

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

13

Madrid/Espanha

2015

ORGANIZADORES

PROFA. DRA. MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAUJO

PROF. DR. JEFFERSON APARECIDO DIAS



Teoria do Direito
Filosofia do Direito
História do Direito

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

13

Madrid/Espanha
2015

ORGANIZADORES

PROFA. DRA. MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAUJO

PROF. DR. JEFFERSON APARECIDO DIAS

Teoria do Direito
Filosofia do Direito
História do Direito



Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

DIRETORIA – CONPEDI

Presidente: Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul: Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior – UFRGS

Vice-presidente Sudeste: Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste: Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu – UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo: Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto: Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

CONSELHO FISCAL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA (suplente)

Representante Discente: Mestrando Caio Augusto Souza Lara – UFMG (titular)

SECRETARIAS

Diretor de Informática: Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais: Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional: Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica: Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos: Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional: Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Madrid, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid
[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Maria Lírída Calou de Araujo, Jefferson Aparecido Dias. – Madrid :
Ediciones Laborum, 2015.

V. 13

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-84-92602-98-8

Depósito legal : MU 1210-2015

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Teoria do Direito. 3. Filosofia do Direito. 4. História do Direito. I. Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid/Espanha.

CDU: 34

APRESENTAÇÃO

Durante los días 7 a 9 de septiembre de 2015, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, en Madrid (España), sobre el tema “Participación, Democracia y Ciudadanía en la Perspectiva del Derecho Iberoamericano”.

La celebración del Encuentro de Madrid, se gestó durante el I Encuentro Internacional en la Universidad de Barcelona, coordinado por el Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UB.

Para la preparación del evento se nombraron dos coordinadores, por parte española, el Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM, y por parte brasileña, la Profa. Dra. Clerilei A. Bier, del Departamento Administração Empresarial - Esag/Udesc.

Una vez recibido el beneplácito de las autoridades académicas de la UCM se procedió a nombrar un Comité organizar compuesto por:

Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera

Decano de la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.

Dra. Cristina Amunategui Rodríguez

Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.

Dra. Carmen Otero García Castrillón

Vicedecana de Posgrado y Títulos Propios. Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Dra. Rosario Cristóbal Roncero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dra. Francisca Moreno Romero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como es normal en estos eventos internacionales, los trabajos preparatorios fueron muy intenso tanto en Brasil como en España, donde colaboraron tanto el equipo de CONPEDI, como el equipo de colaboradores de la Profa. Bier.

La respuesta de los profesores doctores brasileños fue excelente, presentado más de 400 trabajos para su evaluación. Igualmente la respuesta de los profesores de la

Facultad de Derecho fue bastante razonable (alrededor de 50) teniendo en cuenta que las fechas elegidas eran tiempo no lectivo y que muchos profesores disfrutaban de sus vacaciones veraniegas.

También la crisis económica que se instalaba en Brasil, dificultó que muchos ponentes se trasladaran a Madrid. No obstante la participación fue bastante numerosa, 300 profesores brasileños y españoles de todas las ramas del Derecho se reunían en Facultad de Derecho de la UCM para exponer y discutir sobre los temas de mayor actualidad y relevancia jurídica y social! TODO UN ÉXITO!!.

Llegaba el día señalado. El Acto solemne de inauguración se celebró el día 7 de septiembre a las 18,00, se realizó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y al mismo asistieron 300 profesores, el Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España, Dr. Javier San Martín, la representación de la Embajada de Brasil en España, la Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Gabinete del Rector de la UCM, Dra. Isabel Fernández Torres, así como todos los Presidentes de las distintas mesas de trabajo.

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

Prof. Dr. Carlos Andradás Heranz

Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.

Catedrático de Direito del trabajo y de la seguridade social da Universidade Complutense de Madrid.

Dr. Rafael Catalá

Ministro da Justiça da Espanha.

Prof. Dra. Carmen Otero Garcia- Castrillón

Vice-Decana Relaciones Internacionales e Interinstitucionales de la Facultad de Derecho – UCM.

Prof. Dr. Raymunto Juliano Rego Feitosa

Professor Adjunto Direito Tributario.

Presidente do CONPEDI.

Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM
Coordinador Espanhol do Encontro.*

Tras las interesantes intervenciones de todos los participantes, se procedió a impartir la lección magistral inaugural a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional de España, Dr. Francisco Pérez de los Cobos, que versó sobre “Los límites del control de constitucionalidad”.

Al finalizar, se procedió a entregar las placas de agradecimiento a los miembros del Comité organizador y al Coordinado español, Prof. Jose Luis Tortuero. Finalizando el acto con la llegada de la Tuna de la Facultad de Derecho para tocar y cantar el himno universitario por excelencia el “gaudeamus igitur”

Terminado el acto inaugural todos los participantes asistieron a un excelente cocktail en los jardines de la Facultad de Derecho, propiciándose un tiempo ideal para compartir y saludarse.

El martes, día 8, se celebraron los talleres de exposición y debate de las ponencias. Fueron siete talleres que durante todo el día (des las 9 h. hasta las 19 o 20 h.) profesores brasileños y españoles reflexionaron sobre los temas investigación de mayor actualidad en todas las Áreas jurídicas. Cada Taller inicio su andadura con la conferencia de un profesor español especializado en cada tema y de renombrado prestigio. La valoración final fue el alto nivel de los trabajos presentados y de los debates... TODO UN ÉXITO.

El encuentro finalizo el día 9 en el Congreso de los Diputados, donde al finalizar la interesante visita institucional y las fotos de recuerdo, nos reunimos en la Sala de Columnas para proceder a la Clausura del Encuentro. Las palabras de clausura correspondieron al Presidente de CONPEDI, Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, y al coordinador español, Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza. La excelente conferencia de clausura corrió a cargo del Dr. Julio V. González García, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, sobre el tema “Globalización, Democracia y Parlamento”.

El III Encuentro Internacional CONPEDI fue todo un éxito y recibió el apoyo y reconocimiento de todas las instituciones vinculadas al mundo jurídico, desde la academia, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Parlamento español. También participo la Embajada de Brasil en España. En definitiva nuestro Congreso y nuestro trabajo investigador tuvieron en España una extraordinaria relevancia.

Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UCM.

Profa . Dra. Clerilei A. Bier

Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.

Prof. Dr. Orides Mezzaroba

Secretário Executivo do CONPEDI.

SUMÁRIO

A Centralidade da Jurisdição como Fonte Reveladora do Direito: A Busca da Cientificidade Perdida <i>José Laurindo de Souza Netto</i>	8
A Escola do Constructivismo Lógico-Semântico e os Limites da Interpretação: uma (Re)Conceituação do Tributo no Brasil <i>Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça e Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro Pacobahyba</i>	29
A Importância do Método Escolástico-Tomista de Ensino para o Desenvolvimento da Formação Universitária <i>Claudio Pedrosa Nunes</i>	51
A Injustiça Legal como Vício do Juiz que Julga: Uma Continuidade na Diferença Paradigmática entre São Tomás e Habermas <i>José Marcos Miné Vanzella e Lino Rampazzo</i>	67
A Moralidade na Constituição Brasileira e os seus Efeitos na Administração Fazendária <i>Demetrius Nichele Macei e Antônio Carlos Diniz Murta</i>	94
Como se Chegou aos Valores? O Problema da Jurisprudência e a Interpretação da Lei <i>Vinicius Almada Mozetic e Paulo Roberto Ramos Alves</i>	121
Democracia Participativa e Acesso à Informação como Instrumento do Cidadão na Tutela Coletiva <i>Lucas de Souza Lehfeld e Neide Aparecida de Souza Lehfeld</i>	132
Direito e as Novas Utopias <i>João Luiz Stefaniak e Silvana de Souza Netto Mandalozzo</i>	152

Ensino Jurídico na Perspectiva da Luta por Reconhecimento de Direitos dos Jovens no Brasil: O Lugar do Outro no Aprendizado <i>Francisco Cardozo Oliveira e Josiane Rose Petry Veronese</i>	167
Lei Natural, Lei Positiva e os Tupinambás nos <i>Ensaíos</i> de Michel Montaigne <i>Daniel Machado Gomes</i>	187
Limites Éticos Jurídicos da Biotecnologia no Século XXI <i>Melissa Cabrini Morgato e Edinilson Donisete Machado</i>	202

A CENTRALIDADE DA JURISDIÇÃO COMO FONTE REVELADORA DO DIREITO: A BUSCA DA CIENTIFICIDADE PERDIDA

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Graduação do Curso de Direito do Grupo Uninter e do Curso de Mestrado da Universidade Paranaense (Unipar). Supervisor Pedagógico da Escola da Magistratura do Paraná. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR). E-mail: professorlaurindo@terra.com.br

Resumo

O artigo problematiza o significado e a importância da aplicação do direito na atualidade, visando à investigação da existência da passagem da centralidade da lei para a jurisdição e suas consequências no sistema jurídico. Ultrapassando a mera demonstração ou negação da criação judicial do direito, concentra-se o estudo em procurar níveis mínimos de cientificidade para a decisão, por intermédio de uma leitura interdisciplinar que permita uma interação entre diversos campos do conhecimento. Numa perspectiva evolucionista e histórica, relacionou-se a jurisdição com a hermenêutica, filosofia e sociologia, e estimulou-se um diálogo entre estas categorias visando construir critérios que atendam às exigências de cientificidade para a jurisdição, combatendo a sua volatilidade e os decisionismos.

Palavras-chave

Jurisdição; Fontes do direito; Cientificidade.

Abstract

The article problematizes the meaning and the importance of the law's application nowadays, aiming to investigate the existence of the passage from law's centrality to jurisdiction's centrality and its consequences in the juridical system. Going beyond the demonstration or denial of the jurisdictional creation of the law, the study focuses in searching minimum levels of scientificity for the decision, through an interdisciplinary lecture that allows an interaction between many fields of knowledge. In an evolutionist and historical perspective, it was related the jurisdiction with this categories, aiming to

build criteria that fulfill the exigencies of scientificity to the jurisdiction, fighting against its volatility and decisionisms.

Key words

Jurisdiction; Sources of Law; Scientificity.

1. Introdução

O problema que se levanta no presente artigo refere-se ao significado e a importância da aplicação do direito na atualidade. O objetivo é investigar a existência da passagem da centralidade da lei para a jurisdição¹ e suas consequências no sistema jurídico.

A questão a ser entendida não é de demonstrar ou negar a criação judicial do direito, mas consiste em buscar níveis mínimos de cientificidade para a decisão, por intermédio de uma leitura interdisciplinar que permita uma interação entre os diversos campos do saber.

Relacionando a jurisdição com a hermenêutica, filosofia e sociologia, discorre-se sobre as evoluções das dessas categorias, sobretudo as suas rupturas epistemológicas. A perspectiva evolucionista foi adotada levando-se em consideração que “[o] conhecimento é uma aventura em aberto, o que significa que aquilo que saberemos amanhã é algo que desconhecemos hoje, e esse algo pode mudar as verdades de ontem.” (COUTINHO, 2014)

Através da contextualização dos saberes, estimulou-se um diálogo entre as vertentes explicitadas visando construir critérios que atendam às exigências de cientificidade para a jurisdição, combatendo, por isso, a sua volatilidade e os decisionismos.

A pesquisa é importante diante dos novos aportes teóricos surgidos com a evolução da complexidade da sociedade contemporânea, alinhando-se no eixo temático do Programa de Mestrado da Unipar. O interesse está na utilização prática dos temas abordados com implicações no sistema jurídico brasileiro, tão afetado e pela falta de previsibilidade e cientificidade das decisões, que indicam a relevância da pesquisa.

Assim, para se discutir esses assuntos, o artigo é apresentado em quatro capítulos: no primeiro, aborda-se a importância da aplicação do direito e a busca de sua cientificidade; no segundo, são analisadas as implicações da prevalência da jurisdição; nos demais, desvelam-se os pontos de interação entre as categoriais.

1 Neste sentido, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Julgar não é gerenciar*. Folha de São Paulo. 26/09/2014. Opinião.Tendências/Debates. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/09/1523485-tercio-sampaio-ferraz-junior-julgar-nao-e-gerenciar.shtml>. Acesso em 07/11/2014.

2. A Importância da Aplicação do Direito na Atualidade

A atuação do poder jurisdicional tem assumido relevância nunca antes vista, sendo que as características do tempo que vivemos vêm modificando substancialmente o papel do direito, sobretudo na perspectiva da sua aplicação judiciária.

A importância crescente da justiça, com a explosão dos pedidos, fez com que ela se transformasse numa parte cotidiana do processo político. Para Garapon, o aumento do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social, originando-se da depressão social que se expressa e se reforça pela expansão do direito. (GARAPON, 2001, p. 19). Na atualidade, além de uma função técnico-científica, aos juízes se exige uma função axiológica, com a valoração das ideias que iluminam o direito.

O pensamento filosófico contemporâneo mais recente mostra a aplicação judiciária do direito, considerando o jurídico essencialmente na perspectiva do judiciário². No dizer de Lênio Streck, “*é o império dos enunciados assertóricos que se sobrepõem à reflexão doutrinária.*”. (STRECK, 2010, p. 88)

Antoine Garapon assinala que “*o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos mais relevantes deste final do século XX*” (GARAPON, 2001, p. 24).

A força normativa da Constituição e, especialmente, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional são fatores que explicam a prevalência da lei e o declínio da jurisdição.

A ampliação do acesso à Justiça e a expansão da litigiosidade pela tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, são marcas inegáveis da difusão da jurisdição constitucional, a culminar com o chamado ativismo judicial.

Na transformação do Estado Liberal em Estado Constitucional (MORAIS, STRECK, 2010, p. 87) surgiu uma jurisdição caracterizada por uma nova dogmática de interpretação baseada em princípios e direitos fundamentais. Neste contexto, a jurisdição assumiu função de constatar a adequação da lei aos comandos constitucionais, compreendendo e extraíndo o significado compatível com os valores, através das técnicas de controle de constitucionalidade. Da lógica da subsunção da norma, passou-se para a lógica da ponderação dos princípios, os quais assumem o patamar de norma jurídica juntamente com as regras, tendo como conteúdo os valores.

2 Como fazem, por exemplo, Paul Rincœur (RINCOEUR, Paul. **Teoria da Interpretação**. Trad. Artur Morão. Edições 70, 1996) e John Rawls (RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1971).

A jurisdição surge então como um mecanismo para as sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram.

Entretanto, a tendência cientificista que alcançou o direito, com a extensão dos métodos das ciências sociais para as leis da “física social”, se mostra insuficiente para seu processo de legitimação.

A cientificidade, que nasceu com o pensamento positivista, advinda dos silogismos e justificada pela segurança pretendida, não se apresenta mais capaz para legitimar a jurisdição, a qual, imersa na subjetividade, reclama novo método de atuação para a construção de uma nova racionalidade.

A ponderação principiológica como fundamento traz consigo a problemática das peculiaridades e contingências dos casos concretos, exigindo uma justificativa dos critérios em que um princípio prevalece sobre outro. (ALEXY, 1999).

A busca da sua cientificidade passa, pois, pela motivação da decisão, operada no campo do conhecimento, o qual, alargado por métodos científicos orientadores da jurisdição, torna-se o instrumental adequado para enfrentar a crise de racionalidade.

No Século XIX, com a metafísica, Kant, influenciado pelas ideias do idealismo transcendental, apresenta a sua crítica da razão e mostra os limites do conhecimento. N’A Crítica da Razão Pura (KANT, 1999), a obra mais significativa da filosofia moderna, mostra a existência de dois mundos: o mundo da experiência sentida e o mundo das coisas em si, incognoscíveis.

Para Kant o mundo seria aquilo que dele fazemos, não são os fatos que nos ditam, mas o valor que nós lhes atribuímos. Cossio aduz que ao interpretar “*não basta pensar na conduta como fato externo representado na lei, mas sim que tem que viver o sentido jurídico dessa conduta, recriando-o na sua própria consciência, sem o qual não pode conhecê-la como conduta porque esse conhecimento é compreensão de seu sentido*”. (COSSIO, 1964, p. 533)

O pensamento empirista, que dominou o espírito cientificista do Século XIX, situando o conhecimento na experiência adquirida pelos sentidos, influenciou o estudo dos fenômenos sociais, regido pelo princípio da causalidade, pois todos os fenômenos dependeriam uns dos outros, relacionando-se reciprocamente.

A substituição do pensamento científico dominado pela ideia da causalidade e do rigor lógico formal pelo pensamento teleológico concebe a formação da jurisdição como resultante de aspirações sociais.

Nesse contexto, a necessidade de cientificidade da jurisdição se apresenta como exigência de convalidação e legitimidade, e está vinculada à aferição de correção das decisões, incidindo diretamente sobre a sua justificativa.

3. As Implicações da Prevalência da Jurisdição como “Condutores” ou “Isolantes” de Cientificidade

Dentre as implicações da prevalência da jurisdição, existem aquelas que se configuram como condutores de cientificidade, como a discricionariedade judicial, o consequencialismo e o contextualismo, e outras que ao contrário funcionam como “isolantes”, tais como os decisionismos, as arbitrariedades e a (in)segurança jurídica.

3.1. (In)segurança Jurídica

A noção da segurança jurídica adveio da Revolução Francesa pois segundo a ideia de Thomas Hobbes, a necessidade de segurança teria levado o homem a sair do estado de natureza para elaborar o pacto social, conduzindo-o à criação de um ordenamento social submetido à ordem jurídica. (HOBBS, 2006)

Como consequência das ideias individualistas, a jurisdição teve por base esta concepção de segurança jurídica, com a ideia de que o direito para ser ciência deve ser orientado por um método de obtenção de certeza e previsibilidade, a partir de uma concepção estática do processo.

A previsibilidade das decisões davam ao indivíduo a certeza e segurança de seus direitos, assentados nos postulados de liberdade e igualdade. De acordo com a filosofia política do Século XVIII, centrada no princípio da soberania nacional e separação dos poderes, somente a lei poderia limitar a liberdade dos indivíduos. Impossibilitava-se assim a jurisdição de participar da criação do direito, pois, de outro modo, estaria usurpando os poderes do legislador, único intérprete autorizado do direito natural.

A supremacia da lei tornou-se patente com a declaração de Robespierre feita na Sessão de 18.11.1790: “*Esta palavra jurisprudência dos tribunais... deve ser eliminada do nosso idioma. Num Estado que tenha uma constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é outra coisa senão a lei.*” (Apud GENY, 1925, p. 88)

A compreensão da segurança jurídica, no quadro atual de prevalência da jurisdição, passa pela análise da natureza jurídica do processo. A explicação dada pela teoria da situação jurídica de James Goldschmidt, na obra *Prozess als Rechtlage* 1925, desvela a falsa noção de segurança trazida pela teoria do processo como relação jurídica estática, com direitos e deveres estabelecidos entre as partes e o juiz. (GOLDSCHMIDT, 2002)

Acentuando o dinamismo processual, a teoria revela a transformação da certeza própria e peculiar do direito material para a incerteza da atividade processual, pois considera o processo uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as chances que, bem aproveitadas, permite que a parte

se liberte das cargas probatórias e caminhe em direção a uma decisão favorável. (LOPES JR., 2010, p. 43)

A teoria abala a segurança jurídica, pois conduz a uma “*epistemologia de incerteza*” (LOPES JR., 2010, p. 45), afetando, via de consequência, a previsibilidade da decisão.

Os riscos inerentes à realidade processual geram instabilidade à certeza da norma. Para Goldschmidt a incerteza é consubstancial às relações processuais, posto que a decisão judicial nunca pode ser prevista com segurança, diante da igualdade processual. (LOPES JR., 2010, p. 46) Insere-se, pois, a incerteza como elemento constitutivo da própria jurisdição, impossibilitando a previsão com segurança da decisão.

3.2. *Arbitrariedade e Decisionismos*

À época do absolutismo monárquico, o poder era exercido colocando-se em primeiro lugar a autoridade e depois a lei, cuja legitimidade repousava na circunstância de se configurar como expressão da vontade desta autoridade. A lei valia para traduzir a vontade do soberano, gerando um clima de insegurança social. A jurisdição, então, torna-se um preposto da vontade soberana, pois que os julgamentos se fundamentam na convicção pessoal do julgador, imperando suas convicções e experiências pessoais.

Entretanto, foi Carl Schmitt que esboçou o decisionismo como teoria jurídica, revelando as relações existentes entre direito e política. Para este pensamento, o fundamento último do direito seria uma decisão política do soberano, e a fonte jurídica estaria no comando e autoridade de uma decisão final. (SCHMITT, 1934).

A jurisdição decisionista estabeleceria o justo através de uma decisão pessoal, segundo a ciência privada do julgador, podendo estar em conflito com a legalidade, previsibilidade e segurança que o Estado de Direito visa tutelar, revelando-se vazia de cientificidade e condutora de arbitrariedade. (MACEDO JR, 2001)

As máximas de experiência e senso comum do julgador configuram-se meramente como valores aproximativos da verdade³, sendo regras de experiência e cultura gerais, extraídas da observação da sociedade, não podendo conferir certeza e cientificidade diante da relatividade em que operam. (LOPES, 2002, p. 68-69)

A aplicação do direito baseada na teoria dos decisionismos dá margem a decisões fundadas em alto grau de subjetividade, resumindo-se, muitas vezes, à formatação do direito por intermédio da valoração essencialmente pessoal do julgador. (LORENZETTI, 2009, p. 33)

3 Nesse sentido se posicionou Eduardo Couture para quem o progresso da ciência é constituído pela derrogação de algumas máximas de experiência por outras mais exatas e atuais. Em: COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma. 1974, p. 272-273.

Tal postura conduziria à total imprevisibilidade e o incremento do arbítrio, com potencial perigo à cientificidade da jurisdição.

3.3. *Discrecionalidade Judicial*

Os debates acerca dos limites da discrecionalidade cresceram na mesma proporção que se passou a discutir a expansão da jurisdição para a tutela dos direitos fundamentais. A jurisdição adquiriu conteúdo finalístico, com novos métodos de interpretar o texto normativo, com adoção de princípios programáticos e teleológicos, ocorrendo, assim, a expansão da discrecionalidade judicial, diante da preocupação do Estado em materializar os direitos.

A discrecionalidade não se confunde com a arbitrariedade. Discrecionalidade existe quando há duas respostas jurídicas, cada qual igualmente correta no que tange ao direito, forçando então o juiz a fazer sua escolha em conformidade até mesmo com padrões extrajurídicos.

As decisões obrigatoriamente reclamam um certo grau razoável de intelecção, como uma atividade característica do próprio exercício da jurisdição, possuindo o juiz uma margem de escolha, configurando-se, assim, um instrumento de libertação das amarras de um ordenamento estático que se torna conflitante com a realidade social.

Como adverte Lênio Streck, deveria ser despiciendo acentuar que a crítica à discrecionalidade judicial não é uma proibição de interpretar. (STRECK, 2010, p. 87) A discrecionalidade cognitiva envolve o próprio raciocínio jurídico de interpretação da lei para sua aplicação, configurando-se no encadeamento de argumentos lógicos e axiológicos que embasam a fundamentação de uma decisão.

Para Mauro Cappelletti, a grande questão não seria discutir se existe ou não atitude criadora dos julgadores, mas sim o controle “*do grau de criatividade e dos modos, limites, aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais*”. (CAPPELLETTI, 1993, p. 20)

Para Hart, poderia, na ausência de vinculação legal, nos casos de omissão da lei, o juiz usar o poder discricionário para proferir a decisão, como forma de liberar-se dos casos concretos que urge resolver. Nos casos juridicamente não regulados, deveria então o juiz exercer o poder discricionário e criar direito novo. (HART, 1994, p. 6)

O juiz Hércules, de Dworkin, por meio do manejo dos princípios, se apresenta como potencial criador de direito novo, na medida em que a sua decisão for consistente com a história, submetendo-se ao imperativo da integridade. (DWORKIN, 1999)

3.4. *Consequencialismo / Contextualismo*

Consequencialismo é uma vertente do pragmatismo jurídico que traz a figura do juiz preocupado em equilibrar a segurança que o direito visa conferir e a flexibilidade necessária

para que eles possam melhorá-lo por meio das suas decisões. Traz consigo a proposta de condicionar a adequação jurídica de uma decisão à valoração das consequências vinculadas à decisão e as suas alternativas.

Apresenta-se como um critério científico (extrajurídico) de adequação através de uma orientação prospectiva-argumentativa, não bastando não se afastar das decisões tomadas em casos semelhantes do passado, sendo necessário compreender a decisão enquanto precedente para o futuro. Exige-se, pois, da jurisdição uma confrontação com o futuro, um diálogo com situações que se apresentam como imperiosas no seu enfrentamento, possibilitando, assim, um controle das suas proposições por intermédio da antecipação das consequências.

O contextualismo implica que qualquer proposição seja julgada a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais, sendo que a preocupação de contextualizar é diretriz imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁴

Na verificação dos fundamentos de cientificidade da jurisdição será sempre necessária uma análise retroativa, mas sobretudo uma postura voltada para frente, consubstanciando na compreensão dos resultados. O paradigma consequencialista exerce uma nítida função de controle quanto à justeza e ao impacto social provocado pela decisão. A metodologia comparativo-consequencialista permite a comparação entre as possíveis hipóteses de solução e seus respectivos desdobramentos no contexto social.

4. Da Jurisdição Positivista para a Jurisdição Criadora

4.1. Da Jurisdição Positivista

Nos Estados liberais a jurisdição refletia a filosofia individualista dos direitos. O modelo napoleônico de organização Estatal, então vigorante, não se preocupava com as necessidades sociais, dirigindo atenções à exegese formal da dogmática. No iluminismo racionalista a norma estava desconectada de uma indagação de sua justiça intrínseca. O dogma da completude da lei não admitia a existência de lacunas como forma de evitar a distorção do espírito legal. A interpretação era vedada, sendo a tarefa da jurisdição voltada unicamente para resgatar o direito violado através da aplicação mecânica das normas, sob a lógica da subsunção e do silogismo.

O Estado Liberal sempre buscou uma jurisdição capaz de oferecer certeza e segurança, através de regras vinculantes, num processo decisório sistemático, legal, racional e

⁴ Lei nº 12.376/2010. Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

formal. A racionalidade do modelo de cientificidade em que se fundamentou a jurisdição liberal individualista, lastreada numa concepção normativista, se apresentou como reação contra a magistratura exercida de forma parcial e abstrata, pela nobreza do antigo regime.

A jurisprudência dos conceitos (FERREIRA, LIMA, 2008, p. 02), desenvolvida por Georg Friedrich Pucha, na Alemanha, consistiu em uma corrente de pensamento filosófico que apresentou a ideia do direito, como um sistema lógico-dedutivo edificado em conceitos que se comunicam numa estrutura sistêmica piramidal. O conceito inferior vem compreendido de acordo com o conceito superior a que se integra, desconsiderando o contexto em que se insere. Trata-se de uma maneira da ciência se referir a objetos que estão no mundo e, portanto, o conceito não é parte da realidade em si, mas do modelo explicativo que a ciência cria. Essa análise de extração dos conceitos fundamentais das normas jurídicas foi considerada o primeiro passo na construção de uma ciência do direito, pois considerava os textos legais como suporte de significações do legislador.

A visão reducionista do direito como um sistema completo e autossuficiente possibilitou à jurisdição apenas uma interpretação exegética. Com o formalismo lógico da lei, lhe foi retirada qualquer possibilidade criativa, pois com o rigor conceitual seriam desnecessárias considerações de justiça material dos resultados.

4.2. Da Jurisdição Transformadora

Após a revolução industrial da Inglaterra, com o surgimento do capitalismo, o liberalismo se revelou ineficiente para os problemas vitais. O declínio do liberalismo fez emergir o Estado Social intervencionista. O liberalismo econômico e o individualismo filosófico do século XIX foram transformados no intervencionismo social keynesiano e no solidarismo do século XX.

Neste período superou-se a concepção de que as questões ideológicas e políticas do Estado estariam apartadas e fora do alcance do controle jurisdicional, conferindo à jurisdição um papel ativo para equalizar os interesses. Nesta concepção o (neo)constitucionalismo se apresentou como superação do positivismo jurídico. (SANCHÍS, 2008, p. 325-353). Segundo Lenio Luiz Streck “... *significa ruptura, tanto com o positivismo como o modelo de constitucionalismo liberal (...)*.” (STRECK, 2009, p. 8-9)

Esta nova configuração estatal propõe uma ampliação do rol dos intérpretes da Constituição para incluir outras instâncias, o que favorece a consolidação de uma ordem democrática preocupada com a concretização, efetivação e aplicação dos direitos fundamentais.

A extração do significado, a partir dos direitos fundamentais, exigiu da jurisdição tutela e proteção como deveres de atuação em prol da efetividade. A atuação judicial se

tornou, pois, exigência de um direito à tutela efetiva, cabendo a jurisdição assegurá-la adequadamente.

Com a necessidade de extração do significado constitucional da norma, numa concepção semântica, alterou-se substancialmente o papel da jurisdição, fazendo a moral parte do ponto de vista interno do direito. Além de uma função técnica-científica, à jurisdição foi exigida uma função axiológica, voltada para os efeitos, trazendo como consequência o risco da falta de controle jurídico das decisões, e a possibilidade de que casos iguais sejam tratados de maneira desigual, com a desestabilização das expectativas.

5. Da Hermenêutica Clássica para a Hermenêutica Filosófica

A palavra hermenêutica etimologicamente remonta ao verbo grego *hermeneuein* (interpretar) e ao substantivo *hermeneia* (interpretação). O estudo da hermenêutica pode ser dividido em duas fases. Aquela clássica que engloba a teleológica, a época grega, o período romano, a baixa Idade Média e a idade Moderna, e aquela filosófica que, a partir de Schleiermacher, culmina com as obras “Ser e Tempo” de Heidegger e “Verdade e Método”, de Gadamer. (MACIEL, 2010, p. 364).

5.1. Hermenêutica Clássica

Inicialmente relacionada aos oráculos, a hermenêutica mantém estreita ligação com a interpretação de textos religiosos, confundindo-se com a própria história do cristianismo. O termo apareceu nas obras de Platão, Aristóteles, Xenofonte, Plutarco, Eurípedes e outros, estando voltada para a transmissão de uma mensagem entendida muito mais como técnica, com a função de esclarecer, traduzir algo que não estava claro. (MACIEL, 2010, p. 365-366).

A partir do império romano as normas passaram a ser interpretados pelos prudentes que “*em busca da ‘prudentia’ na solução de casos concretos, não se contentavam em entender o texto da lei, mas buscavam compreender o seu significado nos efeitos práticos produzidos na vida das pessoas, formando a jurisprudentia (juris prudente)*”. (MACIEL, 2010, p. 368).

A grande força criadora do direito romano ocorreu com a interpretação. Miguel Reale assevera que a decadência do mundo romano começou quando a lei passou a prevalecer sobre jurisdição como fonte reveladora do direito. (REALE, 1973, p. 170)

Na idade média, os glosadores e pós-glosadores no Século XI reelaboraram os textos romanos do *Corpus Iuris Civilis*, e, utilizando-se de um método gramatical-filosófico, delinearão o início de uma doutrina de interpretação.

Na idade moderna, as tradicionais escolas de interpretação (exegese e dogmática) floresceram num campo de elevado grau de legalismo, visando preservar os postulados

de segurança jurídica. Assim, leva-se às últimas consequências a teoria da separação dos poderes com o entendimento de que se o juiz tivesse liberdade para interpretar poderia ocorrer a tirania, por isso a submissão do magistrado ao legislador.

A jurisdição deveria apenas buscar a chamada a vontade do legislador, com a utilização do método o gramatical ou literal, pois não aceitava quaisquer outras fontes senão a própria lei, representando todo o Direito existente, considerada obra perfeita e completa, não se aventando a possibilidade da atividade criativa da jurisprudência.

No final do século XIX, com a visão humanista da escola histórico-evolutiva passou-se a ver como imprescindível a atuação do magistrado no auxílio do legislador, adaptando a norma aos novos tempos, buscando-se a vontade autônoma da própria lei, extraída pela jurisdição, com a ideia principal de adaptar a velha lei.

As atenções foram voltadas para a finalidade social do direito, concebido como fato social. A atuação da jurisdição liberta-se, então, das estritas amarras da lei, dirigindo-se para as finalidades prementes da sociedade. Nasce assim a conexão entre direito e sociedade, com a formação das escolas do direito livre, jurisprudência dos interesses, livre investigação científica e jurisprudência sociológica.

5.2. *Hermenêutica Filosófica*

Somente com a cientificização do direito teorizou-se sobre a hermenêutica filosófica. A partir das ideias de Husserl⁵ e Heidegger⁶, a hermenêutica entrou ‘no vasto campo das problemáticas filosóficas’, superando assim a base epistemológica da filosofia da consciência.

O pensamento da diferença ontológica que perpassa toda a obra de Heidegger é ponto de partida para sua crítica ao mundo contemporâneo. (HEIDEGGER, 1957, p. 282). Trata-se de buscar um novo modelo de pensar, em que o ser não é um ente, logo, não pode ser pensado do mesmo modo.

Hilton Japiassu define círculo hermenêutico como “o método hermenêutico ou interpretativo” segundo o qual “toda compreensão do mundo implica a compreensão da existência e reciprocidade”. (JAPIASSU, 1996, p.45) O círculo hermenêutico foi tratado por vários jus filósofos, tendo sua ideia sido desenvolvida por Friedrich Schleiermacher, Martin Heidegger e Georg Gadamer.

5 Para Husserl, a fenomenologia é um método e uma atitude (Denkhaltung): a atitude especificamente filosófica, o método especificamente filosófico (Idee der Phän., «Husserlinnn» II, Haia, 1950, p. 23). HUSSERL, Edmund. **Meditações Cartesianas: Introdução à Fenomenologia**. Trad. Frank de Oliveira, São Paulo: Madras, 2001, p.21/23.

6 Presentes sobretudo nas obras: HEIDEGGER, Martin. **Identité et Différence**, In: Questions I, Paris, Gallimard, 1957 e HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I, trad. Márcia de Sá Cavalcante, 8ª Ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

Segundo as ideias de Heidegger, o conhecer existencial só se dá com a compreensão do ser-ai. Compreender é dar sentido ao mundo para transformá-lo a partir do Dasein, entendido como *“o ente que cada um de nós somos e, que entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar”*. (HEIDEGGER, 1999, p. 38) Dasein ou ser-ai é o termo por ele utilizado para retratar a existência da realidade humana. (HEIDEGGER, 1999, p. 32)

A compreensão seria o aperfeiçoamento de uma antecipação, dado pela pré-compreensão, sujeita a alterações. Os valores anteriores (pré-compreensão) que o homem possui em função de estar no “mundo” são instrumentos para adquirir consciência.

Gadamer também destaca uma necessidade de uma pré-compreensão, apresentando uma hermenêutica essencialmente filosófica, baseada na relação entre compreensão, interpretação e aplicação. O intérprete, na visão de Gadamer *“não deve ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta na qual se encontra”*. Compreender para Gadamer seria reconhecer um sentido vigente na aplicação, pois a compreensão da lei se expressa em cada situação concreta e de maneira nova e distinta. (GADAMER, 1997, p. 487)

6. Da Filosofia da Consciência à Filosofia da Linguagem

6.1. Filosofia da Consciência

O pensamento jurídico, a partir da modernidade, começa pela origem do paradigma da filosofia da consciência.

Segundo Agostinho Ramalho: *“a noção de sujeito enquanto sujeito cognoscente, agente do processo do conhecimento e como tal referindo a um objeto suposto cognoscível, ou seja, apreensível pelo conhecimento racional e pela atividade de investigação científica, é um produto da modernidade”*. (MARQUES, 1994, p. 79 e ss.).

Para esta matriz de pensamento, a construção cognitiva da realidade ocorre com o sujeito, sendo o processo de conhecimento intermediado pela consciência humana.

As categorias do pensamento kantiano exerceram forte influência no paradigma da consciência, principalmente pela construção de um sistema de metafísica fundado num “procedimento do motivo da razão pura” (KANT, 1999, pg. 48) .

Na relação entre o sujeito cognoscente e o objeto, o criticismo kantiano procurou revelar as possibilidades e os limites do conhecimento que estão vinculados à percepção.

Na atualidade cresce a corrente que contesta a razão universalista moderna, considerada hegemônica e dominante. (LUCHI, 1999, p.20)

Habermas retém que a filosofia da consciência está esgotada para o pensamento crítico da sociedade contemporânea, trazendo a ideia da racionalidade comunicativa como resgate da modernidade.

Para Lênio Streck, o paradigma da consciência concebe o direito como aquilo que a jurisdição quer que ele seja, numa concepção de mundo que entende o modo de decidir como vontade do intérprete, possibilitando discricionariedades e arbitrariedades. O autor assevera que a utilização exacerbada e sem controle de princípios constitucionais tem sido instrumento para exercício da mais ampla discricionariedade. (STRECK, 2010, p. 48) Identifica no neoconstitucionalismo uma tendência a estabelecer que a jurisdição deve decidir segundo aquilo que ela sente, de acordo com a sua consciência e da forma como melhor lhe aprover. Compreende o livre convencimento como “*fruto do casamento do positivismo jurídico com a filosofia da consciência*”. (STRECK, 2010, p. 50-51). O autor adverte que: “*o que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende e não pode depender de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto) como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete.*” (STRECK, 2010, p. 87).

6.2. Filosofia da Linguagem

O esgotamento do paradigma da filosofia da consciência ou da razão fulcrada no sujeito conduz a uma transformação em direção ao paradigma da filosofia da linguagem. A partir da terceira década do século XX, a filosofia da linguagem configura-se como um novo paradigma da filosofia, ocorrendo o giro linguístico pragmático.

A linguagem é objeto de estudo de varias ciências que consideram o signo como referencial inicial. Lucia Santaella e Winfried North trazem o conceito de signo de Charles Sanders Peirce como “*aquilo que sob certo aspecto ou modo representa algo para alguém*”. (SANTANELLA, NORTH, 1999, p. 46) A semiótica é definida por Noth como “*a ciência dos signos e dos processos significativos (semiose) a natureza e na cultura*” (SANTANELLA, NORTH, 1999, p. 46). Levinson divide a semiótica em sintática ou sintaxe, que trata do “*estudo das propriedades combinatórias das palavras e suas partes*”; em semântica que aborda o “*estudo do significado*”; e em pragmática que cuida do estudo linguístico. (LEVINSON, 2007, p. 6).

A sintaxe limita-se, assim, a dimensão sígnica da linguagem, ou seja, a uma abordagem meramente linguístico-gramatical, importando o conjunto de palavras significativas que expressam uma ideia.

A semântica se preocupa com a dimensão proposicional da linguagem, ou seja, o significado de um enunciado. A pragmática preocupa-se com o uso dos signos, isto é, com a relação entre os signos e os sujeitos da linguagem, ou com o intérprete e sua relação contextual com os signos.

No âmbito da jurisdição, a pragmática cuida das formas de comunicação e os procedimentos utilizados na decisão jurídica, fornecendo critérios para a determinação do significado da regra jurídica.

Ocupa-se, assim, da análise dos contextos em que as normas jurídicas são produzidas e utilizadas para a constatação dos seus sentidos, adquirindo uma concepção antimecanicista e antilinear.

O modo de pensar semântico-pragmático pressupõe a variação dos sentidos em função da situação comunicativa, pois a relação existente não é mais entre sujeito-objeto, mas entre sujeito-sujeito.

Nessa concepção, as teorias consensuais da verdade e do agir comunicativo elaboradas por Habermas (HABERMAS, 1990, p. 123-125) ganham relevo, pois enquanto o agir comunicativo afasta a possibilidade da significação se estabelecida fora do processo de comunicação, o consenso ocorre apenas quando o falante tenta fazer-se entender pelo ouvinte, e este aceita o que foi dito.

7. Da Sociologia Clássica para a Sociologia Crítica

7.1. Sociologia clássica

A sociologia clássica nasceu no contexto positivista. Teve seu início com Auguste Comte,⁷ quem lhe deu a definição de objeto e método. Era considerada “Física Social”, e tinha a metodologia de investigação da ciência da natureza biológica (biologia, antropologia). Inspirava-se no Darwinismo social, que acreditava na evolução da espécie para aperfeiçoar e garantir a sobrevivência, ou seja, na competição natural que resultaria na sobrevivência dos seres mais aptos e evoluídos.

Tende-se a ver nas escolas positivistas o começo da sociologia como uma nova disciplina, um conjunto de discurso autônomo, ligado às ideias desenvolvidas no âmbito da filosofia política e liberal clássica da Europa do Século XVIII e XIX. O método positivista da sociologia buscava descrever objetivamente a realidade social, propiciando a exatidão do conhecimento sociológico através da preservação do distanciamento entre sujeito e objeto, bem como através da neutralidade axiológica.

