 2011, p.104). A regra de reconhecimento é que fornece o critério último de validade para as demais regras todas as regras do ordenamento devem ter como fundamentação a regra de reconhecimento que as legitima. Ainda de acordo com o autor, “acresce que, na simples operação exigido de se tratar de um elemento da lista de regras dotadas de autoridade, temos o germe da ideia de validade jurídica” (HART, 2011, p. 105).

Esta característica é o divisor de água entre as regras ditas jurídicas e as demais regras como as de convenções sociais, moralidade, etiquetas e etc. Através da regra de reconhecimento é possível separar as regras do direito e da moral, mostrando de que modo estas esferas são distintas, uma vez que apenas as regras jurídicas têm na regra de reconhecimento sua fonte de legitimidade. Assim, “dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado por todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema” (HART, 2011, p. 114) Além de conferir

legitimidade ao direito, esta regra também institui autoridade aos oficiais para que legislem nos tribunais e demais competências.

Necessário se faz notar que, por ser critério último de validade e condição de pertencimento ao sistema jurídico, a regra de reconhecimento tem que ser critério último de si mesma. Ou seja, não faz sentido perguntar sobre a validade da regra de reconhecimento, uma vez que se esta regra dependesse de algo outro que lhe conferisse validade ela deixaria de ser critério último. Isto nos levaria a um regresso infinito na busca pelo critério de validade. A conclusão a qual se chega, portanto, é a de que a regra de reconhecimento não pode ser tomada em termos de validade, mas tão somente ser aceita. Desta forma, ela deve ser compreendida como uma prática social, cujo pano de fundo aponta para a prática comum de aceitação por todos da comunidade como um padrão interno de conduta. Portanto, “regra última de reconhecimento (...) para que possa sequer existir, deve ser considerada do ponto de vista interno como um *standard* público comum de decisão judicial correta” (HART apud MACCORMICK, 2010, p.143). Esta regra, entendida enquanto prática social e interiorizada é que diz o que deve ou não ser considerado direito dentro de uma determinada sociedade.

As *regras de alteração*, por sua vez, conferem poder a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo ou também para eliminar as antigas regras, orientando, não obstante, o processo de extinção e estabelecimento de novas regras (HART, 2011, p.105). Hart chama a atenção para o fato de que “é em termos de tais regras, e não em termos de ordens baseadas em ameaça, que as ideias de acto legislativo e de revogação devem ser compreendidas” (2011, p. 105), fazendo com isto, oposição à teoria austiniana já apresentada.

Por fim, Hart estabelece as *regras de julgamento*, que determinam as autoridades que serão responsáveis por indicar e julgar e os procedimentos que os indivíduos deverão seguir.

Desta forma, “além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir” (HART, 2011, p.106). Neste sentido, a regra de julgamento possui uma relação estreita com a regra de reconhecimento, uma vez que regra de julgamento determina quais oficiais devem julgar, de que modo e sobre quais regras. Assim sendo, o desfecho da regra de julgamento deve estar em sintonia com a regra de reconhecimento, que valida a autoridade da regra de julgamento. Contudo, embora esta regra dite o modo como os procedimentos devem ser conduzidos, ela não se caracteriza como uma regra primária.

A conclusão a qual se pode chegar após analisar o modo como Hart fundamenta o direito a partir da união de regras é, segundo ele, a de que

Há, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efectivamente aceites como padrões públicos comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários (HART, 2011, p. 128).

O sistema jurídico hartiano brevemente exposto acima mostra o modo como Hart empreendeu sua argumentação no sentido de mostrar porque a ideia de um sistema jurídico pautado em ordens e a ameaças do soberano não é suficiente para dar conta da demanda judiciária que emerge das práticas da comunidade. Um modelo de direito baseado apenas na ideia de regras primárias não possui mecanismos suficientes para abranger o todo o complexo sistema social a partir dos

quais nossas sociedades são formadas. Tanto menos possuiria um modelo mais rudimentar ainda, tal como o da soberania.

Conclusão

O trabalho teve como objetivo reconstruir, ainda que brevemente, as concepções jurídicas de John Austin e Herbert Hart com o intuito de mostrar como o modelo austiniano de direito baseado na figura do soberano é insuficiente para que se pense o fenômeno jurídico e suas complexidades. Como foi visto, Austin compreende o direito como sendo resultado da ordem emanada do soberano, definido como aquele a quem todos obedecem, mas que não tem o hábito de obedecer a ninguém. Segundo este modelo jurídico, a lei seria identificada com a expressão da vontade soberana e seu cumprimento só seria feito pela ameaça iminente de sanção e coerção por parte dos indivíduos. O que sustentaria o direito, por assim dizer, seria um sentimento de medo constante que ameaça os indivíduos que se encontram sob a égide de tal modelo jurídico. Também é nesse sentido que se afirma que nem se poderia dizer que o modelo de direito de Austin possui normatividade, pois a normatividade não pode ser entendida em termos de uma ordem expressada a partir da vontade do soberano. Quisa como coerção.

A fim de mostrar a ineficácia do direito baseado na figura do soberano, foram reconstruídas as críticas que Hart dirigiu ao autor, a partir das quais também foram pontuadas as ineficiências do modelo apresentado. Em seguida, apresentamos a solução dada por Hart no que diz respeito à normatividade do sistema jurídico, a qual só é possível uma vez que se estabeleça um modelo de direito fundamentado em regras. As regras jurídicas seriam a fonte da normatividade inerente ao próprio direito, possibilitando com isso, a justificação do sistema jurídico de modo a abarcar as complexidades referentes ao direito, tanto quanto, das sociedades nas quais opera.

Referências

- AUSTIN, John. (1995) *The province of jurisprudence determined*. Cambridge University Press.
- BIX, Brian. (2000) "On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism", *Notre Dame Law Review*, Vol. 75 p. 1613-24.
- TRAVERSONI, Alexandre. (2011) Dicionário de teoria e filosofia do direito/ coordenador geral Alexandre Travessoni. São Paulo, LTr.
- DWORKIN, Ronald. (2002) *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes.
- GREEN, L. (2013) The Morality in Law. In: Reading HLA HART'S the concept of Law. Oxford and Portland. Oregon.
- HART, H. L. A. (2010) Ensaio sobre teoria do direito e filosofia. Rio de Janeiro: Elsevier.
- HART, H. L. A. (2011) O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6º Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- KIRALY, César. (2008) O guarda-chuva de regras: um ensaio sobre a filosofia de Herbert Hart. São Paulo: Giz Editorial.
- MACCORMICK, N. (2010) H. L. A. Hart. Tradução Cláudia Santana Martins; revisão técnica Carla Henriete Beviláqua. - Rio de Janeiro: Elsevier.

AS CRÍTICAS DE HABERMAS À NOÇÃO DE “RAZOÁVEL” EM RAWLS

Emanuel Lanzini Stobbe¹
Universidade Estadual de Londrina

Os dois sentidos de “razoável” em Rawls

John Rawls busca, em sua teoria da justiça como um todo, apresentar tanto um procedimento quanto princípios de justiça razoáveis deste decorrentes. Por mais que sua primeira principal obra, nesse sentido, seja *A Theory of Justice* (1971), é apenas a partir de seu artigo “Kantian Constructivism in Moral Theory” (1980) que são introduzidas a metáfora da construção de princípios da justiça, bem como a noção de razoabilidade de tais princípios. Rawls ainda se dedica, em *Political Liberalism* (1993), a desenvolver ainda mais ambas as noções, de modo que é possível sinalizar uma evolução de seu pensamento desde *TJ* a *PL*. Em todo caso, o que exatamente Rawls entende como “razoável” [*reasonable*] é um ponto complexo e controverso – tendo dado ensejo às críticas de Jürgen Habermas, sobretudo em *Die Einbeziehung des Anderen* (1996). Em *KCMT*, Rawls afirma o seguinte:

O que distingue a forma kantiana do construtivismo é, essencialmente, isto: que ela especifica uma concepção particular da pessoa como um elemento em um procedimento razoável de construção, cujo

¹ Mestrando em filosofia pela Universidade Estadual de Londrina e graduado em filosofia pela Universidade Estadual de Londrina. (email:e.l.stobbe@t-online.de)

resultado determina o conteúdo dos primeiros princípios de justiça (RAWLS, 1980, p. 516).

A ideia central aqui é, podemos dizer, que princípios de justiça podem ser determinados a partir de um procedimento de construção, tal que satisfaça certas condições *razoáveis*, bem como que este seja operado por agentes racionais, enquanto *pessoas*. Tais princípios de justiça só se encontrariam justificados na medida em que todos os cidadãos reconheçam que o procedimento de construção é *razoável* – aceitável por todos. O procedimento de construção que Rawls considera aqui é o mesmo que ele já havia tratado em *TJ*: a posição original caracterizada pelo véu de ignorância, na qual indivíduos de uma sociedade teriam à disposição apenas informações limitadas para se basear, a fim de escolherem princípios da justiça que, podendo ser aceitos por todos, regeriam a sociedade daí resultante.

Rawls entende razoável em dois sentidos distintos: primeiro, em contraposição a *racional*, sendo que os parceiros na posição original seriam dotados apenas de racionalidade deliberativa, e receberiam a condição de razoáveis apenas mediante o próprio procedimento; e segundo, em contraposição a *verdadeiro*, na medida em que os princípios resultantes do procedimento não receberiam o *status* de princípios “verdadeiros”, mas sim de princípios “razoáveis”.

Sobre a distinção entre racional e razoável, temos que ambos são termos equitativos de cooperação. O primeiro diz respeito à concepção que cada participante tem de sua vantagem racional que ele, como indivíduo, busca concretizar (considerando os bens primários e as duas faculdades morais, de senso de justiça e concepção de bem); o segundo, por outro lado, inclui as ideias de reciprocidade e mutualidade. É justamente a noção de razoável que considera os parceiros na posição original de modo simétrico. Deste modo, o razoável *presupõe* e *condiciona* o racional; nesse sentido, diz Rawls:

O Razoável pressupõe o Racional porque, sem as concepções do bem que movem os membros do grupo, a cooperação social não teria sentido algum, nem tampouco o teriam as noções de justo e de justiça, mesmo que uma cooperação desse tipo concretize valores que vão muito além do que concepções do bem podem propor, tomadas isoladamente. O razoável condiciona o racional porque os seus princípios limitam, e em uma doutrina kantiana limitam absolutamente, os fins últimos que podem ser visados (RAWLS, 1980, p. 530).

Assim, o razoável seria expresso na posição original pelo conjunto dos cerceamentos às deliberações dos parceiros agentes, sendo eles: a condição de publicidade, o véu da ignorância, e a simetria da situação dos parceiros uns para com os outros. Deste modo, se pode tirar princípios de justiça razoáveis da própria posição original, por meio do procedimento. Rawls destaca ainda que “o modo pelo qual o Razoável enquadra o Racional na posição original representa uma característica da unidade da razão prática” (RAWLS, 1980, p. 532) – isto considerando tanto uma razão prática empírica, quanto pura (ambas no sentido kantiano). Nesse sentido, “[a] unidade da razão prática é expressa ao definir o Razoável como enquadrando o Racional e subordinando-o absolutamente” (RAWLS, 1980, p. 532), de modo que temos, nesse construtivismo “kantiano” de Rawls, uma prioridade do justo (considerando-se o razoável) sobre o bem (considerando-se o racional). Ao justificarmos os princípios da justiça pelo procedimento da posição original, e considerando tanto o elemento razoável quanto o racional nesta, temos que tais princípios guardam tanto o senso de justiça dos cidadãos, quanto a própria concepção deles mesmos como pessoas morais, livres e iguais – simultaneamente como racionais e razoáveis; assim, agir partindo de tais princípios, e defendê-los na vida pública, aponta para sua au-

tonomia *completa* (não autonomia racional, que se dá apenas dentro do procedimento).

Sobre a distinção entre racional e verdadeiro, temos que esta se dá em função da busca pela objetividade de procedimento de construção descrito por Rawls, no sentido de um ponto de vista social construído de modo apropriado, que se imponha a todos os pontos de vista individuais (RAWLS, 1980, p. 554). Deste modo, seria preferível – por meio do procedimento – considerar os princípios da justiça como *razoáveis* (os mais razoáveis para nós), e não como *verdadeiros*. Tal razoabilidade se dá por meio da concepção política de pessoa que temos, e não deve ser entendida estritamente como o sentido de “razoável” enquanto contraposto a “racional”, mas sim a “verdadeiro” – na medida em que se pretende desvincular tal noção de um intuicionismo racional. Disto se pode tirar ainda a própria intenção rawlseana de se desvincular de discussões metaéticas, uma vez que o que estaria em jogo, para ele, não seria a verdade ou falsidade de juízos morais (no caso, princípios da justiça) – efetivamente nem mesmo a possibilidade de conhecê-los como verdadeiros ou falsos –, mas antes a sua razoabilidade por meio de um procedimento *público* de construção (considerando as condições de publicidade).

Pode-se dizer que Rawls segue justamente essa linha de raciocínio – concernente aos dois sentidos de “razoável” – também em *PL*. Lá, o que está em pauta são três questões centrais (RAWLS, 1993, p.3-4): (1) qual seria a concepção de justiça mais apropriada dos termos equitativos de cooperação social; (2) quais os fundamentos da tolerância (no caso, de um pluralismo razoável); e (3) a estabilidade de uma sociedade fundamentada nos princípios resultados do procedimento de construção. Rawls (1993, p. 93-94) apresenta quatro características de seu construtivismo político: (a) que os princípios de justiça política podem ser representados como resultado de um procedimento de construção; (b) que tal procedimento de construção se baseia na razão prática, e não na razão teórica; (c) que ele emprega uma concepção complexa de pessoa e de socieda-

de, dando forma e estrutura à sua construção; e (d) que ele especifica e aplica uma noção de “razoável” a concepções e princípios, juízos e fundamentos, pessoas e instituições.

Ao contrário do intuicionismo racional, o construtivismo político não remete a uma ordem independente de valores, não se baseia na razão teórica, não apresenta uma concepção fraca de pessoas, nem aplica a noção de “verdadeiro” – muito pelo contrário, é justamente nesse sentido que precisa lançar mão da noção de *razoável* (nos moldes que já vimos em KCMT) – que não nega e nem afirma o verdadeiro (RAWLS, 1993, p. 113). Ainda assim, o construtivismo não serve para negar o intuicionismo – uma vez que este seria uma doutrina abrangente, não política –, mas sim para garantir fundamentos mais sólidos aos princípios que se procura estabelecer. Além disso, o construtivismo político tem outra vantagem significativa, na medida em que se dá no contexto de um pluralismo razoável – possibilitando um acordo entre as partes que não pressuponha uma ordem independente de valores². Esse acordo entre cidadãos, assim, é justamente o que possibilita o construtivismo enquanto político (RAWLS, 1993, p. 97-98), e não meramente abrangente, na medida em que não se faz necessária uma noção abrangente de pessoa ou de sociedade.

As críticas de Habermas

Os dois sentidos de “razoável” em Rawls são, contudo, objeto de discussões. Entre outras, consideraremos aqui as críticas de Jürgen Habermas, sobretudo no artigo “Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism” (1995), posteriormente publicado no livro *Die Einbeziehung des Anderen* (1996). A crítica de Ha-

² Esse tipo de argumento poderia ser utilizado em favor de uma perspectiva construtivista, inclusive, contra uma teoria realista moral (ou, pelo menos, do tipo mais genérico de realismo).

bermas à noção de razoável, podemos dizer, se dá por meio de um enfoque determinado da teoria de Rawls: notadamente, para criticar a noção de consenso sobreposto [*overlapping consensus*] de *PL* – por mais que ele chame seu debate com Rawls de “briga de família” [*familial dispute*] (HABERMAS, 1995, p. 110), uma vez que ambos se considerariam em uma medida ou outra sucessores de Kant.

Habermas enfatiza, entre outros, os esforços de Rawls ao buscar estabelecer uma concepção política – e não metafísica – de justiça, partindo da “reconstrução de um substrato de ideias intuitivas latentes na cultura política de sua sociedade e de suas tradições democráticas” (HABERMAS, 1995, p. 119). Habermas assinala que Rawls teria se voltado, em *PL*, em linhas gerais ao problema da estabilidade de uma sociedade com base nos princípios de justiça resultados do procedimento – ao qual ele já teria voltado a atenção na terceira parte de *TJ*. Enquanto em *TJ* Rawls teria buscado fundamentação em uma concepção de bem específica, levando a eventuais problemas fundacionais, em *PL* ele opta pela estratégia envolvendo o chamado “consenso sobreposto”, enquanto noção política.

Entretanto, também o consenso sobreposto apresentaria, na visão de Habermas (1995, p. 120-122), problemas. Segundo ele, tal consenso não poderia ser funcionalista – expressar a contribuição funcional de que a teoria da justiça pode fazer à institucionalização da cooperação social – de tal modo que o valor intrínseco de uma teoria justificada já deveria ser pressuposto (HABERMAS, 1995, p. 121). Tal perspectiva funcionalista implicaria o abandono de um sentido epistêmico essencial da teoria: “o consenso sobreposto seria, então, meramente um índice da utilidade, e não mais uma confirmação da correteza da teoria” (HABERMAS, 1995, p. 121-122). Entretanto, uma vez negada a possibilidade de uma perspectiva funcionalista no caso, para Habermas, Rawls deveria admitir alguma relação epistêmica entre a validade de sua teoria e o prospecto de sua neutralidade para com as diversas visões de mundo conflitantes. Nesse sentido, temos o seguinte: “Portan-

to, temos uma razão para perguntar por que Rawls não pensa que sua teoria admite verdade, e em que sentido ele aqui usa o predicado ‘razoável’ no lugar do predicado ‘verdadeiro’” (HABERMAS, 1995, p. 122).

Sobre a distinção do “razoável” e do “verdadeiro” em *PL*, Habermas (1995, p. 123) distingue uma interpretação fraca de uma interpretação forte. A interpretação fraca aponta que uma teoria da justiça não poderia ser verdadeira ou falsa ao partir do sentido (não problemático) de que enunciados morais não descrevem uma ordem independente de fatos morais (como seria o caso do intuicionismo racional, ao qual Rawls contrasta). A interpretação forte, por sua vez, aponta para um sentido cético de valor por trás desse tipo de perspectiva, na medida em que afirmaria que falta algo puramente subjetivo à pretensão de validade dos enunciados normativos (como sentimentos, desejos, decisões, entre outros). Entretanto, em Rawls, tanto o realismo moral *quanto* tal ceticismo de valor não são aceitáveis. Rawls tenta conferir, a enunciados normativos, uma forma de obrigação racional fundada no reconhecimento intersubjetivo, mas sem dar a eles significado epistêmico – recorrendo à noção de “razoável” como noção complementar de “verdadeiro” (HABERMAS, 1995, p. 123).

Habermas (1995, p. 123-124) aponta para dois sentidos de “razoável” nesse caso. O primeiro sentido toma o razoável na perspectiva da razão prática, como sinônimo de “moralmente verdadeiro” – como conceito de validade similar ao de verdade. Tal sentido entenderia o razoável como uma propriedade de pessoas morais, em duas dimensões: deontológica (que Habermas considera não problemática) e pragmática (referente à esfera pública e ao uso público da razão). O segundo sentido trata o razoável como uma espécie de “consideração” [*thoughtfulness*], ao lidar com pontos de vista cuja verdade seja discutível e indecisa; nesse sentido, razoável seria aplicado como um predicado de nível mais alto, como no caso de tratar de “desacordos razoáveis” – estando, assim, vinculado a uma espécie de perspectiva falibilista, concernente à validade das

afirmações de pessoas, por exemplo. Segundo Habermas, Rawls parece optar por esse segundo sentido no lugar do primeiro.