As ideias do “fato social” e “coerção social”, trazidas por Émile Durkheim, em sua obra “Regras do Método Sociológico” (1895) (DURKHEIM, 2002) e o pensamento sociológico voltado para a diversidade de Max Weber⁸ conduzem os estudos da sociologia a um estágio mais avançado, superando o darwinismo social.

7 Por exemplo, em COMTE, A. **Système de politique positive ou traité de Sociologie instituant la Religion de l’Humanité**. 3ème ed. 4 v. Paris : Larousse, 1890.

8 Presente sobretudo nas obras: WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Pioneira das Ciências Sociais, 1999. _____. **Ciência e política: duas vocações**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Obra-Prima de Cada Autor, 80). _____. **Sobre a teoria das ciências sociais**. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Moraes, 1991.

A elaboração pragmática dos pressupostos sociológicos para uma teoria da jurisdição ocorreram no quadro desta concepção liberal do Estado de Direito, sobre as ideias dos princípios humanitários iluministas.

7.2. *Sociologia Crítica*

A partir dos anos 30, a sociologia contemporânea caracterizou-se pela tendência a superar as teorias próprias do positivismo. Numa reviravolta teórico-conceitual, Niklas Luhmann apresentou o pensamento sistêmico como radical revisão dos postulados da teoria sociológica tradicional. (LUHMANN, 1980).

Desvinculado da filosofia da consciência, apresentou uma visão autonomizada e autopoietica da sociedade. Luhmann afirmou que o comportamento social em um mundo altamente complexo exigiria a efetivação das expectativas comportamentais. O direito seria visto como uma estrutura que define os limites das interações na sociedade, permitindo que cada ser humano possa esperar, com um mínimo de garantia, o comportamento do outro e vice-versa. No livro “Legitimação pelo procedimento” Luhmann defendeu que a estrutura direito só pode ser chamada de legítima quando for capaz de produzir a aceitação generalizada de suas decisões. (LUHMANN, 1980).

A partir da teoria dos sistemas de Luhmann, os precedentes judiciais transformaram-se em referência para a interpretação do próprio direito em decisões subsequentes. O precedente judicial é um fenômeno que nasce das circunstâncias que embasam o conflito, sendo adotado como técnica de estabilização do ordenamento jurídico. (WAMBIER, 2008). Os efeitos do seu caráter vinculante é o ponto de partida para a análise da auto-poiese do direito, na qual está atrelado, na medida em que a legitimação decisional vem consubstanciada na possibilidade de aplicações em casos subsequentes e análogos.

8. **Conclusões**

A tarefa da jurisdição se agigantou diante da lei em decorrência do grau de complexidade e desenvolvimento da sociedade e das novas necessidades carecedoras de regulamentação.

Com a incorporação dos direitos e princípios fundamentais na Constituição Federal, e a solidificação da ideia de que o justo só ocorre no caso concreto, a jurisdição, instrumentalizada pelas aspirações sociais, apresenta-se prestigiada em relação à lei como fonte reveladora do direito.

Entretanto, impõe-se advertir que a prevalência da jurisdição não permite o juiz o poder de livre criação do direito, a seu bel prazer, pois tal postura conduziria à total

imprevisibilidade e ao incremento do arbítrio, com potencial prejuízo à igualdade substancial das partes e ao princípio da certeza jurídica.

A sociedade complexa pugna por uma objetividade científica na racionalidade jurisdicional, como condição de possibilidade de um modelo de um conhecimento crítico da realidade.

As exigências de racionalidade, de cientificidade devem ser inseridas na práxis judiciária, para dar bases aceitáveis à decisão feita a partir da construção empírica do fato.

Todo fenômeno jurídico é invariavelmente um fenômeno social, sendo que a regulação da sociedade através da jurisdição parte das práticas sociais e não o contrário. A jurisdição, enquanto complexo de regulação da vida social interfere na configuração das relações em sociedade, pois o juiz interpreta a consciência social e, ao fazê-lo, ele modifica a consciência que interpreta.

O verdadeiro problema da cientificidade, portanto, consiste em compreender o raciocínio do juiz à luz das garantias de racionalidade e razoabilidade, ciente de que a interpretação da lei pela jurisdição resultará em posição de significados, ocultando sempre uma opção axiológica.

O repensar epistemológico permite a possibilidade de inserir novos paradigmas e novos padrões jurídicos articulados de maneira a alcançar patamares mínimos de cientificidade. Os princípios epistêmicos propostos por uma jurisdição científica têm por objetivo trazer à plena consciência os objetivos não declarados do sistema jurídico.

A ideologia da segurança significa maior estabilidade, mas o direito deve ser dinâmico, acompanhando as várias transformações que ocorrem na sociedade, devendo por isso, às vezes, ser sacrificada a segurança em prol de outros valores sociais de justiça material mais prementes.

A discricionariedade judicial não se confunde com a arbitrariedade, configurando-se como uma atividade intelectual que permite a criação do direito.

Nenhuma lei deve ser compreendida sem o conhecimento das condições efetivas, pois o sentido da lei depende das circunstâncias em que foi elaborada e o fim que procurou atingir. Daí porque na jurisdição ter-se-á sempre presente as circunstâncias e as consequências da finalidade visada pelo direito.

O pensamento lógico-dedutivo esvaziou o papel criador da jurisdição, fechando o Direito da influência de outras ciências. A ausência de transdisciplinariedade levou a jurisdição a uma falta da compreensão da realidade enquanto interconexão de saberes.

A hermenêutica jurídica filosófica instrumentaliza a jurisdição para a criação de significativo como uma instância reveladora dos pressupostos ideológicos das leis. Nessa perspectiva, a aplicação do direito passa a ser vista como um processo criativo do intérprete que

implica uma anterior pré-compreensão que deve ter em conta as condições individuais e sociais que penetram no compreender jurídico. Constata-se, então, que o juiz não apenas aplica a lei em concreto, mas colabora ele mesmo, através de sua decisão, para a renovação do Direito. A circularidade hermenêutica também se configura como uma ferramenta indispensável para o controle das arbitrariedades.

No processo da escolha de significantes, a filosofia da linguagem serve para revelar como o juiz imuniza a decisão com elementos retóricos.

A análise da relação entre precedente judicial e autopoiese, estabelecida na matriz teórica da teoria dos sistemas de Luhmann concebe o precedente judicial como instrumento de diminuição de complexidade da sociedade e como critério de cientificidade.

A construção de cientificidade da jurisdição se torna imperiosa para a sua possível utilização para casos futuros similares, passando pela substituição da operação normativa-dedutiva para aquela casuística indutiva, se situando na *ratio decidendi* da motivação.

9. Referências

- ALEXYS, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad: Ereito Ganzón Valdez. Madrid, 1999.
- ANDRADE, Cristiano José de. **A hermenêutica jurídica no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- ARENDT, Hanna. **Condition de l'homme moderne**. Traduzido do inglês por Georges Fradier. Paris, Calmann-Lévy, 1961 e 1983.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- BASTOS, Cleverson Leite. CANDIOTTO, Kleber B. B. **Filosofia da Linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2007.
- BOUVIER, Pierre. **Le lien social**. Paris, Gallimard, 2005.
- BREZZI, Francesca. **Dizionario dei termini e dei concetti fiolofici**. Roma, Tascabili Economici Newton, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- COELHO NETTO, J. Teixeira. **Semiótica, Informação e Comunicação: diagrama da teoria do signo**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.
- COMTE, A. **Système de politique positive ou traité de Sociologie instituant la Religion**.

- COSSIO, Carlos. **Teoría Ecológica Del derecho y El Concepto Jurídico de Libertad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.
- COUTINHO, João Pereira. **Será que Deus existe?** Publicado em Folha de São Paulo em 23/09/2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/joaopereiracoutinho/2014/09/1520303-sera-que-deus-existe.shtml>. Acesso em 11/11/2014., às 10hrs e 22min.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma. 1974.
- de l'Humanité**. 3ème ed. 4 v. Paris : Larousse. 1890.
- DURKHEIM, Émile. **Les règles de la méthode sociologique**. Paris: Flammarion, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **La giustizia in toga**. Roma, Laterza, 2010.
- _____. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- EDELMAN, Bernard. **Quand les juristes inventent le réel: la fabulation juridique**. Paris: Hérmann Éditeurs, 2007.
- FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. In: Anais do Simpósio Nacional de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 20 a 22 de maio de 2010. Tradução de André Karam Trindade. Conceito Editorial.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Julgar não é gerenciar**. Folha de São Paulo. 26/09/2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opinioao/2014/09/1523485-tercio-sampaio-ferraz-junior-julgar-nao-e-gerenciar.shtml>. Acesso em 07/11/2014.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser e LIMA, Maria Beatriz Gomes de. **História do pensamento jurídico: hermenêutica e modernidade**. Publicado em 10/01/2008. In: <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/25241.html>.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meuer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GENY, Francisco. **Método de interpretación y fuentes de derecho privado político**. 2ª edição, Madrid, ed. Reus, 1925.
- GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HEIDEGGER, Martin. **Identité ET Différence**, In: Questions I, Paris, Gallimard, 1957.
- _____. **Ser e Tempo**. Parte I, trad. Márcia de Sá Cavalcante, 8ª Ed., Petrópolis: Vozes, 1999.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.
- HUSSERL, Edmund. **Meditações Cartesianas: Introdução à Fenomenologia**. Trad. Frank de Oliveira, São Paulo: Madras, 2001.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 4ª Edição revista e atualizada da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- JAPIASSU, Hilton. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3ª Ed. Rev e ampliada. RJ: Jorge Zahar, 1996.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Col. os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- KNAPP, Viktor. **La scienza del diritto**. Roma: Laterza, 1978.
- LEVINSON, Stephen. C. **Pragmática**. Trad. Aníbal Mari & Luis Carlos Borges. . Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2007.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. 5ª Edição Revista e Atualizada até Janeiro/2010. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.
- LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. São Paulo: RT, 2009.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição. Brasília. UNB, 1980.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad 2 (2001).
- MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional na História do Direito**. In: Hermenêutica Constitucional aos 22 anos do Grupo de Estudo Maria Garcia. Org. Jerson Carneiro Gonçalves Jr., Lucia Elena Polleti bettini, Eduardo Ribeiro Moreira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus Editora, 2008.

- MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Temas de filosofia do direito: decisão, argumentação e ensino**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- MORAIS, José Luis Bolzan de & STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NALINI, José Renato (coord.). **Curso de Deontologia da Magistratura**. São Paulo: Saraiva, 1992.
- OLVEIRA JR., José Alcebíades. **Politização do direito e juridicização da política**. In: Sequência: estudos políticos e jurídicos. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Volume 17, nº 32, 1996.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Manole, 2002.
- _____. **Sociologia do processo civil: as novas lides e o processo civil**. 1ª Edição. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica e Editora, 2013.
- PINTO, João Batista Moreira. **Direito e novos movimentos sociais**. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- PROGREBINSCHI, Thamy. **O que é pragmatismo jurídico**. Disponível em <http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>. Acesso em 11/11/2014 às 10hrs 54 min.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo, Editora José Bufhatsky, 1973.
- Revista Dix-Huitième Siècle nº21. **Montesquieu et la Révolution**. Société française d'étude du 18 siècle, 1989.
- RINCOEUR, Paul. **Teoria da Interpretação**. Trad. Artur Morão. Edições 70, 1996
- SANCHÍS, Luis Pieta. **'Principio júris' – Uma teoria Del derecho no Neo-constitucionalista para el Estado Constitucional.Doxa**. Cuadernos de Filosofia Del Derecho, Alicante, nº 31, 2008.
- SANTAELLA, Lucia & NÖTH, Winfried. **Semiótica: Bibliografia Comentada**. São Paulo: Experimento, 1999.

- SANTOS, Boaventura de Souza. CHAUÍ, Marilena. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.
- SCHMITT, Carl. **Über die drei arten des rechtswissenschaftlichen**. Hamburg : Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.
- SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem**. Em Revista de Direito Administrativo nº 248, 1988.
- SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermeneutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2ª Edição revista e ampliada. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TARDE, Gabriel. **Les transformations du droit: étude sociologique**. Paris: Berg International Editeurs, 1994.
- TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como Aula Magna dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação no ano letivo de 2001. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Edição do IBEJ, 2001.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo n.179. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Pioneira das Ciências Sociais, 1999.
- _____. **Ciência e política: duas vocações**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Obra-Prima de Cada Autor, 80).
- _____. **Sobre a teoria das ciências sociais**. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Moraes, 1991.

A ESCOLA DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO: UMA (RE)CONCEITUAÇÃO DO TRIBUTO NO BRASIL

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: liridacalou@unifor.br

FERNANDA MARA DE OLIVEIRA MACEDO CARNEIRO PACOBAHYBA

Doutoranda em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Auditora Fiscal Jurídica da Receita Estadual. E-mail: pacmara9@yahoo.com.br

Resumo

A questão em torno dos resíduos sólidos, problemática oriunda dos efeitos deletérios de uma sociedade de consumo, pós-industrial, pós-moderna, na qual se evidenciam riscos imprevisíveis, expõe a complexidade das relações atuais e acaba por promover uma maior concatenação nas divisões tradicionais dos ramos do Direito. Nesse ponto, vê-se que o estudo combinado do Direito Ambiental com o Direito Tributário faz-se mais do que necessário, especialmente ao se confrontar a gestão dos resíduos sólidos com a logística reversa. Diante disso, foi instituída a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS), por meio da Lei nº 12.305/10, elencando um conjunto de princípios, objetivos e instrumentos para uma gestão integrada dos resíduos sólidos. Dentre os instrumentos previstos na PNRS, destaca-se a utilização de incentivos fiscais em atividades econômicas que se coadunem com o desenvolvimento sustentável, sendo este o objeto de investigação deste trabalho científico. A partir de uma pesquisa de natureza bibliográfica, descritiva e exploratória, verifica-se que o desenho dos incentivos fiscais na PNRS deve ser o mais amplo possível, em especial ao se tomar como paradigma o ICMS. Trata-se do tributo estadual mais importante e que tem revelado importantes vieses, ao serem estruturados incentivos fiscais que favorecem a implementação de sistemas de logística reversa. A partir de uma experiência adotada no Estado do Ceará, conclui-se que tal incentivo fiscal há de ser levado a discussão no âmbito do CONFAZ, visando a engajar outros entes federativos, com

vistas a de alcançar resultados mais frutíferos de estímulo no gerenciamento dos resíduos sólidos pelas empresas brasileiras.

Palavras-chave

ICMS; PNRS; Incentivos Fiscais; Logística Reversa; Confaz.

Abstract

The question around the solid waste problem arising from the deleterious effects of a consumer society, post-industrial, postmodern, in which are evidenced unpredictable risks, exposes the complexity of current relationships and ultimately promote greater concatenation in the traditional divisions branches of law. At this point, it is seen that the combined study of Environmental Law with the Tax Law is now more than necessary, especially when comparing the solid waste management in reverse logistics. Thus was instituted the National Policy of Solid Waste (PNRS), by means of Law No. 12.305/10, listing a set of principles, objectives and instruments for an integrated solid waste management. Among the instruments within PNRS, we highlight the use of tax incentives in economic activities that are consistent with sustainable development, which is the subject of investigation of this scientific work. From a survey of literature, descriptive and exploratory nature, it appears that the design of tax incentives on PNRS should be as broad as possible, especially when taken as a paradigm of ICMS. This is the most important state tax and has revealed important biases, to be structured tax incentives that promote the implementation of reverse logistics systems. Starting a process in the state of Ceará experience, it is concluded that this tax incentive discussion is to be taken under the CONFAZ, aiming to engage other federal entities, with a view to achieve more fruitful results of stimulation in the management of waste solids by Brazilian companies.

Key words

ICMS; PNRS; Tax Incentives; Reverse Logistics; Confaz.

1. Introdução

Ao se estudar a forma como é pensado o Direito Tributário brasileiro, em especial sob o enfoque da Teoria Geral do Direito, percebe-se a existência de uma heterogeneidade de escolas distintas, que tentam abordar o fenômeno jurídico-tributário a partir de estruturas previamente dispostas. Tais abordagens, contudo, normalmente não respeitam os pressupostos científicos básicos e, sequer, conseguem apresentar cortes metodológicos consistentes e transparentes, além da indispensável coerência das fundamentações.

Uma das razões para a superficialidade nas abordagens relativas ao Direito Tributário pode ser inferida a partir do reconhecimento de uma certa “juventude” desse ramo do Direito brasileiro, que vê raiar suas obras mais consistentes a partir do pensamento inovador e profundo de Alfredo Augusto Becker, o qual chega a denunciar o “carnaval” que se promovia para a consecução das atividades afetas à Administração Tributária.

A desordem (des)estruturada, denunciada nos idos da década de 1960, parece não ter tido fim ao se observar, na atualidade, a efusão de textos normativos que se sobressaem pela falta de conexão básica com o diploma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a Constituição Federal de 1988. Como exemplos gritantes no ordenamento, pode-se citar o Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, bem como a cobrança do ICMS incidente sobre a importação de bens por pessoas físicas, conforme pretendeu a Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001.

Contudo, para a tese que a partir daqui se pretende construir, interessa apontar um expediente metodológico denominado “Constructivismo lógico-semântico”, o qual surge com a tese apresentada por Paulo de Barros Carvalho, no concurso para professor titular da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, intitulada “Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência”.

Tal instrumento de trabalho tem sido utilizado na construção de uma escola do Direito Tributário, cujo foco maior reside na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que se propõe a identificar o fenômeno jurídico a partir da linguagem, assegurando-se da precisão dos termos utilizados e com uma especial atenção à estruturação sintática da frase. No entanto, não significa relegar a segundo plano o conteúdo, que será construído a partir do processo hermenêutico.

A partir do constructivismo lógico-semântico, pretende-se investigar o conceito fundamental do Direito Tributário, qual seja, o conceito de tributo, especialmente a partir da existência de dois diplomas legislativos distintos que pretendem conformar a matéria: a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, e a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, atualmente denominada Código Tributário Nacional. Tais leis serão confrontadas com as disposições da CF/88, em especial a partir de identificação dos valores eleitos pelo constituinte, questionando acerca do signo “tributo”.

Pode-se inferir que, diante da realidade da década de 1960, havia uma lógica que engendrava a instituição de tributos, com um forte conteúdo fiscalista e partindo-se de estruturas mais simplificadas tanto no que tange à lei, quanto ao se observar a forma como era realizada a arrecadação e a fiscalização.

Contudo, a partir da Constituição Federal de 1988, percebe-se que existe uma mudança no Sistema Tributário Nacional, com a incorporação das contribuições e pela exploração de um discurso fortemente tendencioso a enxergar a extrafiscalidade em todas as

espécies tributárias existentes. Ademais, não se pode olvidar que as leis tributárias nunca foram tão complexas, havendo uma divergência de interpretação tremenda entre aquilo que o fisco entende ser a regra-matriz dos tributos e o que os contribuintes enxergam nas mesmas normas jurídicas em sentido estrito.

Assim, o presente trabalho visa a promover uma reflexão da re(conceituação) do tributo em face do Constructivismo Lógico-Semântico, em especial a partir da delimitação de tal signo realizada nos idos de 1960, quando surge o primeiro pensamento científico acerca do Direito Tributário, e a investigação desse mesmo signo na atualidade, a partir das construções empreendidas pela escola capitaneada por Paulo de Barros Carvalho.

Dessa maneira, pretende-se indagar se, a despeito de não ter havido mudança nos textos legislativos que conceituam o tributo, teria ocorrido uma alteração em sua significação, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual traz um sistema normativo diferenciado em relação ao anteriormente vigente, notadamente ao se levar em conta os valores aqui insertos e que funcionam como estruturadores das normas jurídicas que o intérprete constrói na atualidade.

Com tudo isso, o objetivo geral deste trabalho é analisar o potencial da linguagem, em seus inúmeros contextos de sentido construídos paulatinamente, como forma de reavivar o substrato normativo a cada nova interpretação. Tal atitude expressa o olhar de que se apropria a Escola do Constructivismo Lógico-Semântico, especialmente aqui utilizada sobre o conceito de tributo previsto no artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN).

A metodologia utilizada é bibliográfica, descritiva e exploratória, a partir de uma elucidação da potencialidade dos sentidos gerados a partir do processo interpretativo, em especial ao se vislumbrar as propostas constructivistas, como método hábil a promover mudanças científicas profundas no conteúdo das normas jurídicas.

2. O Paradigma da Linguagem e a Construção da Escola do Constructivismo Lógico-Semântico

Ao se empreender um estudo mais aprofundado das teorias sobre o Direito, ainda não apontando especificamente para o Direito Tributário, percebe-se uma certa dificuldade em se identificar conceitualmente o seu objeto. Tal, contudo, deveria ser a preocupação primordial para aqueles que almejam defrontar-se com a ordem jurídica vigente.¹

1 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33.

Dessa forma, a partir de abordagens que pecam pela falta de identificação no objeto de estudo, qual seja, o Direito, as concepções acerca da Ciência do Direito, concebida enquanto sistema, não conseguem dar os contornos mínimos para os institutos que fundamentam-na enquanto ciência, desprezando o conteúdo metodológico e esbarrando em uma heterogeneidade de textos que não promovem uma “conversa” estruturada e coerente, que vise a revelar novos paradigmas e superar aqueles que estejam em descompasso com o discurso científico.

De tal defeito acaba padecendo, também, o Direito Tributário brasileiro. A uma, por ser um ramo relativamente incipiente do direito: a preocupação com o estudo científico do direito tributário surge a partir da década de 1960, com as obras de Alfredo Augusto Becker. Este estudioso asseverava que a doutrina, enquanto metalinguagem meramente descritiva, só seria verdadeira se vertesse, com neutralidade e imparcialidade, o direito positivo, o qual se configuraria em sua linguagem-objeto².

A sobredita concepção se amoldava, com perfeição, às teorias de hermenêutica jurídica tradicionais, as quais se pautam no referencial da Filosofia da Consciência. A partir de tal modelo, a hermenêutica clássica propugnava pela existência de um sentido próprio dos textos positivados, a serem “revelados” pelo intérprete do direito^{3 4}. Nessa concepção, caso o texto se revelasse claro, cessaria o processo interpretativo.

Contudo, a partir do referencial filosófico do giro linguístico, a hermenêutica jurídica moderna não concebe mais um sentido a ser extraído do texto, como se nele estivesse enraizado: ao revés, o sentido há de ser construído, de acordo com os referenciais e com o contexto em que se vivencia. Aqui se insere o trabalho analítico-hermenêutico, o qual se processa em duas etapas: a primeira delas, compreende uma decomposição analítica, com o fim de reduzir as complexidades e, a seguir, retoma-se a visão integral do fenômeno jurídico⁵.

2 FOLLONI, André. **Ciência do Direito Tributário no Brasil**: crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 16.

3 CARVALHO, Aurora Tomazini de. Constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Constructivismo lógico-semântico** – volume I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 17.

4 Como exemplo da forma como é estruturado o processo interpretativo da Hermenêutica Tradicional, Paulo de Barros Carvalho cita Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, para quem, o conteúdo do texto seria retirado do próprio texto, sendo o intérprete o responsável por descortinar o conteúdo que preexistia. Retirando uma citação da própria obra “Hermenêutica e aplicação do direito”, do hermeneuta clássico, tem-se: “interpretar uma expressão do Direito não é simplesmente *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”. SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 10.

5 TOMÉ, Fabiana Del Padre. Teoria do fato jurídico e a importância das provas. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Constructivismo lógico-semântico** – volume I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 325-326.

Ainda no tocante ao giro linguístico⁶, Paulo de Barros Carvalho⁷ explica a relação entre o sujeito, o objeto e a possibilidade de o sujeito captar a realidade do objeto, o que levou, nesse movimento filosófico, a uma desconstrução da verdade objetiva e a uma tomada de consciência dos limites do ser humano. Nesse ponto, continua o autor, fundamentado no princípio da auto-referencialidade da linguagem, exsurge o movimento que se realiza a partir da retórica, não como singelo domínio de técnicas de persuasão, mas como o modelo filosófico adequado para a compreensão do mundo.

A partir dessa mudança paradigmática e tendo por base os estudos de Lourival Vilanova, o professor Paulo de Barros Carvalho apresenta uma primeira aplicação de um modelo intitulado “constructivista”, o qual mantém uma relação aproximada da Teoria Comunicacional do Direito. Esta teria uma abrangência maior, aproximando-se mais de uma concepção filosófica, enquanto aquela se assemelharia a um método que visasse a outorgar a firmeza necessária ao discurso, tendo em vista a coerência e o rigor da mensagem comunicativa⁸.

Em assim sendo, a firmeza de que carece o discurso, de que falava Lourival Vilanova, associada a uma hermenêutica jurídica moderna, em que o intérprete tem o papel de construtor da norma jurídica, faz ressaltar a importância da adoção de um referencial filosófico, com vistas a tentar fincar bases sólidas para a teoria que se constrói. Assim, o estabelecimento da remodelação de velhos conceitos e a quebra de paradigmas tornam-se medidas necessárias para enfrentar os novos riscos e desafios que se põem à vida em sociedade, notadamente a partir de uma mudança nos conceitos básicos do Direito⁹ e de todo o eixo individualista, formalista e cartesiano que ainda rege tal ciência.

3. Aspectos em Torno da Visão do Direito pela Escola do Constructivismo Lógico-Semântico

A partir da opção da (re)conceituação do tributo pelo viés da Escola do Constructivismo Lógico-Semântico, faz-se necessária uma breve reflexão acerca do conhecimento

6 Cite-se, ainda, a abordagem acerca da questão do conhecimento empreendida por Fabiana Del Padre Tomé, na qual aponta como marco inicial da filosofia da linguagem a obra de Wittgenstein, empreendendo profunda digressão acerca do conhecimento, da verdade e do direito. TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011/2012.

7 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 160.

8 CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o constructivismo lógico-semântico. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Constructivismo lógico-semântico** – volume I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 6.

9 Como pontua Gustavo Tepedino, após o longo processo de industrialização ocorrido na primeira metade do século XX, “verifica-se a introdução, nas Cartas políticas e nas grandes Constituições do pós-guerra, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada”. Nesse movimento, o Código Civil brasileiro perde o seu papel tradicional, não se voltando tanto para o indivíduo, mas para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes, ao mesmo tempo em que são enaltecidos os princípios e normas insertos na Constituição. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

científico atual, para que empreenda o corte metodológico que interesse ao objetivo central do trabalho. Assim, ultrapassados os momentos iniciais de desenvolvimento científico, interessam aqui as tensões produzidas a partir da revolução industrial do século XVIII, potencializadas pelo avanço técnico-científico e por uma indefinição no conceito de ciência.

É importante ressaltar, contudo, que a forma de raciocinar da Idade Média, em que se tem o homem no centro de todo o sistema, influencia decisivamente os contornos da ciência, na qual se achava que todo o conhecimento poderia ser captado e traduzido em prol da figura eminente que era o homem. Daí a aparente condição de certeza científica, a inquestionabilidade dos conceitos postos, a aparente abrangência do conhecimento, que parecia abarcar tudo o que se movesse sobre a Terra.

Dessa forma, de algo estático, inabalável, inquestionável, expressões tipicamente dogmáticas, passa-se a ter, como característica fundamental da ciência, a falseabilidade. Como afirma João Alves Silva, “dogma é produto do *espírito* do Homem; ‘*falsificabilidade*’ é o que busca a ciência quanto às leis do mundo”.¹⁰ E isso altera, profundamente, o conceito de ciência.

A modernidade vem com toda a força, enquanto resultado do Iluminismo, proclamando, a partir de então, de forma mais incisiva, o racionalismo, o antropocentrismo clássico e o universalismo. Tal período remonta à concepção clássica da modernidade, identificando-a com a racionalização, havendo uma redefinição da modernidade como a relação entre razão e o sujeito, carregada de tensões, assim como racionalização e objetivação, ciência e liberdade.¹¹

Entretanto, apesar de superada a etapa medieval de forte dogmatismo, ainda se tem, na atualidade, uma absolutização dos “poderes” da ciência na sociedade moderna. Enquanto isso, deve-se admitir que o conhecimento, especialmente sobre o direito, nunca é desinteressado, mas sempre direcionado com vistas a sua aplicabilidade, o que faz ressaltar que, mesmo na teoria mais abstrata, há potencialmente uma manipulação com fatos¹². Seja pela importância que o desenvolvimento científico e tecnológico tem nos países mais desenvolvidos, seja pela facilidade em concentrar riquezas em virtude do imenso mercado de consumo que se encontra disponível, o que importa é que, passadas as eras da fé e da racionalidade, vige a era do mercado.

10 SILVA, João Alves. Conhecimento científico: conceito, determinantes e limites. In: **Temas de Epistemologia Jurídica**. Volume II. VASCONCELOS, Arnaldo (coord.). ARAGÃO, Nílson Rodrigues de Andrade. VIANA, Renata Neris (orgs.). Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009, p. 169.

11 TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

12 VILANOVA, Lourival. Fundamento do Estado de Direito. In: **Escritos jurídicos e filosóficos**. Volume 1. São Paulo: Editora Axis Mundi IBET, 2003, p. 414.

A ciência, então, enquanto teoria, deve captada a partir de um movimento para frente de toda a humanidade, com liberdade para ousar e ultrapassar as estruturas. Há de se destacar, ainda, que a ciência não comporta mais uma atitude de explicação superficial de seus fenômenos: sua atitude há de ser proativa, buscando potencialidades preditivas, a dizer, indicando as ocorrências possíveis dentro de um determinado contexto, passando-se a falar dela como empreendimento ou processo criativo¹³.

Com tudo isso, cabe reforçar que o conhecimento científico não é dogma, mas, ao contrário, é fomentada pelo senso crítico. O “endeusamento” do conhecimento científico leva inúmeras pessoas a encerrarem discussões exacerbadas ao simples argumento de que “a ciência já provou isso...”. Karl Popper já identificara o conhecimento científico com uma conjectura, só podendo se caracterizar como verdadeira ciência aquilo que pode ser refutado. Daí, não há que se falar em perenização do conhecimento científico, visto que é de sua própria natureza a instabilidade, a brevidade e a falseabilidade.

Para Kuhn, “ciência é a reunião de fatos, teorias e métodos reunidos nos textos atuais”¹⁴ e, conforme Ferraz Jr, “o termo *ciência* não é unívoco; se é verdade que com ele designamos um tipo específico de conhecimento, não há, entretanto, um critério único que determine a extensão, a natureza e os caracteres deste conhecimento”.¹⁵

Por fim, quanto aos critérios de demarcação científica, Demo assim os enuncia: coerência (enquanto ausência de contradição no texto), sistematicidade (esforço em abranger o tema plenamente, sem a necessidade esgotá-lo), consistência (capacidade de resistir à contra-argumentação), originalidade (deve corresponder a uma inovação), objetivação (tratar a realidade como ela é) e discutibilidade (propriedade da coerência no questionamento).¹⁶

Assim, se a cientificidade hoje decorre da possibilidade de falseamento ou do caráter não dogmático do conhecimento, consistindo nos caracteres da relatividade e da provisoriedade, não há porque não se atribuir tais características ao estudo do Direito,¹⁷ que também é ciência, e que se contamina pela incerteza. Se não há pretensão a ser verdade absoluta, faz parte do conhecimento científico, enquanto imprecisão, a presença do erro. Afirma Moles, então, que “os mais vagos domínios do conhecimento são, por isso, os mais sujeitos ao erro, pois o falso só aparece neste caso como tal após uma sequência mais longa de procedimentos”.¹⁸

13 VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do Direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 212.

14 KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 20.

15 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 43.

16 DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 27-28.

17 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 117.

18 MOLES, Abraham A. **As ciências do impreciso**. Tradução de Glória de Carvalho Lins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, p. 299-300.

Com tudo isso, faz-se necessário esse olhar sobre a modernidade que permita ousar diante das estruturas postas e abrir espaços na Ciência do Direito Tributário que seriam impensáveis tradicionalmente. Para finalizar, destaca-se que essa nova possibilidade há de ser empreendida como o fogo roubado por Prometeu e dado aos homens para que estes fiquem de pé, como os deuses, incitando-os a um projeto novo, mais do que os precipitando na temporalidade da utopia.¹⁹

Isto posto, a utilizar-se do constructivismo lógico-semântico, algumas premissas devem ficar bem esclarecidas. A primeira delas é a de que o Direito se apresenta como um sistema normativo que tem por objetivo regular a conduta humana, podendo ser identificados dois planos com o mesmo nome: (i) direito como conjunto de normas; e (ii) Direito como asserções sobre o Direito tomado como conjunto de normas²⁰.

Em assim sendo, com o fito de regular condutas humanas, o direito empreende tal tarefa por meio da linguagem^{21 22}, entendida esta como “uma faculdade humana abstrata, ou seja, uma capacidade: isto é, aquela capacidade que o humano tem de comunicar-se com os semelhantes por meio de signos mediante mecanismos de natureza psicofisiológica”²³. Assim, tal linguagem do direito dirige-se ao mundo social, buscando cristalizar fatos a partir de meras ocorrências de eventos, e registrando as provas necessárias a que surjam os fatos jurídicos.

Voltando às premissas, adotar-se-á uma posição normativista do direito, o que faz configurar que este deva ser entendido como o conjunto de normas válidas em um determinado país. Em concatenação com a primeira premissa, admitindo-se que o direito

19 OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005, p. 192-193.

20 IVO, Gabriel. O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Constructivismo lógico-semântico** – volume I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 17.

21 Vale citar importante abordagem de Raimundo Bezerra Falcão, ao discorrer acerca do sentido, linguagem e direito: “Em outros enfoques, as relações entre linguagem, sentido e Direito continuam evidentes. (...) Sem linguagem, a vida social e, por extensão, a vida político-jurídica tornar-se-iam impossíveis. Aristóteles já o assinalara, dizendo que o homem é um animal cuja vida se desenrola na comunidade política. E, se é em comunidade, tem de haver comunicação. Mas, para haver comunicação, a linguagem é imprescindível”. FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 79.

22 Conforme pontua Manfredo A. de Oliveira, “o escrito mais tardio que a Tradição nos legou em nossa cultura ocidental como reflexão sobre a linguagem ou, para usar uma expressão de hoje, como crítica da linguagem é precisamente o *Crátilo* de Platão, escrito presumivelmente no ano 388 a. C. De antemão, é necessário considerar dois aspectos muito importantes: em primeiro lugar, Platão toma aqui posição em relação a uma pergunta que realmente surge no início de qualquer consideração sobre a significação linguística, que é: por meio de que uma expressão adquire sua significação? Em segundo lugar, respondendo a esta pergunta, Platão toma posição a *respeito da essência da linguagem humana*, que se tornou a concepção fundamental da linguagem no Ocidente, da qual hoje, com muito esforço, estamos libertando. Ela se tornou mesmo a concepção de linguagem do “senso comum” do homem ocidental, legitimado pelos diferentes sistemas filosóficos”. OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 17-18.

23 BASTOS, Cleverson Leite; CONDIOTTO, Kleber B.B. **Filosofia da linguagem**. Petrópolis: Editora Vozes, 2007, p. 15.

é linguagem, então as normas jurídicas são, antes de qualquer outra inferência, uma manifestação da linguagem: onde houver normas, há linguagem, o que, no Brasil, aponta necessariamente para uma linguagem escrita²⁴.

A seguir, outra premissa subjaz importante de se referenciar: o direito é finalístico, sendo criado para disciplinar condutas intersubjetivas, canalizando-as em direção aos valores eleitos pela sociedade. É, reconhecidamente, um produto cultural²⁵. Ademais disso, configura-se como objeto cultural²⁶, que se caracteriza por existir no tempo e no espaço, estando na experiência do sensível e que deve ser captado pela compreensão: aqui se situa também a norma jurídica como objeto cultural, posto que, com ela, o homem altera a sua própria conduta, limitando a liberdade inerente à natureza humana²⁷.

Tal natureza afigura-se também aproximada à moderna física quântica, para a qual “o ato de medir afeta o que está sendo medido”²⁸. Nesse ponto, tem-se uma visão mais extremada ainda com os físicos Heisenberg e Born para quem as observações não apenas interfeririam no que estivesse sendo medido, mas produziriam o que está sendo medido²⁹. Nesse ponto, então demonstra muita semelhança a física quântica com o constructivismo lógico-semântico, para o qual a linguagem cria o direito, cria a realidade.

Tomados tais pressupostos acerca da visão do direito pela Escola do Constructivismo Lógico-Semântico, faz-se necessário explorar, naturalmente, a diferença entre enunciado prescritivo e norma jurídica, posto que o direito, a seguir-se tal método, é tido como texto. Nesse diapasão, adota-se uma postura hermenêutico-analítica perante o objeto, a qual parte da decomposição do discurso jurídico.

4. A Linguagem do Direito e seus Planos

Conforme aduzido amplamente, se o direito é linguagem, parte-se do texto normativo qualquer análise que se pretenda jurídica. Nesse ponto, conforme aduz Gabriel Ivo, “as palavras nem sempre conseguem exprimir o conteúdo semântico do nosso pensamento. Por isso, sob o rótulo de norma jurídica, a produção do direito tem como objeto vários elementos: o documento normativo, (...); os enunciados prescritivos; e as normas jurídicas”³⁰.

Em assim sendo, interessa aqui identificar como ponto de partida para o estudo da produção do direito o próprio documento normativo, sendo o enunciado pertencente ao

24 CARVALHO, Aurora Tomazini de, op. cit., p. 19.

25 CARVALHO, Aurora Tomazini de, op. cit., p. 20.

26 BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 160.

27 FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 16-17.

28 GLEISER, Marcelo. **A ilha do conhecimento**. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2014, p. 231.

29 Op. cit., p. 231.

30 IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. XXI.

plano de expressão do direito, forma inicial de sensibilização daquele que pretenda ingressar no estudo do Direito. Segundo Lourival Vilanova, ao tratar do conceito de proposição, as quais representam “asserções do que é algo, de que tal objeto tem a propriedade tal”³¹, alterar-se-ia o mundo social pela linguagem das normas, esta representando uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito³².

Em assim sendo, o texto legislado, ou os suportes físicos, são apenas a “porta de entrada” para que se possa, ao final, alcançar a integralidade do sistema jurídico normativo, sendo a interpretação algo essencial neste contexto. No que tange ao processo interpretativo, Lourival Vilanova aduz que “interpretar é atribuir valores aos símbolos, isto é, adjudicar-lhes significações e, por meio dessas, referências a objetos”³³. Isto porque, as palavras não têm um significado ontológico, dado que é a própria linguagem que “cria” o objeto³⁴.

Assim, conectando com a temática do presente estudo, o signo “tributo” não tem uma significação em si: esta é atribuída pelo intérprete, a depender de toda a carga valorativa de que esteja impregnado, isto é, de sua própria cultura. Isto porque, falar em direito é indissociável de falar dos valores³⁵. Com isso, o processo interpretativo não se exaure, sendo algo infinito. Por isso, não há como se entender o direito como algo estanque: interpretar acaba sendo um processo de construção do sentido normativo.

Deve-se ressaltar, apenas, que ao lidar com valores pertinentes à linguagem jurídica, identificados os fins que a circundam, o método analítico não é suficiente, havendo de ser pressuposta a hermenêutica. A partir desta, pode-se travar contato com os diversos sentidos dos textos normativos e com os referenciais culturais que os informam³⁶.

Dito isto, a compreensão dos textos legislados passa por um trajeto gerador de sentido, representado por uma infinita reta em espiral que tem por base o suporte físico (texto escrito) e, em estrita conexão com os horizontes culturais do intérprete, alcança níveis de compreensão diferenciados, aqui representados pelos planos S1 (sistema da literalidade

31 VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010, p. 3.

32 Op. cit., p. 4.

33 VILANOVA, Lourival. **Universo das formas lógicas e o direito. Escritos jurídicos e filosóficos. Volume I**. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003.

34 CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 224.

35 Aqui merece destaque a Teoria dos Valores, ou Axiologia, desenvolvida por importantes estudiosos dentro do Direito brasileiro, dentre eles, Miguel Reale, Tercio Sampaio Ferraz Júnior e Paulo de Barros Carvalho. Para este, “não é exagero referir que o dado valorativo está presente em toda configuração do jurídico, desde seus aspectos formais (lógicos), como nos planos semântico e pragmático. Em outras palavras, ali onde houver direito, haverá, certamente, o elemento axiológico”. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 174.

36 CARVALHO, Aurora Tomazini de. Constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Constructivismo lógico-semântico – volume I**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 23.

textual), S2 (conjunto dos conteúdos de significação), S3 (sistema das normas jurídicas em sentido estrito) e S4 (plano da sistematização)³⁷.

Deve-se fazer a lembrança, apenas, de que o direito positivo possui normas de conteúdo prescritivo, denotando algo que “dever-ser”³⁸. Não obstante, algumas passagens das mensagens legislativas parecem desvirtuar desse apriori, parecendo denotar situações meramente descritivas. Conforme lembra Aurora Tomazini de Carvalho, ao tratar de enunciados que aparecem sob a forma declarativa, deve o intérprete não se esquecer que lida com frases prescritivas, ainda que descrevam aspectos da vida social, ou acontecimentos naturais a ela relacionados³⁹.

Contudo, ainda que a forma empregada pelo legislador não seja, sintaticamente, expressando um conteúdo que “deve ser”, o intérprete, por se deparar com o sistema afeto ao direito positivo, deve resguardar o seu olhar consciente de tal realidade e colmatando o sistema de direito positivo com vistas a efetivar esse estado de coisas (de deve vir a ser).

Assim, o processo interpretativo há de iniciar-se a partir do plano S1, o qual expõe o primeiro contato que qualquer pessoa, provável intérprete, terá com o texto legislado. Tal plano é representado pelas marcas de tinta no papel, pela própria materialidade de qualquer expressão. Paulo de Barros Carvalho indica que é “a partir do contacto com a *literalidade textual*, com o *plano dos significantes* ou com o chamado *plano da expressão*, como algo *objetivado*, isto é, posto intersubjetivamente, ali onde estão as estruturas morfológicas e gramaticais, que o intérprete inicia o processo de interpretação”⁴⁰.

Trata-se, assim, da forma como os sentidos humanos são acionados e aguçados, notadamente a visão ou a audição⁴¹, sendo o passo inicial para que a compreensão possa ocorrer de modo satisfatório. A única ressalva que aqui se faz, no tocante a esse plano, diante de tantas observações que poderiam ser feitas, refere-se à chamada interpretação *literal*, que não se coaduna com o movimento do giro linguístico pois parte de um conteúdo de base que seja ínsito a qualquer termo e que praticamente uniformizaria o resultado do processo interpretativo.

37 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105-123.

38 Acerca de tal temática, vale relembrar os escritos de Lourival Vilanova, acerca da “Análítica do dever-ser”, os quais iniciam tratando esta expressão como “dado imediato em nossa experiência com a linguagem do direito positivo”. VILANOVA, Lourival. *Analítica do dever-ser*. In: **Escritos jurídicos e filosóficos**. Volume 2. São Paulo: Editora Axis Mundi IBET, 2003, p. 45-92.

39 CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 249.

40 Op. cit., p. 107.

41 E aqui jocosamente incluindo o sentido do paladar, para aquelas pessoas que são verdadeiros “comedores” de livros, em uma expressão alegórica para abarcar leitores vorazes. Já voltando-se, agora de maneira pertinente, ao caso dos cegos, há de se destacar os textos legislados que se apresentem em “Braille” ou símbolos conexos, que permitam a sua captação pelo tato.

Diferentemente disso, não se apregoa aqui, em hipótese alguma, que a literalidade do texto seja satisfativa desse processo que culminará com a compreensão do texto legislado. Isso porque, a significação é construída pelo intérprete, de forma absolutamente individualizada e conectada às suas crenças e valores.

Partindo-se para o Plano S2, este representa a construção dos conteúdos significativos dos enunciados prescritivos apresentados no Plano S1. Ao dispor acerca desse plano, Aurora Tomazini de Carvalho explica-o como sendo aquele em que o sujeito cognoscente passa a lidar com “as significações dos símbolos positivados”, em verdadeiro ingresso no campo semântico, fazendo exsurgir toda a problemática que envolve o contexto jurídico⁴².

Alcançando o Plano S3, salta-se para o sistema em que é construída a mensagem jurídica, por meio da associação das proposições elaboradas no plano S2 sob a forma hipotético condicional ($H \rightarrow C$): dada uma hipótese, deve-ser o conseqüente. Aqui se introduz o conceito de norma jurídica enquanto “entidades mínimas dotada de sentido deontico completo”⁴³, com o fito de outorgar “unidade ideológica à conjunção de regras que, por imposição dos próprios fins regulatórios que o direito se propõe implantar, organizam os setores mais variados da convivência social”⁴⁴.

Por fim, ao ingressar no Plano S4, tem-se o modelo de estruturação, por coordenação e subordinação das normas sistematicamente organizadas. Trata-se de um campo especulativo muito rico, “pois é nele que o interessado estabelece as relações horizontais e as graduações hierárquicas das significações normativas construídas no plano S3, cotejando a legitimidade das derivações e fundamentações produzidas”⁴⁵.

Neste plano, ainda, por investigar as relações de subordinação e de coordenação, notadamente apontando para a Constituição Federal como o texto sobranceiro do ordenamento, é que são verificados eventuais vícios nas normas produzidas em que estejam em contrariedade com o diploma maior ou mesmo com leis que sejam hierarquicamente superiores. Quanto a essa estruturação em plano, há de se destacar de que não se trata de processo estanque e que siga, invariavelmente, a ordem seguida acima: definitivamente não. Isto porque, como a interpretação é inesgotável, tantas vezes quantas entender necessárias, deve o intérprete perpassar os planos, até que se dê por satisfeito na construção do sentido.

Ademais, tempos após ter encontrado a resposta que melhor satisfazia ao seu entendimento, diante de modificações em seu próprio contexto cultural, pode o mesmo intérprete

42 Op. cit., p. 249.

43 CARVALHO, Paulo de Barros, 2012, op. cit., p. 67.

44 CARVALHO, Paulo de Barros, 2012, op. cit., p. 120.

45 CARVALHO, Aurora Tomazini, 2013, op. cit., p. 256.

retomar o procedimento, cogitando reanalisar cada um dos planos e apontar para uma compreensão completamente distinta. Isto porque, para a corrente filosófica que pela qual aqui se optou, na linha de Wittgenstein, a linguagem é considerada uma espécie de ação, de modo que aquela não pode ser separada do agir humano, nem este pode ignorar a linguagem, pois, conforme Manfredo Araújo de Oliveira, “essa atividade se realiza sempre em contextos de ação bem diversos e só pode ser compreendida justamente a partir do horizonte contextual em que está inserida”⁴⁶.

Nesse contexto, é mister refletir sobre a viabilidade de uma (re)conceituação do próprio tributo, daí se inferindo o caráter original da proposta, a partir do enaltecimento do seu papel finalístico quanto ao cumprimento dos desígnios constitucionais brasileiros, levando em conta o método analítico, redutor de complexidades para, a seguir, voltar-se para a hermenêutica, alcançando o plano S4.

Por se tratar de reflexões acerca dos tributos, deve-se fazer referência a que estes, na modernidade, seja qual for o regime econômico adotado pela nação, normalmente representam a principal fonte de receita ordinária do orçamento, e suas conceituações têm variado conforme as épocas e os países,⁴⁷ isto é, denota-se que o seu conceito é obtido a partir da consideração do tempo e do lugar objeto de reflexão.

Ao analisar de forma rápida a história dos tributos no Brasil, desde já buscando indícios dos mais diversos conceitos adotados ao longo do tempo, aduz-se que, apesar das controvérsias, entende-se que só se pode falar em legislação fiscal genuinamente brasileira a partir de 1822. Desde a descoberta do país já se historia a cobrança dos tributos, contudo, tal cobrança se dava com base na legislação portuguesa, que muito influenciou a legislação nacional que sobreviria.⁴⁸

Entretanto, mais próximo ao atual momento constitucional inaugurado em 1988, deve-se fazer menção ao contexto que justificou a aprovação da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Trata-se de lei ordinária aprovada na vigência da Constituição de 1946, após o golpe militar de 1964, e que se justificou em virtude de uma maior preocupação econômica com o sistema tributário, sendo, até então, os tributos meramente escriturais, com fatos geradores estribados em contratos.⁴⁹

Dessa forma, ao promover uma reforma estrutural significativa, o diploma acima, o qual viria a ser chamado de Código Tributário apenas em 14 de março de 1967, tendo

46 Op. cit., p. 138.

47 HUGON, Paul. **O imposto**. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1951, p. 15.

48 BALHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 30-31.

49 Ibid., p. 132-133.

sido recepcionado como lei complementar a partir da Constituição de 1967,⁵⁰ é fundamental para o presente estudo por trazer aquele que é considerado o conceito de tributo até a atualidade.

Dessa forma, Hugo de Brito Machado afirma que, apesar de não ser papel da lei estabelecer conceitos, no tocante ao tributo, o CTN o fez expressamente, pois indica que o legislador, suplantando as divergências doutrinárias, admitiu a redação do CTN como definidora do tributo⁵¹. Na mesma esteira, Sacha Calmon destaca o primor no conceito de tributo no Direito Tributário brasileiro e que o mesmo desvenda a imposição tributária, a qual seria a pedra fundamental da disciplina⁵², a seguir transcrevendo na integralidade a redação do art. 3º do CTN supratranscrita.

Em contrapartida, mas sem se apartar da doutrina tradicional, outra corrente amplia um pouco mais o conceito legal de tributo ao destacar a importância de seu assento constitucional, ressaltando que, por se tratar de transferência patrimonial da esfera privada para a esfera pública, poder-se-ia admitir que a tributação teria afetado ou reduzido o direito de propriedade. Contudo, pelo fato daquela também decorrer do mesmo poder constituinte, as dúvidas seriam dissipadas^{53 54}.

Há, ainda, doutrina que defende que o conceito de tributo previsto na CF/88 incorporou aquele previsto no art. 3º do CTN, afirmando-se que a norma constitucional teria adotado uma noção de tributo com os mesmos caracteres pré-definidos⁵⁵, isto é, a partir do seu caráter pecuniário, da compulsoriedade, da instituição em lei, do fato de não decorrer da prática de ato ilícito, de que seja devido ao Estado ou a pessoa por ele delegada e observados os limites estabelecidos no próprio texto constitucional⁵⁶.

Contudo, a partir da leitura dos diálogos contidos nos “Comentários ao Código Tributário Nacional”, em que Geraldo Ataliba, Rubens Gomes de Souza e Paulo de Barros Carvalho⁵⁷ dialogam acerca da definição de tributo, intui-se que não há unanimidade

50 Ibid., p. 155.

51 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 76.

52 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 422.

53 SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 129.

54 Na mesma linha, Geraldo Ataliba, apesar de afirmar que o CTN conceitua tributo, aduz também que o conceito jurídico-positivo de tributo só pode ser construído a partir da observação e análise das normas constitucionais. Acresce que a CF/88 “adota um preciso – embora implícito – conceito de tributo”. ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 33.

55 CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 2013.

56 BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições: regime jurídico, destinação e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. 40.

57 SOUSA, Rubens Gomes; ATALIBA, Geraldo; CARVALHO, Paulo de Barros. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 54.

quanto ao que representaria o enunciado do art. 3º do CTN e, ao final, chegam à conclusão de que o preceito estaria mal formulado.

Entretanto, o que interessa destacar nessa ordem de ideias é o apego em se isolar o conceito de tributo no CTN, não se fazendo menção à ordem normativa vigente quando da edição da Lei nº 5.172/66, nem se conectando com todo o arcabouço jurídico inovado a partir da CF/88. Nesse sentido, propõe-se investigar se a compostura do conceito de tributo pode vir pontilhada de providências no intuito de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso.

Aqui, então, poder-se-iam apontar conjecturas acerca da extrafiscalidade, a qual, conforme Paulo de Barros Carvalho, representa um dos valores finalísticos que o legislador imprime na lei tributária, manipulando categorias jurídicas postas à sua disposição na perseguição de objetivos alheios aos meramente arrecadatórios.⁵⁸

É importante destacar que, apesar de a extrafiscalidade ser uma fórmula jurídico-tributária para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatários de recursos monetários, o regime que dirige referida atividade deve ser o próprio das exações tributárias. Deve o legislador guiar-se pelos parâmetros previstos na Constituição Federal, respeitando os limites da competência impositiva e dos princípios que regem a matéria.

Contudo, ao se observar os documentos normativos que instituem as diversas espécies tributárias, verifica-se que alguns deles apontam para uma nova tendência nas legislações exacionais brasileiras. Como exemplos, podem ser citados os chamados “tributos ambientais”, os quais têm um sentido estrito e um lato, conforme incidam em face da utilização direta do meio ambiente, ou em virtude de atos ou situações apenas indiretamente a ele conexos.

Assim, em sentido estrito, tributo ambiental significa um tributo novo cobrado em razão do uso do meio ambiente pelos agentes econômicos, ou seja, seu fato gerador é uma situação que represente uma degradação ambiental em função do desempenho de uma atividade econômica lícita. Já em sentido amplo, tributo ambiental é um tributo tradicional ou ordinário adaptado de molde a servir aos esforços da proteção ambiental.

Especificamente quanto a esses tributos ambientais, a progressividade tributária vem sendo cogitada como uma ferramenta imprescindível na estruturação dos textos legais que instituem os tributos ambientais, sendo uma discriminação positiva entre poluidores e não poluidores. Nesse momento, questiona-se se a tributação ambiental não se estaria valendo da punição, haja vista que busca direcionar a conduta do meio social a partir de

58 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 290.

gravames mais onerosos para atividades que poluam com maior intensidade, por exemplo. Ao revés, pode-se apontar que o tributo, nesse caso, estaria induzindo o contribuinte a planejar seu negócio lícito de acordo com uma finalidade pretendida pelo constituinte, no caso, a proteção ambiental.

No tocante a uma abordagem menos tradicional do conceito de tributo, a partir da sua utilização no contexto de crise ambiental, podem ser verificadas no Brasil muitos exemplos de legislações que fazem a opção explícita pela extrafiscalidade, como é o caso da isenção de Imposto Territorial Rural (ITR) em relação às áreas de preservação permanentes (APP), de reservas legais (RL), bem como de outras áreas que a legislação aponta serem ambientalmente interessantes, conforme se verifica na Lei de Política Agrícola (Lei nº 8.171/91) e na Lei nº 9.393/96, que dispõe sobre o ITR.

A mesma lógica vem sendo utilizada por alguns municípios ao concederem descontos no valor do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) aos contribuintes que possuam projetos que estejam contemplando construções que adotem técnicas sustentáveis e a favor do meio ambiente.⁵⁹

Por outro lado, na CIDE-combustíveis, os recursos arrecadados serão destinados, dentre outros, ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria de petróleo e gás, conforme disposto no art. 177, II, “b”, CF. Ressalte-se, ainda, iniciativa do governo federal, que, por intermédio do Decreto nº 7.619, de 21 de novembro de 2011, prevê que as empresas que utilizarem resíduos sólidos como matéria prima ou produtos intermediários na fabricação de seus produtos farão jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição destes resíduos das cooperativas de catadores.

No Estado do Ceará, de acordo com a Lei nº 15.086, de 28 de dezembro de 2011, ficam os produtos compostos por matéria-prima reciclada de resíduos sólidos passíveis de certificação do Selo Verde, para o gozo de benefícios e incentivos fiscais concedidos a contribuintes no Estado do Ceará, nos termos da legislação tributária específica. O Estado do Ceará concede, ainda, isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes destinados a usinas eólicas e solares, por exemplo, comprovando a forte extrafiscalidade deste imposto indireto que incide sobre o consumo.

A Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS), traz em seu art. 8º, inciso IX, como um de seus instrumentos “os incentivos fiscais, financeiros e creditícios”. Na mesma linha, a Lei nº 12.187/2009, que cria a Política Nacional sobre Mudança do Clima, atenta às orientações da Convenção Quadro das

59 Como é o caso do município de Campo Grande/MS, no qual foi instituído o IPTU Ecológico nos termos da Lei Complementar nº 150, de 20 de janeiro de 2010. Disponível em: < <http://contadez.cenofisco.com.br/legislacao.php?id=96938>>. Acesso em 2 maio 13.

Nações Unidas e do Protocolo de Quioto, aponta como uma de suas diretrizes, em seu art. 5º, inciso VII, “a utilização de instrumentos financeiros e econômicos para promover ações de mitigação e adaptação à mudança do clima”.

Para se iniciar a defesa dessa tese, deve-se partir das diversas acepções do tributo, desenvolvidas por Paulo de Barros Carvalho, e que demonstram o largo espectro de atuação hermenêutica para a figura. Assim, o autor enuncia que o tributo poderia ser tomado como: (i) quantia em dinheiro; (ii) prestação correspondente ao dever jurídico do sujeito passivo; (iii) direito subjetivo de que é titular o sujeito ativo; (iv) sinônimo de relação jurídica tributária; (v) norma jurídica tributária e (vi) norma, fato e relação.⁶⁰

Após apresentá-las conjuntamente, identificando-lhes a abrangência, Carvalho tece críticas e comentários. Contudo, para o objeto do presente estudo, interessa especificamente a quinta acepção, a qual enquadra o tributo como norma jurídica, isto é, como preceito normativo⁶¹. Tal acepção é de fundamental importância neste trabalho, pois se trata daquela eleita pela CF/88, ao estabelecer as competências de cada um dos entes, nos art. 153, 155 e 156, ao identificar a tarefa de instituição do tributo como tarefa legislativa que se realiza com a edição das normas jurídicas correspondentes.

Assim, em um trabalho que se desenvolve a partir de um conceito constitucional de tributo, não se poderia pender, em um primeiro momento, para qualquer outra acepção. O que se depreende, então, é que a opção do legislador constituinte teria sido a de construir o seu próprio conceito de tributo, a partir de um sistema estruturado que impõe que as características tipológicas sejam colhidas nele mesmo, sendo a exação tributária utilizada como instrumento para potencializar as demais escolhas feitas no texto constitucional, e não apenas o ingresso de receitas públicas aos cofres dos entes tributantes.

Contudo, a opção por identificar o tributo como norma traz diversos complicadores, ou, para melhor dizer, torna ainda mais complexa a questão. Isto porque a norma é resultado da interpretação, não sendo correto identificá-la com os suportes físicos, isto é, com os textos de direito positivo. Adentrar no conceito de norma, como já se viu, significa optar pelo campo da hermenêutica jurídica⁶².

Nesse sentido, o conteúdo do direito positivo, que são as normas jurídicas, não são extraídos do substrato material do texto, mas construídos na forma de significações, na mente daquele que se propõe a interpretar tal substrato material. A norma jurídica, enquanto proposição normativa ou deontica, é tomada como um todo completo de

60 CARVALHO, op. cit., p. 51.

61 CARVALHO, op. cit., p. 55.

62 A hermenêutica jurídica, então, “é a Ciência que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para construção e justificação do sentido dos textos do direito positivo”. CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. Noeses: São Paulo, 2013, p. 223-224.

significação o qual, faltando-se um elemento, desfaz-se.⁶³ Nessa ordem, o suporte físico do direito é mero ponto de partida⁶⁴, sendo o sentido, inesgotável⁶⁵, posto que o palco de sua criação é o pensamento, o qual também é livre.⁶⁶

Em tal ordem de ideias, a partir da identificação do direito enquanto sistema autopoietico, Gabriel Ivo identifica os dois momentos de construção das normas jurídicas realizados pelo homem: quando faz ingressar as normas por meio dos instrumentos indutores (os enunciados) e quando constrói a sua significação, a partir dos enunciados postos.⁶⁷ O Direito, então, regula e gera as suas próprias normas, em um movimento que tende ao infinito.

Além da inesgotabilidade dos sentidos, outro axioma da interpretação é a intertextualidade, que representa o intenso diálogo que os textos, sejam eles passados, presentes ou futuros, mantêm entre si, pouco importando as relações de dependência entre eles.⁶⁸ A partir daí, o princípio da subjetividade determinará as manifestações de cultura moderna⁶⁹ e, pelo fato de o Direito ser um objeto cultural, não se vê afastado dessa subjetividade, a qual é ínsita ao processo interpretativo.⁷⁰

A intertextualidade, ademais, aponta para o método de interpretação a ser adotado para a re(conceituação) do tributo. Nessa medida, seguindo a linha adotada por Paulo de Barros Carvalho, adotar-se-á o método sistemático, o qual aborda os planos sintático, semântico e pragmático da norma, e que pressupõe, também, os demais métodos de interpretação comumente aceitos pela Hermenêutica Jurídica tradicional (literal, lógico, histórico e teleológico).⁷¹

Com tudo isso, o que se pretende é uma re(conceituação) do tributo enquanto norma jurídica, a partir de sua concepção constitucional e, como tal, enaltecer a necessidade de se promover um diálogo a partir do Constructivismo Lógico-Semântico. Isso importa

63 VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010, p. 35.

64 CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. Noeses: São Paulo, 2013, p. 226.

65 FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 94.

66 BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169.

67 IVO, Gabriel. **Norma jurídica: Produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. 2.

68 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. Noeses: São Paulo, 2009, p. 194.

69 HABERMAS, Jünger. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 26.

70 Deve-se fazer a ressalva de que toda essa tese há de se estruturar, ainda, com base na Teoria dos Valores, ou Axiologia, conforme desenvolvida por Johannes Hessen, Miguel Reale e Tércio Sampaio Ferraz Jr. Conforme ressalva Paulo de Barros Carvalho “o dado valorativo está presente em toda configuração do jurídico, desde seus aspectos formais (lógicos), como nos planos semântico e pragmático”. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, p. 174.

71 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134.

na ampliação dos caracteres plasmados no CTN, confrontando-os as opções feitas pelo legislador ordinário quando da instituição de espécies tributárias que parecem distanciar-se do hermetismo do art. 3º do CTN.

5. Conclusões

A dinâmica estabelecida para enfrentar as complexidades das problemáticas oriundas dos efeitos deletérios de uma sociedade de consumo, pós-industrial e pós-moderna, nas quais os riscos estão marcados pelo traço da imprevisibilidade, tem gerado a necessidade de uma maior aproximação dos tradicionais ramos do Direito, notadamente, para a temática aqui disposta, entre o Direito Tributário e o Direito Ambiental.

Apesar de um relativo atraso na aprovação da Lei nº 12.305/2010, comparativamente a outros países, tal Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS) não perde sua importância, uma vez que contempla institutos bastante diferenciados no direito positivo, podendo-se citar a logística reversa e a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

Diante dos mandamentos contidos na PNRS, destaca-se um dos instrumentos, configurado na possibilidade de concessão de incentivos fiscais, a serem utilizados para atingir os objetivos da política. Nesse contexto, ao Poder Público são ofertadas diversas possibilidades para que as finalidades da PNRS sejam atingidas.

Nesse cenário, viu-se que o Estado do Ceará, em conformidade com a PNRS, passou a prever incentivos fiscais de ICMS, ao incluir, na lista de seus produtos sujeitos à redução na base de cálculo, aqueles resultantes da utilização de materiais recicláveis, tais como plástico, papel, papelão, resíduos da construção civil, dentre outros materiais.

A partir de tais disposições, o Estado instituiu o Certificado do Selo Verde, a ser utilizado nos produtos que gozarão da redução na carga tributária. O fato é que tal medida favorece apenas as operações internas ao Estado do Ceará, o que acaba por representar um parco alcance, ao ser comparado à abrangência que tal medida no âmbito nacional.

Em paralelo a isso, apesar da logística reversa ser um dos instrumentos inovadores da PNRS, sua operacionalização representa um custo a mais para as empresas brasileiras, o que acaba por desfavorecer uma mudança de atitude dos empresários.

Com isso, o que se propõe com o presente trabalho é que os Estados e o Distrito Federal debatam incentivos semelhantes ao Selo Verde cearense no âmbito do CONFAZ. O que se atestou é que, apesar da relevância da temática ambiental, e das possibilidades que a tributação favorece para alcançar objetivos outros que não a mera arrecadação, ainda existe uma demora em se implementar os valores da PNRS.

6. Referências

- A riqueza que vem do lixo. **Revista Exame PME**. São Paulo: Abril, edição n. 72, p. 22-41, abr. 2014.
- ADAME MARTÍNEZ, Francisco. Tributos municipales sobre residuos en derecho comparado. In: SERRANO ANTÓN, Fernando (Coord.). **Tributación ambiental y haciendas locales**. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 1025-1044. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997, p. 11-68.
- BOECHAT, Cláudio Bruzzi; CAMPOS, Paulo Március Silva; PEREIRA, André Luiz; SILVA, Jersone Tasso Moreira; TADEU, Hugo Ferreira Braga. **Logística reversa e sustentabilidade**. São Paulo: Cengage Learning, 2013.
- BOWERSON, Donald J., CLOSS, Davis J. **Logística empresarial**. São Paulo: Atlas, 2001.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Direito Tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2009.
- CAVALCANTE, Denise Lucena. Instrumentos fiscais na efetivação da Política Nacional de Resíduos Sólidos: do poluidor-pagador ao protetor-recebedor. In: CAVALCANTE, Denise Lucena (Coord.). **Tributação ambiental: reflexos na Política Nacional de Resíduos Sólidos**. Curitiba: CRV, 2014, p. 141-158.
- COHEN, Miriam Alfie; SÁNCHEZ, Adrián de Garay. Risk society and the precautionary principle. In: BENIDICKSON, Jamie et al. **Environmental law and sustainability after Rio**. UK/USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 84-100.
- GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. **O decrescimento: entropia, ecologia, economia**. Trad. Maria José Perillo Isaac. São Paulo: SENAC, 2012.
- GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. In: **Revista Estudos Sociedade e Agricultura**. Vol. 16. Abr, 2001, p. 95-112. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2014.
- LEITE, José Rubens Morato. Estado de Direito do Ambiente: uma difícil tarefa. In: **Inovações em Direito Ambiental**. LEITE, José Rubens Morato (org.). Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2000.

- LEITE, Paulo Roberto. **Logística reversa – meio ambiente e competitividade**. São Paulo: Pearson Prentice-Hall, 2006.
- MAIMON, Dália. Eco-estratégia nas empresas brasileiras: realidade ou discurso. In: **Revista de Administração de Empresas**. Vol. 34, n. 4, Jul/Ago, 1994, p. 119-130. Disponível em: <http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S0034-75901994000400013.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.
- MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação**. São Paulo: Cortez- UNESCO, 2011.
- NOLTE, Manfred. Fiscalidad y desarrollo humano sostenible. In: URÍA GUTIÉRREZ, AITANA. **De la economía verde a las sociedades verdes**: reflexiones para el futuro que queremos. Madrid: Catarata, 2013, p. 102-119.
- ROSEMBUJ, Tulio. **El impuesto ambiental**. Barcelona: El fisco, 2006.
- SOLER, Fabricio Dourado; MACHADO FILHO, José Valverde; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Acordos setoriais, regulamentos e termos de compromisso**. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde. Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos. São Paulo: Manole, 2012, p. 79-101.
- TANURO, Daniel. **El imposible capitalismo verde**: del vuelco climático capitalista a la alternativa ecosocialista. Madrid: La Oveja Roja, 2011.

A IMPORTÂNCIA DO MÉTODO ESCOLÁSTICO-TOMISTA DE ENSINO PARA O DESENVOLVIMENTO DA FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA

CLAUDIO PEDROSA NUNES

Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca. Professor Adjunto III da UFPB. Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Autor do livro *A Conceituação de Justiça em Tomás de Aquino: um estudo dogmático e axiológico* entre outros. Articulista em diversas revistas jurídicas.

Resumo

O presente estudo se destina a apresentar algumas considerações acerca do modelo escolástico-tomista de ensino e sua utilidade para o desenvolvimento da formação universitária em nível de graduação e pós-graduação em direito e áreas afins. Abordam-se as quatro etapas fundamentais do ensino escolástico-tomista (*lectio, quaestio, disputatio e determinatio*), examinando de forma minudente o perfil de cada qual e realizando as correspectivas conexões para o desenvolvimento da instrução acadêmica como um todo. Faz-se referência à especial relevância que tal método de ensino ostenta mesmo na contemporaneidade, com inegável proveito no ensino jurídico, sendo improvável sua superação quando confrontado com outros modelos educativos.

Palavras-chave

Método; Escolástico; Ensino; Formação.

Resumen

El presente artículo contiene algunas consideraciones acerca del modelo escolástico tomista de enseñanza y su utilidad para el desarrollo de la formación universitaria a nivel de licenciatura y posgrado en el curso de derecho y disciplinas conexas. Trata de las cuatro etapas esenciales de la educación escolástica tomista (*lectio, quaestio, disputatio y determinatio*), con análisis detallada del perfil de cada cual, haciendo las conexiones pertinentes para el desarrollo de la instrucción académica en su conjunto. Se hace referencia a la especial relevancia que tal método ostenta en la actualidad, con sensible provecho en términos de enseñanza jurídica, e incluso su improbable superación ante otros modelos educativos.

Palabras clave

Método; Escolástico; Enseñanza; Formación.

1. Introdução

O Século XIII notabilizou-se como o tempo de surgimento e apogeu das universidades e da sedimentação do cristianismo católico. A causa central de eclosão das universidades no Século XIII foi especialmente o desejo dos letrados de defender interesses e ideologias comuns, através de associações corporativas. Com efeito, na Idade Média, a cultura e a civilização europeias passaram por significativas transformações, tendo como base a doutrina cristã católica e a difusão desta por meio de um regime de ensino bem definido.

A partir do Medievo, as descobertas científicas decorreram da efervescência da cultura e da necessidade de organização das cidades. Um novo mundo espiritual e cultural passara a constituir o dia a dia da comunidade. Nesse panorama, o ensino escolástico-tomista obteve especial destaque. Os métodos de ensino medievais constituíram indubitavelmente um marco singular na história da cultura humana a partir daquele estágio temporal, mormente por conduto da doutrina pedagógica e das teorias do conhecimento de Tomás de Aquino expostas sobretudo na Suma Teológica.

A exposição exata e analítica dos problemas e discussões, o esforço pela clareza e tecnicidade dos conceitos e definições, a propriedade dos silogismos e o emprego universal do latim são aspectos ímpares daquele regime didático-pedagógico jamais superado. As universidades medievais, por seu turno, inspiraram-se também na conveniência de reunião dos sábios de então, dando-lhes oportunidade de ingressar formalmente no corpo docente dessas instituições e difundir seus conhecimentos com grau de oficialidade, isto é, como mestres oficiais do saber.

É nessa perspectiva que o presente artigo se desenvolve. O objetivo central é apresentar ao interlocutor uma ideia clara e precisa o quanto possível de um modelo de ensino e aprendizado que se identifica pela participação eclética de todos os envolvidos no alcance do saber literário e científico, não obstante sob a autoridade do docente. Mais que isso, o ensino escolástico medieval-tomista houve por bem projetar-se no tempo não por uma simples questão de comodidade dos estudiosos e preclaros ou de mera repetição de políticas de educação, mas especialmente por sua elevada propriedade e eficiência no revelar o saber.

2. Propedêutica do Ensino Escolástico-Tomista

No alvorecer do método universitário escolástico-tomista de ensino, mister perpassar um breve olhar sobre a formação e evolução das escolas medievais regulares, realçando

as suas propriedades e utilidades didáticas e demonstrando as conexões pertinentes para efeito de surgimento efetivo das universidades medievais. Vejamos.

2.1. Perfil das Escolas Medievais Pré-Universitárias

As escolas medievais mais conhecidas antes da formação oficial das universidades eram as monásticas, presbiterais, episcopais e palatinas ou palacianas. (ULLMANN, 2000, P. 32). As escolas monásticas eram voltadas ao ensino e vida puramente religiosos, estando destinadas sobretudo à formação de religiosos e sacerdotes. Foram edificadas tanto no Oriente quanto no Ocidente. Como era característico das escolas monacais, o ensino e a educação eram dirigidos à formação espiritual mais que à intelectual. Aloysio Ullmann (2000, p. 32-33) menciona como “exímios educadores”, nesse estágio, São Pacômio (292-342) e Santo Antônio de Tebas (251-356), contrários ao ensino dos gnósticos. A Bíblia era recitada de cor e entendida como fonte de alimento espiritual.

As escolas presbiterais ou paroquiais tiveram sua importância reconhecida no II Concílio de Vaison, datado de 529, quando passou a ser exigido que todos os curas rurais recebessem meninos na casa paroquial com objetivo de lhes ministrar a doutrina cristã, através do estudo dos Salmos e demais escrituras, de forma a encaminhá-los ao trabalho paroquial. (AQUINO, 2009).

O ensino nas escolas presbiterais avançou para jovens sem vocação sacerdotal, podendo então ser aproveitados como servidores úteis para o Estado. Tal ambiente paroquial tem origem visível na Itália, sendo da simpatia dos nobres que desejavam a educação formal de seus filhos. A prática presbiteral consistia em ler, contar, escrever e conhecer passagens da Bíblia, aprender os Salmos, além de preparar discursos bíblicos, se possível. Não havia estudo da cultura clássica, sendo a Bíblia o único livro destinado à leitura e estudo. Como visto, tratava-se de estudo paroquial das escrituras, talvez um pouco mais que os atuais “catecismos”, tudo sob a iniciativa e a direção de um pároco.

As escolas episcopais, por sua vez, destacaram-se sobretudo diante da perda de prestígio das escolas monacais. Segundo Ullmann (2000, p. 41), as escolas episcopais foram criadas por Santo Crodegango, por volta do ano 750 d.C. Essas escolas eram destinadas especialmente à formação de sacerdotes, não obstante tivessem permitido o ingresso de leigos, com a “schola exterior”. (ULLMANN, 2000, p. 41). A formação de presbíteros, entretanto, não era das melhores, conjugando-se às imprecisões próprias dessas escolas pré-universitárias. Apesar disso, as escolas episcopais evoluíram sobretudo no Século XII e eram coordenadas por um escolástico, sob a supervisão e autoridade superior de um bispo.

As escolas palatinas, por derradeiro, eram aquelas conjugadas aos palácios dos reis, destinadas ao ensino dos filhos dos nobres. Coube especialmente a Carlos Magno imprimir

dinâmica a essas escolas, tendo, por isso, recebido reconhecimento com o apíteto de “restaurador das belas artes clássicas”, inaugurando o chamado renascimento carolíngio. (ULLMANN, 2000, p. 45). Não era incomum que os próprios pais acompanhassem os filhos nas aulas, inclusive os reis, até porque muitos destes tinham pouca ou quase nenhuma instrução. O conteúdo das aulas dessas escolas palacianas envolvia o *trivium* e o *quadrivium*, admitindo-se padres e leigos no seu desenvolvimento. Predominava o uso do latim, que já se destacava como expressão linguística cultural, facilitando o ensino nas escolas medievais de todos os reinos e, ao mesmo tempo, permitindo afinidades culturais entre a Igreja e o Estado.

2.2. Programa Didático e Projeto Universitário

Todas essas escolas medievais pré-universitárias reuniam um programa semelhante de estudos, não obstante se verificassem algumas diferenças pontuais. É sensível a preocupação da Igreja com a formação moral de seus discípulos, ao mesmo tempo em que pretendia a divulgação e a universalização da doutrina cristã. Para isso, a Igreja necessitava sedimentar a base de uma cultura que a identificava. O ensino era, portanto, de grande importância e utilidade para a Igreja, eis que representava a afirmação de sua doutrina em nível universal e a fortalecia como instituição mais respeitada e reconhecida em termos de civilização ocidental, como realça Bellomo (1997, p. 427).

No programa de ensino de responsabilidade da Igreja, destacaram-se as chamadas artes liberais e as artes principais ou iliberais. As artes liberais eram consideradas propedêuticas, isto é, uma iniciação ao estudo formal conducente à preparação necessária para ingresso no estudo das cadeiras essenciais. As artes liberais subdividiam-se em *trivium* e *quadrivium*. O *trivium* compreendia a gramática, a retórica e a dialética ou lógica; o *quadrivium*, por sua vez, compreendia a aritmética, a música, a astronomia e a geometria. Assim se tem o programa básico de ensino proporcionado pela Igreja Romana. Este programa básico de ensino de iniciativa da Igreja informou com grande proveito a ação dos docentes e representou o marco fundamental de rompimento do estado de ignorância e depravação dos costumes de então no Ocidente civilizado.

No tocante ao *trivium*, destacava-se uma modalidade peculiar de discussões, inserida na retórica, que era a tópica. A tópica consistia fundamentalmente na problematização do discurso, investigando-o à exaustão até se alcançar o mais próximo de uma afirmação segura. Não se confunde, entretanto, com a *quaestio* e com a *disputatio* (segmentos do método escolástico de ensino) porque se destina a corrigir antagonismos do próprio discurso ou de dois ou mais discursos, como sugere Viehweg (1986, p. 100-101). Para o notável jurisconsulto germânico, a tópica representara um desafio para a então jovem cultura medieval diante de dois aspectos fundamentais: a) como resolver a questão da contradição

entre dois textos estudados nas escolas e universidades medievais; b) como correlacionar assuntos ou teses coerentes de discursos diferentes.

Para Viehweg (1986, p. 104), o emprego da tópica é fundamental para a correta interpretação de textos e discursos, assim como de leis e pronunciamentos judiciais. Com efeito, a problematização dos discursos reclama uma solução e esta só pode ser obtida a partir das concordâncias que se extraem do exame tópico (problematização) desses discursos. (VIEHWEG, 1986, P. 101). Uma das mais prestigiadas soluções em meio à tópica (que conduz ao encontro das concordâncias) é a chamada hierarquia de autoridades, uma prática bem conhecida em todo o Medievo. Assim, a autoridade docente ou científica é o norte das concordâncias, não porém sem um exame das ideias expostas nos textos em debate. (VIEHWEG, 1986, p. 101). Numa esquematização da tópica, Viehweg (1986, p. 101-102), faz menção à forma clássica adotada por Tomás de Aquino, conforme se demonstra:

- (1) *utrum ...* (fixação do problema);
- (2) *videtur quod ...* (pontos de vista coincidentes);
- (3) *sed contra ...* (dissensos);
- (4) *respondeo dicendum ...* (solução).

A conjugação dessas estruturas certamente resultou na organização de um ensino mais oficializado, avançado e científico em comparação com o ensino puramente religioso, conforme sugere Pepin (1995, p. 257). A universalização do ensino e do aprendizado foi portanto o diferencial que elevou as escolas pré-universitárias a nível de universidades, atraindo os estudiosos à reunião de conhecimentos para além da pura doutrina da Igreja Romana. E, nesse quadro, houve necessidade de introdução de nova política pedagógica, alheia aos limites didáticos até então em voga.

3. As Universidades e sua Estrutura Escolástico-Tomista

Como visto, as escolas monacais, presbiterais, episcopais e palacianas constituíram a fase embrionária das universidades medievais, permitindo uma formação adequada e proporcionando a definição de uma estrutura didática mais aperfeiçoada. Houve, por assim dizer, uma oportuna fase de transição no ensino da época, conferindo inegável eficiência ao ensino universitário, cujo marco exuberante coincide com a escolástica tomista.

3.1. Formação e Constituição das Universidades

Na Idade Média o termo “universidade” obviamente não se revestia da estrutura que hoje ostenta. Para sua formação e constituição, a *universitas* concentrava a formalização de

simples curso ou faculdade de linguagem moderna (para a época) que conseguisse reunir um grupo de alunos e professores. Assim, os *studium* e os *collegia* também gozavam do *status* de universidade. O merecimento da condição de universidade intensificava-se com a presença de mestres ilustres, alguns dos quais tiveram seus nomes vinculados diretamente a escolas que se transformaram rapidamente em universidades. Exemplo clássico é o de Alberto Magno, cujo nome foi suficiente para a fundação do *studium* de Colônia. Outros mestres também se destacaram no particular, a exemplo de Pedro Abelardo, em Paris e Bolonha, e Irnerius, mestre em Direito.

Os *studium* também eram instalados como extensões das universidades, com objetivo talvez de expansão internacional. Os *studium* mais conhecidos e importantes, como visto, eram aqueles instalados em Colônia (Alemanha), assim como no interior da França e da Itália. Como assinala Asztalos (1996, p. 416), os *studium* eram faculdades internacionais sobretudo de teologia e foram desenvolvidos a partir das universidades de Paris, Oxford e Cambridge. Era conveniente que cada ordem religiosa instalasse seu próprio *studium*, conquanto fosse difícil imaginar alguma ordem sem relação de proximidade com o estudo da teologia.

De todas as escolas pré-universitárias precedentemente estudadas, foram as escolas catedralícias ou palacianas as que ofereceram as melhores condições para tornar-se universidades. Contavam elas com o diferencial da localização em área urbana, além da reconhecida eficiência didática. As escolas palacianas possuíam, portanto, estrutura física e didática de referência, obviamente porque se encontravam mais próximas da corte real, logrando proveito nesse aspecto.