Ainda sobre o primeiro sentido, temos que o uso público da razão estaria vinculado à objetividade dos enunciados morais – enquanto objetividade em um modo procedimental com referência ao uso público da razão, na medida em que este seria o tribunal para os enunciados normativos. Mediante tal procedimento, as condições a serem satisfeitas seriam, em linhas gerais, que as convicções políticas seriam objetivas se pudessem ser endossadas por pessoas racionais e razoáveis (conscientes dos poderes da razão prática e dos fatos relevantes perante a devida reflexão). Por mais que Habermas pudesse considerar, deste modo, o razoável como um predicado da validade dos enunciados morais, mesmo Rawls não teria chegado tão longe: “O problema não é a rejeição de Rawls do realismo moral ou da rejeição consequente de um precisado de verdade semântica para enunciados normativos, mas o fato de que ele vincula tal predicado de verdade a visões de mundo (doutrinas abrangentes)” (HABERMAS, 1995, p. 124).

Sobre o segundo sentido, Habermas (1995, p. 124-125) aponta que, em Rawls, as doutrinas abrangentes – doutrinas metafísicas, interpretações religiosas de mundo – admitiriam verdade e falsidade. Do ponto de vista secular, todas as visões de mundo *razoáveis* têm peso equivalente, competindo pela atitude reflexiva – sendo que apenas por meio das melhores razões uma doutrina abrangente poderia prevalecer no discurso público. Por conta das disputas entre doutrinas abrangentes diferentes, apenas sua razoabilidade pode ser considerada em uma concepção *política* de justiça: uma concepção política é justa no sentido de que pode proporcionar um tipo de tolerância entre as doutrinas não-razoáveis. Assim, diz Habermas (1995, p. 126): “mas, então, é impossível tornar a validade de uma concepção de justiça contingente da verdade de uma visão de mundo, não importa quão ‘razoável’ ela possa ser”, uma vez que a concepção política não admitiria verdade ou

falsidade, efetivamente para não privilegiar doutrinas abrangentes específicas, e para se pautar no critério de que apenas aquelas com as melhores razões se sobressairiam.

Não obstante, por que Rawls pensa que visões de mundo estabilizantes de identidade admitiriam verdade? Um motivo possível poderia ser a convicção de que uma moralidade profana, que se sustente por si própria, seria insustentável, de que convicções morais teriam de ser inseridas em doutrinas metafísicas ou religiosas (HABERMAS, 1995, p. 126).

Isso estaria em conformidade com a posição de Rawls, sobretudo considerando o consenso sobreposto. Entretanto, Habermas (1995, p. 126) ainda diz: “Mas os conflitos religiosos poderiam chegar a um fim, se o princípio de tolerância e liberdade de crença e consciência não tivessem sido aptos a apelar, com boas razões, a uma validade moral *independente* da religião e da metafísica?”. O ponto a se considerar aqui é justamente em que medida partir de uma concepção de política no sentido que Rawls trata – enquanto razoável – resultaria em tolerância, propriamente dita, a fim de dar cabo dos conflitos religiosos.

Pois bem, podemos dizer que essas são as duas principais críticas de Habermas à teoria de Rawls, partindo de sua noção do razoável: (a) de que ele vincule o predicado de verdadeiro a visões de mundo, mas não à sua concepção política; e (b) de se uma tal concepção política bastaria para, sem apelo à verdade das doutrinas abrangentes, alcançar a tolerância. Junto a tais críticas se somam diversas outras em seu artigo, mas nos focaremos aqui apenas nas referentes à noção do razoável.

A resposta de Rawls

Em resposta às críticas de Habermas – incluindo as que apresentamos acima, sobre a noção de “razoável” – Rawls apresenta uma réplica em artigo (1995), introduzindo-o posteriormente como uma nona conferência a *PL*. Ele distingue dois sentidos de razoável ao se aplicar a pessoas (RAWLS, 1993, p. 375): (a) como uma disposição a propor termos justos de cooperação social que outros possam endossar, enquanto cidadãos livres e iguais, e agir segundo esses termos uma vez que os outros também o façam; e (b) como um reconhecimento dos limites do juízo e aceitação de suas consequências para sua atitude em relação a outras visões abrangentes (atitude de tolerância). A aplicação do razoável à noção de pessoa é relevante, na medida em que Rawls busca apresentar uma noção política de tal, e não uma abrangente – como seria o caso no liberalismo clássico de Mill e Kant. A pessoa agora é concebida como livre e igual, racional e razoável, sendo que a tarefa do construtivismo político seria conectar o conteúdo dos princípios de justiça à tal concepção de pessoa como cidadão.

Nesse sentido, Rawls (1993, p. 375-376) aponta para três aspectos que comporiam uma concepção política de justiça: (a) aplicar-se à estrutura básica da sociedade; (b) poder ser formulada independentemente de qualquer doutrina abrangente (seja religiosa, filosófica ou moral); e (c) que todas as suas ideias fundamentais pertençam à categoria do político, sendo conhecidas da cultura política de uma sociedade. Aqui, Rawls busca sinalizar que a concepção de Habermas seria uma doutrina abrangente, ao passo que sua própria seria uma concepção política. No sentido em que se limita apenas à concepção política e não a uma abrangente, Habermas acredita que Rawls não seja bem-sucedido em desenvolver uma concepção que se sustente por si própria, uma vez que acredita que a concepção de pessoa do liberalismo político vai além da filosofia política – sendo que o construtivismo político (diferente do construtivismo moral de Kant) envolveria as questões filosófi-

cas acerca da racionalidade e da verdade. Sobretudo sobre a questão da verdade, se retomam aqui as críticas de Habermas ao consenso sobreposto em Rawls, e função epistêmica requerida por este.

O contra-argumento de Rawls (1993, p. 381-382) vai na seguinte linha: seu construtivismo político não é abrangente, uma vez que tanto sua concepção de pessoas – como livres e iguais – é uma concepção política (não moral), quanto sua tarefa seria vincular o conteúdo dos princípios de justiça à concepção de cidadãos – como razoáveis e racionais. A pergunta central a ser respondida na posição original seria, então, a seguinte: quais são os princípios de justiça mais *razoáveis* para uma democracia constitucional cujos cidadãos são vistos como livres e iguais, razoáveis e racionais? (RAWLS, 1993, p. 382). Seriam as partes na posição original que buscariam chegar a um acordo sobre a resposta a tal questão, de modo que o filósofo não teria mais autoridade, nesse sentido, do que outros cidadãos. Assim, não haveria comprometimento com uma doutrina abrangente específica com relação à escolha dos princípios de justiça, e tal escolha seria pautada meramente na racionalidade e razoabilidade das partes.

Sobre as questões de Habermas acerca do consenso sobreposto, Rawls aponta para uma distinção entre um sentido mais geral de consenso – vindo da ideia do consenso da vida política diária, onde a tarefa do político seria chegar ao acordo – e a ideia de consenso no liberalismo político – que pode ser justificada sem considerar, tentar se adequar, ou saber quais são as doutrinas abrangentes existentes. Assim, diz Rawls: “somente quando há um consenso sobreposto razoável a concepção política de justiça da sociedade política pode ser publicamente – embora nunca em definitivo – justificada” (RAWLS, 1993, p. 388). Ao alcançar o consenso sobreposto, o liberalismo político diz que os cidadãos dessa sociedade teriam alcançado a base mais razoável e profunda da unidade social disponível nas democracias modernas, resultando em estabilidade pelas razões certas (RAWLS, 1993, p. 391): (a) a

estrutura básica da sociedade é efetivamente regulada pela concepção de justiça mais razoável; (b) a concepção de justiça é endossada por um consenso sobreposto constituído por todas as doutrinas abrangentes razoáveis existentes na sociedade; (c) as discussões políticas públicas podem ser razoavelmente decididas com base nas razões especificadas pela concepção política mais razoável.

Sobre uma primeira questão (RAWLS, 1993, p. 394) em Habermas – se a ideia de um consenso sobreposto acrescentaria à justificação da concepção pública, ou simplesmente estabeleceria uma condição necessária da estabilidade social – Rawls aponta para sua ideia de justificação pública: uma ideia básica do liberalismo político, que diz respeito a sociedade política. Tal ideia operaria junto a três outras: consenso sobreposto razoável, estabilidade pelas razões certas, e legitimidade. “A justificação pública se dá quando todos os membros razoáveis da sociedade política levam a cabo uma justificação da concepção compartilhada de justiça, inserindo-a em suas diferentes doutrinas abrangentes razoáveis” (RAWLS, 1993, p. 387). Nesse sentido, temos o razoável como operando em prol de uma concepção política de justiça, na medida em que é condição para se chegar em um consenso sobreposto (razoável).

Acerca de uma segunda questão (RAWLS, 1993, p. 394) de Habermas – sobre como o liberalismo político utilizaria o termo razoável, enquanto validade dos juízos morais e políticos, ou meramente como atitude reflexiva de tolerância esclarecida – Rawls ressalta apenas que sua visão não aplica o conceito de verdade moral, ao contrário do que vimos que Habermas afirma – na medida em que os juízos políticos em Rawls seriam ou razoáveis, ou não razoáveis. Em todo caso, o uso do conceito de verdade não é rejeitado ou questionado, mas deixado às doutrinas abrangentes para usar ou negar. Razoável certamente expressaria uma ideia de atitude de tolerância, como bem aponta Rawls, desde que alguém que o é ou uma doutrina que o é, reconhecem os limites do juízo. Haber-

mas sustenta que o liberalismo não pode evitar as questões de verdade e a concepção filosófica de pessoa, mas Rawls afirma não compreender por que não. Justamente por isso, ele o substitui pela noção de razoável e pela concepção política de pessoa (RAWLS, 1993, p. 394-395).

Retomando as duas questões tratadas por Habermas em seu artigo, tal que apontamos antes³, temos: (a) de que ele vincule o predicado de verdadeiro a visões de mundo, mas não à sua concepção política; e (b) de se uma tal concepção política bastaria para, sem apelo à verdade das doutrinas abrangentes, alcançar a tolerância. Pode-se dizer que Rawls tenha dado uma resposta a ambas: à primeira, o liberalismo político não nega a possibilidade de verdade, mas sim sua relevância para as discussões no âmbito do político – sendo que a validade de juízos políticos se encontra condicionada pelo *razoável*, e não pelo verdadeiro; e à segunda, que o razoável expressa também, sim, uma espécie de atitude de tolerância, justamente por se tratar de um reconhecimento dos limites do juízo e da aceitação de suas consequências com relação às doutrinas abrangentes. Se, contudo, mesmo tais respostas são efetivamente suficientes para o debate, é um tópico a ser ainda mais profundamente discutido.

Referências

HABERMAS, Jürgen. (1995) Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism. *The Journal of Philosophy*, Vol. 92, No. 3. p. 109-131.

³ As duas questões, tal qual apresentadas por Rawls, são em alguma medida diferentes, por mais que sejam concomitantes: se o consenso sobreposto já é razoável por si próprio, ou é apenas uma condição necessária para a estabilidade social; e de qual modo o liberalismo político utiliza a noção de razoável.

- RAWLS, John. (1980) Kantian Constructivism in Moral Theory.
The Journal of Philosophy, Columbia, v. 77, n. 9, p. 515-57.
- RAWLS, John. (1993) *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- RAWLS, John. (1995) Political Liberalism. Reply to Habermas.
The Journal of Philosophy, Vol. 92, No. 3. p. 132-180.

O DEBATE HART-FULLER E A NATUREZA DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE¹

Guilherme dos Santos²
Universidade Estadual de Londrina

Introdução

Lon L. Fuller foi professor de teoria geral do direito pela Universidade de Harvard entre os anos de 1948 a 1972 e H. L. A. Hart, cátedra de teoria do direito pela Universidade de Oxford entre 1952 a 1969. O debate entre estes dois filósofos do direito³ surgira com a apresentação, em 1957, de Hart na *Holmes Lecture*, em Harvard, culminando, em 1958, na publicação de seu artigo chamado “O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral” (HART, 2010a) que foi respondido, na mesma edição da *Harvard Law Review*, por Fuller em um artigo chamado “Positivismo e Fidelidade ao Direito: uma Resposta ao Professor Hart” (FULLER, 1958)⁴. O debate se acentua com

¹ Meus agradecimentos à professora e orientadora Andrea Bucchile Faggion por suas valiosas críticas feitas durante a elaboração deste capítulo e ao meu colega Emanuel Lanzini Stobbe por sua ajuda em algumas traduções. O presente capítulo é resultado de minha Iniciação Científica, com bolsa de estudos pela Fundação Araucária, intitulada “O Problema da Relação entre Moral e Direito: um estudo sobre o debate Hart vs. Fuller” e vinculada ao projeto de pesquisa “Pilares e Fundações da Justiça Liberal: uma investigação sobre o direito à propriedade privada e a força vinculante dos contratos”, ambos orientados pela professora Andrea Faggion.

² Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). (email:guilherme.dos-santos@hotmail.com).

³ Para uma análise mais extensiva sobre o surgimento, contexto e desdobramentos do debate Hart-Fuller, vide: LACEY, 2010.

⁴ Todas as citações referentes a esse artigo de Fuller foram traduzidas por mim.

a publicação, em 1964, do livro “A Moralidade do Direito” (FULLER, 1969)⁵ de Fuller e com a resenha de Hart, em 1965, sobre esse livro, chamada “Lon L. Fuller: A Moralidade do Direito” (HART, 2010b). Em 1969, Fuller adiciona ao seu livro “A Moralidade do Direito” um capítulo com respostas às críticas de Hart, Dworkin, Cohen e Summers, chamado “Resposta às Críticas” (FULLER, 1969, pp. 187-242). Além desses explícitos confrontos, em vários trabalhos de Fuller e Hart há menções e críticas implícitas às teorias do direito um do outro.

Este artigo irá tratar sobre dois problemas que permearam todo o debate Hart-Fuller. Tais problemas são (a) a relação dos princípios da legalidade⁶ com o Direito e (b) a relação dos princípios da legalidade com a Moral. Assim, no debate entre Hart e Fuller, eles tratam, embora às vezes de forma não muito clara⁷, sobre duas questões:

⁵ Todas as citações referentes a este livro de Fuller foram traduzidas por mim.

⁶ A melhor expressão, pois evidência em suas próprias palavras o que se trata, seria “*The Rule of Law*”, ou apenas “*the rule of law*” (que é diferente de “*a rule of law*”, em letras minúsculas e com “*a*” no início). Entretanto, irei utilizar a tradução tradicional de “princípios da legalidade”, pelo fato de ter sido a terminologia (“*principles of legality*”) mais utilizada por Hart em suas críticas a Fuller, e por este em suas respostas aos críticos. Outras traduções para a língua portuguesa são: Estado de Direito e Império da Lei. Na doutrina jurídica alemã, é conhecido como “*Rechtsstaat*”. Será tratado, neste artigo, sobre conceito de “*The Rule of Law*”, mas já cabe diferencia-lo do conceito de “*a rule of law*”. Este significa a regra de uma lei específica (como a regra da lei que proíbe homicídio); não é um ideal político-jurídico como “*The Rule of Law*”. Para maior entendimento da terminologia do conceito “*The Rule of Law*”, vide: Waldron, 2016, antes da seção 1; e Raz, 1979, p. 211 e ss..

⁷ Apenas Fuller formula claramente a divisão entre as questões (a) e (b), como quando Fuller diz: “Is Some Minimum Respect for The Principles Of Legality Essential to the Existence of a Legal System?” (1969, p. 197), referindo-se à questão (a); e “Do the Principles of Le-

(a) “a observância aos princípios de legalidade está entre os critérios necessários para a aplicação de conceitos de *lei* e *sistema legal* para um sistema de regra?” (WALDRON, 2008a, p. 1140, tradução minha, grifo do autor).

(b) “a observância aos princípios de legalidade faz uma diferença afirmativa para a qualidade moral de um sistema jurídico?” (WALDRON, 2008a, p. 1142, tradução minha).

Da seção “Fuller e os princípios da legalidade” até a seção “Críticas de Hart a Fuller” deste capítulo, será apresentada a teoria de Fuller sobre a natureza dos princípios da legalidade e as suas respostas às questões (a) e (b). E na seção “Críticas de Hart a Fuller”, serão apresentadas algumas críticas, principalmente as de Hart, às respostas de Fuller com intuito de sinalizar possíveis soluções, agora positivistas, às questões (a) e (b).

Fuller e os princípios da legalidade⁸

Antes de analisarmos as fundamentações das respostas de Fuller às questões (a) e (b), faz-se necessário uma breve introdução ao pensamento deste autor sobre o conceito de direito. Primeiramente, Fuller entende o direito como um “processo”, não como uma “direção gerencial”⁹. Ele também

gality Constitute an ‘Internal Morality of Law’?” (1969, p. 200), referindo-se a questão (b).

⁸ Muitas vezes Fuller chama os princípios da legalidade de “*the morality of law itself*”, “*law’s own implicit morality*”, “*the internal morality of law*” e “*the inner morality of law*”. Para a justificação da utilização de tais expressões, vide: nota 23.

⁹Cf. também: BIX, 2004, p. 77. Fuller (1969, pp. 207-210) se refere à direção gerencial (“*managerial direction*”) como aquela forma de organização social em que os subordinados aplicam as normas para servir aos propósitos daquele que os subordina, o “superior”. As

define o direito como “a empreitada de submeter a conduta humana ao governo das regras” (FULLER, 1969, p. 106). Assim, tal definição abrangeria “regras que regem os assuntos internos de clubes, igrejas, escolas [...] e de cento e uma outras formas de associação humana” (FULLER, 1969, p. 124-125). Então não haveria nenhuma distinção entre direito e moral, pois a “moralidade, também, preocupa-se em controlar a conduta humana por meio de regras” (FULLER, 1969, p. 130)? A distinção (a qual Fuller não acredita que possa ser feita no “preto e branco”, já que, “na verdade, se apresenta em tons de cinza”) dá-se ao enfatizar a palavra “empreitada”, que é muito particular entre a relação daqueles que são organizados (ex.: cidadãos em cooperação) com aqueles que organizam (ex.: legisladores, administradores e juízes). Nesta relação, estes últimos têm a “responsabilidade explícita” de legislar, de administrarem e de julgarem. Tal “responsabilidade explícita” provém do conceito de autoridade, pois, deriva-se deste conceito a necessidade de haver alguém que determine quais serão as “regras do jogo” para a sociedade poder existir cooperativamente. Este alguém (que pode ser, na verdade, uma pluralidade de pessoas) será a autoridade, e ela terá a “responsabilidade explícita” de legislar, administrar e de julgar as questões que surgem desta cooperação humana moldada pelas regras feitas e sustentadas pelas autoridades e pela sociedade. Tal “responsabilidade explícita” só existe no conceito de direito.

Passemos agora à pergunta: quais são os princípios da legalidade¹⁰? São eles: (1) as leis devem ser gerais, (2) as leis

regras da direção gerencial regulam as condutas dos indivíduos de planos hierárquicos diferentes (superior e inferior), não entre os indivíduos de uma mesma hierarquia. Uma direção gerencial não necessita seguir todos os princípios da legalidade.