Mas qual teria sido a causa central e essencial para a formação e constituição das universidades medievais? Na verdade, não há uma causa específica e fundamental que, por si só, tenha sido considerada o marco essencial e preciso da formação das universidades no Medievo. Afirmamos que a conjugação de várias concausas contribuiu decisivamente nesse particular. Destacamos a seguir as principais concausas.

Um primeiro aspecto corresponde ao surgimento das cidades ou conglomerados urbanos, influenciados pelo comércio marítimo no Mediterrâneo¹. Nesse contexto, viram-se os comerciantes estimulados a estabelecer-se em pontos sensíveis e estratégicos de circulação de mercadorias, cuja população se concentrava e também se constituía de estudantes. (SANTIDRIÁN, 1983, p. 15). A formação de uma burguesia incipiente, assim, parece-nos um marco importante contributivo da constituição da universidade no Medievo.

As investidas das Cruzadas também podem ser mencionadas como fato importante ensejador da origem das universidades medievais. Isto porque as Cruzadas proporcionaram

1 No século XIII, o regime de economia feudal encontrava-se em declínio, sendo substituído pelas novas corporações de ofício, fazendo dos centros urbanos os principais núcleos de comércio.

contato mais aproximado entre as culturas da Europa e do Oriente, despertando a curiosidade e estudo científico dessas culturas numa espécie de universalização do conhecimento das variadas culturas. (ULLMANN, 2000, p. 112).

A necessidade de Papas e Imperadores cercar-se de homens sábios e cientistas é também interessante aspecto a ser abordado no tocante à formação das universidades medievais. Premidos pela limitação do saber, precisavam ter em contato permanente estudiosos que lhes orientassem na arte da guerra e no domínio das letras, já que em evidência o surgimento do Renascimento. Assim, as escolas pré-universitárias passaram a receber estímulos dos Papas, Imperadores e Reis, transformando-se em instituições clericais e estatais, com estruturação de gastos e organização didática. O *trivium* e o *quadrivium* restaram insuficientes no domínio do saber em razão do surgimento e desenvolvimento de novas “ciências” como a Filosofia, a Teologia, o Direito e a Medicina, o que demandava o fortalecimento e a ampliação das escolas.

Fervilhava, concomitantemente, a criação de grêmios de estudantes, corporações de trabalhadores com objetivo de defesa e conquista de direitos, o que reclamava emprego de técnicas de dialética e formulação de silogismos. Havia ainda a necessidade de congregar-se diversas pessoas de todas as origens e ofícios, tais como padres, frades e leigos que procuravam instrução. (ULLMANN, 2000, p. 112-113). Tal ambiente serviu inclusive de importante iniciativa de mitigação dos rigores das distintas classes sociais, muito em voga na Idade Média, proporcionando, ao menos em nível de ensino universitário, oportunidades iguais e convivência amistosa entre ricos e pobres, alunos e mestres. As universidades medievais inspiraram-se também na conveniência de reunir-se os sábios de então, dando-lhes oportunidade de ingressar formalmente no corpo docente dessas instituições e difundir seus conhecimentos com grau de oficialidade, isto é, como mestres oficiais do saber.

É sensível, destarte, que cada um desses fatos-aspectos da cultura da época foi indispensável, talvez em grau de igualdade, à formação e constituição oficial das universidades medievais. Foi o conjunto desses fatos-aspectos que garantiu a rápida e oportuna construção da cultura e do saber universitário. E isto sem dúvida instigou as autoridades a enveredar com urgência nesse domínio, até como forma de preservar sua autoridade de governante através do desenvolvimento e da oficialização das instituições do Império por conduito e com auxílio da Igreja Católica Romana.

Importa ainda ter em consideração a forma em que se deu a formação e a estruturação das universidades medievais, tendo em vista o ato, formal ou informal, deflagrador desse processo. A formação das universidades medievais ocorreu diante de fenômenos que resultaram na necessidade de seu reconhecimento como instituição oficial. É dizer que, verificada a conjugação das concausas ora estudadas, resulta importante consignar a natureza dos fatos e/ou atos formais que conduziram diretamente à formação, fundação,

constituição e oficialização das universidades medievais como instituições permanentes do Estado e da Igreja.

Em primeiro lugar, algumas universidades medievais surgiram espontaneamente, isto é, como resultado da evolução e desenvolvimento das escolas pré-universitárias. A transformação dessas escolas em universidades advinha de permissão sobretudo do Papa diante do reconhecimento da autoridade didática dos professores nelas inseridos. Exemplo desse tipo é a Universidade de Paris e outras que se tinham formado até 1290, tais como Bolonha, Oxford, Salamanca, Coimbra² etc.

Um segundo grupo de universidades medievais surgiu não da evolução de escolas pré-universitárias, mas de ato formal do Papa e/ou do Imperador, geralmente por motivos predominantemente político-religiosos (*auctoritate*). Por este meio formal, não se olvida que a universidade era resultado da conscientização da importância que ostentava para a formação de pessoal de apoio ou de assessores intelectualmente preparados. Exemplo típico desse tipo de universidade é a Universidade de Nápoles.

Uma curiosidade digna de registro quanto à criação *ex privilegio* da Universidade de Nápoles é que esta foi idealizada para superar a Universidade de Bolonha, que acolhia vários estudantes da antiga e esfacelada Itália. (TORREL, 2004, p. 7). Para desprestigiar e esvaziar a Universidade de Bolonha, Frederico II proibiu a transferência de professores e alunos da Universidade de Nápoles para aquela outra universidade, o que causou dificuldades para a própria escola de Nápoles. Outra universidade *ex privilegio* foi a de Toulouse, originária de iniciativa dos Papas Honório III e Gregório IX, cujo objetivo era combater a heresia dos cátaros no começo do Século XIII.

Durante toda a Idade Média, especialmente nos Séculos XII e XIII, viu-se o surgimento de diversas universidades, seja *ex consuetudine*, seja *ex privilegio*, muitas das quais conservam até hoje a mesma excelência didática. Assim, como bem anota Ullmann (2000, p. 113-114), a pretensa “Idade das Trevas” não é senão alcunha maliciosa daqueles contaminados por indistigável preconceito ou ignorância intelectual, muitas vezes rotulados de “modernistas” e “democráticos”, e que não passam de intelectualistas corrompidos pela parcialidade.

3.2. A Universidade de Coimbra

No tocante ainda às universidades medievais, importa fazer referência especial à Universidade de Coimbra. Fundada em 1290, por Dom Diniz, também se insere como

2 Segundo o guia da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2001-2002, p. 11), “Os estudos jurídicos remontam, em Portugal, à fundação da Universidade, durante o reinado de D. Diniz. A data exacta de sua criação situa-se, com certeza, entre 1288 e 1290. É tradicional, embora não isento de controvérsia, o ponto de vista que reconhece a instituição do Studium Generale na carta dionisiana de 1 de Março de 1290”.

consequência da efervescência cultural da Europa Medieval. Mais que isso, entretanto, a Escola de Coimbra representou um divisor de águas entre a letargia cultural que predominava em Portugal no Século XIII e o salto de ensino que ali promoveram os escolásticos. Certo que nos seus primórdios, os *studium conimbricensis* ainda se ressentiam da letargia cultural. Ao tempo de sua criação, as escolas que havia em Portugal eram, praticamente, as escolas monacais e as escolas episcopais.

Ao contrário do que sucedia na Europa central, Portugal encontrava-se em franco isolamento cultural até a reformulação e incremento dos *studium conimbricensis*, como anota Saraiva (1950, p. 47). Somente em 13 de agosto de 1290 efetivamente surgiu, *ex privilegio* do Papa Nicolau IV³, a Universidade de Coimbra, antecipando-se ao *studium universitatis* que seria instalado em Lisboa. A bula *De Statu Regni Portugaliae* autorizava expressamente o magistério em Direito Canônico e em Direito Romano.

Os graduados em Coimbra estavam autorizados a lecionar em qualquer lugar do mundo cristão. O *status* formal de universidade conferia aos então *studium conimbricensis* os privilégios das grandes universidades européias medievais: estrutura física e didática, quadro de professores universitários condignamente remunerados, além da missão de difundir a ciência e formar o clero à altura de sua missão a serviço de Deus. Não obstante, a Universidade de Coimbra não era muito conhecida do resto da Europa, até que, por iniciativa de Dom Diniz, inauguraram-se alguns programas do sistema de Bolonha, conferindo a Coimbra a destinação de alguns estudantes estrangeiros, mormente italianos. (ULLMANN, 2000, p. 305).

Contudo, foi no Século XVI que a Universidade de Coimbra ganhou notoriedade mundial, não por acaso, mas diante do trabalho incessante e prestigioso de mestres escolásticos tomistas como Pedro da Fonseca (1528-1599), Manuel de Góis (1543-1597) e, principalmente, Francisco Suárez (1548-1617). Durante todo o Século XIII, no entanto, em pleno alvorecer das universidades medievais, Coimbra permaneceu ofuscada como verdadeira escola universitária integrada ao restante da Europa culta, talvez pelo fato de suas constantes alterações de local, oscilando entre Lisboa e Coimbra, tornando-a de identidade indefinida até mesmo em Portugal. (LISBOA, 1993, p. 15).

Em que pese as turbulências enfrentadas, a Universidade de Coimbra tornou-se exuberante a partir sobretudo do reinado de Dom João III, tendo-se transformado em expoente da cultura do mundo civilizado. Não hesitamos asseverar que o embrião escolástico tomista que constituiu essa importante escola do saber certamente é o diferencial da excelência de sua tradição em estudos filosóficos.

3 Ato oficial consubstanciado na Bula *De Statu Regni Portugaliae* (Cf. *Enciclopedia luso-brasileira de cultura*, Lisboa: Editorial Verbo, 1964, p. 483).

3.3. O Avanço Dominicano

No contexto da formação e constituição das universidades medievais, as faculdades dominicanas ganharam influência e importância com o passar dos tempos, o que causara alvoroço entre os mestres seculares que, dispersos e com dissensos, favoreceram exatamente o desenvolvimento das escolas teológicas dos padres mendicantes. Foi dessa sucessão de fatos que São Boaventura firmou-se como mestre universitário. (ASZTALOS, 1996, p. 417). A igualdade de cátedra em relação aos mestres seculares ampliou-se a partir do momento em que os predicadores passaram a recrutar entre os seus aqueles que se destacavam nos estudos e demonstravam vocação docente. Talvez tenha sido esse o marco fático fundamental que favoreceu o acirramento dos ânimos entre os seculares e os mestres mendicantes, conforme sugere Asztalos (1996, p. 417). Tal acirramento de ânimos acentuou-se pela confirmação da autoridade e preparo acadêmicos de muitos dominicanos, entre os quais se destaca Tomás de Aquino.

Um dos episódios mais marcantes que sedimentou o reconhecimento do preparo erudito dos mendicantes registrou-se nos enfrentamentos entre Tomás de Aquino e o secular Gerardo de Abbeville em 1272, cuja celeuma envolvia a possibilidade de admissão de rapazes nas ordens religiosas e na faculdade de artes. A tese tomista resultou vencedora. Discutia-se ainda com calor questões como a dignidade da pobreza e da resignação dos homens, além das virtudes da perfeição espiritual. (ASZTALOS, 1996, p. 417-418).

3.4. O Desenvolvimento da Formação Universitária Medieval

Importa ressaltar, outrossim, a composição curricular dos mestres para fins de investidura na função de docente, o que foi motivo de grandes enfrentamentos entre predicadores e seculares. Havia costume sedimentado nas universidades segundo o qual o docente somente poderia tornar-se mestre em teologia se houvesse cursado a faculdade de artes. Era uma espécie de pré-requisito para a docência em teologia. Entretanto, Tomás de Aquino assumira a docência em teologia não só antes da idade adequada prevista estatutariamente como também sem se haver diplomado na faculdade de artes. Era uma inovação radical que veio a romper com uma tradição já incorporada oficialmente no ensino universitário de então.

Antes de tornar-se docente em teologia, o acadêmico deveria passar por fases docentes anteriores, quais sejam: a) *cursor biblico*; b) bacharel sentenciário; c) bacharel formado; d) *magister in sacre pagina* (mestre em teologia). (ASZTALOS, 1996, p. 419). Os dominicanos, entretanto, nem sempre atuavam como *cursor biblico* tendo em vista que sua atividade de pregação em público era de importância tal a autorizar dispensa daquela atividade especulativa. Assim, os dominicanos eram alçados mais cedo à docência, haja

vista a formação diferenciada que tinham em termos de grade curricular. Não é difícil perceber que tal fato também constituía motivo de desavença com os seculares.

Na faculdade de teologia havia um método específico de ensino em relação àquele adotado no ensino escolástico em geral. Não havia fígura radical à *lectio, quaestio, disputatio* e *determinatio*, mas, dentro destas, eram acrescentados o que podemos considerar submétodos ou singularidades no ensino da teologia. Assim é que, como bem anota uma vez mais Asztalos (1996, p. 421), tinham-se: a) aulas; b) disputas; c) sermões. Esses submétodos oscilavam a depender da natureza das obras teológicas postas em estudo. Os submétodos em comento evidentemente estão mais afeitos à *lectio* e à *quaestio*, de modo que é possível concluir que se apresentavam como estágio inicial do ensino teológico.

Fato curioso em relação ao ensino escolástico está relacionado com as artes, isto é, aquele ciclo básico de estudos que precede ao ensino da teologia propriamente dita. É que a faculdade das artes era destinada ao ensino das chamadas ciências naturais (medicina, direito, astronomia, geometria, gramática, retórica, lógica etc). Porém, no método de ensino das artes avançava-se aqui ou acolá pelas questões religiosas e, portanto, teológicas. Tal prática acabava por questionar a autoridade dos dogmas teológicos, mormente quando as demonstrações das práticas punham em evidência verdades teológicas.

Diante disso, a partir de 1272, por disposição estatutária, proibiu-se qualquer incursão teológica nas faculdades de artes, designadamente questões como a encarnação e a Trindade. Não há como olvidar que tal situação culminou no acirramento dos ânimos em Paris entre mendicantes e seculares. Houve, pois, teses condenadas e proibidas oriundas das artes, não obstante se fizessem reuniões secretas para desenvolvimento dos debates nelas inseridos.

Entre as teses condenadas, uma das mais destacadas foi de autoria de Sigério de Brabante (1284) e Boécio de Dácia (1284), as quais proclamavam: a) eternidade do mundo; b) fatos naturais dependentes do movimento dos corpos celestes; c) a morte elimina a alma do homem. O ambiente de condenações de teses, refutações e enfrentamentos entre mendicantes e seculares não impediram Tomás de Aquino de alçar a teologia à categoria de ciência. Na escolástica tomista, a teologia passara à mais elevada categoria do ensino, ostentando a qualidade de disciplina científica. (ASZTALOS, 1996, p. 424-425).

Toda a atmosfera palpitante proporcionada pelo surgimento e apogeu das universidades não retirou do Século XIII as características de um tempo pautado pela tranquilidade da ordem social e estabilização política, não obstante a ocorrência de certos fatos culturais e científicos que causaram impacto no pensamento teológico-filosófico de então. Anota Chevalier (1956, p. 288), com acurada precisão, que o Século XIII também fora a época de iniciação da adesão da filosofia ocidental ao pensamento de Aristóteles, bem como do surgimento da filosofia da razão (*ratio*), tudo sob os auspícios da doutrina

teológico-filosófica do Angélico. O mesmo autor destaca ainda a vida e a obra de Santo Tomás como um dos mais perfeitos momentos do pensamento humano e cristão. (CHEVALIER, 1956, p. 288-289). A fidelidade ao pensamento racional faz de Tomás de Aquino o doutor da ponderação, do equilíbrio e da coerência de pensamento que marca toda a história da Cristandade.

4. Método do Ensino Escolástico-Tomista

Após tratarmos do desenvolvimento da formação universitária medieval, mormente no tocante à formação docente e à prática do ensino, é importante destacar os principais pormenores do método escolástico-tomista de ensino, enfatizando a atuação especial de Tomás de Aquino. Vejamos.

4.1. *Lectio, Quaestio, Disputatio e Determinatio*

O método escolástico de ensino constituiu o apogeu das políticas eficientes de ensino adotadas na Idade Média. Diríamos que significou a fonte de inspiração e irradiação que fez nascer e prosperar o próprio Renascimento. Partira da *lectio* e das *questiones* ou *quaestio* bem desenvolvidas nas escolas monacais, episcopais e palacianas para, aperfeiçoando o ensino e o aprendizado, acrescentar a *disputatio* e a *determinatio*.

A *lectio* e a *quaestio* desenvolviam-se da mesma forma do que sucedia naquelas escolas pré-universitárias, cujo diferencial não era senão o aprofundamento e a evolução da interpretação e comentários aos textos de filosofia, teologia, direito e medicina. As explicações e comentários do mestre eram seguidos da formulação de questões para fomentar o debate (*quaestio*). Ato contínuo, as argumentações eram postas em discussão em que os alunos expunham seu entendimento e críticas ao professor, assemelhando-se à maiêutica desenvolvida por Sócrates na filosofia grega. (VERGER apud ULLMANN, 2000, p. 61).

Em Paris, com o avançar da *disputatio*, o ensino universitário dividiu-se em ordinário e extraordinário. O ensino ordinário era ministrado sobretudo pela manhã, pelo mestre, com destaque para apresentação do que hoje podemos considerar uma teoria geral de cada disciplina. Já o ensino extraordinário ocorria no turno vespertino, sendo ministrado por bacharéis, cuja base era a revisão e aprofundamento dos assuntos expostos pela manhã. As disputas ou discussões também se distinguiam em ordinárias e extraordinárias, a depender da importância que ostentavam.

As disputas ou discussões ordinárias realizavam-se semanalmente e serviam também como reforço ou fixação do aprendizado; as extraordinárias ocorriam em ocasiões solenes, ligadas a um ou outro evento anual importante e digno de grande celebração, a exemplo do Natal, Ano Novo e Páscoa. As disputas ordinárias desenvolviam-se sobre assuntos

previamente escolhidos pelo professor, que também indicava um ou mais alunos que deveriam atuar⁴. Sertillanges (1946, p. 80) expõe que havia significativa adesão do povo, o qual acompanhava atento todo o desenrolar das discussões.

Contra os *defendentes* estavam os *opponentes*, cuja missão era opor-se aos argumentos dos *defendentes* com objetivo de desautorizar-lhes nas invocações. Tanto a defesa dos assuntos quanto as oposições decorriam em latim, idioma tradicional no Medievo, sob a forma de silogismos. Aliás, a Suma Teológica de Tomás de Aquino é excelente demonstração da propriedade desses silogismos e do grau de riqueza e precisão dos debates. As disputas extraordinárias, não obstante seguissem o mesmo ritual das ordinárias, contavam sempre com a presença de grandes mestres e autoridades acadêmicas, que se debruçavam sobre questões palpitantes da atualidade de então. Tomás de Aquino não se furtou a essas instigantes disputas, no que sempre demonstrava a propriedade e acerto de suas elucbrações. (ULLMANN, 2000, p. 65). As disputas nem sempre ocorriam de forma ordeira, isto é, não raro as discussões se faziam ao mesmo tempo, com “defendentes” e *oppositores* argumentando ao mesmo tempo.

A *determinatio*, estágio seguinte do método de ensino universitário medieval, servira não só para ordenar as discussões nas *questiones disputatis*, mas, especialmente, para determinar qual a tese vencedora, por expressar com mais propriedade acadêmico-dogmática e precisão silogística os argumentos estabelecidos. Ao termo das *questiones disputatis*, o professor, ao firmar a *determinatio* ou *solutio*, punha a “verdade” a ser acolhida e respeitada, considerando a segurança dos argumentos vencedores. Tal *determinatio magistri* era convertida em obras dispersas denominadas *questiones disputatae*.

Ao lado das *questiones disputatis* seguidas da *determinatio*, havia ainda as questões travadas entre professores na presença de seus alunos. Ao contrário do que se possa imaginar a princípio, esses eventos não se destinavam a descobrir ou verificar qual o professor mais qualificado nas questões em debate, mas para aprofundamento do aprendizado dos *scholars* através do embate entre diferentes professores. Os estudos se estendiam até em períodos de recesso das universidades, logo após a conclusão das lições dos mestres em determinados períodos. A iniciativa era adotada sobretudo para os estudantes mais adiantados e para aqueles que desejavam alcançar formação em teologia.

4.2. Tomás de Aquino e as Disputas Jusfilosóficas

No âmbito do ensino do direito, a *lectio* e as *questiones disputatis* eram acrescidas das *harengas* (arengas), cujo objetivo era explorar discursos capazes de preparar os futuros

4 Tais alunos eram os “defendentes” ou “respondentes” (Cf. ULLMANN, Aloysio. In: *A universidade medieval*, op., cit., p. 65).

bacharéis para o bem falar e para construir silogismos de defesa ou acusação em determinada matéria. Era comum, nos cursos de direito, produzir-se comentários às leis, no que se formaram os glosadores e os pós-glosadores, ou seja, os versados nessa arte. Ainda hoje é indubitosa a autoridade e a utilidade dos comentários aos códigos jurídicos, tornando a interpretação de textos legais o resultado de trabalho de investigação promovido por autoridades jurídicas de renome. A própria Suma Teológica não refoge visceralmente de tal sistemática, debruçando-se Tomás de Aquino sobre questões e passagens importantes das Sagradas Escrituras, resultando em conclusões adequadas e solucionadoras de muitos problemas jurídicos e sociais que eclodiram naquela época de significativas transformações.

A autoridade acadêmica do aquinatense representou, sem dúvida, importante diferencial para o inegável sucesso do trabalho hermenêutico dos comentadores. Sequenciando essa prática de comentários de textos de leis, os glosadores, a partir do Código de Justiniano, voltavam-se a explicar a exegese de cada palavra ou expressões dos textos jurídico-legais⁵. O objetivo logicamente era explorar o sentido que encerravam e penetrar a intenção dos legisladores, do que resultaram as glosas interlineares e as glosas marginais. Juan, o Teutônico, revelou-se como um dos mais conhecidos e famosos glosadores, tendo lecionado sobretudo na Itália.

Francesco Accurcio talvez tenha sido o mais famoso entre os glosadores (1182 a 1260), já que foi o responsável pelas glosas apostas junto ao *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. (CARPINTERO, 2004, p. 11). Entre as principais obras subjacentes ao ensino universitário medieval, destacaram-se obviamente as de filosofia e teologia. Entre tais obras, estavam as chamadas *Quodlibetalia*, que, como sugere a denominação, resultaram de compilado das *questiones quodlibetatis*. Referidas obras eram consequência de exercício de fixação doutrinária das lições de filosofia ou teologia, especialmente as desenvolvidas durante o período do Natal e da Páscoa. Daí emergiram outras tantas obras literárias, destacando-se *De Veritate*, *Summa Contra Gentiles* e a própria Suma Teológica, todas de Tomás de Aquino. Roberto Grosseteste (1168 a 1253) editou a *Summa Philosophica*, exemplar estudioso e responsável pela tradução mais perfeita da *Ética* a Nicômaco de Aristóteles, já que dominava bem o grego. (CHALMETA, 2002, p. 95).

Não é de confundir as glosas e silogismos escolásticos com sofismas. Estes ocuparam lugar na escolástica unicamente para basear a distinção entre falácias e heresias e a verdade teológico-filosófica da escolástica tomista⁶. Assim, não é lícito vislumbrar defeitos no

5 Os glosadores eram estudiosos que escreviam comentários (glosas) ao longo dos textos estudados. Destacaram-se os comentadores (glosadores) do *Corpus Iuris Civilis* (corpo de direito civil), também chamado Código de Justiniano, obra jurídica fundamental, publicada entre os anos 529 e 534 por ordem do Imperador bizantino Justiniano I.

6 Os sofistas se compunham de grupos de mestres que viajavam de cidade em cidade realizando aparições públicas (discursos etc) para atrair estudantes, de quem cobravam taxas para oferecer-lhes educação.

ensino universitário informado pela escolástica medieval nesse aspecto. Como sugere Ullmann (2000, p. 65), qualquer eventual defeito nesse sentido talvez não passe de confusão cometida entre os métodos e discussões empreendidos no ensino escolástico e os sofismas que resultaram superados pelas verdades cientificamente alcançadas pelos mestres medievais, especialmente por Tomás de Aquino.

5. Conclusões

A eficiência do método escolástico de ensino é sensível, bem constatado que o ensino da atualidade o tem adotado, em que pese com algumas mitigações. Seja nas escolas primárias, secundárias, no nível científico ou nas universidades em geral, enfim, o método escolástico era, como é, garantia de êxito para os verdadeiramente comprometidos com o aprendizado. Prova maior da eficiência, proveito e utilidade dos métodos medievais de ensino está nas oscilações do que atualmente se tem denominado ensino à distância, tão decantado e idealizado como alternativa aos métodos tradicionais advindos desde a escolástica medieval, e que se destacam pela ausência de participação física e presencial nos auditórios e salas de aula. Podemos afirmar, não sem receio de censura, que nenhum outro método de ensino e de educação formal terá autoridade bastante para superar esses métodos adotados pelos estudiosos medievais. Mesmo podendo admitir-se refinamentos, o método escolástico ora focalizado jamais poderá ser inteiramente esquecido em qualquer tema sério de ensino e educação, em qualquer nível.

O ensino na atualidade tem-se revelado ineficiente e evasivo exatamente porque se busca, em vão, o emprego de métodos ditos “modernos” e “alternativos” de ensino, olvidando-se inadvertida ou intencionalmente dos insuperáveis bons resultados que o ensino tradicional presencial e participativo angariou desde o Medievo. O exemplo não é a melhor forma de convencer; é a única. E isso pressupõe admitir que o método de ensino escolástico-tomista é alvissareiro em tema de ensino nas academias e universidades.

6. Referências

AQUINO, Felipe. A igreja e o ensino na Idade Média. Disponível em <http://www.pastoralis.com.br/pastoralis/html/modules/smartsection/item.php?itemid=286>. Acesso em 10.09.2009.

O foco central de seus ensinamentos concentrava-se no logos ou discurso, com foco em estratégias de argumentação. Os mestres sofistas alegavam que podiam “melhorar” seus discípulos, ou, em outras palavras, que a “virtude” seria passível de ser ensinada. Protágoras (481 a.C.-420 a.C.), Górgias (483 a.C.-376 a.C.), e Isócrates (436 a.C.-338 a.C.) estão entre os primeiros sofistas conhecidos (Cf. *Escola sofista*. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Escola_sof%C3%ADstica. Acesso em 08.09.2009).

- AQUINO, Tomás de. Suma de teología, parte I-II, edición dirigida y traducida por los regentes de estudios de las provincias dominicanas de España. Colaboradores: Ángel Martínez, Donato González, Luis Lopes de las Heras, Jesús M. Rodríguez Arias, Rafael Larrañeta, Victorino Rodríguez, Antonio Sanchís, Esteban Pérez, Antonio Osuna, Niceto Blázquez, Ramón Hernández. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.
- ASZTALOS, Monika. A faculdade de teologia. Uma história da universidade na Europa, coord. geral da edição Walter Rüegg, vol. I. *As universidades na idade média*, coord. de edição Hilde de Ridder-Syruoeus, Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1996.
- BELLOMO, Manlio. Società e istituzioni in Italia dal medioevo agli inizi dell'età moderna, Roma: Ed. Roma, 1997.
- CARPINTERO, Francisco. Justicia y ley natural: Tomás de Aquino y los otros escolásticos, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- CHALMETA, Gabriel. La justicia política en Tomás de Aquino. Una interpretación del bien comun político, Pamplona: EUNSA, 2002.
- CHEVALIER, Jacques. Saint Thomas d'Aquin et son époque. *Histoire de la pensée: la pensée chrétienne*, vol. II, Paris: Flammarion Éditeur, 1956.
- LISBOA, Maria da Graça Cavalcante. A ideia de universidade no Brasil, Porto Alegre: Edições EST, 1993.
- PÉPIN, Jean. São Tomás de Aquino e a filosofia do século XIII. *História da filosofia. De Platão a São Tomás de Aquino*, vol. I, trad. de Afonso Casais Ribeiro, Linda Xavier e Manuel L. Agostinho, Lisboa: Dom Quixote, 1995.
- SANTIDRIAN, Pedro. *Tomás de Aquino*, Barcelona: Urbion-Hyspamerica, 1983.
- SARAIVA, José Antônio. História da cultura em Portugal, Lisboa: Editora Jornal do Foro, vol. I, 1950.
- SERTILLANGES, Antonin-Dalmace. Santo Tomás de Aquino, trad. de José Luiz de Izquierdo Hernández, vol. 1, Buenos Ayres: Desclée, 1946.
- TORRELL, Jean-Pierre. Iniciação a Santo Tomás de Aquino: sua pessoa e obra, trad. de Luiz Paulo Rouanet, 2ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- VIEHWEG, Theodor. Tópica y jurisprudencia, trad. de Luis Díez Picazo, Madrid: Taurus, 1986.
- ULLMANN, Reinholdo Aloysio. A universidade medieval, 2ª ed., Porto Alegre: EDI-PUCRS, 2000.

A INJUSTIÇA LEGAL COMO VÍCIO DO JUIZ QUE JULGA: UMA CONTINUIDADE NA DIFERENÇA PARADIGMÁTICA ENTRE SÃO TOMÁS E HABERMAS

JOSÉ MARCOS MINÉ VANZELLA

Doutor em Filosofia pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro) . Professor e Pesquisador no Programa de Mestrado em Direito do Centro Unisal – U.E. de Lorena (SP). E-Mail: enimine@gmail.com

LINO RAMPAZZO

Doutor em Teologia pela Pontificia Università Lateranense (Roma). Professor e Pesquisador no Programa de Mestrado em Direito do Centro Unisal – U.E. de Lorena (SP). E-mail: lino.rampazzo@uol.com.br

Resumo

Este artigo pretende identificar certa filiação crítica do pensamento habermasiano à tradição do pensamento tomasiano, através da aderência aos elementos fundamentais da pessoa, da moral e da injustiça legal como vício do juiz que julga. No primeiro momento analisa o pensamento filosófico tomasiano no que diz respeito à “Injustiça” e à “Injustiça do juiz no julgar”, a partir de uma visão geral da Suma Teológica. Com referência à primeira questão, são analisados quatro artigos: se a injustiça é um vício especial; se praticar atos injustos é próprio do injusto; se podemos sofrer injustiça voluntariamente e se a injustiça é genericamente pecado mortal. Também a segunda questão estuda quatro artigos, a saber: se podemos julgar justamente quem não depende de nós; se é lícito ao juiz, baseado no que lhes expõem, julgar contra a verdade que conhece; se o juiz pode condenar justamente quem não é acusado e se pode licitamente relaxar a pena. No segundo momento apresenta o pensamento de Habermas sobre a injustiça do juiz que julga. Mostra-se a filiação de Habermas à filosofia da pessoa moral. A pessoa do juiz participa de uma realidade mediada simbolicamente e experimentada nesta mediação, a qual é medida da imputação de sua responsabilidade moral. Esta é repensada através de sua socialização e introdução num mundo da vida simbolicamente mediado. Acrescenta-se a ignorância da lei de São Tomás à modalidade de injustiça legal como vício do juiz que julga por ignorância paradigmática do direito. Distingue a superação do solipsismo metódico que exige do juiz decisões bem fundamentadas: estas se expressam como bons argumentos perante a comunidade jurídica. Tal posição desemboca na compreensão dos discursos de aplicação

com aperfeiçoamento da ponderação do procedimento argumentativo. Mostra-se a aderência de Habermas aos temas postos por São Tomás, sua atualização crítica e tradução.

Palavras-chave

São Tomás; Habermas; Injustiça Legal; Juiz que julga.

Riassunto

Questo articolo si propone di identificare una certa filiazione critica del pensiero di Habermas con la tradizione del pensiero di San Tommaso, attraverso l'aderenza agli elementi fondamentali della persona, della morale e dell'ingiustizia legale come vizio del giudice che giudica. Nel primo momento analizza il pensiero filosofico di San Tommaso sui temi dell' "Ingiustizia" e dell' "Ingiustizia del giudice nel giudicare", a partire da una visione generale di quest'opera. Riguardo alla prima questione, si studiano quattro articoli: se l'ingiustizia è un vizio speciale; se è proprio dell'ingiusto praticare atti ingiusti; se possiamo soffrire l'ingiustizia volontariamente e se l'ingiustizia genericamente è un peccato mortale. Pure la seconda questione studia quattro articoli, cioè: se possiamo giudicare giustamente chi non dipende da noi; se è lecito al giudice, basandosi in quello che gli espongono, giudicare contro la verità che conosce; se il giudice può condannare giustamente chi non è accusato e se può licitamente ridurre la pena. Nel secondo momento presenta il pensiero di Habermas riguardo all'ingiustizia del giudice che giudica. Mostra il legame di Habermas con la filosofia della persona morale. La persona del giudice partecipa di una realtà mediata simbolicamente e sperimentata in questa mediazione, che è misura dell'imputazione della sua responsabilità morale. Questa è ripensata attraverso la sua socializzazione e l'introduzione in un mondo della vita mediato simbolicamente. Si aggiunge il tema dell'ignoranza della legge in San Tommaso alla modalità di ingiustizia legale come vizio del giudice che giudica per ignoranza paradigmatica del diritto. Distingue il superamento del solipsismo metodico che esige da parte del giudice decisioni ben fondate: queste si esprimono come argomenti validi davanti alla comunità giuridica. Tale posizione sfocia a comprendere i discorsi di applicazione con perfezionamento della ponderazione della procedura argomentativa. Si mostra l'aderenza di Habermas ai temi posti da San Tommaso, come pure la sua attualizzazione critica e la sua interpretazione.

Parole chiave

San Tommaso; Habermas; Ingiustizia Legale; Giudice che giudica.

1. Introdução

O presente ensaio investiga a questão da injustiça legal, como vício do juiz que julga, procurando estabelecer uma linha de continuidade na diferença paradigmática entre São

Tomas e Habermas. Questiona-se se é possível encontrar alguma modalidade de injustiça cometida pelo juiz, refletindo a partir de Habermas, que possa aprimorar a consciência moral dos juizes, dando continuidade em outro paradigma ao trabalho iniciado por São Tomas. Deste modo pretende-se contribuir para o aprimoramento da consciência moral da atividade da magistratura.

Inicialmente, a primeira parte do artigo questiona a injustiça e o Juiz que julga na Suma Teológica. Aborda-se o tema nos três momentos seguintes: o tema da injustiça na Suma Teológica; a injustiça como vício; e por fim a injustiça do juiz que julga.

Na segunda parte aborda-se a injustiça legal como vício do juiz que julga, a partir do pensamento de Habermas nos quatro momentos seguintes: faz-se inicialmente a distinção do paradigma de Habermas e o acesso à questão da pessoa moral; em seguida investiga-se a modalidade da injustiça legal como vício do juiz que julga, por ignorância paradigmática do direito; aborda-se então a superação do solipsismo metódico a partir da filosofia de Apel, parceiro de Habermas na ética do discurso, e a pertença do juiz à comunidade; por fim procura-se apresentar a questão dos discursos de aplicação, o juiz, a ponderação e o procedimento.

2. A Injustiça e o Juiz injusto na Suma Teológica

2.1. O Tema da Injustiça na Suma Teológica

Para entender melhor as questões 59 e 67, da segunda parte da Segunda Parte da Suma Teológica, que tratam, respectivamente, da “injustiça” e da “injustiça do juiz no julgar”, apresenta-se o esquema geral da obra e, particularmente, o espaço significativo que, nela, São Tomás dá para a temática da justiça e da injustiça.

A Suma Teológica (*Summa Theologiae*) é a obra principal de São Tomás de Aquino (1225-1274): contém 512 questões e 2.669 artigos. A estrutura dessa obra é articulada em três Partes. A Primeira Parte, dogmática, sobre Deus em si mesmo, sobre o mistério da Trindade e sobre a atividade criadora de Deus (questões 1-119).

Na Segunda Parte, moral, São Tomás considera o homem, impelido pela graça, na sua aspiração de conhecer e amar a Deus para ser feliz no tempo e na eternidade. Esta Parte, por sua vez, está subdividida em mais duas partes: a primeira parte da Secunda (*prima secundae I-II*) e a segunda parte da Secunda (*secunda secundae II-II*).

Primeiro (I-II), ele apresenta os princípios teológicos do agir moral, estudando como, na liberdade de escolha humana para praticar o bem, integram-se a razão, a vontade e as paixões, às quais se acrescenta a força que dá a graça de Deus, bem como a ajuda que é oferecida também pela lei moral (questões 1-114).

Sobre este fundamento, São Tomás delinea a fisionomia do homem que vive segundo o Espírito e que se torna, assim, um ícone de Deus (II-II). Aqui, ele estuda as três virtudes teológicas - fé, esperança e caridade -, seguidas do agudo exame de mais de cinquenta virtudes morais, organizadas em torno das quatro virtudes cardeais - prudência, justiça, temperança e fortaleza. Termina, então, com a reflexão sobre as diferentes vocações na Igreja (questões 1-189).

Na terceira Parte da Suma, novamente dogmática, São Tomás estuda o Mistério de Cristo por meio do qual pode-se alcançar novamente a Deus Pai. Nesta seção, escreve páginas sobre o Mistério da Encarnação e da Paixão de Jesus e sobre os sete sacramentos (questões 1-90). (TORREL, 2003).

Os temas específicos da Justiça e da Injustiça são tratados na segunda parte da Segunda Parte. Mais especificamente aparecem no capítulo das virtudes “cardeais”, a saber, a prudência, a justiça, a fortaleza e a temperança. A esse respeito, ele dedica 10 questões para tratar da prudência (questões 47-56), 66 questões relativas à justiça (questões 57-122), 18 questões sobre a fortaleza (questões 123-140) e, por fim, 30 questões sobre a temperança (questões 141-170).

Em suma, ele fala mais sobre a justiça do que sobre as outras três virtudes cardeais, que somam 58 questões. E, falando da justiça, ele reflete também sobre o vício oposto, a saber a injustiça, nos seguintes temas específicos, dos quais indicam-se as questões correspondentes, a seguir (q.), como se encontram na Suma.

1. A Justiça em si mesma: o direito, objeto da justiça (q. 57); a justiça (q. 58); a *injustiça* (q. 59); o juízo (q. 60). Em seguida, a Suma trata da justiça comutativa e distributiva (q. 61-62).

2. Vícios opostos à justiça:

- a) à justiça distributiva: a aceção de pessoas (q. 63);
- b) à justiça comutativa: o homicídio (q. 64); a mutilação, o açoite e o encarceramento (q. 65); o furto e o roubo (q. 66); a *injustiça do juiz no julgar* (q. 67); a acusação injusta (q. 68); a injustiça do acusado (q. 69); a injustiça da testemunha (q. 70); a injustiça dos advogados (q. 71); a injúria (q. 72); a difamação (q. 73); o mexerico (q. 74); a zombaria (q. 75); a maldição (q. 76); a fraude nas compras ou vendas (q. 77); a usura nos empréstimos (q. 78).

Colocaram-se grifadas as questões que vão ser consideradas neste estudo.

2.2. A Injustiça como Vício na Suma Teológica

A questão 59 leva por título: *De Iniustitia, Sobre a Injustiça*; e pretende discutir quatro artigos: a) se a injustiça é um vício especial (art. I); b) se praticar atos injustos é

próprio do injusto (art. II); se podemos sofrer injustiça voluntariamente (art. III); d) se a injustiça é genericamente pecado mortal (art. IV).

Devido à necessária brevidade do presente estudo, será estudada a resposta principal dos mesmos, entrando apenas algumas vezes nas particularidades das objeções, que são apresentadas em todos os artigos da Suma, com uma correspondente resposta.

Na resposta ao questionamento do primeiro artigo, São Tomás afirma que a injustiça ilegal é um vício especial porque despreza o bem comum, que é o objeto especial da justiça legal. Mas, quando o homem despreza o bem comum, “pode ser arrastado a todos os pecados”. Por isso “todos os vícios, enquanto repugnam ao bem comum, têm natureza de injustiça, isto é, são como derivados dela”. Neste sentido, a injustiça, que engloba todos os vícios, não é um “vício especial”, mas “geral”, pois todo vício é uma forma de injustiça. Considerando, porém, a injustiça na sua modalidade de implicar uma “certa desigualdade em relação a outrem”, neste caso a injustiça “tem uma especial matéria e é um vício particular oposto à justiça particular”.

Percebe-se, pois, que São Tomás discutiu, especificamente, a injustiça como vício em três vertentes básicas: a primeira como uma ilegalidade, enquanto um vício *especial*; a segunda como todas as ilegalidades, enquanto um vício *geral*; e a terceira como desigualdade, enquanto um vício *particular*. Além disso, não se pode esquecer que a sua obra é, antes de tudo, teológica: por isso faz referência ao conceito especificamente teológico do “pecado”.

Falar de injustiça, de algum modo, é relacioná-la com a própria justiça, um hábito virtuoso. O mesmo pode ser dito da injustiça: é também um hábito, mas vicioso. Não é por outra razão que, na concepção tomasiana, a injustiça é, por assim dizer, “um vício com um único propósito, o de estar deliberadamente disposto a opor-se àquilo que é exigido pela justiça” (MACINTYRE, 1991, p. 223). Embora possa ser viciada de muitas maneiras, para São Tomás, em geral, a perversão da reta razão (*recta ratio*) é o modo mais recorrente de se afastar da justiça e aproximar-se da injustiça (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 242).

O segundo artigo questiona se deva considerar-se injusto quem comete injustiça.

Na resposta São Tomás explica que é objeto da justiça “uma igualdade relativa às coisas exteriores”. Paralelamente, a injustiça é uma “desigualdade pela qual damos a outrem mais ou menos do que lhe compete”. Com essa premissa, pode acontecer que alguém cometa injustiça, sem ser injusto: e isso por duas razões. Primeiro, por falta de relação entre a ação e seu objeto próprio. Neste sentido, nos atos relativos a um fim, a intenção é essencial. Em outros termos, precisa querer um determinado efeito. Por isso, quem pratica uma injustiça, sem a intenção de praticá-la, o que poderia acontecer em quem age por ignorância, ou seja em quem pensa não fazer um ato injusto, essa pessoa não pratica

injustiça, “em si e formalmente falando”, mas só “por acidente e apenas materialmente”. Em segundo lugar, pode acontecer que não haja correlação entre o ato e o hábito. Isso se daria, por exemplo, quando a origem do ato é uma paixão, como, por exemplo, a ira ou a concupiscência. Por isso, é injusto apenas quem comete a injustiça intencional e propositalmente, por ter o hábito da injustiça. Mas pode acontecer que alguém faça injustiça sem intenção, ou por paixão: neste caso a pessoa não tem o hábito da injustiça.

O terceiro artigo questiona se podemos sofrer injustiça voluntariamente.

Na resposta São Tomás faz distinção entre a ação e a paixão: a primeira procede da vontade, que é o princípio dos atos humanos; e a segunda da natureza. Na primeira situação, o homem é “agente” e na segunda é “paciente”, chegando a sofrer contra a própria vontade. Conclui-se, pois, que a injustiça, propriamente falando, provém de um ato voluntário: e “ninguém pode fazê-la senão voluntariamente, *nem sofrê-la senão involuntariamente*”. Porém, “quase materialmente falando, podemos fazer sem querer o que é, em si mesmo, injusto; e podemos sofrê-lo voluntariamente, como quando damos a outrem, por nossa vontade, mais do que lhe devemos”.

São Tomás sempre faz questão de distinguir os diferentes casos e situações. Partindo, então, do princípio do que “o fato de alguém fazer uma injustiça e, correspondentemente, o fato de uma outra pessoa sofrer a injustiça são termos correlatos”, considera a possibilidade de alguém que, formalmente falando, comete a injustiça, pois tem a intenção de cometê-la, mas o outro não a sofre, por sofrê-la voluntariamente; e, ao inverso, alguém que sofre uma injustiça por sofrê-la contra a vontade, mas na situação em que alguém a fez por ignorância, só materialmente e não formalmente.

O quarto artigo questiona se a injustiça é genericamente pecado mortal. Na resposta São Tomás lembra já ter tratado da diferença dos pecados numa questão da primeira parte da Segunda Parte (q. 72, art. 5), na qual tinha afirmado que se considera pecado mortal o que contraria a caridade. Mas, como todo dano causado a outrem repugna, em si mesmo, a caridade, conclui-se que a injustiça, caracterizada em causar dano a outrem, “é pecado genericamente mortal”.

O advérbio de modo “genericamente” é explicado na resposta à primeira objeção. Nesta ele considera a situação de quem, ignorando as “circunstâncias particulares”, comete uma injustiça. Trata-se, neste caso, de uma injustiça “por acidente”, que “merece perdão”. Diferente seria o caso da “ignorância de direito”.

O que significa a expressão “ignorância de direito”?

A questão da “ignorância de direito” remonta ao direito romano. Em geral, os jurisconsultos romanos não a admitiam. Para eles, como regra, a ignorância de direito não deve ser considerada tal como a ignorância de fato: isso porque há muita diferença entre conhecer o fato e conhecer o direito. Como o direito, de regra, deve ser definido e certo,

não permite escusas àqueles que o ignoram. Mas o conhecimento dos fatos, de regra, pode escapar aos mais bem avisados. Por isso, a ignorância de fato merece razoáveis escusas. Dessa distinção decorre a discussão daquilo que deve ser tido como justo ou não, quando se trata de acarretar prejuízos. Na jurisprudência romana é entendido como escusável e justo não se responsabilizar a invencível ignorância de fato de alguém; ao contrário, a ignorância do direito é inescusável e é injusto deixar de responsabilizar aquele que a comete. No Digesto, ficou assentada a regra de que a ignorância de direito prejudica, e a de fato não (JUSTINIANO, 1972, p. 99).

Tem-se em consideração que há razões de justiça que justificam tratamento diferenciado entre ignorância de direito e de fato, com suas respectivas consequências. Entende-se que é mais fácil conhecer o direito do que os fatos. Assim, não seria princípio de justiça escusar, de modo igual, ambas as ignorâncias. Se é mais fácil conhecer o direito do que os fatos, nada mais justo que a ignorância do direito não aproveite, com facilidade, quem nela incide, enquanto a ignorância de fato, pelas suas circunstâncias peculiares, justifica que aproveite, sem prejuízos, aqueles que nela incorrem. É por isso que se tem dito que os romanos, com esta distinção cuidadosa, estabeleceram duas regras opostas uma à outra, porque fundadas em razões opostas (PITTA, 1871, p. 18-19).

2.3. A Injustiça do Juiz que Julga

A questão 67 leva por título: *De Iniustitia Iudicis in iudicando, Da Injustiça do Juiz no julgar* e pretende discutir quatro artigos: a) se podemos julgar justamente quem não depende de nós (art. I); b) se é lícito ao juiz, baseado no que lhes expõem, julgar contra a verdade que conhece (art. II); c) se o juiz pode condenar justamente quem não é acusado (art. III); d) se pode licitamente relaxar a pena (art. IV).

Na resposta ao questionamento do primeiro artigo, São Tomás afirma que a sentença do juiz pode ser considerada como uma “lei particular aplicada a um fato particular”. Neste sentido “deve ter força coativa” para ser eficaz, à semelhança da lei geral. Mas “na ordem das coisas humanas” somente a autoridade pública tem o poder coativo. Este poder, por sua vez, pode ser ordinário, ou “em virtude de uma comissão”. Por tudo isso, quem não está investido de uma destas modalidades do poder público não pode julgar.

O artigo tem, entre outros objetivos, o de apontar para os limites da autoridade judicial. É curioso como São Tomás já anunciava algo que se consagrou como um princípio fundamental da jurisdição: o juízo natural. Isso significa que a autoridade judicial deve estar pré-constituída, investida de seu poder jurisdicional, para que todos os que a ela se submetem não sejam surpreendidos com juízos de exceção. O julgador, pois, deve, necessariamente, ser dotado de prévio poder coativo legítimo, na medida que goza de investidura no cargo como autoridade pública. Trata-se de uma garantia para o próprio

jurisdicionado. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), um documento jurídico histórico da dignidade humana, assentou que todo homem tem direito a um julgamento justo e público por parte de uma jurisdição independente e imparcial, para decidir seus direitos e seus deveres (COMPARATO, 1999, p. 211-218).

É interessante ainda notar que a Constituição da República Federativa do Brasil vigente incorporou a ideia do princípio do juízo natural em dois dispositivos, no seu Capítulo sobre os chamados direitos e garantias fundamentais. O texto constitucional deixa manifesto que não haverá juízo de exceção (art. 5º, XXXVII), bem como estabelece que ninguém será processado, nem julgado, senão por autoridade competente (art. 5º, LIII).

A inadmissibilidade de juízo de exceção é uma limitação da própria potestade estatal e, ao mesmo tempo, uma garantia ao cidadão, que não poderá ser submetido a qualquer julgamento senão perante o juízo previamente estabelecido, com legítima autoridade pública, para apreciar e decidir a questão litigiosa.

No segundo artigo pergunta-se se é lícito ao juiz, baseado no que outros lhe expõem, julgar contra a verdade que conhece. São Tomás responde reafirmando que é função específica do juiz julgar “enquanto investido de autoridade pública”. Por este motivo ele se informa “não pelo que sabe como pessoa privada, mas pelo que conhece como pessoa pública”. Isso pode acontecer em geral e em particular: em geral “pelas leis públicas, divinas ou humanas”: e, contra estas leis, não pode ser admitida nenhuma prova. Mas, quando se trata de um caso particular, o juiz tem que basear-se não sobre o que sabe como pessoa privada, mas sobre “instrumentos, testemunhas e outros documentos legítimos”. Porém, o que o juiz sabe, como pessoa privada, pode ser de ajuda para “discutir mais rigorosamente as provas aduzidas”. Estas nunca podem ser repudiadas e precisam fundamentar o juízo.

É notável a preocupação tomasiana em analisar a licitude de o juiz jogar com base nos fatos e provas, em contraposição até mesmo à verdade que possa conhecer como pessoa privada.

No âmbito processual, fala-se em “prova judiciária”, destinada à demonstração da veracidade de fatos. O tema das provas, justamente por estarem preordenadas a atestar a veracidade de algo, refere-se ao tema da verdade e dos limites do conhecimento humano. Fala-se de verdade material e verdade processual. A primeira é entendida como máxima correspondência entre a realidade fática e a sua reconstrução. A segunda diz respeito à provável correspondência com a realidade, caracterizada essa probabilidade lógica pela idoneidade das informações levadas aos autos do processo.

Onde se busca a ordem jurídica justa, o certo é que não se admite que a decisão judicial não seja baseada em uma razoável cognição dos fatos e das provas produzidas. Contudo, a questão é responder a uma pergunta básica: qual é a melhor teoria para fundamentar a convicção do julgador?

Dois modelos básicos são propostos para enfrentar tal questionamento: o decisionista e o cognitivista. O primeiro baseia-se na busca de uma verdade absoluta, perscrutável sem limites e calçada em juízos valorativos orientados até mesmo por critérios predominantemente subjetivos do juiz, não raras vezes exclusivamente pessoais. Diz que sua pretensão legitimidade assenta-se na fonte da autoridade do julgador, bem como nos critérios de valor por ele adotados como fundamento da decisão, tais como, sabedoria, moralidade própria (FERRAJOLI 1995, p. 541). Note-se que Santo Tomás já falava desse critério decisionista pessoal, quando fazia menção à ciência da verdade que se tem como pessoa privada, e não como autoridade pública (AQUINO, 1980, p. 2568). O segundo lastreia-se em uma verdade processual, a partir do conjunto probatório obtido mediante critérios os mais objetivos possíveis (FERRAJOLI, 1995, p. 541).

Agora, sabe-se que a arte do direito, há muito, afirma a chamada livre convicção do juiz. Acolhendo a filosofia prática aristotélica, São Tomás também reconhece que o juiz é o mediador real de todo o processo de aplicação da justiça particular corretiva: tanto assim que ao juiz, enquanto “justiça animada”, cabe a efetivação do que é justo na particularidade do caso, ao realizar o seu julgamento (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 261-262).

Por tudo isso, compete ao juiz julgar a partir da máxima verdade que puder conhecer dos fatos. Contudo, não pode se afastar da objetividade das provas existentes. A sua ciência pessoal pode até ajudá-lo a avaliar, com maior critério, todo o acervo probatório a ser examinado, mas respeitados os limites objetivos dos elementos probatórios reunidos.

O terceiro artigo questiona “se o juiz pode julgar mesmo quem não tem acusador”.

Na resposta, São Tomás cita um texto da Ética de Aristóteles, para quem “os homens buscam proteção junto do juiz, como se fosse a justiça viva”. O juiz, por sua vez, precisa decidir entre duas partes, a saber, o autor da acusação e o réu. Logo, quando falta o acusador, o juiz não pode condenar. A esse respeito, ele cita um texto do livro dos Atos (25,16), que faz referência à legislação dos Romanos. Estes não podiam condenar o acusado, na ausência dos acusadores; e também quando este não tinha a possibilidade de se defender dos crimes a ele imputados.

Como se vê, São Tomás, em plena medievalidade, preocupava-se com a questão de um julgamento sem a figura de um acusador, tanto que assim se posicionou: “O juiz não pode condenar quem não tem acusador”. (AQUINO, 1980, p. 2569).

Sua posição, pois, era franca e direta pela jurisdicionalidade em sentido estrito. A atividade jurisdicional caracteriza-se pela convergência de princípios processuais voltados à garantia do indivíduo e ao acautelamento da correta atuação jurisdicional, tais como a separação orgânica das funções de acusar, defender e julgar, base do contraditório. Veda-se o arbítrio do julgador. Ele fica adstrito ao material probatório trazido ao processo pela atividade dialética das partes (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 113).

O sistema acusatório, portanto, é tido como um imperativo garantista do moderno processo penal, haja vista que assegura a imparcialidade do julgador e a dignidade do próprio acusado, pilares de um Estado Democrático de Direito, que não se coaduna com qualquer espécie de abusos da prepotência estatal (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 164-165).

O último artigo questiona se o juiz pode licitamente relaxar a pena”.

Na resposta ele explica, citando um texto anterior (art. II), que o juiz deve julgar entre o acusador e o réu; e, além disso, proferir a sentença judicial não como pessoa particular, mas investido de poder público. Há, pois duas razões para ele não absolver da pena o réu. A primeira se refere ao acusador que, às vezes, foi vítima de uma injúria e tem direito a que o réu seja punido: e é papel do juiz dar a cada qual o seu direito.

A segunda razão diz respeito à república, em nome da qual ele exerce sua função e cujo bem exige que os malfeitores sejam punidos.

Em seguida, porém, ele distingue “os juízes inferiores” e o “supremo juiz, a saber, o príncipe a quem foi plenamente cometido o poder público”. Este pode absolver o réu em duas circunstâncias: se aquele que sofre injúria perdoou; ou se a ele, príncipe, parecer que o relaxamento da pena não prejudica a utilidade pública.

Por fim esclarece que o juiz que remitisse a pena desordenadamente causaria dano à comunidade. Nesta é importante que sejam punidas as más ações “para que se evitem os pecados”. Além disso, o juiz, relaxando a pena, causaria dano também à pessoa que sofre a injúria, pois a pena “de certo modo lhe restitui a honra”. (AQUINO, 1980, p. 2571).

3. A Injustiça Legal como Vício do Juiz que Julga, a partir do Pensamento de Habermas

3.1. Distinção do Paradigma de Habermas e Acesso à Questão da Pessoa Moral

Vai ser analisado, agora, o tema da injustiça legal como vício do juiz que julga, a partir do pensamento de Habermas. Inicialmente é importante ter em mente a profunda diferença paradigmática com relação à abordagem de São Tomas. Deve-se entender que São Tomas trabalha no plano da moral pessoal, enquanto Habermas pensa a questão a partir do paradigma procedimental.

Isso significa que Habermas não foca a abordagem do direito e da justiça na figura do juiz que julga, mas no procedimento do julgamento, que é situado num amplo horizonte de sua teoria do direito. Em seu livro *Direito e Democracia* essa ampla teoria é desenvolvida na tensão entre facticidade e validade, tendo uma abordagem tanto sociológica, como filosófico-moral. Uma das críticas que Habermas fez a Rawls e a Dworkin é justamente a de que suas teorias movem-se apenas no âmbito da filosofia moral. Comentando Rawls ele afirma: “O que é específico na validade do direito, a tensão entre facticidade e validade

inerente ao próprio direito não entra em seu campo de visão” (HABERMAS, 1997a, p.92). A legitimidade do direito implica, além de uma teoria filosófica da justiça, seu acerto de contas com a sociologia do direito. Sob o foco da tensão entre facticidade e dialética, sociologia e filosofia, os sistemas dos direitos e a distinção entre normas morais e jurídicas, os princípios do Estado de Direito, a racionalidade da jurisdição e a legitimidade da jurisdição constitucional são os elementos essenciais de seu primeiro volume da edição em português (1997a). Enquanto o conceito procedimental da política deliberativa, o papel da sociedade civil e da esfera pública, bem como os paradigmas do direito constituem os elementos fundamentais de seu segundo volume (1997b).

Habermas trata de aprimorar os procedimentos para melhorar o julgamento. Mesmo assim a abordagem procedimental, não elimina a questão moral do juiz que julga, antes a mantém intacta dentro de uma abordagem mais ampla do direito. Ele mantém a ideia da sociedade como constituída de pessoas livres e iguais. Segundo seu próprio depoimento: “A esfera pública, entendida como espaço do trato comunicativo e racional entre as pessoas, é o tema que me persegue a vida toda.” (2007, p. 19). A afirmação das pessoas e do trato racional entre elas é o ponto de partida para abordar a questão. Trata-se primeiro de entender como o autor compreende a pessoa para considerar, em seguida, a responsabilidade da pessoa do juiz em relação à decisão injusta. Essa esfera pública é um dos elementos constitutivos da pessoa para Habermas, como se pode verificar em sua passagem abaixo:

...o homem é um animal que, graças à sua inserção originária numa rede pública de relações sociais, consegue desenvolver as competências que o transformam em uma pessoa. [...] nenhuma outra espécie [...] necessita de um período tão longo de educação no seio de uma família e de uma cultura pública compartilhada intersubjetivamente pelos semelhantes. [...] radical dependência de uns em relação aos outros. (2007, p.19-20).

Essa interdependência é constitutiva do ser humano, por esse motivo ele também afirma quanto à consciência que ela é privada apenas na aparência, pois: “continua a alimentar-se, [...], dos fluxos da rede cultural de pensamentos *públicos*, expressos de modo simbólico e compartilhados intersubjetivamente (2007, p. 21). Já desde *Conhecimento e interesse* Habermas, desenvolveu uma significativa crítica desfechada contra autores como Kant, Hegel, Marx, Comte, Pierce e Dilthey. Mediante a qual o autor reconhece a importância da filosofia transcendental e seu reconhecimento do acesso ao mundo como mediado pela faculdade humana da representação. Mas mostra a necessária crítica à abstração e ausência de historicidade de Kant a partir de Hegel, o qual mostra a historicidade das categorias ontológicas, expondo o desenvolvimento do espírito humano. Hegel por sua vez é criticado por Marx por não levar em conta as condições materiais da produção como elemento condicionante da produção simbólica da auto-consciência. Desse modo desfecha dura crítica à pretensa neutralidade científica pretendida pelo positivismo. Com Pierce mostrou que:

A pesquisa empírico-analítica é o prosseguimento sistemático de um processo cumulativo de aprendizagem, que se efetua de maneira pré-científica no círculo das ações instrumental. A pesquisa hermenêutica confere uma forma de método ao processo de entendimento (e de autoentendimento), o qual é aprendido de maneira pré-científica no contexto de tradições próprio das interações simbolicamente mediadas. (HABERMAS, 2014, p. 293).

Desde então ele entende que a gramática da linguagem corrente possui um valor posicional transcendental, “que regula os elementos não linguísticos de uma prática de vida exercida.” (2014, p. 294). Neste contexto ele apresenta o significado de realidade nos seguintes termos: “A realidade se constitui no quadro de uma forma de vida de grupos comunicantes, organizada em linguagem corrente. Real é o que pode ser experimentado sob as interpretações de uma simbólica vigente.” (2014, p. 294). É importante notar que a ideia de simbólica vigente não está de forma alguma presa à ideia cientificista. Ela se apresenta como expressão que envolve os vários discursos: teórico, prático, estético, terapêutico e explicativo, como se explicita na sua *Teoria do agir comunicativo*, no primeiro volume quando trata da racionalidade (HABERMAS, 2012a, p. 31 et seq.) e no segundo volume quando aborda o mundo da vida (2012b, p. 207 et seq.). Já em “conhecimento e interesse” Habermas procurou demonstrar que a produção teórica está vinculada a um fundo hermenêutico da ação no mundo mediado pela filosofia prática. Por esse motivo é facilmente compreensível a seguinte afirmação do autor:

Jamais consegui aceitar a idéia (sic) de que a autoconsciência constitui, por si mesma, um fenômeno originário. [...] Nos olhares de um “tu”, [...], eu me torno consciente de mim mesmo, não somente como um sujeito capaz de vivenciar coisas em geral, mas também, e ao mesmo tempo, como um “eu” individual. Os olhares subjetivadores do outro possuem uma força individuadora. (2007, p. 21).

Fica clara a constituição intersubjetiva, da subjetividade da pessoa do juiz que julga. A pessoa do juiz participa de uma realidade mediada simbolicamente e experimentada nesta mediação. Para verificar a validade de seu julgamento é necessário compreender o direito no qual está inserido, por tanto toda a teoria do direito de Habermas indicada acima é constitutiva dessa análise.

3.2. *A Injustiça Legal como Vício do Juiz que Julga, por Ignorância Paradigmática do Direito*

Por isso em primeiro lugar, para compreender a questão da injustiça legal como vício do juiz que julga a partir do pensamento de Habermas é necessário partir do entendimento do Estado de Direito, *médium* constitutivo do direito legal.

Neste sentido Habermas afirma na passagem que segue:

Os direitos fundamentais, apesar de serem determinados *in abstracto*, só são encontráveis em constituições históricas e sistemas políticos. Eles são interpretados e incorporados em ordens jurídicas concretas, através do direito constitucional ou da realidade constitucional das instituições e processos políticos. (1997a, p. 241).

Como só se encontram os direitos fundamentais em constituições históricas e sistemas políticos, fala-se aqui de ordens jurídicas concretas. Consequentemente a injustiça legal, aqui considerada, é atributo moral da pessoa de um juiz que julga injustamente dentro de uma ordem concreta. Como já foi esclarecido na passagem sobre São Tomas, a injustiça como vício supõe a consciência em sentido essencial, porém ela pode ser cometida em sentido accidental por ignorância do direito ou por ignorância do fato. Como foi visto, a ignorância do fato quando invencível pode ser tolerada no contexto do direito romano, mas não a ignorância da lei. O que vai ser apurado aqui, enquanto vício do juiz que julga, segundo o pensamento de Habermas, diz respeito não à invencível ignorância de fato, mas à ignorância do direito, produzida pela cegueira paradigmática do juiz. É importante notar que a ignorância do direito, não corresponde apenas à ignorância da lei. A questão da ignorância do direito diz respeito também à ignorância da necessária reconstrução dos princípios do direito, para a execução do julgamento justo. Ignorância essa que pode tornar-se um ato voluntário do juiz que se recusa a atualizar-se quanto aos paradigmas do direito. Entende-se que tal perspectiva pode tornar-se um vício, que provoca a injustiça no julgamento do juiz. Tal perspectiva deve ser abordada a partir de sua Teoria do Direito que se manifesta da seguinte maneira:

Ao contrário da filosofia, a teoria do direito não pode desprezar os aspectos resultantes do nexos interno entre direito e poder político, principalmente a questão da permissão jurídica para o emprego da força legítima por parte do Estado. [...] A teoria do direito abrange não somente a legislação e a administração, [...] mas também o sistema jurídico, em sentido mais amplo. Ela se distingue da dogmática jurídica através da pretensão de produzir uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade. E nisso, ela leva em conta as perspectivas dos outros participantes, ao introduzir na própria perspectiva de esclarecimento, que é a do jurista especializado, os papéis do legislador político, da administração e dos membros do direito (...). (HABERMAS, 1997a, p. 244).

Consciente de que o juiz não pode decidir sem uma jurisdição que corresponda a sua decisão, cumpre também entender que para não ser injusta a decisão deve também basear-se na melhor racionalidade. Neste sentido ele examina os vários paradigmas. Começando com a hermenêutica afirma: “A hermenêutica tem uma posição própria no âmbito da

teoria do direito, porque ela resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no contexto histórico da tradição.” (1997a, p. 248). Conseqüentemente constitui um vício ignorar a inserção da razão no contexto histórico da tradição. Por outro lado constitui um outro vício apegar-se acriticamente aos preconceitos.

Quanto ao realismo, Habermas afirma: “Na medida em que o resultado de um processo judicial pode ser explicado pelos interesses, [...] a prática de decisão não é mais determinada internamente através da seletividade de procedimentos, do caso e do fundamento do direito.” (1997a, p. 249). Porém logo adiante sentencia: “Os realistas não conseguem explicar como é possível combinar a capacidade funcional do sistema jurídico com a consciência dos especialistas participantes, a qual é radicalmente cética em termos de direito.” (1997a, p. 250).

Igualmente dois erros opostos advêm dessa perspectiva não levar em conta a influência dos interesses nas decisões judiciais, por um lado, e negar a capacidade funcional do sistema jurídico de tomar decisões racionais consistentes, por outro.

Em relação ao positivismo jurídico Habermas faz as seguintes colocações: “O positivismo jurídico pretende, ao contrário fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas.” (1997a, p. 250). E complementa em seguida: “Essa legitimação através da legalidade do procedimento da normalização privilegia a procedência, ou melhor, o processo correto da positividade ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma. (1997a, p. 250).

Aqui, por um lado a capacidade funcional do sistema jurídico é superestimada, desembocando numa posição decisionista, por outro lado nega-se a influência dos interesses e o contexto da tradição.

Dworkin procura elaborar uma teoria da decisão correta, capaz de superar os erros das três teorias precedentes. Neste sentido, assim se expressa Habermas:

Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito. Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e a necessidade de decisões “corretas”, cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente através de procedimentos). No entanto, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com o conteúdo normativo, ao contrário obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios. (1997a, p. 252).

Como se pode observar, introduziu-se nesta passagem a questão dos princípios, que legitimam decisões “corretas” contra o formalismo positivista, porém vinculados a uma

apropriação crítica para defender-se de tradições autoritárias. Segundo Habermas, para Dworkin:

[...] o próprio direito vigente já incorporou conteúdos teleológicos e princípios morais, assimilando os argumentos da decisão do legislador político. [...] Todavia, na prática da decisão judicial, os argumentos de princípio gozam de primazia em relação aos argumentos de determinação de finalidade: (1997a, p. 257-258).

Como se pode ver, uma vez que se entende que os conteúdos teleológicos e de princípios morais já foram incorporados ao direito, a prática da decisão não precisa mais ficar preza ao formalismo legal, como no positivismo, mas pode incorporar argumentos de princípios e de finalidade. No conflito entre princípios ele lembra que: “Um princípio passa à frente do outro conforme o caso a ser decidido. No desenrolar dos casos, estabelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade.” (1997a, p. 259). A escolha entre princípios é feita a partir de critérios de análises racionais mantendo sua indisponibilidade orientada para as “únicas decisões corretas”. Habermas entende que a escolha do paradigma não é arbitrária, uma vez que depende de uma situação hermenêutica inicial que não está a nossa disposição. Entendemos que se trata das condições pré-reflexivas, as quais porém são compartilhadas pelos membros da comunidade jurídica. Porém ele entende que a pré-compreensão pragmática não é incorrigível, uma vez que é testada e modificada no decorrer do próprio processo de interpretação. (1997a, p. 260). Embora o mundo da vida forme o contexto de fundo pré-reflexivo, ele pode ser parcialmente tematizado e discutido.

A questão que se coloca é: “De que modo a prática da decisão judicial pode satisfazer simultaneamente, ao princípio da segurança e da pretensão de legitimidade do direito?” (1997a, p. 261). Conciliar segurança e legitimidade não é tarefa fácil ao direito, porém trata-se de uma questão fundamental para diferenciar o juízo justo e o juízo injusto. Habermas lembra que os realistas tinham abalado três dogmas da teoria do direito: a suposição de que existem direitos; de que os casos atuais podem ser decididos consistentemente conforme o direito vigente e que os juízos dos tribunais são racionais. Um pouco adiante afirma: “Dworkin torna possível interpretar essas três suposições de um modo construtivo menos vulnerável. Os direitos indisponíveis manifestam um sentido deontológico, porque eles formam um peso maior do que os bens coletivos e determinações de objetivos políticos.” (1997a, p. 265). Dworkin compreende que o direito é composto por regras e princípios. Ele entende princípios como “conjunto de padrões que não são regras, que devem ser observados porque é uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2007a, p. 36). Para ele “a interpretação jurídica é uma leitura principiológica” (2007b, p. 478): sua finalidade é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor (2007b, p. 492). Desse

modo afirma: “Os juízes que aceitam o ideal da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.” (2007b, p. 305).

É possível por tanto uma reconstrução do direito e sua afirmação do princípio de integridade nos seguintes termos:

O princípio de integridade caracteriza o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. [...] É um princípio que obriga [...] a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade: [...] os cidadãos reconhecem mutuamente um sistema de direitos, o qual lhes garante autonomia privada e pública. (1997a, p. 267).

Segundo Habermas, para os críticos Dworkin atribui ao seu Hércules um programa *irrealizável*. Cabe ao juiz a igual consideração e o igual respeito por cada um em suas práticas decisórias. Mas essa não é uma tarefa fácil para o juiz conforme lembra *Günter*: “Se toda norma válida depende de uma complementação coerente através de todas as outras, numa situação de normas aplicáveis, então o seu significado se modifica em cada situação.” (GÜNTER apud HABERMAS 1997a p. 272). Porém, Habermas lembra logo em seguida que: “A complexidade dessa tarefa é de fato reduzida através da *compreensão jurídica paradigmática* que prevalece num determinado contexto”. A entrada dos paradigmas que prevalecem implica uma posição análoga à invencível ignorância. Pois não se pode vencer a cegueira de nosso provincialismo histórico. Não se pode exigir de um juiz mais que a reconstrução do direito mediante o melhor paradigma disponível. Porém essa limitação, pelo que já foi visto, não pode ser considerada propriamente um vício da justiça. No caso específico do juiz, não pode ser considerada um vício do mesmo, por ser uma limitação inevitável da condição humana.

Dadas essas ressalvas, manifesta-se o caráter pragmático e procedimentalista da teoria de Habermas. Partindo da seguinte afirmação: “Ao contrário da exigida coerência ideal do direito vigente, as interpretações de caso coerentes permanecem, em princípio, indeterminadas no interior de um paradigma jurídico fixo” [...] (1997a p. 276). E continua mais adiante: “Isso já é uma razão suficiente para que uma compreensão procedimentalista do direito delinheie um nível no qual os paradigmas jurídicos, agora reflexivos, se abrem uns aos outros e se comprometem na pluralidade de interpretações”. (1997a, p. 276). Embora a cegueira paradigmática seja uma limitação inevitável, a assunção dos paradigmas ao nível reflexivo e o diálogo entre eles tornam-se virtudes intelectuais importantes daqueles que julgam. Consequentemente a ignorância consciente e proposital de tal diálogo, que é condição da escolha das melhores razões, torna-se também um vício, que produzirá o juízo injusto do juiz que poderia ser evitado.

Segundo Habermas, é necessário ancorar as ideias da teoria do direito “no ideal político de uma ‘sociedade aberta dos interpretes da constituição’, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz”. (1997a p. 278). Embora seja objeto desta pesquisa investigar a injustiça legal como vício do juiz que julga, é necessário entender que nosso autor se move num paradigma intersubjetivo, neste contexto: “O princípio monológico torna-se especialmente insustentável, quando se tem como necessários paradigmas jurídicos redutores de complexidade, como é o caso de Günter”. (1997a p. 278). É necessário entender que o juiz decide e julga, porém não com base apenas numa consciência isolada em si mesma, mas como membro de uma comunidade jurídica e de uma sociedade. Nas palavras de Habermas: “Hercules poderia imaginar-se como parte de uma comunidade de interpretação de especialistas em direito e, neste caso, teria que orientar suas interpretações pelos *standards* da prática de interpretação reconhecidos na profissão: [...]”. (1997a, p. 279). Nessa perspectiva ele propõe uma “reconstrução da prática de interpretação pelo caminho de uma teoria do direito, e não uma dogmática do direito”. (1997a, p. 280). O que o afasta do positivismo. Aqui pode-se pensar um vício no juiz “Hercules” que julga a partir de si, desconsiderando a pertença à comunidade jurídica e sua dimensão constitutiva intersubjetiva. Ele, ao reconstruir o direito, não pode desprezar os padrões de interpretação vigentes. A decisão correta do juiz exige a conformidade de sua reconstrução do direito e aquilo que pode ser aceito pela comunidade jurídica. Exige, portanto, o domínio dos paradigmas teóricos disponíveis para a interpretação e a competência para aplicá-los adequadamente numa decisão que pode ser aceita pela comunidade jurídica. O juiz não pode por simples “orgulho” colocar-se acima da comunidade jurídica, não lhe apresentando bons argumentos, capazes de sustentar perante ela sua decisão. Ou ainda por “preguiça mental”, desconhecer os paradigmas hermenêuticos disponíveis necessários à abordagem do caso que decide. Podemos chamar esse vício de vício da decisão solipsista do Juiz. O juiz não decide apenas para si e sua consciência, quando decide o faz como participante de uma comunidade que é parte da constituição de sua própria consciência e à qual presta contas. A qual inclusive pode revisar sua decisão.

Essa compreensão vem somar-se à tese de São Tomas a respeito da questão “se é lícito ao juiz, baseado no que lhes expõem, julgar contra a verdade que conhece”. A compreensão do juiz como membro da comunidade jurídica fornece a clareza de que ele não decide para si, mas para a comunidade. Neste sentido só pode levar em conta o que pode sustentar com bons argumentos perante a mesma. Suas convicções pessoais passam ao segundo plano.

3.3. A Superação do Solipsismo Metódico a partir da Filosofia de Apel e a Pertença do Juiz a Comunidade

A questão do solipsismo metódico, desenvolvida no livro “*Estudos de moral moderna*”, por Karl Otto Apel, companheiro de Habermas na ética do discurso, emerge bastante

esclarecedora da posição que é assumida por ambos. Por isso, haverá dela, a seguir, breve apresentação, pois essa questão possibilita a transição da lógica da argumentação em direção da ética. é, a superação do solipsismo metódico (1994, p. 15 et seq.).

É importante entendermos que Habermas e Apel navegam no contexto da guinada linguística. Por isso, vai ser introduzida a questão da guinada linguística para tornar mais clara e adequada a questão da superação do solipsismo metódico. Neste contexto “...a linguagem mediatiza todo sentido e validade”. (HERRERO, p. 12). Nessa perspectiva, Wolfgang Kuhlmann comenta “que nós com pensamentos sobre algo já sempre somos referidos reciprocamente uns aos outros, a uma esfera pública”. (p. 41). Assim, Apel parte de Peirce, mediante o qual é na tríplice relação semiótica que se dá a constituição do sentido de algo do mundo, como algo significativo que tem que ser interpretado. A língua natural pressupõe identidade dos significados, o que remete para um mundo da vida e para uma comunidade real de língua, na qual já existe um entendimento intersubjetivo que possibilita a compreensão do mundo compartilhado por todos. Neste sentido, a linguagem natural é, no seu uso atual, condição transcendental de possibilidade de todo sentido e validade (HERRERO, p. 11-12). Toda proposição semântica da língua natural é implicitamente pragmática (p. 13). Kuhlmann mostra que: “...o mero opinar que meus pensamentos ou convicções são privados, cai numa auto-contradição performativa.” (p. 47): isso porque o opinar já implica uma jogada num jogo que teve início e possui regras. O opinar só é possível no interior de um jogo de linguagem constituído numa comunidade de comunicação.

Desse modo, como afirma Herrero:

[...] o “logos” da linguagem natural só pode ser adequadamente definido por ambos os significados: o performativo e o proposicional em unidade. E, portanto, que (sic) entre esses dois planos terá que haver sempre uma coerência, que pode ser designada como a consistência do “logos” humano. (p. 14).

Desse ponto de vista da interpretação pragmática-hermenêutica da linguagem, pode ser acompanhada melhor a proposta de superação do solipsismo metódico elaborada por Apel. Inicialmente, o autor coloca as condições de possibilidade da ciência na passagem da certeza a argumento, no reconhecimento do valor transcendental da linguagem e da ilimitada comunidade crítica de comunicação, como pressuposto a se realizar, construído de maneira empírica e normativo-crítica. Como juízos de valor decorrem do horizonte significativo que possibilita a experiência, a ciência analítica deve reconhecer os pressupostos teóricos de valor, de relevância intersubjetiva, para a auto-experiência histórica. A distinção de juízos de fato e de valor já pressupõe uma ética mínima que implica num engajamento como condição de possibilidade da formação do consenso (APEL 1994, p. 15 et seq.). Retoma, então, a questão do solipsismo, abordando-o conforme os passos

a seguir: primeiramente, coloca que o solipsismo metódico está em contradição com a intersubjetividade da analítica da linguagem e que os pressupostos da ciência unitária estão em contradição com os pressupostos da semântica construtiva. Em segundo lugar, demonstra que o solipsismo, como pressuposto da linguagem unitária, é um puro realismo que nega o pressuposto pragmático transcendental. Finalmente, em terceiro lugar, propõe a superação do solipsismo metódico, pela reinterpretação do pressuposto das convenções, que supera a ciência unitária a partir da afirmação do entender em ciências sociais, como “*continuum*” com a problemática da compreensão meta-científica, pela ampliação do sentido de racionalidade humana (APEL, 1994, p. 31).

Porém, como afirma o autor, “a ética pressuposta pela lógica como condição da sua possibilidade implica a obrigação de que a lógica e a ciência sejam aplicadas”. (APEL, 2000, p. 456). E continua, logo a seguir: “a ética da argumentação, que transforma lógica e ciência em obrigação, só é pressuposta de maneira inalienável, quando queremos a argumentação lógica.” (p. 456). Assim mostra a estrutura condicional de ciência lógica e ética, concernente a comunidade de comunicação. Portanto, se esclarece melhor a ética pressuposta na comunidade crítica de comunicação e na ciência em geral.

A tese da pressuposição da ética pela lógica leva à restrição do círculo, pois toda a fundamentação já pressupõe a validação da lógica (APEL, 2000, p. 458). Porém, Apel, apoiando-se em Morris, afirma que a função semântica dos signos pressupõe um “interpretante” e, portanto, a tese do círculo ignora a dimensão pragmática (2000, p. 461).

Por outro lado, apóia-se em H. Lenk, que mostra que algumas partes da lógica não podem ser rejeitadas, sem que as reivindique durante a própria crítica. Trata-se da lógica das consequências que perfazem os componentes da lógica, não revogáveis por meio da crítica racional (APEL, 2000, p. 454). A abordagem de Apel entende-se como “uma transformação senso-crítica da filosofia transcendental, que tem no factum apriorístico da argumentação um ponto de partida quase-cartesiano iniludível”. (2000, p. 465). Assim, todos que com o pensamento filosófico prometem respostas as suas questões já reconhecem as regras do jogo válidas para a *criticist frame*. (2000, p. 467). Diferente de Popper, para Apel a escolha da “*criticist frame*” é a única decisão semântico-pragmaticamente consistente no sentido do jogo de linguagem que teve início (2000, p. 467).

Apel lança mão da radicalização transcendental filosófica de Wittgenstein, que já pressupõe implicitamente as condições lógicas e morais da comunicação crítica (2000, p.468). Assim, supera a restrição formulada com base na distinção de Hume:

...a crítica de sentido transcendental pode demonstrar em primeiro lugar que a aceitação das regras do jogo de uma comunidade crítica de comunicação não é um *factum* empírico, senão que ele pertence às condições de possibilidade de validade da constatação empírico-científica de fatos.

Além disso, como já se evidenciou, o reconhecimento de uma norma moral básica inclui-se entre as condições de possibilidade de todo auto-entendimento válido. (2000, p. 469-470).

Portanto, segundo Apel, a participação na práxis comunicativa implica a participação numa discussão virtual e a corroboração da própria participação no jogo de linguagem transcendental da comunidade comunicacional transcendental (2000, p. 476).

A comunidade de argumentação não é idêntica à comunidade dos cientistas. No *a priori* da argumentação reside o anseio de se justificar não apenas as ‘asserções’ da ciência, mas, além disso, todos os anseios humanos que se podem justificar por meio de argumentos racionais (APEL, 2000, p. 479-480).