¹⁰ A lista dos princípios da legalidade varia entre autores, como: Fuller, Hayek, Dicey, Rawls e Finnis. Para uma visão geral dessa variação da concepção e da lista dos princípios da legalidade entre diversos autores, vide: WALDRON, 2016, seção 3 e 5.

devem ser promulgadas, ou ao menos serem disponibilizadas àqueles que são afetados por elas, (3) deve-se evitar o abuso de legislações retroativas, as quais não possibilitam guiar condutas, mas também não permitem a eficácia de leis prospectivas por ameaça-las a sofrer uma modificação retroativa; (4) as leis devem ser inteligíveis, (5) as leis não devem ser contraditórias, (6) as leis não devem exigir o que é impossível de se realizar, (7) as leis não devem ser modificadas com demasiada frequência e (8) as ações oficiais devem ser congruentes com os enunciados das leis (FULLER, 1969, p. 39). Fuller considera que o conjunto desses princípios é “um tipo de direito natural processual ou institucional” (FULLER, 1969, p. 184).

Agora cabe analisar o conceito de princípios da legalidade de acordo com a filosofia jurídica de Fuller e em que medida a resposta deste autor às questões (a) e (b) se sustentam.

Fuller e a questão (a)

(I) *Todos os princípios da legalidade são internos ao sistema jurídico.* Nesse sentido, os princípios da legalidade não são deduzidos da moralidade, da natureza humana, de Deus, do imperativo categórico etc, mas sim são princípios deduzidos do próprio conceito do direito, já que, não há sistema jurídico se não for possível “submeter a conduta humana ao governo das regras”. E só é possível “submeter a conduta humana ao governo das regras” se houver, pelo menos, um mínimo (mínimo esse que será explicado posteriormente (II) e melhor definido na nota 22) de cumprimento aos 8 princípios da legalidade, pois, somente tais princípios *possibilitam* que regras possam, pelo menos, serem cumpridas, logo, possam existir. Aqui se pode vislumbrar claramente que, para Fuller, não há sistema jurídico se este não possibilitar aos indivíduos o cumprimento das leis. Assim sendo, não há um sistema jurídico se este não permite um mínimo de eficácia de suas regras, a qual

só é garantida se houver um mínimo de respeito aos princípios da legalidade. Fuller deixa claro em muitas passagens¹¹ que, mais uma vez, não há sistema jurídico se não houver um mínimo de conformidade aos princípios da legalidade.

(II) *A conformidade aos princípios da legalidade é uma questão de grau. Assim,*

Sistemas de regras que *substancialmente* cumprem com os oito requerimentos são “sistemas legais”, no sentido em que eles são propensos a ter sucesso em guiar o comportamento dos seus cidadãos; sistemas de regras que *substancialmente não* cumprem com os oito requerimentos não são “sistemas legais”, no sentido em que eles não são propensos a ser capazes de guiar o comportamento dos cidadãos (BIX, 2004, p. 80, tradução e grifo meu).

Interessante notar que é possível tanto que haja uma questão de grau quando se analisa uma única regra (ex. uma regra pode ser mais ou menos geral, mais ou menos clara etc), quanto quando se analisa o sistema de regras (ex: um sistema tem certa quantidade de regras claras, certa quantidade de normas retroativas). Entretanto, há certas considerações que só são possíveis de serem feitas quando se analisa o sistema de regras (ex: um sistema tem certa quantidade de regras retroativas). Não há sentido na afirmação de que uma única regra tem “certa quantidade de retroatividade”; o que pode haver é

¹¹ Alguns exemplos: “Indeed, he [Rex] failed spectacularly, since not only did he not succeed in introducing the needed reforms, but he never even succeed in creating any law at all, good or bad” (FULLER, 1969, p. 34); “A total failure in any one of these eight directions does not simply result in a bad system of law; it results in something that is not properly called a legal system at all” (FULLER, 1969, p. 39); “the morality of law is not something added to, or imposed on, the power of law, but is an essential condition of that power itself” (FULLER, 1969, p. 155).

um único enunciado com várias regras, tendo algumas delas caráter retroativo e outras não.

Se a conformidade aos princípios da legalidade é uma questão de grau, poderíamos perguntar se seria possível e desejável criar leis extremamente inteligíveis e gerais, totalmente prospectivas, nunca contraditórias, todas conhecidas pelos cidadãos, permanentes etc; ou seja, seria possível e desejável elevar ao máximo cada princípio? A resposta é: não é nem possível e nem desejável.

Quanto à impossibilidade, os princípios da legalidade não se ajustam perfeitamente uns aos outros (o que Fuller chama de “antinomias”, tratadas de maneira mais minuciosa pelo autor quando este analisa todos os princípios da legalidade durante boa parte do capítulo II do livro “A Moralidade do Direito”). Assim, p. ex., há normas que, quanto mais gerais forem seus termos, logo, de aplicação mais abrangente, mais terá se sacrificado o caráter inteligível de tais normas, pois não será mais de fácil reconhecimento uma definição única e incontroversa. Tal caso se torna perceptível em “*hard cases*”¹² ou quando as normas estão banhadas por “cláusulas gerais”¹³.

Quanto à indesejabilidade de se elevar ao máximo todos os princípios, isto se torna claro quando demandas sociais clamam por rápidas modificações nas leis (p. ex: quando, após um governo com leis extremamente injustas, clama-se por uma nova constituinte ou por várias reformas em várias leis importantes), ferindo o princípio (7), ou por criação de leis

¹² “*Hard cases*” são aqueles casos (não necessariamente judiciais) que provocam dúvidas (legais ou morais) quanto à aplicação da regra. Essas dúvidas podem surgir: (1) da inevitável textura aberta das palavras ou do conjunto das palavras e (2) dos conflitos morais que surgem do caso em questão que demanda uma aplicação da regra.

¹³ “Cláusula geral” é um enunciado que não estabelece uma única consequência para dada conduta sob uma condição específica, mas sim variadas consequências possíveis, pois tais “cláusulas gerais” são apenas “diretrizes” para como se deve proceder, dado certo fato ocorrido na condição estabelecida pela “cláusula geral”.

retroativas para certos casos (p. ex.: casos de leis retroativas curativas¹⁴). Entretanto, não se deve pensar que a indesejabilidade seja quanto à busca da *harmonia* com e entre os próprios princípios da legalidade, à busca da tal “utopia da legalidade”¹⁵, nas palavras de Fuller (1969, p. 45). Nem se deve pensar que a indesejabilidade seja quanto a uma suposta ausência, ou até a um desvalor próprio da natureza dos princípios da legalidade (este ponto é sobre a questão (b), abordado na seção “Fuller e a questão (b)”). A indesejabilidade se refere à busca incessante que acaba por “sacrificar muitos objetivos sociais no altar dos princípios da legalidade (*the rule of law*) [que] pode fazer a lei estéril e vazia” (RAZ, 1979, p. 228, tradução minha).

Fuller, ao introduzir a concepção dos princípios da legalidade como uma condição necessária e com uma natureza gradual de presença destes princípios para a existência do sistema jurídico, conclui que é possível dizer que um sistema de regras é “mais jurídico” ou “menos jurídico” que outro sistema de regras, pois aquele chega mais próximo ou se afasta da “utopia da legalidade”. Fuller chega até mesmo a dizer que um sistema jurídico pode “existir pela metade” (FULLER, 1969, p. 122-3)¹⁶.

¹⁴ Um exemplo dado por Fuller (1969, p. 53-4) é o caso de uma lei-1 que estabelece um novo procedimento especial para casamentos. Tal lei-1 também invalida os casamentos anteriores a ela própria, ou seja, ela estabelece um efeito retroativo. Após algum tempo, cria-se uma nova lei (lei-2), também com efeito retroativo, que, além revalidar os casamentos anteriores à lei-1, os quais haviam sido invalidados, mantém a validade dos casamentos ocorridos na vigência da lei-1. Essa lei-2 é uma lei retroativa curativa.

¹⁵ A “utopia da legalidade” é a situação em que todos os princípios da legalidade estão em harmonia entre si. “the utopia of legality cannot be viewed as a situation in which desideratum of the law’s special morality is realized to perfection” (FULLER, 1969, p. 45).

¹⁶ Fuller afirma: “Of course, both rules of law and legal systems can and do half exist” (1969, p.122).

(III) *Todos os princípios da legalidade são processuais (“procedural”)*. Isto é, não determinam, por mais que limitem (vide: VI), na concepção de Fuller, os conteúdos possíveis que as leis construídas com respeito aos princípios da legalidade poderiam ter. Desse modo, os princípios da legalidade:

Não têm nada a dizer sobre temas como poligamia, o estudo de Marx, o culto a Deus, o imposto de renda progressivo, ou a subjugação de mulheres [...] qualquer um desses assuntos, ou outros como esses [...] refere-se ao que eu [Fuller] tenho chamado de moralidade externa do direito (FULLER, 1969, p. 94).

Além de não determinar os conteúdos possíveis a serem legislados¹⁷,

¹⁷ Tal afirmação se assemelha à enfática doutrina de Kelsen de que: “As normas jurídicas podem ter qualquer conteúdo” (HART, 2012, p. 268, citando Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 113). No entanto, Fuller faz uma ressalva ao notar que, mesmo que as leis conforme aos princípios da legalidade possam ter qualquer conteúdo, iníquo ou não, alguns destes conteúdos, que Fuller sustenta que só seriam os extremamente iníquos, ferirão os próprios princípios da legalidade. “A recognition that the internal morality of law may support and give efficacy to a wide variety of substantive aims should not mislead us into believing that *any* substantive aim may be adopted without compromise of legality” (Fuller, 1969, p. 153). Para o desenvolvimento deste argumento, vide (VI). Entretanto, pela própria doutrina de Kelsen, haveria necessariamente algumas restrições ao conteúdo da lei: vide: Raz, 2007, p. 2 do paper disponível pela Oxford Legal Studies Research.

a moralidade interna do direito [...] é, sobre uma grande gama de problemas, *indiferente* aos objetivos substantivos das leis e está pronta para servir a uma variedade de tais objetivos com igual eficácia (FULLER, 1969, p. 153, grifo meu).

O caráter processual dos princípios da legalidade está ligado à própria dedução que é feita “internamente”, na própria natureza do sistema jurídico, e não de fatores “externos”, a fim de descobrir o que é necessário ter em um sistema jurídico para poder, de fato, chama-lo de “sistema jurídico”. Se os princípios da legalidade deduzidos do conceito de sistema jurídico mostram que também são princípios de justiça, isso é outra história, que será abordada na seção “Fuller e a questão (b)”.

Um truísmo: deve-se ter em mente que os princípios da legalidade não fazem sentido em um sistema regras sem o conteúdo que irá preenchê-lo. Regras não serão gerais, prospectivas, inteligíveis etc, se essas regras não se referirem a algo ou a alguém ou a alguma conduta.

Portanto, a resposta de Fuller à questão (a) seria: os princípios da legalidade devem ser tomados como uma das características essenciais que diferenciariam um sistema de regras de um sistema jurídico, pois somente neste há a condição necessária de existência de tais princípios. E tal condição necessária de existência dos princípios da legalidade no sistema jurídico provém da própria natureza do direito em demandar um mínimo de possibilidade de suas leis serem praticáveis sem serem feridas por aqueles afetados por elas, o que só é possível com algum respeito aos princípios da legalidade, importando, apenas secundariamente, a questão de as leis serem injustas ou justas, já que os princípios da legalidade têm caráter processual, não substantivo. Além do mais, tais princípios possuem uma característica de grau neles próprios e entre eles, logo, a presença dos princípios da legalidade se dará por grau no sistema jurídico. Entretanto, “algum *mínimo* de ade-

rência à moralidade legal [princípios da legalidade] é *essencial* para a *eficácia* prática da lei” (FULLER, 1969, p. 156, grifo meu). Se esta eficácia prática não existir, não consideraríamos como lei aquele enunciado que “pretende” ser lei. Apenas para afastar qualquer fonte de dúvida, a resposta, portanto, de Fuller à questão (a) é afirmativa.

Fuller e a questão (b)

(IV) *Os princípios da legalidade são uma garantia de reciprocidade entre governo e cidadão.* Antes de se chegar à afirmação anterior, cabe perguntar: a reciprocidade teria algum valor moral? Fuller (1969, p. 19 e ss.) argumenta que a reciprocidade tem uma forte afinidade com moralidade de dever (sobre este conceito, cf. também: notas 20 e 21), pois os deveres são construídos a partir do princípio da reciprocidade, e a existência de deveres é essencial para a cooperação e sobrevivência dos indivíduos, os quais possuem, por natureza, altruísmo limitado. Um exemplo típico de reciprocidade que gera deveres é a feitura voluntária de um contrato oneroso entre indivíduos conscientes.

Fuller, citando Georg Simmel, sustenta que também há “um tipo de reciprocidade entre governo e o cidadão com respeito à observância das regras” (FULLER, 1969, p. 39). Pois o “governo diz, na realidade, ao cidadão, ‘estas são as regras que esperamos que você siga. Se você seguí-las, terá nossa garantia de que elas são as regras que serão aplicadas a sua conduta’” (FULLER, 1969, p. 39-40)¹⁸.

Mas, o governo só pode esperar que o cidadão siga as regras se estas possuírem um mínimo de possibilidade (prática) de serem seguidas, isto é, se respeitarem os princípios da

¹⁸ Texto continua: “When this bond of reciprocity is finally and completely ruptured by government, nothing is left on which to ground the citizen’s duty to observe the rules” (FULLER, 1969, p. 40).

legalidade. Portanto, a garantia da reciprocidade promovida pelos princípios da legalidade se encontra quando o governo tem que se submeter a tais princípios para que o cidadão possa respeitar as regras feitas pelo próprio governo¹⁹. Sendo assim, quanto mais o governo se submeter aos princípios da legalidade, mais terá também se cumprido a “responsabilidade explícita” daqueles que possuem a função de legislar, administrar e julgar.

Se a reciprocidade é uma característica marcante da moralidade de dever, então, a moralidade que estaria envolvida pelos princípios da legalidade seria também uma moralidade de dever. Entretanto, não é essa a conclusão a que Fuller chega, mas sim a uma conclusão que acaba por enfraquecer sua argumentação sobre o valor moral e a necessidade mínima dos princípios da legalidade para um sistema de regras se transformar em um sistema jurídico ao caracteriza-lo como uma moralidade de aspiração²⁰ e não como uma moralidade

¹⁹ Sobre este ponto, Fuller diz: “[t]he very essence of the Rule of Law is that in acting upon the citizen [...] a government will faithfully apply rules previously declared as those to be followed by the citizen and as being determinative of his rights and duties” (1969, p. 209)

²⁰ Fuller elabora uma teoria moral em seu primeiro capítulo do livro “A Moralidade do Direito”, desenvolvendo duas concepções de moralidade: a moralidade de dever (cf. também: nota 21) e a moralidade de aspiração. A moral se inicia na moralidade de dever, que se apresenta no início de uma escala ascendente da moralidade, e vai até o ponto em que se inicia a moralidade de aspiração, sendo que esta moralidade vai até o topo da escala moral. Sendo assim, em um ponto da escala moral, o que era moralidade de dever deixa de sê-la e se transforma em moralidade de aspiração. A moralidade de aspiração é a moralidade da “good life, of excellence, of the fullest realization of human powers” (FULLER, 1969, p. 5), a qual não é alcançada plenamente, mas que deve sempre se tentar alcançar. Essa moralidade não enseja recriminações, apenas desdém àqueles que falham por não terem conseguido alcançar o ideal, a aspiração. Além do mais, tal moralidade enseja elogios àqueles que conquistam e realizam aquilo que não era obrigatório conquistar e realizar. Esta moralidade

de dever²¹. Fuller chega a esta conclusão pela simples afirmação de que os princípios da legalidade só formulam princípios meramente indicativos (tipicamente da moralidade de aspiração), não regras peremptórias claras (tipicamente da moralidade de dever). A única exceção a essa conclusão, diz Fuller, seria o princípio da promulgação, já que este é o único que pode ser formulado claramente por uma regra, a qual atribuiria validade “promulgativa” a regra que seguisse os ritos da promulgação, tornando esta regra reconhecida como lei. Prosseguindo com a conclusão de Fuller e com as consequências dessa conclusão, se os princípios da legalidade são uma mora-

também só consegue formular princípios meramente indicativos de ações que devem (mas não obrigatoriamente) ser alcançadas. Por causa deste último ponto, Fuller acaba por decidir classificar os princípios da legalidade como moralidade de aspiração e não como moralidade de dever, pelo simples fato de os princípios da legalidade também não formularem regras peremptórias e claras, mas apenas princípios meramente indicativos. “No matter how desirable a direction of human effort may appear to be, if we assert there is a duty to pursue it, we shall confront the responsibility of defining at what point that duty has been violated” (FULLER, 1969, p. 43). O único princípio da legalidade que Fuller acaba caracterizando como uma moralidade de dever é a exigência da promulgação, pelo fato de esta poder ser formulada claramente quando fora ou não infringida, “here [the desideratum of making the laws know] we have a demand that lends itself with unusual readiness to formalization.” (FULLER, 1969, p. 43).

²¹ A moralidade de dever é a moralidade que “normally require only forbearances, or as we say, are negative in nature: do not kill, do not injure, do not deceive, do not defame, and the like. Such duties lend themselves with a minimum of difficulty to formalized definition” (FULLER, 1969, p. 45). É o tipo mínimo de moralidade sem a qual a cooperação social seria impossível (ao contrário da moralidade de aspiração). Assim sendo, esta moralidade enseja acusações e censuras contra aqueles que desrespeitassem tal obrigação, mas não enseja elogios caso a obrigação fosse cumprida, a não ser naqueles momentos em que o cumprimento da obrigação fosse muito custosa.

lidade de aspiração (com exceção do princípio da promulgação), assim, as autoridades que seguissem tais princípios seriam elogiadas por tais atos e o descumprimento não levaria a acusações nem condenações, apenas desdém, já que a moralidade de aspiração é “a moralidade da boa vida, da excelência, da realização plena dos poderes humanos” (FULLER, 1969, p. 5), não possuindo, então, caráter obrigatório, mas apenas facultativo de se seguir tais ideais, aspirações. Portanto, as autoridades que seguissem os princípios da legalidade teriam a mesma virtude do “bom artesão”. Mas, se os princípios da legalidade fossem tomados como uma moralidade de dever, as autoridades que os seguissem não estariam fazendo nada mais que cumprir seu dever, não motivando, em geral, elogios. Além do mais, se os princípios da legalidade fossem desrespeitados pelas autoridades, isso ensejaria acusações e censuras, pois seriam deveres mínimos que deveriam ter sido respeitados, isso porque a moralidade de dever diz respeito àquelas obrigações sem os quais a cooperação humana (e também a existência humana) seria impossível, como a proibição do homicídio, do roubo etc.

(V) *O respeito aos princípios da legalidade é uma forma de respeitar a dignidade humana.* Isso se deve ao fato de que tais princípios limitariam o poder arbitrário das autoridades (ex.: não seria possível fazer leis penais retroativas), o que ampliaria a liberdade dos indivíduos subordinados às leis moldadas pelos princípios da legalidade, pois, assim, eles conheceriam e poderiam planejar suas vidas de acordo e de modo que não infringissem a lei. Mas, se a infringisse, teriam tido a possibilidade de não tê-la infringido. Portanto, a possibilidade (prática) dos indivíduos subordinados às leis moldarem suas condutas de acordo ou contra a lei, é uma forma de preservar a dignidade humana, que é, por sinal, um valor em si mesmo.

Embarcar no empreendimento de submeter a conduta humana ao governo das regras envolve ne-

cessariamente um comprometimento com a visão de que o homem é, ou pode se tornar, um agente responsável, capaz de entender e seguir as regras, e responder pelas suas faltas [...] Todos os desvios dos princípios da moralidade interna do direito é uma afronta a dignidade humana como um agente responsável (FULLER, 1969, p. 162).

(VI) *Os princípios da legalidade não são compatíveis com grandes iniquidades.* Primeiramente, deve-se considerar que “coerência e bondade tem muito mais afinidade que coerência e maldade” (FULLER, 1958, p. 636). Sendo assim, “quando os homens [ex.: juiz, legisladores] são compelidos a explicar e justificar suas decisões, o efeito será geralmente de puxar essas decisões para o bem” (FULLER, 1958, p. 634). Desse modo, as leis (i. e., as regras que seguem em alguma medida os princípios da legalidade) terão que ser boas, ou pelo menos, não completamente iníquas, para que possam possuir alguma coerência em si e que deem pelo menos algum motivo para serem obedecidas. E os motivos válidos estarão limitados àqueles que não formulam regras retroativas, particulares, contraditórias etc, pois estes princípios são aqueles que conferem possibilidade prática aos indivíduos subordinados às leis poderem seguir essas leis.

Fuller exemplifica a incompatibilidade, ou não-neutralidade, dos princípios da legalidade (mais especificamente, o princípio da inteligibilidade ou clareza) com grandes iniquidades do seguinte modo: durante o *apartheid* na África do Sul, era muito utilizado termos para se referir a determinada raça. No entanto, cada termo que se referia a cada raça necessitava de uma definição, definição essa que era difícil de ser feita, pois não havia nenhum critério fixo, nem científico, para se formular uma definição de cada raça. Assim, com a utilização extensiva de vários termos para se referir às várias raças, maior o trabalho para a definição, o que gerou grandes esfor-

ços interpretativos, e também grandes arbitrariedades a fim de impulsionar a discriminação racial. Portanto, a falta de clareza das leis na definição das raças que seriam discriminadas era utilizada como a própria ferramenta para discriminação racial.

Conclui-se que a resposta de Fuller à questão (b) seria: os princípios da legalidade possuem um valor moral na medida em que estabelecem uma reciprocidade entre os cidadãos e as autoridades (IV), pois os cidadãos só conseguem obedecer à lei se as autoridades se subordinarem aos princípios mínimos que possibilitam àqueles obedecerem às leis, isto é, se as autoridades se subordinarem aos princípios da legalidade²².

Além do mais, tais princípios são uma forma de respeito à dignidade humana (V), pois, se a dignidade humana se funda na liberdade de os indivíduos tomarem decisões sobre suas próprias vidas (logo, construí-las e serem responsáveis por essa construção), os princípios da legalidade, que é aquilo que dá a condição mínima aos indivíduos poderem respeitar ou não a lei, acaba por limitar as possíveis arbitrariedades das autoridades na execução das leis, e, assim, permite aos indivíduos construírem seus planos de vida pautados na lei, podendo respeitá-la ou não. Além do mais, dessa limitação às arbitrariedades das autoridades, decorreria que também certos conteúdos muito iníquos não seriam compatíveis com os princípios da legalidade, haja vista a não-neutralidade de tais princípios (VI). Portanto, os princípios da legalidade são uma moralidade com valor em si mesmo na medida em que são uma forma de garantir o princípio da reciprocidade entre cidadãos e autoridades, uma forma de respeito à dignidade humana dos cidadãos, e também criam uma incompatibilidade com alguns conteúdos extremamente iníquos. Sendo assim, os princípios

²² É esse sentido da famosa afirmação: “governo das leis, não dos homens”. Pois, no final das contas, são os princípios da legalidade que guiam a conduta daqueles que tem a responsabilidade explícita de estabelecer guias de conduta.

da legalidade são um valor preservado em si mesmo em todos bons governos e limitador de arbitrariedades em tiranias.

Assim, Fuller dá uma resposta afirmativa tanto para a questão (a) e (b)²³, o que, no final das contas, acaba sendo uma sustentação contra a tese central do positivismo jurídico da separação entre direito e moral, fundada na “afirmação simples de que não necessariamente é verdade a afirmação que as leis reproduzam certas exigências da moral ou as satisfaçam, embora de fato o tenham feito com certa frequência” (HART, 2012, p. 240). Mas, será que as respostas de Fuller a questão (a) e (b) se sustentam? Passemos, então, às críticas e ponderações de Hart.

Críticas de Hart a Fuller

Hart, em sua resenha do livro “A Moralidade do Direito”, critica Fuller em vários pontos, principalmente por este entender (ou por ter dado demasiada ênfase) que os princípios da legalidade possuem, primariamente, um valor moral; deixando de analisar a verdadeira *função* dos princípios da legalidade. Entretanto, nessa resenha, Hart não critica Fuller por este ter considerado os princípios da legalidade como um dos critérios necessários para aplicar o conceito de lei e sistema legal para um sistema de regras, ou seja, Hart não critica Fuller por este ter dado uma resposta afirmativa a questão (a)²⁴. Na

²³ Desse modo, Fuller, ao dizer “moralidade interna do direito” (ou outras nomenclaturas semelhantes, vide: nota 8), está já se referindo a uma moralidade (questão (b)) que existe internamente, essencialmente (questão (a)) no próprio direito. Já a terminologia empregue por Fuller deixa claro a sua resposta afirmativa às questões (a) e (b).

²⁴ Hart mesmo sustenta a favor dessa ligação necessária entre princípios da legalidade (principalmente o princípio (1)) com conceito de lei e de sistema jurídico. Mas também, às vezes, sustenta que, na verdade, não existe essa ligação necessária. Assim, Hart dá tanto uma resposta afirmativa quanto negativa à questão (a). Para uma

realidade, as críticas de Hart parecem pressupor uma ligação necessária entre princípios da legalidade e sistema jurídico. Portanto, as críticas de Hart a Fuller são principalmente quanto à questão (b), não quanto à questão (a).

A primeira crítica apresentada por Hart, que é um tanto quanto secundária a crítica principal (terceira crítica), diz respeito à sustentação de Fuller sobre a abrangência dos prin-

análise destas afirmações “inconsistentes” de Hart, vide: WALDRON, 2008a, pp. 1147-1158. Entretanto, seguindo Raz (1979, p. 223), de fato, os princípios da legalidade não podem ser totalmente desrespeitados em todas as “características essenciais” de um sistema jurídico, como nas normas secundárias de reconhecimento, adjudicação e modificação. Assim, p. ex., se um sistema jurídico é necessariamente composto, pelo menos, por um órgão adjudicador (não um indivíduo específico encarregado de julgar apenas um caso determinado), então se torna necessário que haja normas que deem poderes a um órgão para adjudicar (vide: Hart, 2012, pp. 125-6) sobre uma gama de casos. E essas normas que conferem poder de adjudicação devem ser, pelo menos, prospectivas, gerais, não contraditórias, claras etc. para que se possa adjudicar até mesmo as normas retroativas, contraditórias, impossíveis de serem realizadas etc. aos casos. “[...] [R]etroactive law can exist only because there are institutions enforcing them. This entails that there must be prospective laws instructing those institutions to apply the retroactive laws if the retroactive laws are to be valid” (RAZ, 1979, p. 223). O mesmo vale para as normas de modificação (vide: Hart, 2012, pp. 124-5), pois não é possível criar uma norma retroativa, p. ex., se não houver uma norma prospectiva que possibilite a criação da norma retroativa. Interessante notar que, até mesmo se os cidadãos respeitassem qualquer ordem de um soberano, seria ainda necessário normas que definissem as condições específicas em que as palavras que esse soberano proferisse fosse uma ordem jurídica, e não uma outra fala qualquer sem conteúdo “normativo”. Assim, se é necessário tais normas que especifiquem as condições que conferirão validade a outras palavras para transforma-las em ordens jurídicas, aquelas normas mesmas não devem deixar de cumprir completamente os princípios da legalidade. Tais normas são as chamadas normas de reconhecimento (vide: Hart, 2012, pp. 122-3 e 129 e ss.).

cípios da legalidade para além dos casos tipicamente chamados de “direito”. Na realidade, diz Hart (2010b, p. 395),

a descrição desses princípios como “a moralidade especial do direito” é enganosa porque eles se aplicam não apenas àquilo que os juristas pensam ser o direito, mas também a qualquer atividade guiada por regras, tais como [...] aqueles jogos que possuem autoridades que criam e que aplicam regras.

Desse modo, a teoria de Fuller levaria a conclusão de que, p. ex., o jogo de futebol é um tipo Direito, pois, havendo a necessidade de autoridades (conceito de responsabilidade explícita, vide: primeiro parágrafo da seção “Fuller e os princípios da legalidade”) no jogo de futebol para aplicar regras aos casos (ex: quando a bola sai pela lateral, ou quando a ação de um jogador se enquadra como uma “falta”), essas mesmas regras, criadas pelo órgão legislador do futebol (*Internacional Football Association Board* (I.F.A.B.)), e as decisões dos juízes no jogo também teriam que ser prospectivas, claras, não contraditórias etc. Portanto, pela teoria de Fuller, não haveria uma diferença relevante (o que geraria confusão) entre Direito e jogos que possuem autoridades para criarem e aplicarem as regras, já que, em ambos, haveriam regras, e que, assim, necessitariam de eficácia de criação e aplicação de regras, eficácia essa promovida pelos princípios da legalidade.

Todavia, como Hart mesmo admite, Fuller não consideraria tal objeção como de fato uma objeção, pois, Fuller “faria referência a sua ampla concepção de direito como incluindo também as normas de jogos” (HART, 2010b, p. 394).

A segunda crítica de Hart diz respeito à sustentação de Fuller quanto à neutralidade dos princípios da legalidade. Fuller, importante lembrar, sustenta que os princípios da legalidade (que são processuais) não seriam totalmente neutros, pois tais princípios não seriam compatíveis com regras cujo conteúdo é muito iníquo (vide: (VI)). Importante relembrar, o

exemplo que Fuller dá sobre essa falta de neutralidade dos princípios da legalidade para com certos conteúdos demasiado iníquos é quanto à falta de neutralidade do princípio da clareza, pois, durante o *apartheid* na África do Sul, não havia (e ainda não há) um método coerente, claro ou científico de classificar as raças humanas. Sendo assim, as leis, a fim de gerar discriminação racial (contra raças que não eram facilmente reconhecíveis como tais, pela falta daquele método claro), passaram a serem vagas, pois, assim, possibilitariam a discriminação na aplicação dessas leis pelas autoridades aos cidadãos. Entretanto, isso também gerou dificuldades insolúveis na interpretação dessas mesmas leis, pois a inteligibilidade delas fora menosprezada. Portanto, desse caso, Fuller conclui que não há neutralidade no princípio da clareza, pois este impossibilitaria leis com conteúdos iníquos, sendo estes conteúdos também vagos.

No entanto, tal argumentação de Fuller “mostra apenas que o princípio de que as leis devam ser escritas de forma clara e inteligível é incompatível com a busca de objetivos substantivos vagamente definidos, quer sejam moralmente bons, quer maus” (HART, 2010b, p. 396). Pois, no caso do *apartheid* na África do Sul, por mais que o objetivo fosse a discriminação racial, não havia um método correto e claro de se reconhecer as raças que seriam discriminadas. Esse caráter vago do objetivo que gerou ininteligibilidade na lei.

Além do mais, esse caráter vago é possível de existir também em objetivos bons, mas vagamente definidos. Fuller (1969, p. 162) mesmo dá um exemplo deste último caso ao mostrar os problemas de interpretação ocorridos na Suprema Corte Israelense ao tentar definir o que seria “judeu” para os fins da Lei do Retorno de 1950, a qual conferia cidadania israelense a todos que fossem “judeus”.

Assim, para que fosse verdadeira a suposição de Fuller sobre a não neutralidade (pois limitaria os objetivos maus) do princípio da clareza, seria necessário uma “premissa adicional de que objetivos bons são essencialmente ou peculiar-

mente determinados e que objetivos ruins são essencialmente vagos e indefiníveis, e que, assim, não podem ser alcançados por leis claras” (HART, 2010b, p. 396). Mas tal premissa adicional é, na verdade, falsa.

Talvez esse argumento de Fuller (de que os princípios da legalidade não são neutros aos objetivos malignos de uma lei) tenha surgido de uma tentativa de responder a pergunta: por que a “história [não] dá de fato significantes exemplos de regimes que combinaram uma fiel aderência à moralidade interna do direito [princípios da legalidade] com uma brutal indiferença para justiça e bem-estar humano”? (FULLER, 1969, p. 154). Assim, o argumento de Fuller responderia que isso se deve ao fato de que os princípios da legalidade não são neutros. Mas a crítica feita por Hart mostra a falsidade deste argumento de Fuller.

Hart tenta responder a questão anterior levantada por Fuller dizendo que

[...] um regime voltado a políticas monstruosas frequentemente desejará a proteção do segredo e de leis vagas e indefinidas, se não estiver seguro de apoio amplo a suas políticas ou se acredita ser necessário respeitar a opinião externa. Mas essa *é uma questão da popularidade variável e da força relativa de governos*, não de qualquer incompatibilidade necessária entre o governo de acordo com os princípios da legalidade e objetivos perversos. (HART, 2010b, p. 397, grifo meu).

Portanto, pelo argumento de Hart, uma tirania só exercerá uma política monstruosa X, respeitando o princípio da generalidade, da promulgação, da prospectividade etc, se a própria tirania souber que seu próprio povo apoia, ou que outros governos também apoiam, ou se acredita possuir força coercitiva suficiente para impor essa política X. Mas, se a tirania insiste em exercer essa política X sem o apoio de seu pró-

prio povo, ou de outros governos, ou sem possuir força coercitiva suficiente; então essa tirania, para que consiga de forma eficaz exercer a política X, teria que desrespeitar (não completamente, vide: nota 24) os princípios da legalidade para que o povo, ou outros governos não soubessem, ou tivessem uma compreensão equivocada dessa política X. Note que os princípios da legalidade, para este último caso, são apenas (até certo ponto) ineficazes para o exercício da política X, considerando o contexto social e “bélico”; mas não que a política X seja incompatível com os princípios da legalidade pelo fato dessa política ser monstruosa. Mas, é claro que essa política X, não apoiada pelo próprio povo ou por outros governos e com desrespeito aos princípios da legalidade, não durará por muito tempo, pois o povo ou outros governos, poderão se revoltar contra essa política e contra a própria tirania. Mas essa revolta do povo, ou de outros governos, surgirá do fato dessa política X ser monstruosa em seu conteúdo, não pelo fato dela não ter respeitado os princípios da legalidade.

Pode-se perceber que não há no argumento de Hart nenhuma explanação sobre a natureza de uma tirania e de que maneira esta se envolve com os princípios da legalidade²⁵, mas

²⁵ John Finnis explica, de maneira clara, qual é a relação entre os princípios da legalidade e a natureza de uma tirania. Finnis entende que “[u]ma tirania dedicada a fins perniciosos não tem qualquer *razão* auto-suficiente para se submeter à disciplina de atuar consistentemente por meio de processos judiciais exigentes, considerando que o propósito racional de tal autodisciplina é exatamente o valor da reciprocidade, da equidade e do respeito pelas pessoas que o tirano, *ex hypothesi*, despreza” (Finnis, 2007, p. 267, grifo do autor). Portanto, Finnis, ao supor que existe um valor moral nos princípios da legalidade (que é o respeito à dignidade humana promovida pela relação de reciprocidade e com a limitação da arbitrariedade das autoridades), mostra que, como uma tirania não valoriza o valor da dignidade, logo, também não valorizará uma de suas formas de respeitá-lo, que é seguindo os princípios da legalidade. Mas, tais princípios podem ser (e às vezes o são) seguidos de forma tática ou super-

apenas, neste argumento, uma *visão funcionalista* de tais princípios, visão esta que é bem enfatizada na terceira crítica de Hart.

A terceira e principal crítica de Hart é um pouco mais complexa. Antes de apresentá-la, faz-se necessário apresentar duas (mas talvez haja várias) perspectivas de se analisar os princípios da legalidade. Uma é chamada de perspectiva moral de análise e a outra é a perspectiva funcional de análise. Ambas perspectivas são necessárias para se compreender o conceito de princípios da legalidade da melhor e mais completa maneira. Mas essas perspectivas podem conflitar entre si, fazendo com que algumas críticas feitas a partir de uma dessas perspectivas sejam direcionadas àquele que está na outra perspectiva.

A perspectiva moral de análise dos princípios da legalidade é aquela mais enfatizada por Fuller. Tal perspectiva foca na análise dos princípios da legalidade em sua forma “pura”²⁶, isto é, sem se analisar os princípios da legalidade *junto* com os possíveis conteúdos de uma lei²⁷. Assim, não se

ficial por um governo tirânico. Notar que esse argumento de Finnis se aproxima do argumento (V), mas se distancia do argumento da não-neutralidade dos princípios da legalidade (VI) de Fuller, pois, para Finnis, não é que os princípios não sejam compatíveis com grandes iniquidades, mas sim que o valor dos princípios não são valorizados (a não ser taticamente), levando, assim, a rejeição de tais princípios pela tirania.

²⁶ É necessário que não se tome a “pureza” aqui desenvolvida por aquela “pureza” enfatizada por Kelsen em seu livro “Teoria Pura do Direito”. Em Kelsen, a “pureza” da teoria pura está na exclusão da análise do que é o Direito tudo aquilo que diz o que o Direito *deveria* ser. Sobre a “pureza” da teoria pura em Kelsen, vide: RAZ, 1981. Já a “pureza” a que refiro se trata apenas da análise dos princípios da legalidade em uma lei que ainda não está “completa”, pois ainda falta o conteúdo para preenchê-la.

²⁷ Claro que é possível, como Fuller mesmo faz, analisar as consequências morais de uma lei que respeita os princípios da legalidade

analisa questões como: “e se uma lei que segue os princípios da legalidade fosse preenchida por um conteúdo iníquo X...”, “e se uma lei que segue os princípios da legalidade fosse preenchida por um conteúdo justo Y...”. Essa análise “pura” serve para responder se há, na *essência* (por isso a análise “pura”), um *valor ou consequências moralmente boas ou más* em uma lei, ou sistema jurídico, que respeita os princípios da legalidade, não importando o conteúdo das leis desse sistema²⁸. Assim, a forma dessa resposta seria: “O valor e/ou a consequência moral de uma lei que respeita os princípios da legalidade, supondo que ela ainda não tenha nenhum conteúdo que a preencha, é...”. Obviamente, a resposta de Fuller é que os princípios da legalidade é uma forma de respeitar a dignidade humana (vide: (IV) e, principalmente, (V)).

Já a perspectiva funcional de análise dos princípios da legalidade, que é a mais enfatizada e utilizada por Hart nas críticas contra Fuller, diz respeito à função de tais princípios no sistema legal e o que e porque algo decorreria dessa ligação, em termos moralmente neutros. Assim, a questão que recai sobre essa perspectiva é: o que acontece com um sistema legal que deixa de seguir os princípios da legalidade?²⁹.