Herrero, entende que:

...o discurso é a forma pública reflexivamente intransponível de todo pensar, porque ele representa a instância última filosófica, científica ou política na qual e diante da qual tem que justificar-se a responsabilidade comum dos homens pelo seu próprio pensar e pelo seu próprio agir, [...] por todas as pretensões possíveis que possam ser levantadas no mundo da vida. Nenhuma fundamentação da ética, da semântica ou da pragmática, da racionalidade lógico-matemática ou de qualquer outra racionalidade, é possível sem passar pela mediação do discurso e pelo discurso entendido em toda sua radicalidade, i.é, contudo o que ele implica. Neste sentido o discurso é metodicamente intranscendível. (p.14).

Como pode ser confirmado, na leitura de Herrero, o discurso também é intranscendível e instância filosófica última diante da qual a responsabilidade dos homens tem que justificar-se.¹

Abre-se assim o espaço para uma ética com conteúdo cognitivo, porém: “...a subjetividade da imposição egoísta de interesses precisa ser sacrificada, em prol de uma ‘transubjetividade’ da representação argumentativa de interesses”. (APEL, 2000, p. 480). Portanto, como se pode ver, para Apel:

O sentido da argumentação moral poderia ser expresso diretamente no princípio [...] de que todas as *carências* virtuais – devem se transformar em uma aspiração da comunidade de comunicação, de modo que sejam conciliáveis com as carências de todos os demais, pela via da argumentação. (Apel 2000, p. 480-481).

1 Há uma diferença significativa aqui com relação ao pensamento de Habermas que fica destacada com esse comentário. Para Herrero, o discurso é a única fundamentação possível e única forma pública de todo o pensar que deve ser entendido em toda a sua radicalidade. Essa ideia de discurso entendido em sua totalidade como única fundamentação, implica uma monologia que conflita com o pensamento de Habermas. Pois, ele reconhece nosso provincialismo histórico e mantém aberta uma reserva falibilista à outras possibilidades de pensar.

Assim, o princípio fundamental da ética da comunicação é fundamento de uma ética da formação democrática da vontade por meio do consenso. Mas, só aquele consenso cujo fim seja a formação solidária da vontade. Esta fundamentação precisa ser posta em uma situação histórica concreta, que é determinada pelo conflito de interesses.

A pessoa que argumenta já pressupõe a comunidade ideal na comunidade real, embora saiba que a comunidade real está muito longe de se equiparar à comunidade ideal de comunicação. Mas a argumentação não tem outra escolha. (APEL, 2000, p. 487).

Daqui decorrem dois princípios, quais sejam: garantir a sobrevivência da comunidade real de comunicação, e a realização da comunidade ideal na real. Quem pensa efetivamente precisa fundamentar seu engajamento social.

Na era da ciência, a estratégia de emancipação deve servir-se do instrumental científico, das ciências histórico-hermêuticas do acordo mútuo.

Essas disciplinas [...] adquirem seu princípio regulador no sentido metodológico e ético normativo de uma fundamentação não subjetiva aleatória de juízos de valor, através do postulado da realização da comunidade ideal de comunicação. (APEL, 2000, p. 490).

Mediante articulação reflexiva da dimensão pragmática, Apel apresenta a escolha das regras da “*criticist frame*” como a única decisão, semântico-pragmaticamente consistente, no sentido do jogo de linguagem da argumentação. A aceitação das regras da comunidade científica é condição de validade da constatação empírico-científica de fatos e a comunidade de argumentação é mais ampla que a comunidade científica. E como pretende mostrar o comentário de Herrero, apresentado anteriormente, é também a única possibilidade coerente de fundamentação, que abrange as afirmações da ciência empírica, a matemática, a ética e a política e por conseguinte o direito.

Uma vez demonstrada a necessária pertença daquele que argumenta à comunidade de argumentação trata-se também do reconhecimento do sentido pragmático do argumento e da pertença do juiz à comunidade jurídica, que por sua vez pertence a uma comunidade e sociedade histórica e geograficamente situadas.

3.4. A Questão dos Discursos de Aplicação, o Juiz, a Ponderação e o Procedimento

Nesta parte final vai ser apresentada a posição de Habermas referente aos discursos de aplicação do direito. Já se compreendeu que nenhum juiz pode furtar-se à condição transcendental de membro participante de uma comunidade jurídica preconstituída, que verifica a validade de suas sentenças.

Neste sentido:

A fresta de racionalidade que surge entre a força meramente plausibilizadora de um único argumento substancial ou de uma sequencia incompleta de argumentos, de um lado, e a incondicionalidade da pretensão à “única decisão correta”, de outro lado, é fechada *idealiter* através do procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade. (HABERMAS, 1997a, p. 283).

Habermas sabe que nos discursos de aplicação entram em jogo os interesses das partes imediatamente envolvidas. Além disso: “[...] entram interpretações da situação, que dependem da autocompreensão e da compreensão diferencial do mundo do autor do delito e dos atingidos.” (1997a, p. 284). Habermas aceita a compreensão deontológica do direito de Dworkin, mas o faz seguindo as considerações da teoria da argumentação admitindo as seguintes teses:

Em primeiro lugar, o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermeneuticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências [...] pragmáticos, éticos morais [...]. Em segundo lugar, a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo. (1997a, p. 287).

Ele reporta, porém, às objeções levantadas contra a tese de Alexy. A primeira referente às limitações do agir forense que leva em conta os interesses das partes com suas práticas orientadas ao sucesso. Apesar disso, afirma que todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, *na perspectiva do juiz*, para a formação imparcial do juízo (1997a, p. 288). A segunda diz respeito à indeterminação do processo do discurso. Quanto a essa objeção, Habermas entende que: “[...] Alexy teria que mostrar que esses princípios processuais e máximas de interpretação [...] – apenas especificam as condições gerais do processo de discursos prático-morais em relação à ligação com o direito vigente.” (1997a, p. 288). A terceira entende que a racionalidade da decisão jurídica da decisão depende da racionalidade da legislação: o que nem sempre é o caso. Diante desta objeção, Habermas afirma: “Para fugirmos a essa objeção, precisamos enfrentar com Dworkin, a tarefa de uma reconstrução racional do direito vigente” (1997a, p. 289). A última objeção diz respeito à questão da coerência que com Günter assume um conceito normativo: “[...] O ‘julgamento adequado’ extrai sua correção da validade *pressuposta* das normas estabelecidas pelo legislador público”. (1997a, p. 289-290). Neste sentido compreendemos que numa “teoria procedimental, a legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política”. (1997a, p. 290). Robert Alexy afirma:

Habermas tem razão quando diz que a autonomia privada é um pressuposto necessário ao exercício da autonomia pública, sendo também acertado que “uma percepção adequada da autonomia pública serve como garantia da emergência da privada”. (2009, p. 137). Porém, ele continua mais adiante. “Mas como fim em si mesma, a autonomia privada pode colidir com a pública no ‘mundo que nós conhecemos’ e esta colisão é de dois princípios, a qual só pode ser solucionada pela ponderação e não através de uma redução, [...] de um princípio ao outro” (2009, p. 137-138). Habermas resolveu a questão em princípio, no atacado, mas não no varejo. Ela a resolveu do ponto de vista do legislador, mas não do ponto de vista do juiz que julga cada caso particular. É por isso que Alexy afirma:

Isso significa que o paradigma procedimental pode fornecer à anunciada “ordem transitiva”? A resposta é sim e não. A mencionada “suposição de legitimidade da liberdade de discurso” pode ser interpretada como uma prerrogativa *prima facie*. [...] Contudo prerrogativas *prima facie* não conduzem a ordens transitivas estritas. Quando os motivos contrários são mais fortes, elas podem ser afastadas. [...]. (2009, p. 138-139).

Alexy lembra que Habermas fala de outra luz, para o problema:

Qual solução nesta outra luz deve ser considerada a correta, depende do peso dos respectivos motivos correspondentes. Estes se referem tanto à autonomia privada quanto à autonomia pública e por fim é apenas em um discurso que se pode decidir a qual deve ser concedida a prerrogativa no caso de uma colisão. (2009, p. 139).

Que discurso será esse? Alexy responde entendendo como Habermas que o sistema de direitos deve assegurar a autonomia privada e pública de parceiros do direito. Por isso afirma: “O conteúdo da tensão entre legitimidade e a positividade do direito é controlado na jurisdição como um problema de decisão correta e, ao mesmo tempo, consistente”. (2009, p. 292). Por tanto compete à decisão da pessoa do juiz, embasada na ponderação de argumentos. Como foi visto com Alexy, a autonomia privada, embora seja cooriginária com a autonomia pública, pode colidir com ela. Neste contexto, segundo Habermas:

A finalidade dos meios jurídicos consiste inicialmente em conseguir decisões corretas e, por isso, justas, no interesse das partes, através da revisão das decisões promulgadas. A simples possibilidade da revisão obriga, além disso, os tribunais a uma fundamentação cuidadosa. (1997a, p. 294).

Neste caso o juiz pode incorrer na injustiça particular, por decidir um caso sem respeitar a coerência da ordem jurídica como um todo. “O tribunal tem que decidir cada caso particular, mantendo a coerência da ordem jurídica em seu todo.” (1997a, p. 295). O sistema prevê essa condição finita e falível do juiz. A decisão que precisa ser revista é uma decisão injusta. Como visto, confirma-se a pertença do juiz a uma comunidade

jurídica, para não ter sua decisão revista, ele precisa transformar suas convicções pessoais em bons argumentos ou não levá-las em conta. Em São Tomás viu-se que essa decisão poderia ser injusta por ignorância do fato ou por ignorância da lei. No caso, acrescenta-se uma terceira por uma reconstrução equivocada do direito. Trata-se de uma derivação da ignorância da lei, que não pode ser reduzida a ignorância da lei propriamente dita, pois o sistema jurídico, reconstruído em seus princípios não se reduz à letra da lei. A reconstrução correta depende da capacidade de lidar com os paradigmas jurídicos disponíveis e aplicá-los ao caso concreto num discurso coerente e consistente. Constitui vício do juiz que julga a acomodação ou apego sistemático e não reflexivo a um paradigma, que leva a sucessivas revisões de suas decisões. Pois neste caso ignora sua pertença a uma comunidade jurídica. Seu erro, aparentemente involuntário, deriva de um mau hábito de não querer aprender, mediante o qual assume o risco voluntário de errar. Neste sentido o permanente estudo da doutrina apresenta-se como virtude necessária ao bom juiz, tendo na ignorância paradigmática seu vício oposto. Não é vício do juiz o erro eventual ocorrido numa reconstrução equivocada dos princípios do direito. Também não o é o erro paradigmático endossado pela comunidade jurídica que com ele venha a partilhar de uma mesma cegueira paradigmática em sua limitada visão de mundo, no tempo.

4. Conclusões

Foram apresentadas inicialmente duas questões de São Tomás de Aquino, “a injustiça como vício” e “a injustiça do juiz que julga”. Verificou-se aí que nem toda injustiça corresponde a um vício, visto que para sê-lo ela precisa ser consciente, intencional e recorrente. Reconheceu-se a injustiça como ilegalidade enquanto vício especial, como todas as ilegalidades como vício geral e como desigualdade enquanto um vício particular. Viu-se que praticar atos injustos é próprio do injusto e que do ponto de vista moral não se pode sofrer injustiça voluntariamente, nem praticá-la involuntariamente.

Quanto à injustiça do juiz que julga, São Tomás recusa o julgamento de que não depende de nós, o que corresponde à impossibilidade de julgar quem está fora da sua jurisdição. E ele também apresenta a questão se é lícito ao juiz, baseado no que lhes expõem, julgar contra a verdade que conhece, mostrando já em seu tempo que o juiz não julga para si, mas para a comunidade, tendo que levar em conta o que lhe é apresentado. Apresenta também a questão da condenação de quem não é acusado: uma questão que hoje se manifesta no sentido de que a justiça só reage se for provocada. Finalizando com a questão do relaxamento da pena, São Tomás deixa claro que o juiz não pode por conta própria diminuir a pena pois representaria dano à comunidade e a quem sofreu a injúria. Nestas colocações já se expressa o sentido de pertença do juiz a uma comunidade.

Passou-se, na segunda parte do estudo, a abordar a questão da “injustiça legal como vício do juiz que julga, a partir do pensamento de Habermas”. Iniciou-se a abordagem

distinguindo o paradigma procedimental do pensamento de Habermas, mostrando que a questão moral permanece intacta, fundada na pessoa moral. Esta desenvolve-se dentro de uma comunidade mediante a qual adquire as capacidades que a tornam pessoa moralmente responsável por seus atos. Compreende-se assim que a pessoa do juiz participa de uma realidade mediada simbolicamente e experimentada nesta mediação, a qual é medida da imputação de sua responsabilidade moral.

Abordou-se, então, a injustiça legal como vício do juiz que julga, por ignorância paradigmática do direito. Inicialmente viu-se que a abordagem da questão implica a compreensão do Direito em sua tensão entre facticidade e validade, dada nas abordagens objetivas e normativas do direito, com suas mediações sociológicas e filosóficas, passando por uma reconstrução dos princípios do sistema dos direitos modernos, seu vínculo entre direitos humanos e democracia, liberdades públicas e privadas, distintas da moral. Viu-se como o Direito supõe o Estado, a política e o poder comunicativo e os subsistemas funcionais.

Só então pode ser situada a racionalidade da jurisdição abordando os paradigmas da Hermenêutica, do realismo, do positivismo e de Dworkin. Apresentou-se, a partir de Habermas, um novo tipo de injustiça legal, praticada pelo juiz que julga, como ignorância não da lei, mas do direito por cegueira inerente ao enrijecimento paradigmático. Apresentou-se o vício de ignorar a inserção da razão no contexto histórico da tradição e o de apegar-se acriticamente aos preconceitos. Outro vício identificado foi o de não levar em conta a influência dos interesses nas decisões judiciais, por um lado, e negar a capacidade funcional do sistema jurídico de tomar decisões racionais consistentes por outro. Também pode ocorrer que se superestime a capacidade funcional do sistema jurídico desembocando numa posição decisionista.

Verificou-se nas limitações do juiz “Hercules” em reconstruir a integridade do direito, um tipo de erro que não constitui vício da pessoa do juiz por tratar-se de matéria inerente à ignorância de fato. Trata-se de matéria inerente à finitude humana.

Abordou-se, então, o vício do solipsismo metódico do juiz, expondo a argumentação de Karl Otto Apel, que mostra o necessário enraizamento do saber teórico em regras práticas da comunidade de comunicação, a qual se constitui como o horizonte pragmático transcendental de qualquer argumentação em geral e da argumentação jurídica em especial.

Por fim, na questão dos discursos de aplicação, mostrou-se com Habermas que os erros dos juízes na reconstrução do direito podem parcialmente ter correção no procedimento jurídico de instâncias do direito que corrigem as decisões inferiores terminando em decisões colegiadas onde colocam-se as melhores condições, embora finitas, para a reconstrução da integridade do direito. Com Alexy viu-se que os conflitos entre princípios,

resolvidos no atacado, precisam ser tratados nas decisões dos tribunais mediante a construção coletiva e argumentativa de discursos de aplicação através da ponderação.

5. Referências

- ALEXY, Robert Os direitos fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jürgen Habermas. In: FRANKENBER, Günter; MOREIRA, Luiz. *Jürgen Habermas, 80 anos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- APEL, Karl Otto. *Estudos de moral moderna*. Trad. Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994.
- _____. *Transformação da filosofia. O a priori da comunidade de comunicação*”. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. v. II.
- AQUINO, São Tomás. *Suma Teológica*. Tradução de Alexandre Corrêa. 2. ed. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Livraria Sulina Editora; Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 1980. v. V-VI.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.
- _____. *O império do direito*. Trad. Luiz Camargo Paulo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Traucción de Perfecto Ibáñez et el. Madrid: Trotta, 1995.
- GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v. 1.
- _____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. v. 2.
- _____. *Entre naturalismo e Religião*. Estudos Filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.
- _____. *Teoria do agir comunicativo*. Racionalidade da ação e racionalidade social. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012a. v. I.

- _____. *Teoria do agir comunicativo*. Sobre a crítica da razão funcionalista. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012b. v. II.
- _____. *Conhecimento e interesse*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Unesp, 2014.
- HERRERO, Francisco Javier; NIQUET, Marcel (Eds.). *Ética do discurso: novos desenvolvimentos e aplicações*. São Paulo: [s.n.: s.d.].
- KUHLMANN, Wolfgang. Problemas de Fundamentação da Ética do Discurso. In: HERRERO, Francisco Javier; NIQUET, Marcel (Eds.). *Ética do discurso: novos desenvolvimentos e aplicações*. São Paulo: [s.n.: s.d.]. p. 39-69.
- JUSTINIANO, Flávio. *El Digesto de Justiniano*. Tradução de Álvaro d'Ors F. Hernández; P. Fuenteseca; J. Burillo. Pamplona: Aranzade, 1972. t. II.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Tradução de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991.
- PITTA, José Pereira de Paiva. *A Ignorância ou Erro de Direito*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1871.
- TORREL, Jean-Pierre. *La Summa di San Tommaso*. Traduzione di Patrizia Conforti. Milano: Jaca Books, 2003.

A MORALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS SEUS EFEITOS NA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA

DEMETRIUS NICHELE MACEI

Doutor em Direito pela PUC/SP. Advogado. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba (Unicuritiba) / demetrius.macei@unicuritiba.edu.br

ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA

Doutor em Direito pela UFMG. Procurador do Estado/MG. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC / acmurta@fch.fumec.br

Resumo

O presente trabalho busca identificar o sentido e alcance do Princípio da Moralidade Pública. Utilizando-se do método dedutivo de apresentação do estudo, este inicia traçando um panorama do marco teórico do positivismo, passando pelo pós-positivismo e terminando no positivismo metódico-axiológico de Heleno Torres. Trata da influência do direito privado no direito público. Aborda a necessidade de controle das decisões judiciais e do princípio-garantia da Segurança Jurídica. Na sequência analisa o princípio da moralidade, relacionando-o a justiça, a igualdade e a legalidade. Em seguida trata do princípio da confiança legítima e finalmente da boa-fé da administração pública, mais uma vez relacionado do com o direito privado, e conclui com aspectos da interpretação das normas tributárias, da moral do fisco e do contribuinte.

Palavras-chave

Moralidade; Positivismo; Teorema Metódico-axiológico; Confiança Legítima.

Abstract

This study aims to identify the meaning and scope of Public Morality Principle. Using the deductive method of presentation of the study, it starts by drawing a picture on the theoretical framework of positivism, through post-positivism and ending in methodic-axiological positivism by Heleno Torres. Deals with the influence of private law in public law. Addresses the need for control of judicial decisions and the principle of Legal

Security. Following analyzes the principle of morality relating it on justice, equality and legality. Then addresses the principle of legitimate trust and finally, comes the good faith of the public administration, again related to private law, and concludes with aspects of tax law interpretation, the moral of the tax authorities and the taxpayer.

Key words

Morality; Positivism; Methodic-axiological theory; Legitimate trust.

1. Introdução

Por mais que a instituição e a cobrança de tributos tenham se aprimorado com o passar dos séculos, trazendo importantes garantias aos contribuintes e também ao Estado, para a satisfação do seu crédito, a doutrina ainda diverge quanto ao papel do tributo na sociedade. Ives Gandra da Silva Martins define o tributo como sendo *norma de rejeição social, com destinação maior à manutenção dos detentores do poder, e grande instrumento de exercício do poder por parte destes, com alguns efeitos colaterais positivos a favor do povo, quando há algum retorno de serviços públicos*. (2007, p. 06). Em lado oposto, Ricardo Lobo Torres define pagamento do tributo como *dever fundamental* do cidadão, norteado pelo princípio da solidariedade do grupo, pela capacidade contributiva e pela finalidade de obtenção de receitas para as necessidades públicas. (2000, p. 321)

Seja qual for o tributo em questão, seja qual for o atendimento dado por ele à capacidade econômica do contribuinte, fato incontroverso é o seu caráter compulsório. Para o sistema tributário pouco importa a vontade do contribuinte, pois a obrigação de pagar tributo decorre diretamente da lei.

Contudo, aprofundando um pouco mais o estudo do fenômeno da tributação, vê-se que, ao contrário do que possa parecer, sua compulsoriedade não é o elemento essencial para o pagamento dos tributos por parte dos cidadãos. A história da civilização mostra um sem número de situações em que a tributação considerada “muito elevada” causou revoluções e o rompimento da estrutura existente. É preciso que a sociedade esteja conformada, que aceite ou ao menos que suporte a cobrança. Ou seja: a sociedade precisa aceitar pacificamente tal cobrança e quanto mais justa lhe pareça, mais conformada estará.

Entender que a tributação é elevada trata-se de conceito relativo. A tributação objetivamente baixa pode ser considerada elevada caso o Estado Arrecadador não tenha legitimidade para cobrá-la. A recíproca também é verdadeira. No Brasil fala-se em “carga tributária elevada” em função de quanto a sua receita representa no PIB (Produto Interno Bruto) do país etc. Veja-se que o princípio da capacidade contributiva, entre nós, não leva em consideração este índice. Só é possível invocar a ofensa ao princípio da capacidade

contributiva se este ou aquele tributo, individualmente considerado foi instituído ou majorado sem observá-lo.

Sob o ponto de vista estritamente jurídico-positivo, pouco importa se a população entenda justa ou injusta determinada imposição tributária, desde que esteja de acordo com as regras de instituição e cobrança previstas na Constituição.

É verdade que a lei não autoriza expressamente a transferência compulsória de patrimônio de dos ricos para os pobres, tão pouco autoriza que algumas pessoas prestem serviços a outras absolutamente de graça, mas, mesmo assim, o Estado intermedia situações como estas, por meio da arrecadação e destinação dos tributos.

Este assunto é objeto de grande polêmica entre os doutrinadores da atualidade, que debatem em que medida essas condutas se adequam ou não à legalidade. Ocorre, no entanto, que o atendimento rigoroso às regras jurídicas também por parte do Fisco não é mais suficiente para que a tributação ocorra de forma legítima.

É íntima a relação entre Direito e Moral. Na medida em que a ciência do direito assume o positivismo e suas diversas vertentes teóricas, os institutos se distanciam, e mesmo que coincidam quanto aos seus ideais (da prevalência do bem sobre o mal, do certo sobre o errado, do justo sobre o injusto) a forma de manifestação de ambos é diferente. Para os positivistas, o Direito é amoral. Não cabe ao aplicador do Direito questionar se a lei prevê a conduta corretamente ou não. Atendidas as normas para a instituição de leis, cabe ao legislador apenas alterar o texto da lei, adaptando-o ao conceito de certo ou errado adotado pela sociedade naquele momento do tempo e do espaço, afinal *non omne quod licet honestum est*.

A discussão toma maior relevância quando o legislador reconhece a Moral como instituto jurídico a ser observado e respeitado, objetivamente. É o que ocorre na Constituição brasileira. O artigo 37 da Constituição Federal estabelece que a Administração Pública deve obedecer ao “princípio da moralidade”. Quando então restaria ofendida tal norma? Esta norma se dirige apenas ao Poder Executivo (Administração Pública) ou também ao legislador? Considerando o princípio da legalidade tributária, haveria espaço para o atendimento a moralidade no âmbito tributário?

São poucos os estudos a respeito do tema no Brasil. Antônio José Brandão demonstrou que a moral foi *juridicizada* inicialmente por meio do Direito Civil, na evolução das teorias do *abuso de direito*, *não locupletamento da coisa alheia* e da chamada *obrigação natural*. (1951, 454-467). Equivalente a isso, no Direito Administrativo, o instituto da moral penetrou no desenvolvimento da *teoria do abuso de poder*, donde extrai o conceito de que a moralidade administrativa é o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração”.

Numa concepção moderna, salienta Maria Sylvia Zanella di Prieto, a moralidade administrativa deixou de ser apenas uma questão interna para ser sujeita ao controle do poder judiciário no exame dos casos de abuso de poder, em que o agente age dentro da legalidade, mas com *má intenção*. Boa parte da doutrina administrativista, ao identificar a má intenção do agente, entende que há na verdade um vício num dos elementos do ato administrativo, a finalidade. E com base nesse entendimento, julgam inválido o ato por ofensa ao princípio da legalidade. (2011, p. 77)

No exame dos estudos desenvolvidos por Heleno Torres, junto ao Universidade de São Paulo, verifica-se um possível método de interpretação e aplicação do princípio da moralidade nos casos concretos, sem um retorno ao superado jusnaturalismo, e ao mesmo tempo buscando no positivismo, por meio de uma visão crítica, encontrar um meio para estabelecer o sentido e o alcance do princípio da moralidade no direito tributário.

Sem a pretensão de afirmar total lealdade ao positivismo puro num extremo, ou ao neoconstitucionalismo na sua aceção mais aberta, este trabalho tem o objetivo então de tratar do tema sob as luzes do positivismo metódico-axiológico, fruto dos estudos de Torres, como alternativa na solução dessas questões.

2. A Perda de Controle das Decisões Judiciais. O Positivismo Metódico-Axiológico

A grande questão que surge é: num contexto neoconstitucionalista, como prever as decisões dos juízes, caso eles se utilizem de outros fundamentos para suas decisões, além das normas constitucionais e infraconstitucionais (tradição romanista) ou dos precedentes judiciais (tradição anglo-saxônica)?

Esses fundamentos poderiam ser, por exemplo, os estudos de Platão, ou textos religiosos nos estados confessionais.

A tradição positivista definitivamente cedeu lugar a discussões como estas, pois mesmo que os naturalistas tenham sido superados após a Revolução francesa, tão pouco o positivismo adotado até recentemente atendeu plenamente os anseios sociais de justiça.

Aqui chegamos a um momento realmente crucial. Eros Grau, em sua obra *Porque tenho medo dos juízes? já* de início constata a realidade em que nos encontramos, isto é, o Estado Moderno. Demonstra que neste Estado opera-se a separação absoluta entre direito posto e direito pressuposto, entre *lex* e *jus*. (2013, p. 16).

Cândido Rangel Dinamarco, estudando o que denomina ser o *escopo social* do processo, conclui que as relações sociais causam frequentemente no indivíduo insatisfações, sentimentos psíquicos que costumam acompanhar a percepção ou a ameaça de uma carência. Essa insatisfação é que pretende o Estado eliminar na sua atividade jurisdicional (2005, p. 12).

O Estado procura então criar um clima favorável entre as pessoas, um clima de paz social, enfim. Isso ocorre mesmo havendo a parte vencida, pois as partes aceitam a decisão como definitiva e soberana. Obviamente, para ser reconhecida a decisão como definitiva e soberana, e sobretudo ser respeitada pelas partes e terceiros, a mesma deve ser obtida por meio de critérios *justos*¹.

É aí que surge o Princípio da Segurança Jurídica, pois diante da impossibilidade de tomar a decisão absolutamente justa, seja pela falta de elementos fáticos, seja pela falta de tempo, desse Princípio (ou sobreprincípio, princípio-garantia) decorrem regras e outros Princípios que buscam o final mais justo possível ao litígio. Daí nascem regras extremamente contundentes sob o ponto de vista da busca da justiça, ou melhor dizendo, da Verdade. Exemplificando: o instituto da revelia, ou da decadência em seus mais amplos aspectos (decadência *strictu sensu*, prescrição, preclusão), ou ainda da *Coisa Julgada*.

A Segurança Jurídica privilegia, portanto, a solução da insatisfação gerada pela simples existência de um processo do que o seu perfeito deslinde. Em outras palavras, é melhor terminar com o processo de uma vez, do que eternizar sua existência sem uma solução justa.

Hugo de Brito Machado, citando o jurista português Manoel Domingos de Andrade, salienta que “*a vida e o espírito postulam um direito justo, mas pedem também, e antes de tudo, segurança, e portanto um direito certo, ainda que menos justo.*” A certeza do direito seria então a condição indispensável para que cada um possa saber e avaliar previamente a consequência dos seus atos, garantindo traçar e executar planos de futuro. Conclui que aquele sistema normativo que não tende a preservar a justiça nem a segurança, efetivamente *não é Direito*. (2010, p. 258-261)

Aqui ilustramos o já anunciado: Se pudéssemos tirar uma fotografia do Direito, veríamos a Segurança Jurídica posando lado a lado com a Justiça, tendo o ordenamento jurídico como pano de fundo. Lado a lado pois, como garantias (Princípios-garantia, de Heleno Torres, adiante especificado), não estão sujeitas a sopesamento.

Sob o aspecto do Direito material, também são evidentes as manifestações da Segurança Jurídica. Não só o Juiz, mas também o legislador deve respeitá-la e observá-la ao estabelecer as regras jurídicas. A regulação da vida social também é manifestação do desejo de paz e ordem no seio da sociedade. A Segurança Jurídica pauta a edição das normas jurídicas em geral; leis, decretos, portarias e demais atos legislativos e administrativos, no exercício de seu poder normativo, seja derivado ou originário, respectivamente.

Roque Carrazza ensina que o Direito visa à obtenção da *res justa*, em que todas as normas, especialmente as que dão efetividade as garantias constitucionais, devem ser

1 Neste sentido também FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (2003. p. 313).

dirigidas a tornar segura a vida das pessoas e das instituições. Estas regras é que garantem certeza e igualdade entre os cidadãos, posto que sabem de seus limites, e sobretudo que os limites são os mesmos do seu vizinho. Tal certeza e igualdade, complementa o autor, são indispensáveis para o atingimento da Segurança Jurídica.²

Foi então que Heleno Taveira Torres, com supedâneo na proclamada Segurança Jurídica, desenvolveu seus estudos sobre essas tensões todas, o positivismo e o naturalismo, o positivismo incluyente e o excluyente da moral, para conceber seu teorema sobre o positivismo metódico-axiológico.

Para TORRES, o *Princípio-Garantia* da Segurança Jurídica é efeito da existência da própria ordem jurídica (2011, p. 63). Mesmo assim, não pode ser visto como um dado *a priori*, ou um valor supraconstitucional legitimador do sistema jurídico. Deve, por outro lado, ser construído a cada ato de aplicação do direito, quando os indivíduos e órgãos do Estado cumprem e fazem cumprir as regras do ordenamento vigente.

Sua concepção se aproxima do chamado *positivismo excluyente*, que impõe a separação clara entre moral e direito, mas prefere substituir a expressão por positivismo metódico-axiológico pois, segundo o autor, o positivismo não deve ser visto como ideologia sobre a justiça, ou como ciência do direito, mas sim como um método do direito.

TORRES evolui a concepção de Joseph Raz de *positivismo* meramente *metodológico*, agregando ser preciso acreditar na força axiológica dos princípios e que estes cumprem uma função necessária de acomodação entre legalidade e a realidade, por intermédio dos valores. A norma jurídica pode ser geral, abstrata e constante, mas, no contínuo temporal da sua permanência, seu conteúdo, segundo TORRES, amolda-se a realidade prescindindo de quaisquer correlações entre direito e moral.

3. A Moralidade Positivada no Texto Constitucional

Em primeiro lugar: de que *Moral* estamos tratando?

A doutrina identifica pelo menos quatro sentidos possíveis à expressão “moral”, a saber:

- 1) Moral como moral individual, que consiste em um conjunto de princípios sobre a conduta humana em relação a ideia que cada um tem do bem e do mal;

2 O autor relaciona também ao Princípio do *exclusivismo*, pela proibição de uso de normas indeterminadas, ao da *vinculação do lançamento à lei*, que torna o tributo “pagável”, ao da *estrita interpretação da lei*, pois fere a segurança jurídica interpretar a lei tributária de forma extensiva, ao da *igualdade*, que garante a tributação justa, ao da *confiança na lei fiscal*, em que o contribuinte, confiando na lei, planejará sua vida e seus negócios e, por fim, o Princípio da *boa-fé*, afeito tanto ao contribuinte quanto ao fisco, gerando segurança jurídica mútua. (Curso...2010. p. 391.)

- 2) Moral como moral social (positiva ou convencional), que se define como um conjunto de princípios sobre o comportamento humano em relação a ideia que um determinado grupo tem sobre o bem e o mal;
- 3) Moral como moral *orquestrada*, que consiste num conjunto de princípios – obtido através de um debate intersubjetivo – sobre o comportamento humano em relação a ideia que a maioria das pessoas tem sobre o bem e o mal. Um exemplo disso seria a declaração de direitos humanos.
- 4) Moral como moral objetiva (universal, racional, ideal ou crítica) que compreenderia um conjunto de princípios da conduta humana que são justos em si mesmos, sem que sua correção (moral) tenha relação alguma com o que os seres humanos considerem com ou mal.³

Na medida em que igualamos o conceito de ética com o de moral, tratando-os portanto como sinônimos, a concepção adotada não poderia ser diferente a última, ou seja, da concepção de moral objetiva. Assim, vemos o bem ou o mal como o bem ou o mal em si, independente de regras variáveis no tempo e no espaço, tais como regras religiosas ou ideológicas. A tarefa é árdua, mas na visão aristotélica, temos que buscar sempre o “mais excelente” possível.

O princípio da moralidade, então, aparece positivado no texto do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. O dispositivo legal está enunciado da seguinte forma: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, *moralidade*, publicidade e eficiência [...]”.

O legislador, sob influência do direito francês, buscou criar mecanismos que atuem de forma a evitar o desvio e o abuso do poder do Estado, devendo a atividade administrativa primar pela consecução do bem e do interesse público, sendo que para atingir tal fim a atividade administrativa não pode ser eticamente reprovável (JUSTEN FILHO, 1996. p. 65).

Porém o art. 37 da CF/88 nos leva à uma primeira problemática em sua disposição: a expressa submissão da “atividade administrativa” ao princípio da moralidade. Isto pode nos levar a crer que tão somente a administração pública, enquanto poder executivo, estaria vinculada ao princípio moral, excluindo, portanto, as esferas do poder legiferante e do judiciário.

³ (PAZZOLO apud CANO, 2008, p. 227)

O princípio da moralidade como pretendemos reconhecer não está expresso no ordenamento constitucional⁴, assim, a partir de uma interpretação restrita do texto do artigo 37, se poderia afirmar que restringe-se aos atos administrativos o respeito à moralidade.

Entretanto, Marçal Justen Filho, no artigo publicado a partir de sua explanação no IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário, se posiciona contrário a este entendimento. Afirma que tal ponderação não pode ser aceita, em virtude de sua flagrante incompatibilidade com a natureza sistemática da Constituição. No mesmo sentido, cita Garcia de Enterría:

La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de una “orden de valores” materiales y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido [...].(ENTERRÍA, 1991 *apud* JUSTEN FILHO, 1996, p. 67).

Além disso, JUSTEN FILHO demonstra que tal restrição de aplicabilidade da moralidade (art. 37, *caput*, CF/88) leva a um vício insanável na interpretação restritiva do dispositivo legal: a edição de normas não estaria vinculada à moralidade, todavia, os atos administrativos realizados a partir de uma lei imoral restariam inconstitucionais, visto que estes sim deverão atender à moralidade pública, ou seja, a lei seria válida, porém imoral, visto que a constituição não veda a criação de normas imorais, entretanto o ato administrativo não seria válido, pois este sim deve atender à moralidade, tornando a lei inócua.

Desta forma, tanto a função de administrar, quanto a de legislar compartilham de conceitos distintos, porém com a mesma natureza de função: a primazia do interesse público (JUSTEN FILHO, 1996. p. 68).

Assim, a “função pública” é exercida concomitantemente por ambas as esferas de poder, seja na edição de normas, seja na aplicação destas. Assim, o vício de imoralidade não se limita tão somente aos atos administrativos, enquanto poder executivo, mas também aos atos legislativos e judicantes, tendo em vista que estes devem ter como norte a Lei e o interesse público. Este entendimento vem sendo defendido ainda por outros doutrinadores, como Cáoio Tácito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carmen Lúcia Antunes Rocha (JUSTEN FILHO, 1996. p. 69).

4. Da Autonomia do Princípio da Moralidade

Os ensinamentos acima nos levam à uma teorização do Princípio da Moralidade, porém se pode identificar uma problemática na proposta de um conceito moral atrelado

4 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do cabimento de Repercussão Geral no RE 579.951 CE, relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski, em pronunciamento de lavra do Min. Marco Aurélio, ficou consignado que: *A toda evidencia o tema mostra-se relevante, em razão do envolvimento de interesse coletivo. Faz-se em jogo princípio basilar da administração pública que não precisaria sequer estar previsto expressamente na Constituição Federal – o da moralidade.*”

ao Princípio da Igualdade: a ausência de autossuficiência da moral para regular as relações jurídicas da sociedade.

Ao adotarmos a ideia de que justiça e moral são conceitos inseparáveis, ainda sim não conseguimos ainda invocar a violação a um preceito moral, sem invocar a violação a outro princípio constitucional, como o da igualdade ou legalidade.

Com base nas ideias de Jürgen Habermas (1997, p. 140), se pode delinear abstratamente este conceito de autonomia de um princípio moral. Para tanto o autor se apoia nas ideias de Kant, que em sua obra “Introdução à Metafísica dos Costumes” afirma que os conceitos fundamentais da moral são redutíveis em três dimensões: “arbítrio”, “relação externa” e “autorização para coerção”. Conforme Kant, o conceito de direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao arbítrio dos destinatários, ou seja, lida com a relação externa entre seus sujeitos, e assim recebe autorização para coerção em caso de abuso.

Assim, como também afirma Hart, a legislação moral se espelha na jurídica, por consequência, o conceito de moral se reflete no de legalidade, assim como os deveres éticos nos jurídicos.

Entretanto, em que pese nossa tentativa em dissociar os conceitos jurídicos dos morais, com vistas a autossuficiência deste para regular as relações intersubjetivas, não se pode negar que as normas jurídicas advêm de uma ordem moral, como se estas passassem por um filtro, pois a ordem jurídica somente poderá ser legítima quando não contrariar os princípios morais, assim, o direito adquire sim uma relação necessária com a moral.

Todavia, como bem afirma Habermas, esta relação não subordina o direito à moral, como se houvesse uma hierarquia de normas. Assim, as relações jurídicas e morais enfrentam os mesmos problemas, porém de ângulos distintos: a moral representa uma forma de saber cultural, enquanto o direito, visto como uma simples e prévia convenção a determinada ação (princípio da legalidade), adquire obrigatoriedade institucional.

Afirma Habermas:

Do ponto de vista sociológico, ambos se diferenciaram simultaneamente do *ethos* da sociedade global, no qual o direito tradicional e a ética da lei ainda estavam entrelaçados entre si. Com abalo dos fundamentos sagrados desse tecido moral, têm início processos de diferenciação. No nível do saber cultural, as questões jurídicas separam-se das morais e éticas. No nível institucional, o direito positivo separa-se dos usos e costumes, desvalorizados, como simples convenções. (1997. p. 141).

Assim, a concepção tradicional de que a ordem jurídica se mostra entrelaçada com a ordem moral, como se houvesse uma relação de cópia entre estes, não perdurou por muito tempo, ou seja, em algum momento na evolução do direito, a moral foi dissociada das normas jurídicas.

Portanto, não é possível interpretar as normas constitucionais como simples cópias de direitos morais. Os princípios morais, enquanto dissolvido na ordem jurídica explícita um sentido norteador dos juízos práticos, porém ainda em um nível abstrato, neutro em relação às normas jurídicas, pois não se revela em uma efetiva norma de ação, mas sim uma orientação de conduta.

Desta forma, podemos aqui definir que o direito se abstrai da complexidade das relações subjetivas de seus destinatários, limitando-se ao enfoque do modo de agir em conformidade com a regra positivada, levando em consideração membros de uma comunidade abstrata, criada através de normas de direito. Já as normas morais regularam as relações interpessoais e conflitos entre atores que se reconhecem reciprocamente como pertencentes de uma comunidade concreta, ligados através de sua história de vida. (HABERMAS, 1997. p. 147).

Nesse sentido, cabe referenciar a Sacha Calmon Navarro Coêlho (2007, p.239), que traz elucidações quanto ao conceito aqui estudado.

O autor entende a moral como um sistema que conta com princípios, incorpora a experiência vivida por determinado grupo, de forma a convencer ou reprimir. A moral está no íntimo do homem, atuando sobre sua consciência, de forma a estabelecer o que é certo ou errado, bom ou mau. Apesar de tais expressões serem um tanto vagas para o tema defendido, no sentido de que um sistema justo pode ser mau, assim como o injusto pode ser bom, conforme demonstrado, cabe aqui evidenciar o caráter subjetivo da moral.

Assim as normas de direito não ligam os indivíduos pela sua identidade pessoal, através de sua história de vida, assim como as normas morais, mas considera tão somente a capacidade deste de assumir determinada postura dentro de uma comunidade instituída juridicamente. (HABERMAS, 1997. p. 147).