Apresentado essas duas perspectivas possíveis, analisemos a crítica central feita por Hart. Este acusa Fuller de ter perpetrado

junto com o conteúdo dessa lei, podendo tal conteúdo ser iníquo ou não. No entanto, essa análise não será mais a “perspectiva moral de análise dos princípios da legalidade” a que refiro.

²⁸ Perceba que esta é uma questão diferente, mas muito próxima, da pergunta (b). Na análise “pura”, está delimitado um campo de análise (a pureza) dos princípios da legalidade, já na pergunta (b), não é necessário que a resposta tenha que ser somente aquela que tenha sido baseada em uma análise “pura”, isto é, antes do preenchimento do sistema jurídico com o conteúdo das leis.

²⁹ Tal perspectiva é fundamental para responder a questão (a).

[...] uma confusão entre duas noções cuja separação é vital: as noções de *atividade intencional* e *moralidade*. O envenenamento é, sem dúvida, uma atividade intencional, e reflexões sobre seu propósito podem mostrar que ela tem seus princípios interno (“evite venenos, não importa o quão letais, se eles fizerem a vítima vomitar” [...]). Mas chamar esses princípios da arte do envenenador de “a moralidade do envenenamento” seria simplesmente obliterar a distinção entre a noção de *eficiência para um propósito* e aqueles *julgamentos finais sobre as atividades e propósitos*, dos quais se ocupa a moralidade em suas várias formas (HART, 2010b, p. 394, grifo meu).

Claramente, nesta passagem, Hart, ao comparar os princípios da legalidade com “a moralidade do envenenamento”, toma tais princípios sob a perspectiva funcional de análise. Nesta perspectiva, tais princípios teriam *um* caráter de eficiência, já que seriam eles que possibilitariam que os indivíduos submetidos às leis pudessem cumprir tais leis (vide: (I) e nota 24). Entretanto, todas as atividades intencionais humanas possuem tais “princípios internos” para que os próprios objetivos possam ser alcançados de maneira eficiente, sendo que, no caso da lei, o objetivo primário é guiar a conduta humana, e os “princípios internos” de eficiência são os princípios da legalidade. Mas a simples utilização de tais “princípios internos” de eficiência não *conclui* a questão se os próprios “princípios internos” são moralmente bons ou maus, nem se os objetivos que esses “princípios internos” maximizam são bons ou maus.

A quarta crítica de Hart a Fuller diz respeito à classificação dos princípios da legalidade na moralidade. Cabe ressaltar que esta quarta crítica pode ser dividida em duas: uma que pressupõe a ligação entre moral e princípios da legalidade e a outra que pressupõe neutralidade na relação entre princí-

prios da legalidade e moral. Naquela, a crítica é direcionada à classificação equivocada feita por Fuller, e, nesta, o descabimento de qualquer classificação. Nas próprias palavras de Hart (2010b, p. 394), “tanto a discussão dessa questão [da classificação dos princípios da legalidade na moralidade], quanto à decisão a que chega o autor são, com certeza, absurdas”.

Antes de passarmos a essas críticas, recordemos que a decisão de Fuller classifica os princípios da legalidade (com exceção do princípio da promulgação) na moralidade de aspiração, pois ambos são apresentados na forma de princípios meramente indicativos, ao contrário da moralidade de dever, a qual só formula deveres peremptórios e claros. Tal classificação se baseia em um dos “critérios secundários” que distinguem a moralidade de dever e a moralidade de aspiração. O “critério primário”, ou “essencial”, de distinção entre moralidade de dever e moralidade de aspiração é em relação à função dessas duas moralidades: a moralidade de dever é essencial para a existência dos indivíduos em sociedade e a moralidade de aspiração é facultativa para existência humana, mas importante, no sentido de ser desejável de ser alcançado para o desenvolvimento pleno das capacidades humanas. Já o “critério secundário”, utilizado por Fuller na classificação dos princípios da legalidade, é apenas consequência do “critério primário” e só pode ser entendido coerentemente como dependente deste último critério, como o fato de como se formula uma moralidade de dever ou de aspiração (aquela de modo peremptório e claro e esta de modo meramente indicativo). Mas há outros “critérios secundários”, como o tipo de crítica moral, sendo que a da moralidade de dever é acusação e condenação quando o dever é desrespeitado, e a da moralidade de aspiração é desdém quando o indivíduo falha em alcançar a aspiração, o ideal. Obviamente, se Fuller se utiliza, como de fato utiliza, de um dos “critérios secundários” (como o modo de formulação da moralidade – peremptório e claro ou meramente indicativo), em conjunto virão outros critérios secundários e o primário.

Passemos, então, à quarta crítica que pressupõe uma ligação entre moralidade e princípios da legalidade. Hart é bem singelo nessa crítica, que só se apresenta na passagem em que ele diz: “Se o legislador maliciosamente utiliza leis retroativas para aterrorizar seus súditos, viola ele apenas uma moralidade de aspiração? Não podemos acusá-lo de violação de um dever moral?” (HART, 2010b, p. 395). Só podemos entender esta última pergunta se confrontarmos com a diferença moral entre uma lei prospectiva e uma lei retroativa. Na lei prospectiva, não parece haver uma violação de um dever moral, ao contrário do que acontece em uma lei retroativa, pois, neste caso, criticamos, através não de desdém, mas acusações, o legislador que fez tal lei, como se ele tivesse descumprido um dever moral mínimo que deveria ser respeitado a fim de não falhar na necessária cooperação social que o sistema jurídico deve criar. Fuller (1969, p. 202 e ss.) mesmo dá um exemplo dessa crítica moral de acusação e condenação que fazemos quando um dos princípios é descumprido pelas autoridades que criam e aplicam as normas, o que sugeriria a existência de um dever moral proveniente da moralidade de dever dessas autoridades de seguir tais princípios da legalidade³⁰. Portanto, se formulamos críticas morais de acusação e condenação contra autoridades que descumprem os princípios da legalidade, tais críticas se referem a um suposto dever, não tendo nada a ver com a moralidade de aspiração, a qual só ofereceria uma crítica com caráter de desdém, algo que, na realidade, não fazemos em tais casos.

³⁰ Caso fosse tomado sob a perspectiva de que os princípios da legalidade são, na verdade, uma moralidade de dever, vários pontos do argumento do Fuller sobre a moralidade dos princípios da legalidade e sobre a condição mínima de tais princípios para a criação de uma lei se fortaleceriam. Isto se deve ao fato de que, assim, Fuller estaria levando mais a sério o caráter valioso do respeito aos princípios da legalidade para a construção de um sistema jurídico e do respeito à dignidade humana.

A quarta crítica que pressupõe neutralidade na relação entre moralidade e princípios da legalidade está ligada diretamente à crítica principal (terceira crítica). Essa quarta crítica é fundamentada da seguinte maneira: os princípios da legalidade são, primeiramente, princípios que devem ser respeitados para que certa atividade possa ser realizada com eficácia. No entanto, em todas as “atividades intencionais”, princípios como esses existem. Assim, se Fuller argumenta que os princípios da legalidade pertencem à moralidade de aspiração por causa da semelhança que ambas tem em formular suas “diretrizes” de forma meramente indicativa, então, também

[é] perfeitamente compatível com *qualquer* princípio de construção o fato de que alguns deles possam ser formulados como regras peremptórias (no caso da arte do envenenador, “verificar se o veneno não é grande demais para ser engolido”), ao passo que outros só podem ser propostos em termos de uma indicação da direção de um esforço (“veja se o veneno não é caro demais”). Mas esta distinção entre regras peremptórias e princípios meramente indicativos não tem, com certeza, nada a ver com a distinção entre uma moralidade de dever [...] e uma moralidade de aspiração (HART, 2010b, p. 395, grifo meu).

Novamente, tais considerações, como as de Fuller, de uma suposta moralidade interna nos princípios da legalidade, confunde “princípios que orientam qualquer forma de atividade intencional e moralidade” (HART, 2010b, p. 395). Sendo assim,

[a]penas se o propósito de sujeitar a conduta humana ao governo das regras, independentemente de seu conteúdo fosse em si um valor último, haveria qualquer possibilidade de defender a possibi-

lidade de classificar os princípios de criação de regras como uma moralidade, e de discutir se essa seria uma moralidade de dever ou de aspiração (HART, 2010b, p. 395).

Apresentado as críticas de Hart a Fuller, cabe analisar uma questão delicadíssima em que Hart se encontra. A situação é a seguinte: Fuller sustenta que os positivistas jurídicos, se fossem consistentes com as suas premissas, não conseguiriam “nem explicar o que estaria errado em um sistema de leis que fosse totalmente retroativo” (HART, 2010b, p. 401), nem o porquê normalmente as normas são gerais. Entretanto, em menos de 10 páginas depois da terceira e principal crítica, Hart responde a esta questão levantada por Fuller da seguinte maneira:

[...] será que autores como Bentham e Austin [...] não poderiam ter objetado a um sistema de leis que fosse totalmente retroativo com base no fato de que *não traria qualquer contribuição à felicidade humana* e, na medida em que resultasse em punições, *infligiria sofrimento inútil*? Por que Kelsen ou eu mesmo [...] não podemos explicar também que a generalidade comum do direito é desejável não apenas por razões de economia, mas porque permite aos indivíduos prever o futuro e que essa é *uma contribuição poderosa à liberdade e à alegria humanas*? (HART, 2010b, p. 401, grifo meu).

E é neste momento que alguém, precipitadamente, diria: Hart foi inconsistente, pois, como é possível ele ter argumentado que “o Estado de Direito [princípios da legalidade] (o conjunto de oito desiderata de Fuller) é *simplesmente* um instrumento eficiente que [...] pode ser bom e necessário para

propósitos moralmente bons, mas igualmente útil para o mal” (FINNIS, 2007, p. 267, grifo meu) e depois ter dito que eles são “uma contribuição poderosa à liberdade e à alegria humanas”? Simples (ou talvez não tão simples assim), porque Hart nunca considerou os princípios da legalidade “simplesmente” como um instrumento de eficiência, mas também, e talvez *primariamente*, como um instrumento de eficiência, sem o qual, de fato, o sistema jurídico não existiria (vide: nota 24), sendo por isso (por ter deslocado o ponto primário – funcional – de análise dos princípios da legalidade) as críticas agudas de Hart a Fuller, já que este deu um papel central da análise de tais princípios da legalidade na moralidade³¹. Portanto, se Hart não considera os princípios da legalidade “simplesmente” como princípios de eficiência, mas também como tais, nada o impede de adicionar (não no ponto central, mas sim “lateral” ou “complementar”) a sua teoria uma perspectiva moral dos princípios da legalidade³².

Depois de todas essas considerações de Hart e Fuller, chegamos a um ponto um tanto quanto desconfortável aos positivistas jurídicos, que é: se os princípios da legalidade são necessários para a existência de um sistema jurídico (vide: nota 24), e se os princípios da legalidade, em sua análise pura (sem consideração de quais conteúdos poderão preenchê-los), são uma forma de respeitar a dignidade humana, então, poderíamos dizer que aí se encontra uma ligação moral necessária entre os princípios da legalidade? Para a felicidade dos positivistas, a resposta é, não, pois:

³¹ Não se deve, entretanto, desta simples afirmação, inferir que a análise de tais princípios sob a perspectiva moral seja ruim ou inútil. Na realidade, a perspectiva moral de análise é muito importante para a complementação da análise funcional e localização da teoria geral do direito na teoria da razão prática.

³² Hart mesmo admite em vários de seus escritos o valor moral dos princípios da legalidade. Vide: WALDRON, 2008a, notas 93, 94, 95 da p. 1158 e notas 96, 97, 98 da p. 1159.

(1) Não se pode *concluir* que um sistema jurídico que respeita plenamente os princípios da legalidade é *de fato* moralmente bom ou mau sem a análise do conteúdo de suas leis. O respeito à dignidade humana promovida pelos princípios da legalidade é apenas “não conclusivo”, “não suficiente” para afirmarmos a moralidade de uma lei ou de um sistema jurídico. Tal respeito pode sempre ser negado por uma lei com conteúdo iníquo³³. Assim, pode-se criar uma lei que siga todos os princípios da legalidade e ainda sim, p. ex., proibir mulheres de entrar em parques pelo simples fato de serem mulheres. Desse modo, os conteúdos iníquos das leis sempre poderão esvaziar a dignidade respeitada pelos princípios da legalidade. Entretanto, deve-se ter em mente que, se uma lei deseja respeitar a dignidade humana, então é *necessário* que ela respeite os princípios da legalidade, por mais que tal respeito *não* seja *suficiente* para o efetivo respeito à dignidade humana.

(2) A razão da perda de validade jurídico de uma lei ou sistema jurídico é a *ineficácia* da lei ou do sistema jurídico em possibilitar de ser seguida ou de ser guia de conduta se os princípios da legalidade forem desrespeitados naqueles “setores essenciais”, porque “estruturam”, o sistema jurídico (vide: nota 24). A razão da perda da validade *não* é o desrespeito à dignidade humana promovida pelo desrespeito aos princípios da legalidade. Assim, a perda de validade não está ligada ao mérito da lei em respeitar a dignidade humana por meio dos princípios da legalidade, mas apenas ao aspecto da eficácia mínima nos “setores essenciais” do sistema jurídico que os princípios da legalidade promovem.

(3)

Os princípios da legalidade (*the rule of law*) são (*is*) essencialmente um valor negativo. A lei inevita-

³³ Para sustentações semelhantes, vide: FINNIS, 2007, p. 268 e WALDRON, 2008a, p. 1160-1164.

velmente cria um grande perigo de poder arbitrário - os princípios da legalidade (*the rule of law*) são designados para minimizar o perigo criado pela própria lei [...] Assim, os princípios da legalidade (*the rule of law*) são (*is*) um valor negativo em dois sentidos: conformidade à isto não causa um bem exceto por evitar o mal, e o mal que é evitado é aquele que só poderia ser [criado] pela própria lei (RAZ, 1979, p. 224, tradução minha).

Para clarear o sentido de que a “lei inevitavelmente cria um grande perigo de poder arbitrário”, Gardner diz que:

[...] tal sistema jurídico [que respeita os princípios da legalidade] minimiza essa falta de liberdade (*unfreedom*) extra que somos vulneráveis apenas (especialmente?) porque nós estamos sujeitos à lei, a saber, a falta de liberdade (*unfreedom*) de inesperadamente acharmos a nós mesmos em violação de regras legais e inesperadamente sofrendo (*bearing*) as consequências legais dessa violação (GARDNER, 2008, pp. xxxviii-xxxix, tradução minha).

Agora passemos para a análise da afirmação de Raz. A sustentação de que os princípios da legalidade “não causa um bem exceto por evitar o mal”, e nem por isso merecem um crédito *moral* por ter evitado esse mal, sustenta-se no fato de “que a lei não consegue (*cannot*) sancionar poder arbitrário ou violações da liberdade e dignidade através [da] total abstenção da generalidade, prospectividade, ou inteligibilidade (*clarity*) não é crédito moral para a lei” (RAZ, 1979, p. 224, tradução minha). Analogamente, uma pessoa não merece um crédito moral por não conseguir matar outras pessoas envenenadas

pelo fato dela ser ignorante ou inábil (RAZ, 1979, p. 224). Obviamente, pode-se dizer que, por mais que um sistema jurídico não mereça crédito *moral* por não conseguir sancionar violações da liberdade e dignidade através de total abstenção dos princípios da legalidade, ainda assim tal sistema jurídico é um bom sistema jurídico; assim como é um bom mundo aquele mundo imaginário em que os indivíduos não conseguem matar uns aos outros, por mais que eles não tenham nenhum crédito moral por não conseguir praticar assassinato (MARMOR, 2010, p. 672).

Quanto à afirmação de que o mal que é evitado pelos princípios da legalidade é aquele que só poderia ser criado pela própria lei³⁴, baseia-se no entendimento de que,

nenhum mal é evitado pela, digamos, publicidade da lei ou seu aspecto prospectivo, a menos que haja lei, em primeiro lugar, que poderia violar essas condições (até certa extensão). Em outras palavras, as virtudes dos princípios da legalidade (*the rule of law*) somente mitiga possíveis males que a lei poderia começar a criar (MARMOR, 2010, p. 672, tradução minha).

Assim, se não houvesse leis, não haveria tais males a serem evitados pelos princípios da legalidade. Analogamente, o mal do engano só existe porque a mentira pode ser *comunicada* entre indivíduos³⁵. “É somente porque eu consigo falar com você e contar-lhe uma mentira que minha honestidade, no sentido limitado de evitar engano, é uma virtude” (MARMOR, 2010, p. 672, tradução minha). Sendo assim, “o bem da honestidade não inclui o bem da comunicação entre

³⁴ Para uma crítica a esta posição de Raz, vide: WALDRON, 2008b, p. 13.

³⁵ Esta analogia é feita por Raz, 1979, p. 224.

pessoas, pois a honestidade é consistente com a recusa de comunicação” (RAZ, 1979, p. 224, tradução minha).

Portanto, se são apenas e as próprias leis que conseguem criar tais violações na liberdade e dignidade humana (pois somente leis conseguem criar e aplicar sanções em casos de obrigações legais estabelecidas, p. ex., retroativamente, contraditoriamente, particularmente etc) e são os princípios da legalidade designados para sanar tais violações, então, por isso, os princípios da legalidade não merecem nenhum crédito moral e não criam nenhum bem, a não ser aquele retirado pela própria existência da lei.

Assim, Raz está certo ao insistir que se há algo que torna a lei boa, não é o simplesmente o fato [de] que as condições dos princípios da legalidade (*the rule of law*), por si mesmos, realmente criaram certos bens. Nós precisamos, em primeiro lugar, assumir que há algum bem em ter lei para começar (MARMOR, 2010, p. 673, tradução minha).

Conclusão

Portanto, a completa inobservância aos princípios da legalidade, essencialmente nas normas secundárias, não possibilita a existência de um sistema jurídico, pois não permite nem que as normas que criam órgãos para aplicar e criar outras normas sejam cumpridas. A consequência disso é que, na realidade, não haverá nenhuma norma com status legal para ser aplicada e nem criada. Sendo assim, faz-se necessário que tais normas secundárias, pelo menos, sejam eficazes para se estruturar um sistema jurídico. Isto só pode ser feito se houver um mínimo de cumprimento dos princípios da legalidade. Nesta perspectiva, pode-se observar que os princípios da legalidade são, então, um instrumento que dá eficácia também a uma ampla gama de conteúdos de leis, justos ou injustos, haja

vista a sua neutralidade às questões morais. Claro que a eficácia da lei também dependerá de vários outros fatores (como, p. ex., morais, econômicos ou “bélicos”); não unicamente dos princípios da legalidade.

Quanto ao valor dos princípios da legalidade, estes, em princípio, respeitam a dignidade humana por criar um vínculo de reciprocidade entre cidadão e autoridade, permitindo que aqueles possam fielmente planejar prospectivamente suas vidas pautadas na lei ou não, responsabilizando-se pelas suas faltas. Entretanto, tais princípios não garantem nenhuma virtude na lei. Além do mais, o critério da validade jurídica (algo tão precioso aos positivistas jurídicos) não inclui o mérito da lei em respeitar a dignidade humana promovida princípios da legalidade, mas exclui, sim, a ineficácia da lei gerada pelo completo desrespeito a esses princípios.

Os princípios da legalidade possuem apenas um valor negativo, no sentido de que eles minimizam as próprias violações à dignidade humana que apenas as leis poderiam começar a infligir. Assim sendo, é pelo fato de que tais princípios apenas minimizam aquilo que fora a causa (a lei) de um mal, que clamava por uma minimização, que tais princípios não merecem crédito moral. Portanto, os princípios da legalidade só teriam um valor moralmente bom se a adoção de leis por uma sociedade fosse também moralmente bom, conferindo, assim, uma necessidade (proveniente da adoção de leis) moralmente boa aos princípios da legalidade. Entretanto, a existência, ou não, de um valor moralmente bom na adoção de leis é uma questão que não fora aqui analisada.

Referências

- BIX, Brian H. (2004). “Natural Law: The Modern Tradition”. In: COLEMAN, J. L.; HIMMA, K. E.; SHAPIRO, S. J. (Eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 61-103.

- FINNIS, John. (2007). *Lei natural e direitos naturais*. Tradutora Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos.
- FULLER, Lon L. (1958). "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart". *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, pp. 630-672.
- FULLER, Lon L. (1969). *The Morality of Law*. Revised Edition. New Haven and London: Yale University Press.
- GARDNER, John. (2008). "Introduction". In: HART, H. L. A.. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. 2ª Ed.. Oxford: Oxford University Press, pp. xiii-liii.
- HART, H. L. A. (2012). *O Conceito de Direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.
- HART, H. L. A. (2010a). "O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral". In: HART, H. L. A. *Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 53-96.
- HART, H. L. A. (2010b). "Lon L. Fuller: A Moralidade do Direito". In: HART, H. L. A.. *Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 386-409.
- LACEY, Nicola. (2010). "Out of the 'Witches' Cauldron?" In: CANE, Peter (Ed.). *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Oxford and Portland: Hart Publishing, pp. 1-42.
- MARMOR, Andrei. (2010). "The Ideal of The Rule of Law". In: Dennis Patterson. (Ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2ª Ed. Blackwell Publishing Ltd, pp. 666-674.
- RAZ, Joseph. (1979). "The Rule of Law and Its Virtue". In: RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 211-214.
- RAZ, Joseph. (2007). "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism". In: PAVLAKOS, George. *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Hart Publishing, pp. 17-36; *Oxford Legal Studies Research*, paper n. 15/2007.
- Disponível em:

<<https://ssrn.com/abstract=999873>>. Acessado em: 19 de março de 2017.

RAZ, Joseph. (1981). "The Purity of The Pure Theory". *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 35, n. 138 (4), pp. 441-459, KELSEN ET LE POSITIVISME JURIDIQUE (1981).

WALDRON, Jeremy. (2016). "The Rule of Law". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2016 Edition). Edward N. Zalta (ed.) Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>. Acessado em: 17 de fev. 2017.

WALDRON, Jeremy. (2008a). "Positivism and Legality: Hart's Equivocal Response to Fuller". *New York University Law Review*, v. 83, n. 4, pp. 1135-1169.

WALDRON, Jeremy. (2008b). "Hart and the Principles of Legality". In: KRAMER, M. H.; GRANT, C.; CALBURN, B.; HATZISTAVROU, A.. (Eds.). *The legacy of H. L. A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

CRÍTICA DA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS ACERCA DA POBREZA

Henrique Franco Morita¹
Universidade Federal de Santa Catarina

Introdução

Este trabalho visa sumarizar, clarificar e criticar alguns dos aspectos centrais do discurso de direitos humanos no que diz respeito à problemática da pobreza. Adota uma postura crítica inspirada e ancorada nos trabalhos acerca deste tema da filósofa britânica Onora O'Neill. No que diz respeito à construção do discurso sobre a pobreza na perspectiva dos direitos humanos, analisa alguns escritos de James W. Nickel, filósofo do direito norte-americano.

O diálogo entre os referidos pesquisadores já aparece sugerido no livro *Contemporary Debates in Political Philosophy* (2009), editado por Thomas Christiano e John Christman. Os editores compuseram a seção "*Human Rights*" da obra com um artigo de Onora O'Neill – *The dark side of human rights* – e um artigo de James W. Nickel – *A defense of Welfare rights as human rights*. Isto, de alguma forma, já coloca ambos em contraste, oferecendo um retrato do debate contemporâneo acerca dos direitos humanos.

Trabalhar com tema tão complexo e importante quanto a pobreza requer a precaução quanto a mal-entendidos e equívocos conceituais através de uma clara definição do objeto em discussão, de modo a encaminhar bem o debate. No entan-

¹ Mestrando em Ética e Filosofia Política no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina. (email:henriquemorita@outlook.com).

to, o espaço disponível neste trabalho é insuficiente e não pode abranger toda a vasta bibliografia discutindo o que exatamente o termo “pobreza” significa e quais as implicações para a sua mensuração quando um ou outro conceito dentre os disponíveis prevalece.

Entretanto, um conceito de pobreza deve ao menos ser esboçado e indicado, como um ponto de partida. O entendimento acerca da pobreza adotado por este trabalho trata-se de abordagem complexa, ao invés de simplista, significando com isso que se quer superar a perspectiva dualista da pobreza tomada em sentido absoluto ou em sentido relativo. Esta distinção, como ensina Pete Alcock em sua obra *Understanding Poverty* (1997), trata-se de uma simplificação das dificuldades e disputas que envolvem a definição de pobreza.

Definindo a pobreza

Uma perspectiva absoluta da pobreza é baseada na ideia de subsistência. Tende, assim, a definir de forma estrita quais são as necessidades humanas básicas, traçando uma linha de pobreza em acordo com a falta desses bens necessários. Essa estratégia geralmente resulta numa lista de necessidades básicas (comida, roupas, abrigo, etc.) com algum esteio científico (por exemplo, argumentos de nutrição). Isto envolve o estabelecimento de uma definição objetiva da pobreza, que cubra todas as coisas essenciais de que um ser humano necessita, seja aonde for.

O problema dessa caracterização é que as necessidades humanas são relativamente voláteis, ou ao menos tão distintas nas raízes com as culturas às quais pertencem, que os bens que compõem essas listas de necessidades humanas básicas já, de certa forma, refletem o resultado de escolhas culturais: “What we require for life will in practice differ depending on place and time”, lembra Pete Alcock (1997, p. 70). Pobreza

absoluta é então por vezes contrastada com a ideia de uma definição relativa da pobreza.

A perspectiva relativa aborda a pobreza numa chave mais subjetiva. Embora a pobreza ainda seja analisada com a intenção de desenvolvimento de um critério que indique quem é pobre e o que é necessário para que isso seja superado, na perspectiva relativa esse critério tem de corresponder a aspectos sociais, históricos e econômicos contextualizados. Como Alcock ensina, a pobreza relativa é baseada numa comparação entre o padrão de vida dos pobres e o padrão de vida dos demais membros de uma dada sociedade (1997, p. 69).

Mas novamente alguns problemas aparecem. Tratar a pobreza em termos relativos produz certa indeterminação que afeta o próprio propósito de se saber a realidade da pobreza. Se a pobreza relativa é medida a partir do nível de participação de indivíduos dentro das práticas sociais usuais de suas sociedades, não seria essa inquirição uma simples consideração acerca da desigualdade dentro de uma sociedade, ao invés de uma indicação precisa a respeito da pobreza, envolvendo fome e destituição? Esse tipo de pensamento pode levar a conclusões inesperadas, tais como, por exemplo, identificar como pobreza a posição de um indivíduo que não seja capaz de trocar de carro todo ano numa sociedade rica, como indica o padrão de vida desta sociedade.

O que Alcock tenta mostrar, então, é que uma separação entre definições absolutas e relativas da pobreza não compreende o todo deste fenômeno. Ambas as estratégias estão, em verdade, correlacionadas. Quando um retrato relativo e contextual de alguma necessidade básica é apresentado, tal necessidade é escolhida como indispensável por conta de um princípio anterior e mais abstrato que essa necessidade quer promover. Esse princípio vem de uma caracterização absoluta. Portanto, as duas perspectivas estão correlacionadas:

Thus, absolute definitions of poverty necessarily involve relative judgements to apply them to any particular society; and relative definitions require some absolute core in order to distinguish them from broader inequalities. (ALCOCK, 1997, p. 72).

Portanto, em geral esta é a forma como as abordagens complexas da pobreza costumam funcionar. Desenvolvem algum tipo de taxa de renda básica que representaria o mínimo necessário para que um indivíduo não seja considerado pobre, sendo que em seguida essa renda é contrastada com as necessidades particulares de uma dada sociedade, procurando compreender quem são os indivíduos em maior vulnerabilidade no contexto específico (às vezes uma sociedade é tão profundamente empobrecida que a pobreza em seu interior só emerge quando contrastada com padrões advindos da comunidade internacional).

A importância de ao menos esboçar essa correspondência entre a pobreza relativa e a absoluta, far-se-á mais clara nas conclusões finais desta pesquisa. Ter em mente que o debate sobre a pobreza não se encerra nos objetivos da mera subsistência é indispensável, pois daí se compreende a questão fundamental do tema da pobreza: justiça social. Isso indica que ações visando o combate à pobreza tem que levar em conta a promoção de mudanças com validade universal, mas também com influência e consequência contextual que envolva detentores de direitos e correspondentes responsáveis por obrigações.

A perspectiva dos direitos humanos

James W. Nickel defende o que chama de “Vance² conception of economic and social rights”. Trata-se de uma

² Este é o nome do político norte-americano ao qual Nickel atribui a inspiração de sua concepção de uma vida minimamente boa (“mini-

tentativa de construir a partir da noção de subsistência, buscando alcançar as condições básicas de uma vida minimamente boa. Nickel claramente diz não buscar uma condição ótima de vida, mas precisamente o mínimo possível. Sua proposta tenta evitar problemas como os de concepções minimalistas demais, como a de John Rawls, enquanto também busca evitar os excessos contidos nas convenções internacionais sobre direitos econômicos e sociais.

Mais precisamente, a questão é que, em se considerando direitos econômicos e sociais como abrangendo uma concepção de boa vida minimamente realizável, o autor não quer limitar o escopo dos direitos humanos à subsistência. Também, porém, deseja inflar demasiadamente a perspectiva dos direitos humanos com aquilo que é desejável (“Human rights offer a morality of the depths, not of the heights” (NICKEL, 2005, p. 392). Nickel, então, acrescenta à subsistência os direitos relacionados à educação e saúde. Assim, estes são os direitos econômicos e sociais listados pelo autor: subsistência, educação e saúde.

Por certo que esses três direitos possuem várias ramificações. O direito à subsistência inclui a qualidade do ar, comida e água, abrigo e vestimenta apropriados, acesso à assistência social a partir de uma rede de organizações civis e das famílias, como também assistência de programas governamentais e oportunidades para o engajamento individual em cooperação mútua para a preservação do bem-estar das famílias e da comunidade (NICKEL, 2005, p. 388).

mally good life”). A biografia de Vance pode ser acessada, dentre outras fontes, na seção de história do website do Departamento de Estado norte-americano: “Cyrus Robert Vance was appointed Secretary of State by President Jimmy Carter on January 21, 1977. He entered his position on January 23 and resigned on April 28, 1980 in protest over President Carter’s decision to attempt a military rescue of American hostages in Iran.” (Link: <https://history.state.gov/departmenhistory/people/vance-cyrus-roberts>).

A educação, por sua vez, desdobra-se na melhora das habilidades de aprendizagem para a sobrevivência, a saúde, o funcionamento pleno, a cidadania e a produtividade (2005, p. 388). Já a saúde requer condições ambientais adequadas, saúde pública de qualidade e serviços de saúde prontos a dar às pessoas chances excelentes de sobrevivência durante a primeira infância e o nascimento, desenvolvendo suas competências físicas e mentais e vivendo plenamente suas capacidades (2005, p. 388).

Duas vantagens da “Vance conception” são explicitamente defendidas pelo autor: 1) esta concepção não está ligada à mera noção de subsistência, abrangendo preocupações que vão além de estar vivo, da sobrevivência; 2) tal concepção é realizável pela maior parte dos países do mundo hoje em dia. De qualquer modo, a questão central que emerge é como justificar que esses direitos sociais e econômicos sejam direitos humanos e quais são as consequências desta estratégia para que se possa lidar de forma convincente com os problemas da pobreza, ou ao menos mostrar um caminho para tanto.

Nickel defende uma estratégia multifacetada para a fundamentação de direitos sociais e econômicos como direitos humanos, que contém vários apoios em que se escorar. Essas “pernas” em que se escora a estratégia de Nickel são quatro direitos gerais abstratos que correspondem aos interesses humanos mais fundamentais. Estes interesses humanos fundamentais são, respectivamente: a) uma alegação segura de posuir uma vida; b) uma alegação segura de se levar a própria vida; c) uma alegação segura contra o tratamento cruel ou degradante; d) uma alegação segura contra o tratamento injusto.

Tais direitos são “seguros” por conta de: I) não requerem que ninguém seja membro de algo ou apresente comportamento meritório para que mereça tais alegações, e II) esses direitos não demandam nenhum tipo de prova de utilidade ou mensuração consequencialista para que as pessoas em geral possam alegá-los. Este é um tipo de versão secularizada

dos direitos naturais que procura promover a igualdade (e ancora-se num princípio metafísico³):

A unifying idea for these four secure claims is that if perfectly realized, they would make it possible for every person living today to have and lead a life that is decent or minimally good. This is a substantial but limited commitment to equality. [...]. No person is to be denied respect, protection or provision except on ground of impossibility or unacceptably high costs to the basic interests of others, or as a reasonable punishment for a serious crime. (NICKEL, 2005, p. 391 – 392).

Para o autor, os requisitos justificatórios para que os direitos sociais e econômicos sejam considerados como direitos humanos envolvem seis elementos (aos quais, assim crê, sua “Vance conception” adequa-se). Tais elementos são, portanto, (1) conformar-se a uma ideia geral de direitos humanos⁴, (2) ser suficientemente importantes, significando que devem corresponder a interesses humanos fundamentais, (3) manter as pessoas seguras em relação a ameaças recorrentes⁵, (4) ser

³ “All four principles should be thought of as requirements of human dignity, of ways to recognize and respond to the value or worth that is found in life as a person.” (NICKEL, 2009, p. 446).

⁴ “Economic and social claims are easily formulated as rights – norms with right-holders who have claims, powers and immunities; addressees who have duties and liabilities; and scopes or objects specifying a liberty, protection, or benefit that the right-holder is to enjoy. Further, they can be implemented through legislation and adjudication.” (NICKEL, 2009, p. 442).

⁵ “These institutions, used around the world, give countries shared problems and lead to the adoption of similar remedies for those problems. If all countries use the same basic institutions, and if these institutions pose some distinctive threats to values that most people

tomados como um direito, ao invés de algum tipo norma mais fraca (como as normais morais)⁶, (5) estabelecer responsabilidades razoáveis àqueles que devem carregar os deveres, evitando o excesso⁷, (6) encontrar ressonância na realidade da maior parte dos países do mundo, sendo realizáveis.

Há críticas possíveis aos pontos aqui sumarizados sobre a relação entre direitos sociais e econômicos (“Vance conception”) e os direitos humanos. Por exemplo, o impedimento real de que um país ou um governo realize certas necessidades humanas básicas é não muito mais do que criticável, já que a falta de recursos é considerada como uma desculpa, o que certamente é verdadeiro, mas também faz com que muitos governos ignorem os direitos humanos, respaldados nessas supostas impossibilidades.

Ainda, é algo perturbador o modo como Nickel acaba encontrando gradações de importância quando fala de necessidades humanas básicas (que são, de acordo com sua abordagem, um mínimo que legitima a caracterização dos direitos sociais e econômicos enquanto direitos humanos) e o teste de viabilidade:

share, then human rights will often float free of cultural differences.” (NICKEL, 2009, p. 447).

⁶ “A harmonious combination of self-help and voluntary mutual assistance is certainly to be encouraged, but such a mixture offers little prospect of providing adequately for all of the needy and incapacitated if it is viewed as a substitute for rather than as a supplement to politically implemented economic and social rights.” (NICKEL, 2009, p. 447).

⁷ “A viable system of economic and social rights will require most people to provide for themselves and their families through work as long as they are given the necessary opportunities, education, and infrastructure. Government-implemented economic and social rights provide guarantees of availability (or “secure access”), but it should not be necessary for governments to supply the requisite goods in more than a small fraction of cases.” (NICKEL, 2009, p. 448).

This is often described as a “minimum core”. A right of this sort might be thought of as having two objects. One, the minimal object, is set at a level that almost all countries can meet and requires nearly immediate compliance. In regard to food, the minimum core might be a duty to prevent massive famines, while the outer core is secure access to adequate food. It sets a more demanding goal that provides a broader focus for the right and that is supported by a duty to try. (NICKEL, 2009, p. 451).

Assim sendo, enquanto é possível articular uma teoria que prove sistematicamente a “verdade” desses direitos, mecanismos políticos ainda operam com outras prioridades e orientações. Embora a teorização de Nickel esteja comprometida com o combate à pobreza, ainda permanece no âmbito de prova da conexão sistemática entre os direitos humanos e os direitos sociais e econômicos, por um tipo de “dedução” desses direitos a partir das necessidades humanas básicas.

Novamente, esta é certamente uma ideia articulada, mas talvez resulte não mais que uma enfática denúncia da distância entre esses direitos humanos e a realidade dos portadores de tais direitos. Não tanto é dito acerca do desrespeito desses direitos, o que deve ser feito e quem o fará. Alguma crítica acerca desta concepção é melhor exposta mais à frente neste trabalho.

Direitos e os deveres correspondentes

Esse tipo de defesa dos direitos sociais e econômicos como direitos humanos desafia a visão de que os direitos humanos devem estar conectados tão-somente a deveres negativos. Direitos humanos são comumente compreendidos como direitos negativos por conta de uma associação com os direitos de liberdade, que se relacionam à abstenção de ação por parte

dos demais em relação à liberdade de alguém: em outras palavras, não-interferência.

Tanto James W. Nickel quanto Onora O'Neill fazem referência aos comentários de Henry Shue a respeito dos direitos positivos e negativos, apresentados em seu livro *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. foreign policy* (1980). Na concepção de Shue os direitos negativos são também chamados de "direitos de segurança", enquanto os direitos positivos são referidos pela denominação de "direitos de subsistência".

Três premissas são, então, atacadas ao se mostrar:

(1) that security rights are more "positive" than they are often said to be, (2) that subsistence rights are more "negative" than they are often said to be, and, given (1) and (2), (3) that the distinctions between security rights and subsistence rights [...] are too fine to support any weighty conclusions" (SHUE, 1980, p. 37).

Resumindo os argumentos de Shue é possível perceber que os direitos negativos (ou de segurança) não podem ser garantidos apenas através de ordens morais para que os demais se abstenham de interferir. Toda uma gama de serviços precisa ser estruturada para garantir o pleno gozo da integridade de uma pessoa, sendo que isso é uma atitude altamente positiva em relação a um direito consagrado como negativo. Dirá o autor que esse direito negativo é, na verdade, uma demanda por proteção da integridade (SHUE 1980, p. 38).

O mesmo raciocínio vale para os direitos positivos (ou de subsistência). Aqui o caso diz respeito a demonstrar que certas formas de ação positiva quanto a direitos econômicos e sociais resultam menos custosas do que a manutenção de práticas de abstenção por conta de direitos negativos (que, como acima se debateu, são usualmente vistos como direitos minimalistas). Por exemplo, é possivelmente mais econômico

o investimento em educação e políticas educacionais do que em repressão criminal, para a preservação da liberdade. Tanto direitos negativos quanto positivos compreendem ações com vista a objetivos de segurança.