Assim, somente é possível regular as matérias que se mostram externas ao indivíduo. O direito, enquanto conjunto de normas jurídicas, não alcança a esfera subjetiva de seu destinatário, sendo este um dos aspectos fundamentais da legalidade, afastando um princípio moral. A dissociação da moral do direito posto pode ser manifestada pelo Princípio da Legalidade, pois, enquanto aquela leva em consideração o âmbito subjetivo da pessoa, a Legalidade leva em consideração sua ação exteriorizada, estabelecendo um juízo de valoração levando em consideração a ação esperada daquele indivíduo, ou seja, qual seria a ação correta a ser tomada, em conformidade tão somente com as regras válidas juridicamente.

O Princípio da Legalidade está enunciado de diversas formas em nosso ordenamento jurídico: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF/88), “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios

de legalidade [...] (art. 37, *caput*, CF/88), “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça [...]” (Art. 150, I, CF/88), “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (Art. 1^a, *caput*, Código Penal).

Pode-se notar pela simples leitura destes artigos que todos estes buscaram eliminar o elemento subjetivo na conduta, de forma que não se julga a conduta com base nas vontades e intenções do indivíduo, mas sim na posição que este deveria ter assumido frente à norma geral e abstrata.

Sob o ponto de vista da complementaridade entre o direito e a moral, o processo legiferante, a decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho da dogmática jurídica, que age de forma a concretizar regras e decisões, representam um alívio para o aplicador ou julgador, que não precisa ter sobre si o peso cognitivo de formar um juízo moral próprio (HABERMAS, 1997. p. 151).

Porém, aqui não podemos nos conformar com o entendimento de que a legalidade se mostra como um limitador da moralidade, mas devemos retomar à ideia de que tais conceitos são complementares e autônomos.

Conforme exposto, o Princípio da Legalidade, entendido com um sistema jurídico ou de ação, surgiu a partir do momento em que as regras morais perderam sua eficácia, internalizando-se para o sistema jurídico como um padrão orientador de conduta. Isto se deu em razão da perda do reconhecimento recíproco da identidade e história de vida de seus atores com o surgimento dos Estados.

Assim, o conceito de Legalidade se mostra contraposto ao conceito de Moralidade, visto que aquele leva em consideração a posição que o indivíduo deveria ter tomando frente ao evento fenomenológico, desconsiderando o elemento subjetivo. Já a moralidade leva em consideração justamente o elemento subjetivo, ou seja, as motivações do sujeito na realização de sua conduta.

Desta forma, se poderia afirmar que o Princípio da Moralidade é uma exceção ao Princípio da Legalidade, abarcando as situações em que, mesmo atendida a Legalidade, assim como os demais princípios constitucionais, como o da Igualdade, ainda sim teremos uma inconstitucionalidade com base da imoralidade da norma positivada.

Exemplo disso foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.180/DF (Seção Plenária de 11.09.2014 – Rel. Gilmar Mendes) que reconheceu ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade por parte de lei distrital. De fato, em análise detida da decisão, percebe-se que mesmo expressamente mencionada a ofensa a moralidade, tratou-se na verdade apenas da impessoalidade. Neste

caso a questão poderia ser resolvida perfeitamente pela teoria da validade das normas de Kelsen, pois o dispositivo legal não foi suficientemente abstrato, isto é, a lei no seu texto especificou o seu destinatário, pecando em detrimento aos demais cidadãos, fragmentemente privilegiado alguns.

Sem entrar no mérito desta decisão, o que chama a atenção no julgado foi a utilização das expressões “constitucionalidade formal”, referindo-se ao processo legislativo (legalidade) da norma atacada que, segundo a decisão, foi correto, e em seguida a “inconstitucionalidade material” que aí sim afastou-se da legalidade para atacar a impessoalidade e a moralidade, tratando-os como absolutamente autônomos e feridos.

5. O Princípio da Confiança Legítima

A teoria interpretativa de Hans Kelsen é um desdobramento rígido dos pressupostos epistemológicos que orientam o seu método científico, que isola cirurgicamente o objeto mediante o postulado da *neutralidade*. Resta claro que a sua retomada serve como ponto de partida para todos os doutrinadores que, como Heleno Torres, refletem sobre o intrincado processo interpretativo do direito, aproximando-se das premissas kelsenianas. Todavia, alegações de arbitrariedade e alienação em relação a outras searas do conhecimento são frutos, no mais das vezes, de uma análise superficial ou parcial de suas obras. Não se pode negar o caráter democrático esposado pelo mestre de Viena, que, dentre suas várias obras, se dedicou a temas como a teoria política, ética e moral.

Neste contexto, TORRES apresenta o chamado *Princípio da Confiança Legítima*, como sendo uma das funções que consagram o Princípio da Segurança Jurídica, ao lado da Certeza e da Estabilidade Sistêmica, necessários para conferir conteúdo e concretude à Segurança Jurídica. Em outras palavras, para que o Princípio possa ser efetivamente exercido pelo sujeito destinatário da norma (o cidadão). (2011, p. 196).

A Certeza e a Estabilidade, ou Confiança *lato sensu* são conferidas pelo ordenamento jurídico, enquanto a Confiança *stricto sensu* provêm da experiência.

O autor portanto, mesmo admitindo que a Confiança em sentido estrito decorre dos princípios constitucionais da administração pública, especialmente da *moralidade* e o princípio (fundamental) da *boa administração*, procura estabelecer critérios de controle de constitucionalidade e legalidade da Confiança que convencionou chamar de *testes* de segurança jurídica. Estes testes, porém, restringem-se aquelas primeiras funções da confiança em sentido amplo, ou seja, a estabilidade e a certeza, que são ligadas intimamente a legalidade.

Portanto, uma vez aplicados e infrutíferos os *testes de segurança*, resta então verificar se há no caso concreto a ofensa a confiança em sentido estrito. Aqui temos o retorno a origem do tema em estudo. Temos novamente o entrelaçamento da legalidade com a

moralidade, este com seu conteúdo próprio e inegável, cujo amálgama seria então a *Confiança Legítima* do contribuinte nos atos da administração em geral.

Um possível exemplo da realização deste teste podemos identificar em decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 601.088/RN, que afastou a aplicação de multa moratória, com fulcro na conjugação do princípio da segurança jurídica com a regra do art. 112 do CTN. Para tanto, reconheceu a configuração de *dúvida* pela existência de “*instabilidade da jurisprudência*” quanto à inclusão ou não de determinada verba trabalhista na base de cálculo do Imposto sobre a Renda.⁵ A *oscilação jurisprudencial*, indiscutivelmente, constitui fator originador de *dúvida* no Sistema Tributário brasileiro.

Mas se é possível então aplicar isoladamente o princípio da moralidade, passados os testes de segurança da estabilidade e certeza, qual o critério para evitar a subjetividade na aplicação desse princípio?

Entendemos que a resposta pode estar no instituto modernamente denominado BOA-FÉ OBJETIVA, por parte dos agentes da administração pública.

6. A Moral do Fisco e a Moral do Contribuinte

Analisando a moral no âmbito tributário, Klaus TIPKE⁶ dispõe: “A Ética Tributária é por conseguinte a Teoria do agir moral-positivo dos Poderes Públicos – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário – assim como do agir moral-tributário do Contribuinte”.

Assim para TIPKE a ética está atrelada ao agir moral tanto dos poderes públicos, quanto dos contribuintes, ou seja, se refere as condutas adotadas por ambos dentro da relação jurídica tributária, seja na instituição e exigência do tributo pelo sujeito passivo (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal), seja no dever fundamental de pagar os tributos pelo sujeito passivo (contribuintes e responsáveis).

Também destaca que as condutas dos contribuintes são influenciadas pela conduta dos agentes públicos, o que há muito tempo já foi contemplado por Aristóteles no Livro II da sua obra *Ética a Nicômaco*, ao tratar da atividade legiferante aponta que os legisladores tornam os cidadãos bons cidadãos habituando-os a agir bem – é este de resto o seu propósito. E todos os legisladores que não tiverem em mente esse propósito erram. É nisto, precisamente, que se distingue uma boa constituição política de uma má. (2009, p. 41)

Refletindo os ensinamentos de Aristóteles verifica-se que o comportamento dos cidadãos são determinados pelas virtudes dos seus legisladores, que devem lhe imprimir

5 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, out.2011.

6 TIPKE. Klaus. *Moral tributária do estado e dos contribuintes*, 2012, p. 7. TIPKE utiliza as expressões ética e moral como sinônimos.

bons hábitos por meio das normas, e ainda ressalta o autor que o legislador que não logra a obter tão êxito, falha no desempenho da sua missão, pois, conforme ele próprio ressalta: “nos tornamos justos praticando ações justas, temperados, agindo com temperança, e finalmente, tornamo-nos corajosos realizando atos de coragem”. Assim, a virtude do legislador consistirá em desempenhar bem a sua função.

A ética do contribuinte está relacionada a conduta da pessoa jurídica ou da pessoa física (sujeitos passivos) ao se organizar tributariamente para efetuar o pagamento do tributo.

Para compreensão do tema, importante é a lição de Marco Aurélio Greco⁷:

não é de hoje que o relacionamento entre Fisco e contribuinte tem se caracterizado: de um lado, pela constante busca de maior eficácia na aplicação das leis visando obter a maior arrecadação possível e, de outro lado, por uma preocupação dos agentes econômicos no sentido de se verem onerados com a menor carga tributária legalmente admissível.

Atualmente a relação fisco-contribuinte é uma constante tensão: de um lado o Estado arrecadador, que a cada ano implementa e aperfeiçoa os mecanismos de cruzamento de informações e fiscalização com o intuito de combater a sonegação fiscal; de outro, o contribuinte que se sente lesado pela alta carga tributária imposta e que por isso, busca formas lícitas (elisão fiscal) ou ilícitas (evasão) para diminuir o pagamento do tributo.

Se a evasão refere-se a adoção de condutas ilícitas para se furtrar ao pagamento do tributo, não resta dúvida de que tal prática fere o dever ético do contribuinte de pagar aquilo que lhe é imposto, pois, ao sonegar o tributo, seja pela falsificação de uma declaração, seja pela não emissão de um documento fiscal, ou qualquer outra conduta que se possa pensar, o sujeito passivo demonstra a falta de comprometimento com toda a sociedade.

Em contrapartida, a elisão fiscal se insere numa seara de organização, de planejamento, que tem como objetivo não a prática de ilícitos para evadir-se do dever de pagar tributo, mas sim o estudo das normas tributária com o objetivo de aplicar aquela que seja mais benéfica/econômica para o seu negócio. É neste contexto que se insere o que chamamos de “planejamento tributário”.

Segundo Marco Aurélio Greco⁸: “o ‘planejamento’ é a atividade exercida pelo contribuinte, enquanto ‘elisão’ é o efeito de submeter-se a uma menor carga tributária, obtido pelo planejamento”.

O planejamento tributário, assim como a evasão fiscal tem como objetivo eliminar, reduzir ou mesmo postergar o pagamento do tributo, todavia, a diferença reside que no

7 GRECO. Marco Aurélio. Planejamento Tributário, 2011.

8 GRECO. Marco Aurélio. Planejamento Tributário, 2011, p. 63.

planejamento tributário os meios necessários para alcançar tais resultados estão dispostos na própria norma ao passo que o da evasão refere-se a práticas ilegais, e portanto, não tuteladas pelo ordenamento jurídico.

Todavia, a adoção de planejamentos tributários que visem a diminuição de carga tributária, em muitos casos tem sido objeto de questionamentos pelo fisco, por representarem uma operação adotada com o único e exclusivo intuito de diminuir o tributo, ou seja, se o negócio realizado não teve outra finalidade que não a diminuição do tributo, tal conduta é considerada como abuso de direito do contribuinte e passível de autuação.

Entendimentos como esses são mais constantes entre os agentes do fisco, conforme observa Marco Aurélio Greco: “se determinada operação ou negócio privado tiver por efeito reduzir carga tributária, mas se apoia num motivo empresarial, o direito de auto-organização terá sido adequadamente utilizado. Não haverá abuso! O fisco nada poderá objetar!”. (2011, p. 213)

Logo, o planejamento tributário ainda que licitamente adotado pode ser questionado pelo fisco, quando realizado exclusivamente com o objetivo de reduzir a carga tributária (abuso de direito, por exemplo), entretanto, se a conduta foi adotada tendo como base as brechas deixadas pela própria norma, não há conduta antiética, não há evasão, não há sonegação e sim elisão.

Quem se comporta de modo a não preencher o tipo legal e por esse meio evita [vermeidet] a consequência jurídica ‘imposto’, não age ilegalmente. Todo cidadão pode organizar-se de modo a pagar menos tributos possíveis. A elisão fiscal consciente, planejada é uma forma legal de resistência fiscal. Ela não é imoral. Isso é provavelmente reconhecido em todos os Estados de Direito que respeitam a liberdade. (TIPKE, 2012, p. 111)

Isso coloca em xeque a segurança jurídica pretendida pelo contribuinte, pois, embora se tenha buscado licitamente alternativas para reduzir a carga tributária, o seu procedimento pode ser questionado pelo fisco, tendo que em muitos casos que buscar a tutela jurisdicional para se resguardar.

Todas essas distorções levam muitos contribuintes a se questionarem se devem pagar tanto tributo. Esses pensamentos são motivados por diversas circunstâncias, que podemos resumir nos seguintes sentimentos vivenciados pelos contribuintes que se sentem prejudicados:

- a) Se muitos não pagam corretamente o tributo, porque eu devo pagar?
- b) O Estado concede uma série de incentivos para determinados contribuintes sem observância da capacidade contributiva. Porque tenho que recolher por eles?
- c) com tantas normas publicadas, não há como o fisco fiscalizar todos os fatos tributários.

d) para que pagar corretamente tributo se o Estado não aplica onde devia.

Esses questionamentos são apenas alguns de tantos outros que perseguem o contribuinte no seu dia-a-dia, influenciado as suas condutas para o bem ou para o mal.

O que o contribuinte necessita é segurança jurídica nas suas operações, todavia, com a avalanche de normas editadas diariamente e entendimentos diversos exarados pelo próprio fisco, fica difícil se organizar de tal forma a ter esta segurança sobre um fato realizado hoje que pode ser questionado no futuro.

De acordo com TIPKE um agir moral-tributário deficiente é reflexo da deficiente moral-fiscal do Estado, pois, um fenômeno implica no outro. E ainda ressalta o próprio autor⁹: *“não se trata aqui desde logo da questão, se uma moral impositiva incorreta do Estado pode justificar uma moral do contribuinte incorreta, mas sim se aquela, faticamente, influencia a do contribuinte”*. (2012, p. 07)

Logo, as atitudes imorais do Estado não podem servir de justificativa para que o contribuinte não haja eticamente recolhendo os tributos devidos para os cofres públicos; todavia, o que ocorre é que a ineficiência do Estado, desvios do dinheiro público, falta de comprometimento de agentes políticos, favores fiscais concedidos a determinada classe de contribuintes por meio de regimes fiscais, muitas vezes acobertados por agentes públicos, tendem a influenciar outros contribuintes a se furtarem do pagamento dos tributos. (MACHADO, 2014, p. 56)

Por isso a exigência do tributo não pode ser vista apenas pelo seu aspecto negativo, no sentido de uma tributação elevada, mas sim como uma fonte necessária para implementar as políticas públicas asseguradas pela própria constituição, tais, como saúde, segurança, educação, entre outras.

No presente estudo, procuramos identificar o princípio da moralidade destinado aos agentes do Estado, e não o agir moral ou imoral do contribuinte. Isto simplesmente porque o artigo 37 da Constituição destina-se à administração. Não defendemos a atitude imoral-tributária do contribuinte, contudo é possível sustentar que a atitude imoral do Estado pode causar, além do dano em si, reflexos na conduta do contribuinte.

Prevê o CTN que:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

9 Segundo GRECO, hoje temos de enxergar a tributação sob a ótica da proteção da propriedade, mas também (por isso digo crescer e não substituir) como instrumento de viabilização das mudanças econômicas e sociais que a Constituição prevê, em especial a implementação das políticas públicas à vista da realidade. (2011, p. 63)

Destacando a última parte do artigo, notamos que a cobrança do tributo, mesmo não admitindo discricionariedade, é ato administrativo, ou seja, está evidentemente sujeita ao princípio da moralidade.

De todo modo, entendemos que o exame da ética (moral) fiscal, portanto, tem por objetivo analisar a conduta do Estado na instituição e na arrecadação do tributo.

O princípio da capacidade contributiva é o único princípio fundamental, que é adequado a todos os direitos fundamentais de Constituições de Estados de Direito Social”, pois, todo contribuinte deseja ser tributado dentro do limite do que ele pode dispor, não comprometendo assim o mínimo necessário para a sua própria existência. (TIPKE, 2012, p. 20)

O já citado princípio da capacidade contributiva ainda que no texto constitucional se utilize a expressão “sempre que possível”, deve ser entendido como obrigatório na medida em que não havendo capacidade para contribuir, ou dizendo de outro modo, onde o patrimônio do contribuinte se revelar necessário para o mínimo que lhe permita subsistir, não deverá ocorrer a tributação, pois, faltaria ao ente tributante aptidão para exigir a tributação sobre o mínimo necessário para a manutenção da pessoa e da sua família.

Neste contexto e com base na “reserva do possível” independentemente da autonomia dos Estados é certo que estes possuem o dever de implementar políticas públicas para combater a pobreza e promover uma existência digna, ou seja, não se pode exigir que o contribuinte contribua além das suas possibilidades financeiras, pois, desta forma o Estado estaria colaborando para aumentar ainda mais as desigualdades.

Por isso é importante que os legisladores tenham consciência do seu papel de representantes dos interesses dos cidadãos, e não dos seus próprios interesses, todavia, em importante análise sobre os limites da imposição fiscal destaca Klaus TIPKE:

Aos Paramentos foi um dia incumbida a missão de proteger os cidadãos contra tributos elevados ou exagerados. Hoje não defendem mais – assim é frequentemente criticado ou lamentado – os Paramentos o ideal do Estado austero; eles se tornaram, pelo contrário, o motor das crescentes prestações públicas – e com isto necessariamente comprometidos com altos tributos. (2012, p. 45)

Os dados de organizações não governamentais procuram incessantemente, e com frequente êxito, demonstrar que os recursos arrecadados pelo Estado por meio dos tributos são mal empregados¹⁰, ou seja, o Estado está em débito com o cidadão, que a cada dia se convence que falta ética na gestão dos tributos arrecadados.

10 Entre os 30 países com a maior carga tributária (arrecadação em relação ao PIB), o Brasil continua sendo o que proporciona o pior retorno dos valores arrecadados com impostos em prol do bem estar da sociedade, aponta estudo divulgado nesta quarta-feira (3) pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT). Acesso em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/04/brasil-se-mantem-como-o-pais-com-o-pior-retorno-de-aplicacao-de-impostos.html>> Acesso em 01/08/14.

Além da incredulidade do contribuinte em relação a ética do fisco na arrecadação do tributo, há ainda um descontentamento em relação a excessiva quantidade de normas que são editadas todos os dias, tornando a difícil tarefa de apurar os tributos, ainda mais árdua.

Conforme elucida TIPKE: “já desde os anos setenta e oitenta multiplicam-se por isso as manifestações de juízes superiores, advogados e cientistas, que descrevem o vigente Direito Tributário como ‘caos’, ‘selva’ ou até mesmo ‘perversão’”. (2012. P. 74)

Toda norma tributária quando publicada traz consigo uma série de incertezas e dúvidas em relação ao seu texto. A pergunta que se faz é: qual o objetivo do legislador ao publicar uma lei truncada ou mal redigida? Importante lembrar que uma norma mal redigida não só coloca em dúvida o contribuinte, como também os agentes públicos que devem fiscalizá-la e aplicá-la, gerando um verdadeiro conflito entre fisco e contribuinte, além de autuações arbitrárias e inconsistentes.¹¹

É exatamente o que ocorre nos dias atuais: o contribuinte, os agentes do fisco, e até mesmo os juristas sentem dificuldade na interpretação de diversas normas tributárias.

Nesta medida, diante dessa complexidade do sistema, a falta de transparência na interpretação da lei tributária dada pelos Agentes da administração, a garantia de liberdade na organização dos seus negócios privados, segundo Heleno Torres, feriria o princípio da boa administração e em consequência o princípio da Confiança Legítima. (2011, p. 202. nota 69)

E ainda tratando sobre a dificuldade de interpretação e elaboração das normas tributárias, Klaus VOEGEL registra que são os princípios jurídicos em que se baseiam nossas leis tributárias, ou melhor: em que deveriam basear-se, em grande extensão não mais salvaguardados, tornados irreconhecíveis. Eles foram por um sem número de alterações e complementações tão sobrepostos e deformados por exceções e novamente exceções a essas exceções, que para os atingidos não mais reconhecíveis como tentativas de uma distribuição justa de carga tributária. (apud TIPKE, 2012, P. 74)

As considerações feitas por VOEGEL retratam uma realidade, pois, com tantas normas publicadas e alteradas, o contribuinte se vê compelido a buscar auxílio para interpretação e aplicação da lei vigente, a fim de obter segurança jurídica, todavia, em muitos casos isso não lhe trará a necessária de certeza que está pagando corretamente o tributo.

11 Conforme observa Francesco Carnelutti: [...] mas o que pode fazer um cidadão, hoje, para conhecer todas as leis do seu país? Não se trata mais somente do homem da rua; hoje, até mesmo os juristas, não estão em condições de conhecer mais do que uma pequena parte delas. O ordenamento jurídico, cujo maior mérito deveria ser a simplicidade, transformou-se, para nossa desgraça, em um complicado labirinto, no qual, até os que deveriam ser os guias, perdem-se. (2008. p. 47)

O desvio legislativo decorre em grande parte de que, no processo de elaboração da lei, prevaleçam interesses particulares sobre o interesse geral. E ainda tratando a respeito das injustiças que ocorrem dentro do sistema político RAWLS ressalta que o poder político rapidamente se acumula e se torna desigual; e, servindo-se do aparelho coercitivo do Estado e de suas leis, aqueles que conseguem a predominância podem muitas vezes garantir para si mesmos uma posição privilegiada. (2002, p. 47)

Tudo isso leva o cidadão, nas palavras de TIPKE “a não *confiar* mais na competência do poder legislativo para a solução dos grandes problemas do país, inclusive uma grande reforma tributária”. É exatamente esse sentimento de insegurança que permeia a relação jurídica tributária nos dias atuais entre o fisco e o contribuinte. E ainda ressalta o autor: “a moral tributária não exige, que as leis tributárias tenham uma tradição, mas que elas se harmonizem com a Constituição atual e com a Ética corporificada em seus direitos fundamentais”, pois, assim como os cidadãos o próprio Estado é submisso a Constituição. (2012, p. 77-79)

Mesmo na relação entre os Estados pode haver quebra da confiança legítima. Para Heleno Torres, a sua perda (de confiança) pode se dar até mesmo entre entes da federação, no cumprimento de convênios, por exemplo, destacando que a manifestação da vontade interestatal deve amparar-se em confiabilidade, até porque a quebra da confiabilidade pode ter repercussões severas também sobre a esfera jurídica dos contribuintes.

É preciso observar que a administração pública, no exercício da fiscalização e arrecadação de tributos cada vez mais exerce sua função normatizadora. Significa que uma enorme quantidade de normas internas, regulamentadoras das leis e decretos (estes também enquadrados no rol de atividade normativa do administrador) que deveriam dirigir-se unicamente aos próprios agentes administrativos para orientá-los no cumprimento das mesmas leis e decretos, dirigem-se diretamente aos contribuintes, frequentemente inovando o ordenamento jurídico com novas obrigações tributárias acessórias e até principais, essas últimas, naturalmente, de forma velada.

Os decretos em matéria tributária, que também deveriam restringir-se ao conteúdo da lei que lhes dá fundamento, não raramente inovam, como se vê nos Regulamentos do ICMS nos Estados, por exemplo. Mesmo que seja para conceder isenções (que os contribuintes não costumam questionar) essa prática é fragrantemente inconstitucional, mas não tem sido incomum.

A doutrina, inclusive estrangeira, há tempos também percebe tal tendência. Alejandro Altamirano, publicou artigo denominado “*Jaque a la ley*”, significando o correspondente, ao jargão em português, de que a “Lei está em xeque”(!).

Com precisão, ALTAMIRANO pontua que:

Por la incoherencia que muestra muchas veces la ley, por las contradicciones evidente entre varios preceptos normativos entre sí, por la exigencia de la reglamentación de una norma so pretexto de que su operatividad devendrá de la pertinente reglamentación, el ordenamiento – como conjunto sistemático y orgánico – pierde sentido, se pulveriza.

E conclui:

Indudablemente, los principios – que inspiran a la ley – son impermeables a la acción humana y más confiables. Pero también requiere de operadores jurídicos comprometidos con búsqueda de la verdad y que prescindan del relativismo propio de nuestro tiempo. (*in* Marquez et al, 2010. P. 345-346)

Não se quer afirmar, categoricamente, especialmente considerando a concepção positivista metódica-axiológica de TORRES, que a lei teria seu critério de validade adstrito à condição moral a que esta mesma lei foi concebida, por parte do legislador. Contudo, na busca do conteúdo e alcance do princípio da moralidade fatalmente nos deparamos com *standarts* morais expressos no ordenamento, independentes, e que estão inseridos no princípio da confiança legítima. Ora, se a moralidade decorre da boa administração e da confiança legítima, então há uma moralidade interna no direito que não pode ser negada. Lon L. Fuller, em sua obra *The Morality of Law*, reconhece que a lei, para que seja perfeita (não necessariamente para que seja válida formalmente) deve atender cumulativamente a oito requisitos (*eight ways to fail to make law*):

- 1) generalidade;
- 2) serem promulgadas;
- 3) prospectivas;
- 4) claras e compreensíveis;
- 5) não contraditórias;
- 6) não exigir o impossível;
- 7) serem atualizadas;
- 8) serem coerentes com a ação estatal¹²; (FULLER, 1969. P. 33-37)

Desta feita, para o positivismo *hermético*, basta o cumprimento do 2º requisito, entendido como o cumprimento do correspondente processo legislativo e os princípios inerentes a sua instituição (em matéria tributária, os correspondentes aos limites constitucionais ao

12 Tradução livre.

poder de tributar, que efetivamente abarcam também os itens 1º e 3º da lista) para que a norma seja válida.

Contudo, é provável que mais desses requisitos, não necessariamente todos, mas outros além dos três primeiros, como o 4º, o 5º ou o 8º, por exemplo, também sejam necessários, sob pena de irregularidade da norma por ferimento a confiança legítima.

O mesma ofensa a confiança legítima se observa a sequencia, quase que anual, de anistias tributárias ou parcelamentos incentivados, prestigiando o contribuinte mal intencionado e especialmente aquelas que são aprovadas justamente em tempos de eleições. No Brasil, de 1999 para cá, esses parcelamentos incentivados passaram a ser popularmente conhecidos como “REFIS” (REFIS 1, 2, 3..., REFIS municipal, estadual etc), em referência ao primeiro deles, editado em 1999 pelo governo federal. Com essas anistias rotineiras, muitos contribuintes deixam de pagar tributos de forma também rotineira, sabendo que cedo ou tarde virá o perdão ou a moratória, desestimulando aqueles que pretendem pagar em dia. Fazendo as contas, estes percebem que pagaram mais do que poderiam ter pago assumindo tal conduta viciada.

A chamada “Guerra Fiscal”, em que Estados se digladiam para oferecer condições vantajosas a despeito de Estados vizinhos, agindo em flagrante atitude antiética, seja com relação ao outro Estado, quanto à boa-fé do contribuinte. Não há um Estado da federação que não critique o vizinho, mas ao mesmo tempo estabelece – via Decreto – incentivos e benefícios fiscais dos mais criativos, agindo de forma idêntica, sob o manto do Princípio Federativo, mas sabendo claramente que sua conduta é frontalmente ofensiva a Constituição Federal. O contribuinte, que neste caso deveria ser mero expectador, arca com as diferenças financeiras de um Estado a outro, e muitas vezes também age aproveitando-se de créditos que foram concedidos à margem da lei e da ética, sem reconhecer a “imoralidade” do benefício que lhe é concedido.

A utilização de subterfúgios para a cobrança da dívida tributária, como a indevida inclusão de sócios no polo passivo das execuções fiscais por parte das procuradorias da fazenda pública sem processo administrativo prévio, como meio de coagir a empresa ao pagamento, isso quando esse procedimento não vem acompanhando de uma denúncia penal tributária, apostando no pânico causado a diretores e sócios, mais uma vez quase que obrigados a pagar, mesmo diante de cobranças eventualmente indevidas ou abusivas.

E os pagamentos indevidos de tributo? Porque a restituição de tributos deve ser exercida expressamente pelo contribuinte, mesmo nos casos que o sistema de informática da Receita, no cruzamento constante de informações, muitas vezes identifica o excesso? Será que o justo não seria que o fisco, identificando tal ocorrência, não deveria – de ofício – restituir o valor pago a maior? Pode parecer absurdo, mas é preciso lembrar sempre que o Estado está constantemente sujeito ao princípio da legalidade e também à moralidade,

e não deveria ser surpresa para o cidadão atitudes como essa, legitimando ainda mais a tributação.

De todo modo, não só buscando um ponto de consenso, como também uma inflexão aos ditames positivistas excludentes, concluímos, com as palavras de Maurice Hauriou, citadas por FRANCO SOBRINHO (1974, prefácio) que teriam sido ditas há exatamente um século atrás (1914): *a lei é sempre moral, pode contudo não ser moral sua aplicação*.

7. Conclusões

A legitimidade do poder fiscal, no Estado Democrático de Direito, é obtida por meio do parlamento reunido em assembleias baseadas no princípio do consentimento. O indivíduo, por seu turno, tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vistas exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as *justas exigências da moral*, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. Esta dicção é extraída do artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, plenamente aplicável em matéria de Justiça Fiscal.

A postura meramente arrecadatória do Estado, por exemplo, revela ofensa a Moralidade Pública no âmbito tributário, na medida em que não atende aos objetivos de igualdade entre contribuintes e os aspectos sociais do tributo. E aqui não se trata apenas de separar claramente os tributos chamados “fiscais” dos “extrafiscais”. Sabemos que todo o “tributo fiscal” tem também finalidades extrafiscais, não meramente arrecadatórias. Veja-se o caso do ICMS, que, como vimos acima, ao serem estabelecidas alíquotas diferenciadas em razão da essencialidade do produto, o legislador também o faz para inibir ou estimular o consumo de determinadas mercadorias ou serviços. É o caso, por exemplo, das bebidas alcoólicas e dos cigarros. O mesmo ocorre com o IPI em relação a esses mesmos produtos. Imaginemos que o objetivo extrafiscal desse tributo seja exitoso, ou seja, todos parem de consumir ou produzir bebidas alcoólicas ou cigarros imediatamente. A função extrafiscal é atingida, mas a função fiscal será imediatamente afetada, pois é grande a arrecadação proveniente destes produtos no Brasil, e os governos seguramente contam com isso no seu orçamento, o que é um paradoxo. Por isso, independentemente da finalidade fiscal ou extrafiscal, a conduta do Estado deve privilegiar sempre a moral tributária, não simplesmente a arrecadação.

Outro exemplo é a alta complexidade da sistemática de determinados tributos vigentes (ICMS, COFINS), dificultando e desvirtuando quase que completamente a sua origem e matriz constitucional, tornando-o irreconhecível. Tal mutação revela atuação do Estado à margem da moralidade, pois induz o contribuinte ao erro. Certa vez, a visitar

o Brasil, afirmou o jurista espanhol Jose Juan Ferrero Lapatza que é mais fácil pescar em águas turvas, referindo-se a infinidade de normas tributárias vigentes e crescentes a cada dia, a perplexidade do cidadão diante disso, que na dúvida paga mais tributo do que deve.

Pois bem. Todo esse contexto social e jurídico nos leva a concluir que o Estado, de forma ampla, está sujeito a observância do princípio da moralidade e, não raramente, o ofende. Quanto maior a ofensa ao princípio da moralidade, menor será a legitimidade do Estado em exigir esta ou aquela conduta do contribuinte, ou até mesmo questioná-la.

Contudo, não basta a exaustiva constatação sem que possamos reclamar a tutela do Estado, por meio do poder judiciário especialmente, para a garantia do exercício desses direitos. Também vimos que não é produtora a busca de elementos na subjetividade do julgador, elementos que estejam completamente fora do ordenamento jurídico vigente, sob pena de não sabermos ao fim e a cabo que ética será aplicada.

É preciso dar objetividade e previsibilidade na aplicação do princípio da moralidade, e isto só é possível sob o manto da Segurança Jurídica. É preciso que uma acepção positivista excludente da moral como condição prévia de validade da norma, mas que por outro lado, privilegie os valores constantes na Constituição.

Esta concepção, sem dúvida, se coaduna com o positivismo metódico-axiológico de Heleno Torres, que, conforme visto no desenvolvimento do trabalho trata a questão da moralidade como integrada ao princípio da boa administração e da confiança legítima, apresentadas por Torres como sendo, finalmente, princípios decorrentes do princípio-garantia da Segurança Jurídica.

8. Referências

- ALTAMIRANO, Alejandro. **Jeque a la ley**. In Libro homenaje a Luis Hernandez Berenguel. Marquez, Jaime Lara (coord.) *et al.* Lima: PUC Perú, 2010.
- ARISTOTELES. **Ética a Nicomaco**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- _____. **Carnaval tributário**. 2 ed. 1 reimpr. São Paulo: Lejus, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: UnB, 2006.

- _____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri, SP: Manole, 2007.
- BRANDÃO, Antônio José. **Moralidade administrativa.** Revista de Direito Administrativo. v. 25. Rio de Janeiro, Renovar, jul./set. de 1951.
- BOUVIER, Michel. **A questão do imposto ideal.** In Princípios e limites da tributação 2. Coord. Roberto Ferraz. São Paulo: Quartier latin, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenjian, 1996.
- CANO, Roberto M. J. **Una metateoría del positivismo jurídico.** Madrid: Marcial Pons, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito.** 4. ed. Campinas: Russell Editores, 2008.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário.** 26 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Cia das Letras, 2006.
- CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask.** São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1976.
- _____, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito.** 4 ed. rev. ampl. São Paulo, Atlas, 2003.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa.** São Paulo: Saraiva, 1974.
- FULLER, Lon L. **Morality of law.** Revised edition. Yale: Yale University, 1969.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na constituição de 1988.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. **Porque tenho medo dos juízes?** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2011.
- GUSMAO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- HABERMAS, Jürgen. **Direitos e Democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, Hebert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1961.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Princípio da moralidade pública e o direito tributário**. In Revista de Direito Tributário. São Paulo, v. 67. 1996.
- KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Trad. Roberto Vernengo. México DF: Universidad de México, 1982.
- _____. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.
- _____. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- _____. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEITER, Brian. **Naturalismo y teoría del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Segurança jurídica e a questão da lei complementar**. In Direito tributário e ordem econômica. Coord. Heleno Taveira Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MACHADO, Graziela. **Ética na relação fisco-contribuinte**. Francisco de Assis e Silva (Coord). In Curitiba: Instituto Memoria, 2014.
- MARCONDES, Sylvio. **Enciclopédia saraiva de direito**. v.20. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. 1 ed. 7 v. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. **Uma teoria do tributo**. In O Tributo: Reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MARTINS, José Salgado. **A função criadora da jurisprudência**. In Estudos em Homenagem a Miguel Reale. Organizador Teófilo Cavalcanti Filho. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1977.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 26 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

- MORA, Jose Ferrater. **Diccionario de Filosofia**. 5 ed. Buenos Aires: Sulamericana editorial, 1964.
- NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 2ª ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **O direito e a vida dos direitos**. 5 ed. anot. Atual. Por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **A Doutrina de Kant no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1949.
- RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas – Bookseller, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Parte geral. v. 1. 21 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1990.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2 ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007.
- SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais**. Trad. Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 11 ed. 1 v. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 12 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo, RT, 1982.
- TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil/Estudos na perspectiva civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TEODORO JR. Humberto. **As reformas do direito processual civil e o princípio da segurança jurídica**. In O processo na constituição. Coord. Ives Gandra da Silva Martins e Eduardo Jobim. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Moral Tributária Del Estado y de los Contribuyentes**. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, S.A. 2002.

_____. **Moral tributária do estado e dos contribuintes.** Luiz Doria Furquim (trad).
Porto Alegre: Fabris, 2012.

TORRES, Heleno Taveira. **O poder judiciário e o processo tributário: divergência jurisprudencial e a coisa julgada nas relações tributárias continuativas.** *In* Separação de poderes e efetividade do sistema tributário. Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

_____. **Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Direito Constitucional Financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário.**
4 ed rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COMO SE CHEGOU AOS VALORES? O PROBLEMA DA JURISPRUDÊNCIA E A INTERPRETAÇÃO DA LEI

VINÍCIUS ALMADA MOZETIC

Doutorando em direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Mestre em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC– Direitos Sociais e Políticas Públicas; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC; Coordenador do curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC e advogado.

PAULO ROBERTO RAMOS ALVES

Doutorando e Mestre em direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC; advogado.

Resumo

As normas constitucionais possuem um nível máximo de eficácia, conceitos à lógica valorativa o direito vem experimentando, há décadas, construções que buscam evidenciar o fenômeno jurídico ora como um sistema lógico, ora como um sistema que visa à proteção de interesses, ora como um sistema que visa à realização de valores. Em outras palavras, a relação entre direito e moral não aponta para uma neutralidade da moral em relação ao direito, mas evidencia um trânsito de elementos morais via processo legislativo para o interior do direito. Por isso, normas morais são destinadas à regulação de relações interpessoais e normas jurídicas.

Palavras-chave

Constituição; Jurisprudência; Direito.

Abstract

The constitutional standards have a maximum level of efficiency, the logic concepts evaluative right has been experiencing for decades, buildings seeking evidence the legal phenomenon or as a logical system, or as a system designed to protect interests, or as a system aimed at the realization values. In other words, the relationship between law and morality does not point to a neutral relation to the moral law, but shows a traffic moral

elements via legislative process into the law. So, moral norms are intended for regulation of interpersonal relations and legal rules.

Key words

Constitution; Jurisprudence; Law.

1. Introdução

A história legou grandes movimentos que se ocuparam com o problema da interpretação do direito. Da necessidade de integração do direito germânico à consideração de elementos valorativos na decisão judicial, a problemática da interpretação sempre esteve presente, deslocando o centro gravitacional da teoria jurídica conforme a realidade de cada momento histórico.

Da Jurisprudência dos Conceitos à lógica valorativa, o direito vem experimentando, há décadas, *construções* que buscam evidenciar o *fenômeno jurídico*¹ ora como um *sistema lógico*, *sistema* que visa a proteção *de interesses*, ora como um *sistema* que visa a realização *de valores*.

2. A Lógica Formal da Jurisprudência dos Conceitos

A Jurisprudência dos Conceitos emerge do problemático contexto jurídico alemão do século XIX. Com um ordenamento esparso de fontes do direito, carente de ordem ou hierarquia suficientemente clara e precisa, bem como integrado pelo direito das *pandectas*², o direito positivo alemão apresentava-se extremamente insuficiente e contraditório.

A Jurisprudência dos Conceitos foi a solução encontrada para a integração do ordenamento jurídico, não com base em normas positivas³, mas sim por certas categorias conceituais ideais, certos conceitos objetivos aos quais o julgador, ao decidir, deveria observar.

1 Ao “descascarmos” o fenômeno, este aparece(rá) como “ele é”, em sua historicidade e sua faticidade. Enfim, hermenêutica não é método por uma razão singela: é impossível responder à pergunta acerca de qual é o método que existe para dizer o método adequado para interpretar... Isso está muito claro desde há muito, tanto em Gadamer como no pai do pós-positivismo, Friedrich Müller. In: Streck, Lenio Luiz *Jurisdição constitucional e decisão jurídica* / Lenio Luiz Streck. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

2 Cf. CORPUS IURIS CIVILIS. DIGESTORUM SEU PANDECTARUM PARS PRIMA. LIBER PRIMUS. (Corpo de Direito Civil. Primeira Parte do Digesto ou das Pandectas. Primeiro Livro)(30 de Dezembro de 533), in : Corpus Iuris Civilis, Recognovit Paul Krueger / Theodor Mommsen, Berlim - Hildesheim : Weidmann, 1872, Vol. 1, pp. 3 e s.

3 Sobre a sistematização do ordenamento jurídico e sua integração em uma rede normativa hierarquizada ver KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Tendo em vista o problema da integração do ordenamento jurídico, bem como a recorrente necessidade de sistematização da ciência do direito, a *Jurisprudência dos Conceitos*, pelas mãos de *Georg Friedrich Puchta*, transforma o discurso jurídico em um *sistema conceitual lógico*, piramidalmente hierarquizado, culminando em uma construção dotada de extrema subjetividade⁴.