Por vezes alguns direitos positivos (ou de subsistência), para que sejam garantidos, requerem uma necessária prevalência de ação negativa, de abstenção não-interferente:

Amidst abundance of food a decision to grow flowers can be at worst a harmless act and quite likely a socially beneficial one. But amidst a scarcity of food, due partly to a scarcity of fertile land, an unmalicious decision to grow flowers can cause death – unless there are social guarantees for adequate nutrition. A call for social guarantees for subsistence in situations of scarcity is not a call for intervention in what were formerly private affairs. (SHUE, 1980, p. 46).

Ao mostrar que não há razões para defender uma perfeita dicotomia⁸ entre direitos positivos e negativos, Henry Shue abre espaço para um deslocamento em direção a considerações sobre os deveres. Já que abster-se de ação ou engajar-se em ação refletem uma orientação ética, tal distinção (direitos negativos e positivos) ainda permanece útil no que diz respeito aos deveres. A análise de Shue concentra-se em direitos de subsistência, envolvendo (I) deveres de evitar a privação, (II) deveres de proteger da privação e (III) deveres de auxílio aos em estado de privação.

A partir deste quadro é que Nickel desenvolve a sua já comentada “Vance conception”, com o uso do que ele denomina como argumentos de ligação desenvolvidos por Shue,

⁸ “Respect for all rights requires positive action as well as negative noninterference [...]” (O’NEILL, 1986, p. 114).

que ensinam que direitos de subsistência são condição de possibilidade de direitos de segurança. Assim, no que diz respeito aos documentos internacionais que regulamentam direitos diretamente envolvidos com a pobreza, a presença dos paradigmas tradicionais de direitos positivos e negativos – aqui submetidos a crítica – é um dentre outros problemas acerca dos direitos e da atribuição de responsabilidades por ação concreta e mudança.

A partir daqui introduzir-se-á como Onora O'Neill concebe o problema, de modo a clarificar sua posição e mostrar certos defeitos nos argumentos da perspectiva de direitos humanos. O ponto central é que temas como pobreza e fome desafiam o mundo com dilemas morais particulares (daí o título de seu artigo *Moral perplexities of famine relief* (1980)). Essas perplexidades morais são o produto do fato de que a pobreza e a destituição atualmente constatáveis são sem precedentes. Ao mesmo tempo, os atores morais são capazes de um alto nível de consciência a respeito do problema (um dos fatores que elevam essa consciência é o próprio nível informacional da sociedade atual, também sem precedentes). Já não se trata apenas de ajuda ao vizinho ou do resultado de desastres naturais, mas sim de um problema global sistemático que atinge muitíssimos seres humanos desconhecidos dos agentes morais⁹.

⁹ "We have all seen pictures of starving, skeletal children in the appeals of famine-relief charities. But such emaciation is only the visible and publicizable fraction of the damage the Dark Horse can do. When we wonder whether famine is likely, we must remember that most of its impact is less dramatic. Wherever death rates are higher than they would be with adequate nutrition, famine is already taking its toll. [...]. Hunger destroys lives in two senses: it literally kills – destroys – the biological basis of life; and it also destroys the lives persons lead, their biographical lives, even when it leaves the biological organism functioning. The survivors of famines suffer the biological deaths of persons they love; and their own biographical life is

O'Neill menciona três tipos de deveres. (Isto é importante pois o problema central que ela atribui à perspectiva dos direitos humanos é a centralidade das reivindicações de direitos, com a subsequente subestimação do papel dos deveres (por exemplo, não existe uma Declaração Universal dos Deveres Humanos no direito internacional)). O primeiro tipo de dever é o direcionado a alguém especificamente determinado, o que gera direito de reivindicação baseado numa relação especial que se mantém com esse alguém (e.g., *pacta sunt servanda*). Em segundo lugar, tem-se o dever geral para com todos e que se conforma aos deveres de liberdade (e.g., abster-se de interferir, não-interferência).

Mas há, em terceiro lugar, o dever de ajudar os demais através da beneficência e a assistência, sendo que aqui comumente considera-se não haver qualquer direito correspondente ("violates nobody's rights" (O'NEILL, 1980, p. 283)). Ainda assim, tais deveres de beneficência – também considerados deveres imperfeitos – são um tanto quanto deixados de lado pela predominância da linguagem dos portadores de direitos.

Portanto, até agora, estabeleceu-se neste trabalho que a pobreza é um tema complexo (pobreza relativa e absoluta são complementares); também foi possível discutir que alguns direitos sociais e econômicos podem ser defendidos como indispensáveis enquanto parte de liberdades básicas dos humanos, o que significa que tais direitos podem ser alocados dentro de uma lista de direitos humanos. Ainda, isso leva à superação simplista de uma abordagem que divide direitos em negativos e positivos, já que aqui também se trata de noções complementares, já que às vezes direitos positivos (ou de subsistência) requerem a ação de abstenção de ação, enquanto direito de negativos (ou de segurança) também demandam ação positiva com o intuito de serem plenos.

often shattered by the experience of hunger and the destruction of their way of life." (O'NEILL, 1980, p. 267).

Tudo isto pode conduzir às seguintes questões: É isto o suficiente? Provar a existência de um grupo de direitos conforma o caminho para a superação de uma pobreza sem precedentes? De acordo com O'Neill uma abordagem tal como a da Convenção Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais falha quando se ausenta em atribuir claros deveres. Isto não seria tomar os direitos a sério, mas sim transformar os direitos em manifestos vazios, cuja realização não pode ser exigida pelos demais (O'NEILL, 1986, p. 101).

Voltando-se para o agir

O discurso dos direitos humanos é inequivocamente predominante e Onora O'Neill atribui isto principalmente a um deslocamento da discussão acerca do certo para a discussão acerca do direito. Este deslocamento garante a institucionalização de padrões éticos através das declarações em esfera internacional, o que aparenta ser um sintoma da supremacia atual do plano jurídico. E isto não prospera muito sem que se façam presentes certos problemas, especialmente no que diz respeito à realização verdadeira da ação comprometida em relação aos direitos humanos.

O deslocamento acima indicado consequentemente desvia a atenção dos deveres, olhando para longe das obrigações a respeito das quais nenhum direito corresponde (O'NEILL, 1986, p. 100). Obrigações sem direito são deveres imperfeitos a respeito dos quais ninguém pode esperar possuir uma reivindicação em forma jurídica. Assim, a confiança real na justiça social acaba sendo direcionada para as obrigações perfeitas que, como tais, contêm portadores de direitos específicos e correspondentes responsáveis por obrigações¹⁰.

¹⁰ "Holders of rights can press their claims only when the obligations to meet these claims have been allocated to specified bearers of obligations." (O'NEILL, 1986, p. 100).

Mas a formação histórica dos direitos humanos envolve instâncias políticas e temas de soberania que travam e impossibilitam a alocação de deveres claramente, o que finda por transformar os direitos em direitos-manifesto (sem correspondência real de deveres). O ponto forte da linguagem dos direitos – a correlação com deveres perfeitos reivindicáveis – resulta numa quimera: os deveres perfeitos nunca são totalmente alocados, embora as pessoas genuína e legitimamente se comportem como reivindicadoras de direitos. É isto que as convenções internacionais, tratados e cartas acabam por expressar – que os direitos humanos não atribuem explicitamente a quem cabe o fardo de os realizar:

For a hungry person, positive and justiciable rights to food are to be sure better than abstract rights that are not justiciable: but those who know how to grow, harvest, store and cook food are more useful, and having the food is better still. [...]. First-order obligations to respect liberty rights must be universal, but second-order obligations to ensure that everyone respects liberty rights must be allocated. There is no effective rule of law without law enforcement, and law enforcement needs law enforcer who are assigned specific tasks [...]. Nevertheless, the asymmetry between abstract liberty rights and abstract rights to goods and services is convincing: we can know who violates a liberty right without any allocation of obligations, but we cannot tell who violates a right to goods or services unless obligations have been allocated. (O'NEILL, 2009, pp. 425 – 426).

O'Neill defende que a perspectiva dos direitos desloca todo o debate sobre o agir corretamente para a reivindicação de direitos. Assim sendo, a discussão acaba por adotar a visão estreita do agente que reivindica ações dos demais

(O'NEILL, 2009, p. 101). Um tema como o combate à fome mundial, enquanto não se vale de um direito negativo e nem tampouco de um direito de caráter especial numa relação entre partes, não pode encontrar solução a não ser que obrigações sejam alocadas claramente (então não faz grande diferença se um direito se fizer presente aqui, a não ser que este direito seja estritamente conectado a um dever).

A partir disso a autora entende que questões sobre justiça social acabam abordadas de modo excessivamente circunscrito à ausência de direitos. A luta por direitos, por assim dizer, captura todo o vocabulário da justiça social. Este é um tipo de “rebaixamento” da beneficência, que acaba gerando problemas para a própria linguagem dos direitos, uma espécie de dilema: no que diz respeito às ações direcionadas à pobreza faz-se necessário provar sua “legalidade”, sob pena de, falhando a prova, as ações quedarem no âmbito da mera caridade e voluntarismo aleatórios.

Para promover ações morais, então, a estratégia dos deveres parece mais efetiva do que a estratégia dos direitos. Até direitos de liberdade que se conformam ao padrão tradicional de direitos negativos (ou de segurança), por mais universais que sejam ainda assim demandam reforço local de agentes específicos, já que tais direitos são frágeis sem que haja instituições que assegurem o cumprimento dos deveres ao invés da supressão deles (O'NEILL, 2013).

Ao enfatizar que a argumentação baseada em direitos é melhor estratégia para a justificação de direitos naturais, alguns autores chamam atenção para a importância dos direitos humanos como um padrão de denúncia de arranjos institucionais e legislação local. Os movimentos de direitos humanos entendem que os direitos humanos representam um ponto de vista moral de “outsider”, com o qual se pode criticar e vindicar contra deveres e práticas institucionalizadas. Mas isto, dirá O'Neill, não necessariamente tem de ser realizado por uma linguagem baseada em direitos:

However, an ethical vindication or criticism of institutional rights need not appeal to natural or human rights at all. For example, if we could show that obligations to feed the hungry are ethically fundamental, the institutional structures by which they were secured would simultaneously secure some statutory rights to food (see Sen, 1984; Shue, 1984). Or if consequential reasoning showed that public provision of food was of great benefit, the institutions and practices which achieve it would also institutionalize rights to food. (O'NEIL, 1986, p. 106).

A principal razão aqui atribuída à supremacia dos direitos, novamente, é sua relação com uma prevalência jurídica na cultura ocidental do século XVIII até o presente, com a provável causa disso sendo relacionada ao caráter de deveres perfeitos dos direitos de liberdade, que atribuem deveres que permitem aos portadores de direitos tornarem-se reivindicadores de direitos. No entanto, submeter isto ao escrutínio detalhado em questões como a pobreza, como faz O'Neill, mostra que é apenas parcialmente eficiente como estratégia de combate à fome e à destituição. A razão para isso é que a efetividade e a mudança concreta requerem ação objetiva acerca de bens e serviços ("welfare rights"), que dependem principalmente da atribuição de deveres.

Obrigações e uma visão normativa dos direitos humanos

A tarefa real quanto a problemas complexos como o combate à fome é discutir e decidir o papel desempenhado por atores internacionais e locais em suas obrigações para com os pobres. Ganhar um direito a alguma necessidade básica não muda nada se esse direito for reduzido à tipologia de "direito-manifesto", sem deveres alocados a respeito desse direito. Os

principais documentos de direitos humanos na esfera internacional alocam vagamente deveres dos estados signatários direcionados à realização desses direitos. Isto também se apresenta no projeto de Nickel, o que será retomado mais à frente.

Mas isso não é suficiente, já que a alocação de deveres por parte dos estados pode ser considerada, no máximo, um primeiro passo (O'NEILL, 2013). Isto claramente precisa ser ampliado, especialmente considerando-se que um dever pode requerer capacidades específicas que estão presentes em agentes específicos que, por sua vez, podem falhar na tarefa designada. Trata-se, assim, de uma jornada de caráter político:

We take rights seriously only if we take the corresponding duties seriously, and we take the duties seriously only if we take a realistic view of the capacities of those who are to carry the duties and thereby respect and protect others' rights. This means that we have to recognize where and why capacities to carry the duties that rights demand are fragile or overburdened. Genuine concern for human rights is not shown by parading our idealism and ignoring the real burdens on those who are to respect and protect others' rights. (O'NEILL, 2013).

Não levar os direitos a sério significa adotar uma visão aspiracional dos direitos humanos, e isto se mostra quando se passa a misturar direitos universais (que são vindicáveis contra todos os demais, mas ainda necessitam de reforço local para sua efetividade) ou direitos especiais (que requerem uma relação especial entre os agentes para que se tornem vindicáveis) com direitos de bem-estar ("welfare rights"), ou direitos a bens e serviços (que não são universais nem especiais). Aqui as obrigações são comumente estabelecidas sem direito correspondente, mas ainda assim são obrigações: "if we take rights seriously and see them as normative rather than aspira-

tional, we must take obligations seriously” (O’NEILL, 2009, p. 427).

Tomar as obrigações seriamente coloca algum peso sobre a justificação dos direitos humanos. Se os direitos humanos são universais e pré-institucionais, as obrigações correspondentes também o serão. Isto cria uma responsabilidade massiva sob os ombros de cada agente moral (por exemplo, toda pessoa tem a mesma obrigação moral de ação em relação à pobreza, incluindo aí os pobres e os multibilionários). Por outro lado, a estratégia de compreensão dos direitos humanos como direitos institucionalizados gera deveres circunstanciais. Esses deveres estão, então, circunscritos aos signatários dos tratados de direitos humanos e isto significa não-universalidade e não-atemporalidade.

O projeto de James W. Nickel escapa desses problemas justificando direitos sociais e econômicos como direitos humanos através da ligação efetuada com o argumento de Shue, acima mencionado. Nesta perspectiva, bens e serviços são partes necessárias da efetiva completude das necessidades humanas básicas e dos direitos de liberdade. O’Neill ratifica este tipo de raciocínio. O que ela abertamente critica como ilegítimo é a estratégia de considerar os direitos humanos como normativos e reivindicáveis, por um lado, enquanto, por outro, abrem-se exceções para alguns direitos universais sem a contrapartida das obrigações. Obrigações são essenciais e a sua ausência, no caso de direitos de bem-estar, compromete todo o propósito da empreitada.

Outro ponto criticado por O’Neill é mais estritamente relacionado com a excessiva centralidade do estado nos documentos de direitos humanos, especialmente na questão de as convenções internacionais não apenas exigirem respeito pelos direitos humanos, mas também estabelecerem que os estados devam assegurar o cumprimento desse respeito em geral. Na visão da autora isto acaba sendo esperar demasiado dos estados, não lhes demandando apenas o respeito (obrigações de primeira ordem) pelos direitos, mas ainda mais, qual

seja, que promovam o respeito dos outros (estados, corporações, indivíduos) pelos direitos (obrigações de segunda ordem). Crê O'Neill que é indesejável que os estados-parte, tão comumente desrespeitosos acerca de direitos humanos, sejam eles próprios a assegurar o respeito desses direitos:

Given these realities, it may be worth reconsidering whether all second-order obligations to secure human rights should lie with states. Perhaps some of them should lie with powerful nonstate actors, such as transnational corporations, powerful non-governmental organizations, or major religious, cultural, and professional and educational bodies. The assumption that states and states alone show hold all the relevant obligations may reflect the extraordinary dominance of state power in the late twentieth century, rather than a timeless solution to the problem of allocating obligations to provide goods and services effectively. (O'NEILL, 2009, p. 432).

Então o lado negro dos direitos humanos, por assim dizer, mora também no campo institucional que eles estruturam, com a predominância estatal. Alyssa R. Bernstein, num trabalho intitulado *Human rights, global justice, and disaggregated states: John Rawls, Onora O'Neill and Anne-Marie Slaughter* (2007), explicitamente atribui a O'Neill um projeto de justiça global com diminuição da confiança no Estado e maior apoio em corporações e entidades não-governamentais. De fato, a perspectiva de Onora O'Neill é crítica ao liberalismo político na sua confiança na linguagem dos direitos. Essa confiança liberal resulta numa posição baseada na visão de que não há outras obrigações para além daquelas que conformam questões de justiça (BERNSTEIN, 2007).

Essas críticas a respeito dos estados parecem ressoar contra a tentativa de James W. Nickel de clarificar o tema das

obrigações em seu trabalho sobre os direitos humanos. Ele estabelece cinco pontos de prioridade no que diz respeito aos endereçados com a responsabilidade pela realização dos direitos humanos:

In other writing I have proposed a complex view of the addressees of human rights which holds that (1) governments are the primary addressees of the human rights of their residents, with duties both to respect and to uphold their human rights; (2) governments have negative duties to respect the rights of people from other countries; (3) individuals have negative responsibilities to respect the human rights of people at home and abroad; (4) individuals have responsibilities as voters and citizens to promote human rights in their own country; and (5) governments, international organizations and individuals have back-up responsibilities for the fulfillment of human rights around the world. (NICKEL, 2005, p. 396).

Confiança reiterada em Estados é um tanto quanto crítica, já que a urgência de um quadro de pobreza sem precedentes requer imediatas ações e atitudes, significando uma ampla gama de agentes que devem estar cientes de suas obrigações. O foco nas obrigações também seria importante para o escrutínio e avaliação de práticas adotadas correntemente pelos agentes mesmos. Aqui o tema supera a mera observância da lei, requerendo engajamento em deveres e ações morais.

Reificação

O'Neill reconhece que o discurso dos direitos é poderoso por criar um ponto de vista geral e abstrato de acordo com o qual as pessoas podem ver a si mesmas como seres hu-

manos aptos a julgar instituições e práticas de fora dessas próprias instituições e práticas, numa mirada moral: “in certain contexts – but not in all – the rhetoric of rights may help empower the powerless” (O’NEILL, 1986, p. 116). Isto, entretanto, não é suficiente para agregar a necessária energia de ação daqueles que podem de fato perfazer mudanças concretas.

Direitos podem ter a consequência indesejável de obscurecer a cidadania, na medida em que o idioma dos direitos tende a priorizar uma postura reivindicatória direcionada aos outros, na busca pela concretização daquilo a que o possuidor de direitos se sente legitimado a requerer. Direitos certamente atingem um nível de universalidade que é diretamente conectado com a abstração da subjetividade universal que sustentam, e é nisso precisamente que O’Neill encontra problemas refletidos na atribuição de ações: onde o universal está presente, a indeterminação também parece estar: “with unmet or desires or preferences and with unspecified plans and potential for action (O’NEILL, 1986, p. 117).

Alguma vagueza na mensagem faz-se inevitavelmente presente e isto gera a consequência de uma crescente e disseminada cultura de direitos humanos, acompanhada de perto de uma crescente e disseminada violação de direitos. Esse vocabulário vago trata os direitos como coisas das quais as pessoas são portadoras, o que O’NEILL classifica como forma de reificação. Reduz-se, assim, todos os direitos a direitos de propriedade, como se alguém devesse dar ao possuidor desse direito aquilo a que ele está endereçado a possuir. Isso acaba sendo perigoso por ofuscar a correlação entre os deveres suportados por organizações e indivíduos e a realização dos direitos.

Tal temática é seminal no que diz respeito à pobreza (e à necessidade de bens e serviços), que não pode evitar a questão acerca de quem deve agir e como isto deve ser feito. Como as obrigações que não são de caráter nem universal nem especial devem ser alocadas para a efetividade dos resultados (O’NEILL, 1986, p. 119)? Questões como essa são deixadas de

lado pela vagueza da proeminência dos direitos humanos. A justiça distributiva coloca problemas a respeito de quem se beneficia com os arranjos sociais atuais e quem os comanda, mas isto não é para onde o discurso dos direitos está voltado: sua audiência é formada principalmente pelos destituídos (O'NEILL, 1986, p. 120).

Considerações finais

É possível concluir retomando a noção de pobreza rascunhada no início deste trabalho, em que se tentou superar as abordagens dualistas que dividem a pobreza em absoluta e relativa. Esses aspectos de uma visão mais abrangente da pobreza também requerem soluções mais abrangentes e complexas, com maior distribuição dos deveres e ações, num amplo debate. Como ensina Amartya Sen:

An adequate approach of development cannot really be so centered only on those in power. The reach has to be broader, and the need for popular participation is not just sanctimonious rubbish. Indeed, the idea of development cannot be dissociated from it. (SEN, 1999, p. 247).

No que diz respeito a políticas públicas, acerca das quais os Estados devem estar comprometidos, a perspectiva de direitos humanos parece adequadamente inserir uma linguagem inevitável e algumas necessárias ferramentas para o comprometimento de escala global. Mas isto não pode ser considerado o suficiente, especialmente sabendo-se que muitos aspectos da pobreza residem em realidades contextuais e locais que, assim, requerem o comprometimento de agentes que recebam tarefas de acordo com suas capacidades. Este último aspecto só é atingível através de uma noção que comece com o que devem fazer as poderosas organizações controladas por

poderosas pessoas, o que se espera delas, quais são suas obrigações e certamente quais ações elas não podem se imiscuir de praticar.

Este trabalho não avançará em aspectos mais detalhados da perspectiva obrigacional, já que sua preocupação principal foi reunir algumas críticas direcionadas à perspectiva dos direitos humanos quanto à pobreza. Isso já abre caminho para ulteriores investigações a respeito das obrigações direcionadas à pobreza global sem precedentes.

Referências

- ALCOCK, Pete. (1997) *Understanding Poverty*. 2nd ed. New York: Palgrave.
- BERNSTEIN, Alyssa R.. (2007) *Human rights, global justice, and disaggregated states: John Rawls, Onora O'Neill, and Anne-Marie Slaughter*. In: American Journal of Sociology and Economics. In: HICKS, Stevens; SHANNON, Daniel. *The challenges of globalization: Rethinking nature, culture, and freedom*. Malden, MA: Blackwell.
- NICKEL, James W. (2009) *A defense of welfare rights as human rights*. In: CHRISTIANO, Thomas; CHRISTMAN, John. *Contemporary debates in political philosophy*. Oxford: Wiley-Blackwell.
- NICKEL, James W. (2005) *Poverty and rights*. In: The Philosophical Quarterly (1950-), Vol. 55, No. 220 (Jul. 2005), pp. 385 – 402. Oxford: Oxford University Press.
- O'NEILL, Onora. (1986) *Faces of hunger – An essay on poverty, justice and development*. London: Allen & Unwin.
- O'NEILL, Onora. (2009) *The dark side of human rights*. In: CHRISTIANO, Thomas; CHRISTMAN, John. *Contemporary debates in political philosophy*. Oxford: Wiley-Blackwell.
- O'NEILL, Onora. (2013) *The moral perplexities of famine relief*. In: REGAN, Tom. *Matters of life and death – New introductory essays in moral philosophy*. New York: Random House.

- O'NEILL, Onora. (2013) *Why are human rights difficult?*. Huffington Post. Available at: http://www.huffingtonpost.co.uk/onora-O'Neill/why-are-human-rights-difficult_b_3244988.html.
- SEN, Amartya. (1999) *Development as freedom*. New York: Anchor books.
- SHUE, Henry. (1980) *Basic rights – Subsistence, affluence, and foreign U.S. policy*. Princeton: Princeton University Press.

INJUSTIÇA COMO HUMILHAÇÃO E DESRESPEITO EM AXEL HONNETH

Juliana Marques Saraiva¹
Universidade Estadual de Londrina

Introdução

A questão da justiça, em particular a questão da justiça social, é uma daquelas que preocupam os filósofos e teóricos políticos em geral, desde a Grécia antiga. A República de Platão e a Política de Aristóteles são obras que de alguma forma tratam desse tema. Agostinho não deixou de tratar da justiça em A cidade de Deus. O pensamento político moderno está pleno de obras centradas na questão da justificação da sociedade civil ou estado e consequentemente da sociedade justa. A modernidade em especial coloca o individualismo e os direitos individuais no centro do debate filosófico. Os indivíduos possuem direitos que podem reivindicar diante do estado e da sociedade. Locke ainda falava apenas dos direitos individuais como direitos de cidadãos proprietários, mas a sociedade contemporânea vê surgir o discurso dos direitos humanos e dos direitos sociais. O direito à igualdade social começa a ocupar um lugar preponderante no discurso político contemporâneo. A ideia básica inicial é que os indivíduos podem reivindicar da sociedade não apenas direito a igualdade formal perante a lei, mas também algum tipo de igualdade material. Essa igualdade material pode geralmente significar uma transformação da estrutura econômica da sociedade mediante a transferência de renda e riqueza, a fim de diminuir ou reduzir

¹ Mestranda em filosofia contemporânea na Universidade Estadual de Londrina e graduada em filosofia na Universidade Estadual de Londrina. (email:juliana_marques_saraiva@hotmail.com).

a desigualdade social existente. Entretanto, essas demandas por igualdade social por parte de movimentos sociais, que eram inicialmente apenas de redistribuição de recursos, com o tempo parecem começar a ganhar novos contornos, ou seja, começam a surgir demandas um pouco distintas, muito mais relacionadas com o reconhecimento de identidades subrepresentadas ou marginalizadas na sociedade.

As demandas das mulheres, que pareciam inicialmente mais centradas em questões de redistribuição de recursos financeiros, como igualdade de salário no mesmo tipo de emprego, ganham novos contornos com exigências que parecem exigir a mudança, não da estrutura econômica da sociedade, mas da cultura predominante, no momento eminentemente centrada na figura masculina. A eliminação do machismo, que parecia implicar não apenas uma maior alocação de recursos as mulheres, mas uma mudança na visão da mulher na sociedade de qual papel ela poderia ocupar. Era preciso modificar os padrões culturais da sociedade e as demandas por igualdade social das mulheres pareciam estar mudando seu foco das questões de redistribuição de recursos para as questões de reconhecimento das especificidades da identidade feminina. Outras demandas começaram com o tempo também a ganhar espaço na esfera pública, como as demandas por igualdades dos homossexuais, os quais claramente parecem estar muito mais preocupados em garantir um direito a um tratamento igual a sua identidade sexual do que exatamente uma redistribuição de recursos.

Alguns pensadores como Axel Honneth começaram a repensar a maneira como as teorias tradicionais de justiça e da igualdade social deveriam lidar com o problema da injustiça social e particularmente como seria a maneira mais adequada de responder a esse tipo de demandas. A ideia básica seria que, se se parte de um diagnóstico equivocado a respeito da situação problema da igualdade social, a tendência é buscar também uma solução equivocada ao problema. Por causa disso, esse estudo pretende examinar a maneira como

Axel Honneth e Margalit tratam das questões da injustiça e da humilhação e da falta de reconhecimento que normalmente estão envolvidas nesse tipo de situação. Nesse contexto, a questão da invisibilidade ocupa um papel central no pensamento de Honneth. Aqueles que são tidos como invisíveis na sociedade sofrem algum tipo de injustiça que pode ser classificada como uma falta de reconhecimento. O conceito de reconhecimento é um conceito central na explicação da dinâmica social das injustiças sociais no pensamento de Honneth. Ele acredita que até mesmo demandas por redistribuição podem ser explicadas como demandas por reconhecimento. Desse modo, esse estudo pretende tratar do conceito de invisibilidade tal como Honneth o desenvolve em sua obra *Luta por reconhecimento: a gramática das lutas sociais* e no artigo em coautoria *Recognition* de Axel Honneth e Avishai Margalit.

Formas de Injustiça: situações de *misrecognition*

Sentimentos sociais de injustiça surgem quando se percebe que medidas e regras institucionais estão faltando. O que conta como uma boa razão na legitimação de regras institucionais depende, para os indivíduos, se suas expectativas morais da sociedade são levadas em consideração. A experiência de injustiça acontece quando uma regra institucional, à luz de certos padrões aceitos, viola reivindicações bem específicas da ordem social. O problema que o conceito de reconhecimento busca resolver é entender essa multiplicidade de reivindicações e uni-las num mesmo centro ou núcleo. Os sujeitos enxergam procedimentos institucionais como injustos socialmente quando vêem aspectos de sua personalidade sendo desrespeitados, e acreditam ter direito ao reconhecimento. As experiências de injustiça dependem não apenas dos princípios de legitimação, mas também das diferentes expectativas de reconhecimento social. Os problemas na ordem do reconhecimento são as causas de sofrimento e injustiça social.

A noção de reconhecimento em Recognition

O artigo se inicia com o mote do livro “Homem invisível²”, atentando-se sobretudo para o fato de que na obra o narrador, exaltado, nos conta de sua invisibilidade. Aqueles que não o enxergam não são portadores de nenhuma deficiência física, mas sim brancos que se recusam a enxergá-lo como pessoa. Daqui partem os autores, numa proposta de definir etimologicamente a palavra reconhecimento, considerando não uma, mas duas acepções diferentes da palavra invisibilidade.

A parte um começa com uma triste constatação de que historicamente os superiores sempre, de uma forma ou de outra, encontraram modos de se distinguir de seus inferiores. Uma dessas maneiras era lhes negar a própria existência. Os membros da nobreza nunca tiveram problemas em despir-se na frente de sua criadagem, isso porque embora estivessem conscientes de sua presença física, era como se para eles, os servos não existissem. Ainda que fisicamente presentes, eram-lhes invisíveis. Outros exemplos vão desde passar pela criada que limpava as lareiras sem notá-la ou não se comunicar com aqueles que os serviam num jantar. Era como se o serviço fosse feito, sem alguém que o tivera executado. Isso acontecia porque, para os mestres, seus servos não tinham significado social algum. Essa indiferença, ou ainda, cegueira deliberada, era encarada pelos empregados como sinal de humilhação. São esses exemplos de uma invisibilidade figurativa, uma vez que obviamente os empregados ocupavam espaço no campo de visão de seus empregadores, que simplesmente se recusavam a perceber. Muito embora essa invisibilidade seja metafórica, aqueles invisíveis sentem seus efeitos de forma viva e real.

² O livro em questão é “Invisible Man” de Ralph Ellison, em que seu protagonista é um afro-americano que por sua cor de pele se torna invisível.

Há de se apresentar ainda uma outra invisibilidade, sua contrapartida, a visibilidade. Os seres humanos são visíveis uns aos outros, o que permite que nos identifiquemos com nossas características individuais – nos exemplos dados pelos autores, a moça com a risada alta, a faxineira de família portuguesa, ou ainda o rapaz do bagageiro do trem cuja tez é de uma cor particular. “Visibilidade, nesse sentido, designa mais do que mera capacidade de perceber, porque acarreta a capacidade de uma identificação individual elementar. (Honneth, 2001, p. 113)”, e enquanto a invisibilidade, em seu sentido estrito, significa que alguém se encontra fora do nosso campo visual, a visibilidade abarca uma percepção individual, física, mas interdependente de seu espaço-tempo e com características que nele atuam.

Dada essa distinção entre invisibilidade e visibilidade, podemos ponderar sobre a relação entre um empregado e seu patrão, sendo impossível dizer que aquele é invisível aos olhos de seu empregador, mas é fácil identificar que, no entanto, ele não lhe é visível. “Sugiro, por isso, que a visibilidade física implica uma forma elementar de identificação individual e, dessa forma, representa uma primeira e primitiva forma do que chamamos de ‘conhecer’” (Honneth, 2001, p. 113).

O fazer-se visível de uma pessoa vai além do processo cognitivo de enxergar alguém e identificar seus traços e peculiaridades; a ausência dessa visibilidade, ou seja, a invisibilidade é uma forma de humilhação.

O reconhecimento, em sua forma primária, pode ser ligado a essa questão da visibilidade. Cabe agora diferenciar entre conhecimento (*Erkennen*) e reconhecimento (*Anerkennen*). “Enquanto por ‘conhecer’ uma pessoa nos referimos a sua identificação como um indivíduo que pode ser gradualmente aperfeiçoada, por ‘reconhecer’ nos referimos ao ato expressivo através do qual esse conhecimento é conferido com sentido positivo e afirmativo” (Honneth, 2001, p. 115). O conhecer é

³ Do inglês, cognizing; do alemão, Erkennen.

tido ainda como um ato não-público, cognitivo, o reconhecer depende de um conhecimento público uma vez que o indivíduo a que se refere o reconhecimento tem de ter seu valor social assegurado.

Honneth e Margalit pretendem, nesse ponto, chegar à seguinte formulação: o ato de reconhecimento é uma copula entre identificação cognitiva e expressão. Uma pessoa é conhecida ao ser percebida por outrem, que confirma sua presença com uma expressão facial ou gesto qualquer. Isso, no entanto, não é garantia de reconhecimento. A obra “O Homem Invisível” que abre o texto parece tratar de um tipo de invisibilidade que não está conectada a um erro no processo de conhecimento, ou conhecer, do narrador personagem. Sua invisibilidade parece estar ligada a questões ligadas ao reconhecimento.

Parece necessário, para os autores, entender desde as primeiras formas de interação social, como o da criança com sua mãe ou ama. Seguindo as pesquisas de Daniel Stern⁴, entende-se como primeira necessidade para que a criança estabeleça vínculos sociais que haja uma reciprocidade entre suas ações e as ações dos outros para com ela. Reciprocidade é uma chave para o conceito de reconhecimento ao longo de todas as obras de Honneth, e aqui, no texto em questão, não se faz diferente. Retornando ao ponto da interação social infantil, um dos primeiros sinais de conhecimento que a criança esboça é a resposta ao sorriso, que é uma resposta afirmativa às suas necessidades de carinho e atenção. O que ocorre durante o amadurecimento é que esses reflexos ou respostas simples são substituídos por outros mecanismos de expressão do conhecimento, ou percepção de terceiros, chegando ao refinamento de ações afirmativas de reconhecimento. Nesse ponto “o reconhecimento exerce um caráter performativo porque as respostas expressivas que o acompanham simbolizam os meios práticos de reação que são necessários para se fazer justiça a pessoa reco-

⁴ Daniel Stern “*The First Relationship: Infant and Mother*” (Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977).

nhecida” (Honneth, 2001, p. 118). Chegamos ao seguinte cenário: o reconhecimento vem pela forma de gestos e manifestações mantendo com eles uma relação, nas palavras de Honneth, simbiótica, e pelos seus gestos, seres humanos garantem a validade social uns aos outros. Apenas tendo recebido ações positivas do conhecer é que sabemos que somos socialmente reconhecidos. No decorrer do texto, é citado Helmut Plessner, que diz que gestos de reconhecimento são ‘alegorias’ das ações morais. Honneth agora se empenha em compreender essa acepção.

Os gestos mais primários, como o exemplo da ama para com o bebê, como o sorriso e a afeição, indicam ainda as ações em que ela está disposta a se engajar pela criança. Da mesma forma se dá qualquer gesto para com outros indivíduos. Nesse sentido, os gestos expressivos são ações que possuem um caráter de meta-ação, já que aquele que esboça esse gesto simbolicamente endereça aquela ação que espera em retorno, e assim sucessivamente. Ações de reconhecimento têm, então, esse caráter de meta-ação, já que ao agirmos de forma a assegurarmos o reconhecimento de alguém deixamos claro como agiremos a partir daquele momento.

É importante entender que os atos expressivos que tem caráter de reconhecimento, e não meramente o conhecer ou perceber de outras pessoas, têm de demonstrar disposição a ações benevolentes e que assegurem a sua validade social. Atos expressivos de reconhecimento “representam que o indivíduo que age restringiu seu [...] egocentrismo a fim de se fazer justiça ao valor da outra pessoa como ser inteligente” (Honneth, 2001, p. 123).

Reconhecimento pode ser entendido, então, como o processo pelo qual o eu se afirma perante o outro, de modo que o outro se afirme também perante o eu. É necessário que para a constituição individual todas as particularidades sejam garantidas na relação intersubjetiva. Quando ocorrem erros nesse processo, surgem os problemas, ou *misrecognition*. Esses erros se devem a vários fatores externos, mas se dão no trato

de um indivíduo com relação a outro. Em casos em que se desrespeita a esfera da lei no processo de reconhecimento, é possível também que o erro se dê entre o indivíduo e uma instituição. A questão é, então, que a partir do momento que se identifica a raiz das lutas sociais, a saber, o reconhecimento, é possível pensar soluções. Soluções para o problema do reconhecimento é um tópico a qual se deveria dedicar uma nova pesquisa, o que não será o caso do trabalho que se apresenta, mas abre brechas para trabalhos vindouros. Honneth continua produzindo e é possível se pensar esse problema em obras recém-publicadas, bem como artigos e aulas.

Referências

- HONNETH, A. MCCARTHY, Y. OFFE, C. ALBRECHT, W.; (1992) *Philosophical Interventions in the Unfinished Project of Enlightenment*. MIT Press, Cambridge.
- HONNETH, Axel. (1995) *The struggle for Recognition: The moral grammar of social conflicts*; translated by Joel Anderson, The MIT Press, Massachusetts.
- HONNETH, Axel; MARGALIT, Avishai. (2001) *Recognition; Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, Vol. 75 pp. 111-139.
- HONNETH, A; (2007) *Disrespect: The Normative Foundations of Critical Theory*. Polity Press, Cambridge.
- HONNETH, A; (1993) *The Critique of Power: Reflective Stages of a Critical Social Theory*. Translated by Kenneth Baynes. MIT Press, Cambridge.
- HONNETH, A. (2004) La théorie de la reconnaissance: une esquisse . *Revue du MAUSS*, No 23, p. 133-136.
- LIMA, Erick. (2015) Reconstrução Normativa e Socialidade da Razão: Notas sobre a discussão contemporânea em torno da noção Hegeliana de reconhecimento. *Síntese, Revista de Filosofia*. No 137, p. 365-387.

WERLE, Denilson Luis. (2015) Reconhecimento e Autonomia na teoria da justiça de Axel Honneth. *Síntese, Revista de Filosofia*. No 137, p. 401-421.

“Desde Platão tem sido suscitada a questão se filósofos devem se ocupar com o governo - se bem que os papéis propostos por eles têm variado. Mas antes de discutir as possibilidades eu deveria fazer uma advertência. Procurar salvação política dos filósofos é como procurar salvação nacional de um retorno à religião. Tudo depende de a que religião se é suposto retornar. Eu duvido que pudéssemos esperar que resultasse algo muito bom de uma conversão em massa à religião do Astecas, por exemplo, ou ao fundamentalismo islâmico do Aya-tollah Khomeini. É preciso escolher seus filósofos com igual discernimento”.

Richard Hare

CONCEPÇÃO:
GRUPO DE PESQUISA
TEORIAS DA JUSTIÇA/UEL

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-93565-06-9