Dessa forma, a *Jurisprudência dos Conceitos* surge como a possibilidade de consolidação de um conhecimento jurídico sistemático, dando-se tal sistematização por meio da vinculação dos componentes do sistema jurídico a uma conceituação unitária. Essa construção pressupõe que todos os elementos conceituais provêm de uma mesma fonte, de um conceito supremo que delimita todos os demais.

Com base em uma noção de sistema e de um critério próprio de racionalidade, a *Jurisprudência dos Conceitos* procura demonstrar a operacionalidade jurídica por meio de uma *pirâmide conceitual*, onde em seu topo há o conceito com maior nível de generalização, a partir do qual são subsumidos todos os subjacentes. Dessa forma, os conceitos derivados sempre reportam ao originário, viabilizando, assim, um sistema de regras lógico-formal extremamente funcional, sem contradições e sem lacunas⁵.

O problema central para a *Jurisprudência dos Conceitos* foi justamente a localização de um princípio que fosse de tal modo geral e omniabarcador onde pudesse deduzir, a partir dele, todos os demais conceitos jurídicos⁶. Desse modo, todo o direito necessariamente faria referência a tal conceito supremo, decorrendo daí toda a possibilidade de aplicação do direito ao caso concreto.

Assim, a *Jurisprudência dos Conceitos* é fundada na ideia de interpretação mecanicista do direito, isto é, prega que para uma dada situação e um dado conjunto de normas jurídicas, há um, e somente um resultado possível, dado pela ciência jurídica e por conceitos previamente extraídos da norma, independente da subjetividade do intérprete, sendo que tal construção demonstra grandes fragilidades.

A *Jurisprudência dos Conceitos* pode ser compreendida como um mecanismo de limitação ao julgador à mera subsunção da matéria fática a conceitos jurídicos predeterminados, compreendendo-se o direito como um discurso sistemático.

2.1. O Jusliberalismo do Movimento do Direito Livre

O Movimento do Direito Livre caracterizou-se justamente pela ação contrária à hierarquização lógico-formal da *Jurisprudência dos Conceitos*. Contrariamente a um

4 KRETSCHMANN, Ângela. *História crítica do sistema jurídico: da prudência antiga à ciência moderna*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 181.

5 KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 168.

6 LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito*. Volume 1: Das origens à escola histórica. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 338.

fechamento conceitual do sistema jurídico, o Movimento do Direito Livre preconizava que toda a decisão judicial não era a mera aplicação da lei vigente, mas igualmente um processo jurídico (livre) direcionado à criação do direito.

Para essa escola, a lei não seria capaz de criar o direito de forma completa, sendo que esta se afiguraria apenas como o início do caminho da construção da ordem jurídica. Durante as primeiras três décadas do século XX, o pensamento jurídico se caracteriza pela constante oposição a entre rigidez e certeza do direito – próprias da pandectística da Jurisprudência dos Conceitos. – e a flexibilidade da decisão individual.

Assim, a tônica do discurso jusliberalista centra-se justamente no problema das lacunas do direito, deslocando o centro gravitacional do debate sobre um pretenso – e completo – sistema jurídico para o reconhecimento da ampla existência de lacunas jurídicas e sobre o papel do julgador frente a tais problemas não regulamentados pela norma⁷.

2.2. A Teleologia da Jurisprudência dos Interesses

Frente às nítidas insuficiências da jurisprudência conceitualista, surge, na primeira metade do século XX, a chamada Jurisprudência dos Interesses. Nitidamente influenciada pelo pela segunda fase do pensamento de Ihering⁸, a escola dos interesses desenvolve-se pelas mãos de Philipp Heck, o qual se insurgirá contra a metodologia lógico-formal conceitualista, denunciando que a tarefa do juiz limitava-se à mera atividade gnosiológica, havendo meramente a subsunção do caso concreto e, com isso, sendo negado o potencial criador do direito⁹.

A Jurisprudência dos Interesses surge a partir do reconhecimento dos nítidos problemas apresentados pela Jurisprudência dos Conceitos, bem como pela necessidade de equilibrar rigorosas exigências formalistas e ideais sociológicos.

Já no início de sua *Interpretação da lei e Jurisprudência dos Interesses*, Heck insurge-se contra a problemática da corrente conceitualista, quando afirma que a teoria citada já não

7 LOSANO, Mario Giuseppe. Sistema e estrutura no direito. Volume 2: O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 158-159.

8 A segunda fase da teorização de Rudolph von Ihering é justamente caracterizada pelo reconhecimento de que o direito necessariamente vincula-se à um fim social, o que conduz à observações sobre o direito sob um viés sociologizante. Vide IHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Pamplona: Anacleta, 2005. p. 8: “Um ato de vontade sem causa final é um impossível tão absoluto como o movimento de uma pedra sem causa eficiente. Tal é a lei da causalidade: psicológica no primeiro caso, puramente mecânica no segundo. Para abreviar, chamarei desde logo a primeira de finalidade, para indicar assim, por seu mesmo nome, que a causa final é a única razão psicológica da vontade. Enquanto à lei de causalidade mecânica, o termo lei de causalidade bastará para designá-la daqui a diante. Esta lei, neste último sentido, pode explicar-se assim: nenhuma acontecimento se produz no mundo físico sem um acontecimento anterior no qual encontra sua causa. É a expressão habitual: não há efeito sem causa. A lei de finalidade diz: não há ação sem causa”.

9 HECK, Philipp. El problema de la creación del derecho. Granada: Comares, 1999. p. 21.

encontra defensores e cada vez mais conta com posições favoráveis à uma ampliação da liberdade interpretativa dos juízes.¹⁰ Baseando-se em uma metodologia histórica, Heck aponta para a necessidade de formas interpretativas que levem em consideração os interesses do legislador quando da promulgação de determinada lei.

Essa interpretação histórico-teleológica aponta para o fato de que o julgador “*deve procurar sim os pensamentos exteriorizados ou revelados por meio do acto legislativo, mas a sua acção retrospectiva deve ir mais longe, até os interesses determinantes da lei, aos interesses causais*”¹¹.

Ao utilizar a expressão vontade do legislador, Heck demonstra que:

[...] a expressão vontade não aponta para critérios psicológicos, mas sim para horizontes de interesses causais, sendo a vontade um conceito normativo na medida em que exprime determinados interesses do legislador. Os comandos legislativos, por isso, caracterizam-se sob uma dupla face, eis que se destinam a resolver problemas de interesses e, igualmente, apresentam-se como produtos de interesses. Isso significa que todos os comandos legais vigentes são produtos de interesses que se originam em determinada comunidade, sejam eles de ordem religiosa, política, ética, etc¹².

Portanto, o centro gravitacional da Jurisprudência dos Interesses se dá justamente a partir da decisão do legislador, vinculando-se à sua vontade enquanto fator causal de interesses.

2.3. O Tribunal Constitucional Federal Alemão e Jurisprudência dos Valores

A fronteira entre a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Valores se dá justamente a partir da impossibilidade de visualização daquele interesse que historicamente moveu o legislador. Logo, a Jurisprudência dos Valores passa a integrar a Jurisprudência dos Interesses, buscando apontar a origem dos valores que norteiam a decisão judicial nos momentos em que a norma, por si só, não é capaz de fornecer critérios para a avaliação do caso concreto¹³.

Após a segunda grande guerra, principalmente por influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o mundo jurídico passa a observar a crescente construção de um movimento jurídico fundado no reconhecimento de uma ordem valorativa, espelhada por um pretenso arcabouço de valores presentes nas Constituições. A doutrina dos valores

10 HECK, Philipp. Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 5.

11 HECK, Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses, p. 10.

12 HECK, Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses, p. 19.

13 LOSANO, Sistema e estrutura no direito. v. 2, p. 252.

desenvolve-se na Alemanha, justamente a partir do segundo pós-guerra., pela atuação do Tribunal Constitucional Federal alemão.

É interessante ressaltar que essa corrente serviu igualmente para legitimar a Lei Fundamental (*Grundgesetz*) alemã de 1949, eis que a Carta não fora constituída mediante a ampla participação do povo, conforme demonstra Streck quando explica os esforços do *BverfG* para possibilitar uma abertura do direito frente a uma estrutura normativa extremamente fechada:

[...] a Jurisprudência dos Valores serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Como efeito, nos anos que sucederam à consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma carta que não tinha sido construída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada¹⁴.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, dessa maneira, serviu como um meio legitimador da Lei Fundamental no período do segundo pós-guerra. Conforme demonstra Streck, a Jurisprudência dos Valores conta justamente com a invocação de argumentos que ultrapassem o rígido limite da legalidade, trazendo à prática jurídica a possibilidade de abertura interpretativa a partir de um arcabouço valorativo próprio da Constituição. E é justamente sobre a doutrina valorativa elaborada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão que recai a atual insurgência teórica de Jürgen Habermas.

A teoria habermasiana se insurge justamente contra essa tendência a uma concretização de valores constitucionais. O direito moderno, para Habermas, se caracteriza precisamente pela possibilidade democrática. Baseado em um princípio discursivo-procedimental (democrático), o herdeiro intelectual da Escola de Frankfurt conceberá um sistema jurídico dependente de uma situação discursiva ideal, sob a qual é assentada a possibilidade de uma prática não fundamentada em argumentos morais, mas na necessária liberdade e igualdade de todos os participantes do discurso jurídico, o que, por certo, apenas é possível em um ambiente democrático.

Por sua vez, a validade do direito relaciona-se com o arbítrio Estatal. Ao defender a democracia, Habermas entende que a validade dos procedimentos jurídicos depende de níveis de autonomia do sujeito de direito, bem como da harmonização entre soberania popular e direitos humanos. Habermas.

14 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

[...] entende que tanto as normas jurídicas como as normas morais tratam-se de normas de ação, sendo que tais normas referem-se aos mesmos problemas, todavia, ângulos distintos. Mesmo havendo pontos em comum, direito e moral distinguem-se em razão de que a moral representa uma forma do saber cultural, enquanto o direito torna-se obrigatório a partir de sua inserção no nível institucional¹⁵.

Em outras palavras, a relação entre direito e moral não aponta para uma neutralidade da moral em relação ao direito, mas evidencia um trânsito de elementos morais, via processo legislativo para o interior do direito. A relação de complementariedade entre direito e moral aponta para a co-originariedade entre tais âmbitos normativos, isto é, preceitos morais ingressam na ordem jurídica no momento da promulgação de determinada lei.

O legislador internaliza preceitos morais quando os considera para a proposição de determinado comando jurídico-normativo. Isso significa que os preceitos morais ingressam no direito, porém, no momento em que passam a integrar a norma jurídica, não se pode mais falar em moral (tampouco em fundamento moral), mas tão somente em direito. Dessa relação de complementariedade depende a própria legitimidade do direito. Para Habermas:

[...] uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes da legitimidade e da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca¹⁶.

Por isso, normas morais são destinadas à regulação de relações interpessoais e conflitos entre pessoas naturais que se reconhecem como membros de uma comunidade concreta, dirigindo a vida individualmente, conforme sua história de vida. Normas jurídicas, por sua vez, regulam relações interpessoais e conflitos entre atores que se reconhecem como membros de uma comunidade abstrata, criada por meio de normas do direito¹⁷.

Habermas inicia sua crítica à Jurisprudência dos Valores observando: *“as reservas contra a legitimidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal não dependem apenas da mudança de paradigmas, mas também de concepções metodológicas”*¹⁸.

15 HABERMAS, Direito e democracia I, p. 141.

16 HABERMAS, Direito e democracia I, p. 141.

17 HABERMAS, Direito e democracia I, p. 147.

18 HABERMAS, Direito e democracia I, p. 314.

Essa afirmação volta-se à doutrina da ordem de valores desenvolvida pelo *Bundesverfassungsgericht*. A questão da legitimidade e competência emerge como pano de fundo da crítica à política de concretização de valores materiais constitucionais, sendo que tal ideia de realização de valores ultrapassaria a esfera de competência dos tribunais.

A crítica assume um viés de nítida importância a partir da distinção que Habermas “*princípios ou normas mais elevadas*” e valores, afirmando que “*o verdadeiro problema reside na adaptação de princípios do direito a valores*”¹⁹. Nesse aspecto, a ideia de concretização de valores pretensamente *descobertos* pelo direito constitucional é duramente criticada por Habermas, quando afirma que “*nestes casos*” o Tribunal pode tornar-se uma instância autoritária, eis que, no caso de colisão, todas as razões poderiam se tornar relevantes,²⁰ afigurando-se argumentativamente no meio jurídico, o que evidenciaria o rompimento para com a compreensão deontológica das normas e princípios jurídicos.

A decisão, por assim dizer, permanece dependente de critérios estranho à legislação democraticamente produzida, eis que os valores são construídos com base na própria inteligência do Tribunal. A afirmação de Habermas de que o Tribunal pode tornar-se uma instância autoritária diz respeito exatamente a esse aspecto, pois, afinal, os critérios balizados da decisão judicial passariam a depender de uma racionalidade centrada tão somente no entendimento do Tribunal sobre essa pretensa ordem de valores, à revelia da realidade de, para utilizar a expressão de Dworkin²¹, “*um sistema jurídico íntegro e coerente*”.

É por isso que o debate vai ao encontro da necessidade de uma jurisprudência orientada por princípios, então capaz de delimitar seus critérios de ação no caso de eventual conflito. Na esteira de Dworkin, Habermas afirma que:

[...] “normas validas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta.”²²

19 HABERMAS, Direito e democracia I, p. 316.

20 HABERMAS, Direito e democracia I, p. 321.

21 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 239.

22 HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 323. Nesse aspecto, é igualmente interessante a tese de Dworkin sobre a historicidade, coerência e integridade do direito quando afirma que “decidir em casos controversos no direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é. Quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios do direito ‘subjazem’ a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo

Ademais, a Jurisprudência dos Valores aponta, inegavelmente, para o problema da legitimidade do Tribunal Constitucional.

3. Conclusões

A insurgência habermasiana contra a Jurisprudência dos Valores é foco de críticas de Streck, no sentido de um não enfraquecimento da democracia. O autor concorda que a jurisprudência da valoração assenta-se “nos quadros do paradigma da subjetividade”²³, onde o texto legal demonstraria apenas o início de uma cadeia valorativa, sendo que tais valores deveriam ser descobertos pelo intérprete. Streck defende, portanto, a efetividade da jurisdição constitucional (em sua forma substancialista e republicana), deixando de aceitar qualquer espécie de decisionismo.

O problema da consideração de valores é justamente o fato de que o entendimento sobre a existência de uma pretensa ordem valorativa deságua no conhecido problema do ativismo judicial. A principal crítica de Habermas, contudo, centra-se em uma temida afronta à democracia.

O receio habermasiano funda-se, então, na tensão entre legislação e jurisprudência que passa a ter lugar quando da consideração de valores. Streck, contudo, condena a forma como essa metodologia da valoração foi apropriada pelos tribunais brasileiros. No caso do Brasil, houve uma equivocada recepção da tese dos valores, bem como igual incorreção no que tange ao entendimento da ponderação de valores proposta por Alexy.

A prática brasileira vale-se, então, do entendimento sobre uma pretensa ordem valorativa, bem como põe em prática uma equivocada ponderação de valores possibilitando, com isso, julgamentos arbitrários, voluntaristas e dissonantes para com a realidade (principiológica) constitucional, ou seja, a tese dos valores deságua em julgamentos subjetivistas e, por vezes, desconexos da realidade social.

4. Referências

ALFREDO, Garcia-Roza, Luiz Alfredo. **Palavra e verdade na filosofia antiga e na psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990; Crátulo. Versão do grego, prefácio e notas do Pe. Dias Palmeira. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1994.

séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.” DWORKIN, Uma questão de princípio, p. 237-238.

23 STRECK, Verdade e consenso, p. 193.

- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis. Editora: Vozes. 2 Ed.
- HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Tradução de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- HEIDEGGER, (2007). In Griot – Revista de Filosofia v.6, n.2, dezembro/2012 ISSN 2178-1036 **Notas sobre a interpretação heideggeriana da subjetividade e do cogito cartesiano** – Edgard Vinícius Cacho Zanette. Griot – Revista de Filosofia, Amargosa, Bahia – Brasil, v.6, n.2, dezembro/2012/ www.ufrb.edu.br/griot.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1997.
- HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Granada: Comares, 1999.
- HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1948.
- IHERING, Rudolf von. **El fin en el derecho**. Pamplona: Anacleto, 2005.
- KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KRETSCHMANN, Ângela. **História crítica do sistema jurídico: da prudência antiga à ciência moderna**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KRUEGER, Paul. BERLIM Theodor Mommsen. BERLIM Hildesheim. **Corpus iuris civilis. digestorum seu pandectarum pars prima. liber primus**. (Corpo de direito civil. Primeira parte do digesto ou das pandectas. primeiro livro)(30 de Dezembro de 533), in : Corpus Iuris Civilis, Recognovit. Weidmann, 1872, Vol. 1.
- LOSANO, Mario Giuseppe. **Sistema e estrutura no direito**. Volume 1: Das origens à escola histórica. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- LOSANO, Mario Giuseppe. **Sistema e estrutura no direito**. Volume 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- PLATÃO, ver as **Obras Completas de Platão**. Trad. de Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, Coleção Amazônia – Série Farias Brito, 1980.
- STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Ed.4 São Paulo, Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Ed. 11 rev., atual. e ampl. — Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E ACESSO À INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DO CIDADÃO NA TUTELA COLETIVA

LUCAS DE SOUZA LEHFELD

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (POR). Doutor em Direito pela PUC (SP). Docente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - SP. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Barão de Mauá. Avaliador de Cursos de Direito pelo INEP/MEC. Advogado.

NEIDE APARECIDA DE SOUZA LEHFELD

Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra (POR). Doutora em Serviço Social pela PUC (SP). Consultora Nacional da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Docente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - SP. Diretora de Pesquisa, Ensino e Extensão da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP.

Resumo

Hodiernamente, a relação entre a democracia e o direito tem refletido concretamente uma sociedade fragmentada, individualista, excludente, principalmente em função da reprodução de mecanismos e instrumentos insuficientes para a legitimação de uma democracia participativa, e com isso a afirmação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Assim, por meio de um diálogo entre Jürgen Habermas e Norberto Bobbio, entre o espaço público comunicativo e a observância das regras do jogo através do mínimo existencial, o cidadão é resgatado do limbo individualista fruto da emancipação política e econômica para a formação do Estado Liberal para o centro do fluxo comunicacional que caracteriza a esfera pública, não como excludente dos atores sociais de relevo que se formaram a partir da evolução para o Estado Social, mas como referencial de fonte redutível de poder que se expande da periferia das relações ao centro político de opiniões e decisões para interferir, de forma decisiva, nos caminhos da Administração, Poder Judiciário e Legislativo. Para o reconhecimento dos direitos coletivos e sua tutela, impõe-se o rompimento do paradigma individual-coletivo/público-privado. Tendo como pano de fundo o acesso à informação em seu aspecto estrito, ou seja, para efeito dos interesses coletivos e gerais previstos na Constituição Federal brasileira, conclui-se que a concepção do cidadão (indivíduo político) como titular de direitos contribui para a evolução do sistema judicial e para o reforço do acesso à devida prestação jurisdicional, na busca pela democracia substancial e participativa através dos instrumentos forjados pelo ordenamento constitucional

para a tutela dos direitos coletivos. O estudo realizado baseou-se em pesquisa bibliografia, sendo as fontes analisadas a partir dos métodos dedutivo, indutivo, comparativo, dialético e sócio-histórico.

Palavras-chave

Democracia participativa; Acesso à informação; Tutela coletiva.

Resumen

En nuestros tiempos, la relación entre la democracia y el derecho tiene reflejada concretamente una sociedad fragmentada, individualista y excluyente, debido principalmente a la reproducción de mecanismos e instrumentos suficientes para la legitimidad de la democracia participativa, y con ella la afirmación de un Estado democrático verdadero. De este modo, a través de un diálogo entre Jürgen Habermas y Norberto Bobbio, entre el espacio público comunicativo y el cumplimiento de las reglas del juego a través del mínimo existencial, el ciudadano es rescatado del limbo, resultado individualista de la emancipación política y económica para la formación del Estado Liberal, para el centro del flujo de comunicación que caracteriza a la esfera pública, no como excluyente de los actores sociales que se formaron a partir de la evolución para el Estado Social, mas como fuente reductible de poder que se expande de la periferia al centro político de opiniones y decisiones para intervenir de manera decisiva en los caminos de la Administración, Poder Judicial y Legislativo. Para el reconocimiento de los derechos colectivos y su protección y tutela, necesario es que se interrumpa y se rompa el paradigma individuo-colectivo/público-privado. Teniendo como referencia el acceso a la información en su aspecto estricto, es decir, para efectos de los intereses colectivos y generales previstos en la Constitución Federal, se concluye que el regreso al individuo político como titular de derechos, contribuye para la evolución del sistema judicial y para la mejora del acceso a la adecuada adjudicación de los derechos en la búsqueda de la democracia sustancial y participativa, a través de los instrumentos forjados por el marco constitucional para la protección colectiva. El estudio se basó en la investigación bibliográfica y las fuentes fueron analizadas desde los métodos deductivo, inductivo, comparado, socio-histórico y dialéctico.

Palabras clave

Democracia participativa; Acceso a la información; Tutela colectiva.

1. Introdução

Constituem-se como temática principal do presente estudo a democracia moderna e sua relação com o direito, tendo o cidadão como fonte primária da legitimação do

processo democrático e sua posição central como agente participativo, a partir do acesso à informação, dentro de um sistema comunicativo, como instrumento fundamental para sua atuação nas decisões políticas do Estado e do acesso à Justiça para a tutela coletiva.

Constata-se, hodiernamente, que a relação entre direito e democracia reflete uma sociedade fragmentada, individualista e excludente, mediante a reprodução de mecanismos e instrumentos insuficientes para a legitimação da participação cidadã nas decisões políticas e afirmação do Estado Democrático de Direito, com o privilégio do indivíduo – em acepção negativa que lhe outorgaram várias correntes do pensamento, ou seja, fomentador de desunião, discórdia e ruptura da ordem constituída – na utilização do Judiciário para a defesa dos direitos subjetivos individuais, com a correspondente sobrecarga do sistema de prestação jurisdicional pela atomização dos conflitos, em detrimento da satisfação dos interesses da coletividade, em grande parte motivados pelas promessas não cumpridas quanto aos direitos sociais.

A partir de um diálogo entre Jürgen Habermas e Norberto Bobbio, como referenciais teóricos, procurou-se estabelecer como as “regras do jogo”, para o segundo, e o “espaço público comunicativo”, para o primeiro, comportam os elementos imprescindíveis para o verdadeiro processo democrático, tendo como pressuposto fundamental e de viabilidade o acesso à informação.

Em seguida, analisam-se as bases para a democracia participativa mediante o acesso à informação no quadro da jurisdição, no intuito de responder a seguinte problematização: se o aparelhamento do cidadão, através de novos instrumentos e mecanismos, significa o abandono ou retrocesso no confronto com os ideais dos movimentos sociais e a própria constituição da sociedade civil no espaço público, ou constitui um reforço de garantia perante o núcleo do sistema político, na tríplice divisão da Administração, Jurisdição e formação da vontade soberana através da deliberação do Legislativo.

Para tal desafio, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, valendo-se de autores clássicos e contemporâneos nas áreas da ciência política, direito constitucional e administrativo. A análise das fontes e construção do raciocínio foram balizadas pela utilização dos métodos indutivo, comparativo, dialético, dedutivo e sócio-histórico.

2. Da Relação entre Democracia e Direito

Para Paulo Bonavides (2007, p. 393), a democracia é a forma de exercício da função governativa “em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto – a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo o poder legítimo”.

No pensamento político, a evolução da concepção de democracia remete às teorias clássica, medieval e moderna, em que o cidadão, em sentido restrito (democracia

ateniense), e a soberania popular se alternam na legitimação do Governo e, posteriormente, do Estado. Justamente essas concepções de cidadania e soberania popular moldaram as doutrinas políticas pós-Revolução Francesa (1789), quais sejam, do liberalismo em contraposição ao socialismo; e sobre a conotação liberal do Estado, da liberdade dos antigos que remete à esfera pública e à participação ativa no poder político, em relação à liberdade dos modernos, vinculada à esfera privada e à representação da soberania popular através de um núcleo intangível pelo Estado.

Estas são as bases nas quais se assentam a democracia representativa e o processo de democratização mais quantitativo (ampliação do sufrágio e dos órgãos político-legislativos) que qualitativo (críticas das doutrinas socialistas sobre a participação popular e o controle do poder insuficiente nas mãos do cidadão), refletindo seus efeitos nos regimes liberais democráticos.

Fundado na premissa de que pode haver direito sem democracia (*v.g.* os regimes totalitários do século XX), mas não o contrário (democracia sem direito), surge a defesa intransigente, conforme Norberto Bobbio (1986), das “regras do jogo”¹ ou “procedimentos universais”. Ou seja, os modos de aquisição e exercício do poder delineados pelo direito, fruto da ação política humana. Regido pelo critério da igualdade do voto e da maioria, da presença indeclinável dos cidadãos chamados a participar, direta ou indiretamente, do processo político e dotados de condições mínimas para a decisão soberana (liberdade de opinião, expressão, reunião, associação etc.), indicados estarão os elementos básicos de uma sociedade liberal democrática, que será mais ou menos democrática a partir da adoção ampla ou restrita de tais critérios de qualificação.

Bobbio (2004, p. 1), em sua obra “Era dos Direitos”, já manifestava o seu entendimento sobre a relação entre democracia e direito:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais [...].

Subjacente à essa relação, Celso Lafer (apud BOBBIO, 2004, p. VI) esclarece que “[...] direito e poder são as duas faces de uma mesma moeda, pois a comum exigência da eficácia se complementa com o evidente paralelismo existente entre os requisitos da norma jurídica – justiça e validade – e os do poder – legitimidade e legalidade”.

1 Bobbio, em sua obra “Dicionário Político” (1997, p. 328) afirma que a democracia perfeita e utópica deveria simultaneamente atender as regras do jogo (ou seja, a “democracia formal”) e garantir a igualdade jurídica, social e econômica, como sua finalidade primordial (“democracia substancial”).

A afirmação dos direitos humanos, portanto, contra o abuso do exercício do poder nos conduz a outro elemento de contenção, para além dos formais da representação política: a transparência, que para Lafer (apud BOBBIO, 2004, p. VIII) consubstancia em “um direito à informação que permite a participação consciente da cidadania na vida democrática”.

Sob o mesmo prisma entende Victor Gentili (2002, p. 42-43), para quem está implícito no pensamento de Bobbio “a compreensão de que, para se ter acesso ao Poder Público – e, por consequência, à posse de direitos – o cidadão precisa ter assegurado o acesso à informação pública”.

Corroborando essa compreensão, Bobbio (1986, p. 89) complementa:

Entende-se que a maior ou menor relevância da opinião pública entendida como opinião relativa aos atos públicos, isto é, aos atos próprios do Poder Público que é por excelência o poder exercido pelos supremos órgãos decisórios do Estado, da “res-publica”, depende da maior ou menor oferta ao público, entendida esta exatamente como visibilidade, cognoscibilidade, acessibilidade e, portanto, controlabilidade dos atos que detém o supremo poder.

Isso nos leva à percepção de Jürgen Habermas (1997) sobre a inserção das pessoas privadas no mundo da vida e sujeitos da esfera pública. Afinal, participação consciente do cidadão e inserção no espaço público pressupõem requisitos mínimos de qualificação, dentre eles o acesso à informação.

O referido autor (1997) propõe uma *teoria sociológica da democracia*, a partir de crítica à teoria procedimental da política deliberativa e à teoria do sistema político de ação como autorregulação funcional da sociedade e demais esferas de poder – que exclui os indivíduos ou coletividades do mundo da vida, ou seja, desligados da sociedade civil, da cultura política e socialização, para um sistema destituído de “freios normativos contidos no fluxo do poder regulado pelo Estado de Direito” – capaz de “provocar *déficits* de legitimação e de regulação” que “favorecem uma espécie de incrementalismo muito próximo ao quietismo”.

Essa nova teoria parte da garantia do nexos constitutivo entre direito e poder político através de contextos comunicacionais do mundo e da vida oriundos da esfera pública e privada. Ou seja, a legitimação do processo democrático, com fundamento na teoria do discurso, que pressupõe fluxos da periferia ao centro decisório administrativo, legislativo ou judiciário, antes de retornar ao ciclo de implementação. Para sua ideia de democracia, sustentada na ação comunicativa, deve haver uma síntese entre a garantia dos direitos humanos e o princípio republicano fundamentado na soberania do povo. (HABERMAS, 1997)

É na esfera pública, portanto, que os fluxos de comunicação são filtrados e sintetizados para condensar as opiniões públicas. Daí sua função de captar e tematizar os problemas da sociedade, além de intermediar a comunicação entre o sistema político e os “setores privados do mundo da vida” através do direito, numa verdadeira estrutura de comunicação. Tais conceitos estão intimamente vinculados ao processo democrático participativo discursivo e ao acesso à informação no fluxo comunicacional que se trava na esfera pública de mediação coletiva, “apoiada em direitos fundamentais” (HABERMAS, 1997, p. 101).

A concepção do cidadão, que não é reduzido à condição de eleitor, mas indivíduo que integra e participa da esfera pública e política como centro do poder democrático², e do acesso à informação como instrumento de integração na esfera pública, com potencial de controle da Administração, não significa o menosprezo ao Estado como associação política orgânica, ou de grupos intermediários com poder de identidade e mobilização, ou mesmo a prevalência do direito individual ao dever coletivo na comunhão social. Apesar dos obstáculos à realização das promessas da democracia moderna, abaixo indicados, sobrepõem os ideais que iluminaram a construção das regras do jogo e informam a ideia do “cidadão ativo” de Norberto Bobbio (2004).

É hoje dominante nas ciências sociais a orientação de estudos chamada de “individualismo *metodológico*”, segundo o qual o estudo da sociedade deve partir do estudo das ações do indivíduo. Não se trata aqui de discutir quais são os limites dessa orientação; mas há duas outras formas de individualismo sem as quais o ponto de vista dos direitos dos homens se torna incompreensível: o individualismo *ontológico*, que parte do pressuposto (eu não saberia dizer se é mais metafísico ou teleológico) da autonomia de cada indivíduo com relação a todos os outros e da igual dignidade de cada um deles; e o individualismo *ético*, segundo o qual todo indivíduo é uma pessoa moral. Todas essas versões do individualismo contribuem para dar uma conotação positiva a um termo que foi conotado negativamente, quer pelas correntes de pensamento conservador e reacionário, quer pelas revolucionárias. O individualismo é a base filosófica

2 Não é estranho a Norberto Bobbio (1986) a perda da autonomia dos indivíduos singulares, a substituição por grupos intermediários e sistemas neocorporativistas nas democracias representativas, com vários centros de poder e a limitação do indivíduo ao papel geral de cidadão, destituído de múltiplas funções na sociedade, com limitação do espaço democrático. O autor anota vários obstáculos ao futuro da democracia e às promessas do ideal democrático, como o governo dos técnicos, o aumento do aparato burocrático e o baixo rendimento diante das demandas contínuas e progressivas da complexa sociedade civil. O processo de alargamento da democracia já fora notado pelo referido autor não sob o aspecto do sufrágio, mas através da extensão da democratização que permita a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo, ou seja, da passagem da democracia na esfera política para a democracia na esfera social, onde o indivíduo passa da condição de cidadão para sua condição de múltiplos *status* (pai; consumidor; associado etc.).

da democracia: uma cabeça, um voto. Como tal, sempre se contrapôs (e sempre de contraporá) às concepções holísticas da sociedade e da história, qualquer que seja a procedência das mesmas, concepções que têm em comum o desprezo pela democracia, entendida como aquela forma de governo na qual todos são livres para tomar as decisões sobre o que lhes diz respeito, e tem o poder de fazê-lo. Liberdade e poder que derivam do reconhecimento de alguns direitos fundamentais, inalienáveis e invioláveis, como é o caso dos direitos dos homem. (BOBBIO, 2004, p. 57)

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2008), a noção de cidadão ativo é relevante para a teoria republicana, que reclama, como base antropológica de seu discurso, o *indivíduo*. Porém, não se trata de um sujeito abstêmio da modernidade liberal, mas combatente politicamente, inclusive na esfera pública, que o aproxima da noção de liberdade dos antigos.

Nas duas acepções dos pensadores de referência, do “cidadão ativo” de Norberto Bobbio, aos “sujeitos privados vivos e atuantes” de Jürgen Habermas, o acesso à informação constitui-se como elemento fundamental para o agir comunicativo na esfera pública, bem como para resguardar as regras do jogo de maneira substancial, com um mínimo existencial que impede a formação de um sistema hermético não emancipatório ou deslegitimado, e posiciona o cidadão em situação ativa nesta relação entre a democracia e direito. Como esse princípio interage com os demais mecanismos e instrumentos da democracia participativa, e sua contribuição para a afirmação da cidadania e da justiça social no âmbito da jurisdição, são os temas a seguir analisados.

3. Acesso à Informação e Democracia Participativa

Democracia participativa, em contraposição à representativa, remonta à democracia direta, ou seja, a possibilidade de utilização de outros mecanismos além do sufrágio universal, o qual se funda na ótica da deliberação para a manifestação da vontade do cidadão na esfera política de decisão estatal.

Questiona, sobre o tema, David Held (apud LEAL, 2008, p. 14):

[...] uma vez que o entrelaçamento do Estado e da sociedade civil deixa poucas, ou nenhuma, das esferas da vida privada intocadas pela política, a questão da forma correta de regulamentação democrática apresenta-se vivamente. Qual forma o controle democrático deveria assumir e qual deveria ser a esfera do processo democrático de tomada de decisões: estas se tornam questões urgentes.

Antonio Carlos Wolkmer (2001) traça um caminho entre a democracia representativa liberal clássica, e a retomada da democracia participativa como lócus da prática e

do poder local, diante dos seguintes fatores de crise: (a) os sucessivos descumprimentos de programas, com esvaziamento dos mandatos políticos e distanciamento das demandas reais da sociedade; (b) corrupção na classe política, com tolerância dos outros Poderes do Estado; (c) declínio de vastos setores sociais, com deterioração das condições sociais causada por ajustes e políticas desiguais; (d) complexidade das demandas e especialização técnica, com aumento das diferenças sociais e funcionais sem a capacitação dos partidos e lideranças, ainda arraigados na prática do clientelismo; (e) crise dos grandes discursos de legitimação, como socialismo, sujeito coletivo, Estado-Nação; e (f) influência dos meios de comunicação, que poderiam contribuir para a democratização da política e formação ética da opinião pública. Propõe um novo paradigma, com prioridade na ação humana dos novos sujeitos sociais, descentralização democrática e participação da sociedade civil, sem a exclusão das limitadas e insuficientes regras formais (partidos políticos; ações da maioria; sistema de votos) e sim com a inclusão de novos processos de democracia direta (participação orçamentária; gestão compartilhada e sistema de conselhos) capazes de conviver com a democracia por delegação, com privilégio ao poder local e não meramente formal.

Para a democracia participativa e afirmação da cidadania concorrem vários instrumentos e mecanismos, mas não pretendemos discorrer, neste espaço, sobre o direito à informação como o reverso da moeda da liberdade de imprensa e a constituição dos meios de comunicação – e suas funções de vigiar o ambiente sociopolítico, definir as questões significativas e permitir a expressão das plataformas políticas e diálogo permanente entre o público e os detentores do poder, incentivar os cidadãos a se envolver no processo político, resistir aos fluxos externos contra sua independência e respeitar os destinatários da comunicação – bem como as suas implicações na (des)informação e (de)formação da vontade popular, que foram com absoluta propriedade tratadas por Habermas (1997, p. 113), *in verbis*:

Quando tomamos consciência da imagem difusa da esfera pública veiculada pela sociologia da comunicação de massa, que aparece submetida ao poder e à dominação dos meios de comunicação de massa, cresce nosso ceticismo com relação às chances de a sociedade civil vir a exercer influência sobre o sistema político. Todavia, tal avaliação vale somente para a uma esfera pública em repouso. Pois, a partir do momento em que acontece uma mobilização, as estruturas sobre as quais se apoia a autoridade de um público que toma posição começam a vibrar. E as relações de forças entre a sociedade civil e o sistema político podem sofrer modificações.

Evidente que o acesso à informação, em sentido *lato*, é fundamental – direito-meio – para que a democracia representativa ou participativa, através de seus instrumentos e mecanismos, convencionais ou não, materiais ou formais, de “controle social ou político -legislativo” (LEAL, 2008, p. 22), ou jurisdicional (*v. g.* exercício do sufrágio; referendo; plebiscito; iniciativa de lei; consulta popular; audiência pública; orçamento participativo;

ação popular; participação no Tribunal do Júri, e em Conselhos e Fóruns da Administração e da Jurisdição como Conselho da República, Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público etc.), não se transforme em espaço de poucos, contaminado pelos *déficits* de legitimação e efetividade.

[...] densificação da democracia à sociedade brasileira implica, salvo melhor juízo, não só em oportunidades materiais de acesso da população à gestão pública da comunidade, mas fundamentalmente de fórmulas e práticas de sensibilização e mobilização dos indivíduos e das corporações à participação, através de rotinas e procedimentos didáticos que levem em conta as diferenças e especificidades de cada qual. (LEAL, 2008, p. 18).

Ressaltam-se, portanto, o acesso à informação e suas funções e ponte sistêmica entre os direitos fundamentais e a democracia participativa. Segundo Gentili (2002), uma porta de acesso a outros direitos e pressuposto da cidadania.

Entretanto, o acesso à informação, nesta acepção restrita, é visto como forma de controle social do Estado pelo cidadão, que assume posição ativa na construção de sua realidade e se afasta da condição de mero destinatário da informação produzida pelos meios de comunicação, além de promover a qualificação e facilitação do acesso à devida prestação jurisdicional para a tutela da coletividade, com reflexos da esfera pública sobre a política, ou seja, com o fim de estabelecer um fluxo de comunicação para afirmação da democracia participativa e do Estado Democrático de Direito.

4. Acesso à Informação: Contexto Jurídico-Normativo Internacional, Constitucional e Infraconstitucional

A própria noção de democracia pressupõe transparência nas relações entre o Estado e o cidadão, através de um fluxo comunicacional contínuo e de via dupla, entre a esfera privada, o espaço público e o político, para a máxima legitimação da representação e participação.

Essa percepção imanente ao sistema democrático, representativo ou participativo, formal ou substancial, sobre o acesso à informação como pressuposto básico aos procedimentos de legitimação e, portanto, um direito fundamental ao exercício de outros direitos, civis, políticos e sociais, foi incorporada por convenções e tratados internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (*v. g.*, “Art. XIX. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideais por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”), a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (*v. g.*, “Art. 10 Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte [...] adotará medidas que sejam

necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento, e processos de adoção de decisões, quando proceder”), a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão (*v.g.* “Item 4. O acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigações de garantir o pleno exercício desse direito”) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (*v.g.*, “Art. 19. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza”).

Essa correlação entre sistema democrático e direitos fundamentais é ressaltada por Sarlet (2012, p. 61), uma vez que estes são

pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da auto-determinação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, nesse sentido, parâmetro de sua legitimidade.

Na Constituição Federal Brasileira de 1998 (CF/88), embora o acesso à informação permeie a concepção de inúmeras garantias fundamentais, o direito foi tutelado no Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos – do Título II – Dos Direitos e Garantias fundamentais.

Art. 5.º. [...]

XXXIII - Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Numa interpretação desarmada do referido dispositivo permite afirmar que o acesso à informação pública é regra e o sigilo a exceção (amplitude); ao direito do cidadão corresponde o dever do Estado (destinatário); e as informações se voltam a proteger o interesse particular, coletivo ou geral (finalidade).

Em sede infraconstitucional, a legislação federal contemplou o acesso à informação, que se liga umbilicalmente à publicidade³ dos atos e ações administrativas como

3 Assevera Mendes (2014), que o princípio da publicidade se liga ao direito de informação do cidadão e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático, numa dúplice vertente

instrumento de democracia participativa, no controle sobre a execução do orçamento, a transferência de recursos e sua aplicação (cf. art. 48-A, da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n.º 101/2000), ou para disciplinar a Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados (art. 4.º da Lei n.º 8.159/1991), por exemplo.

Entretanto, a disciplina legal de maior relevância para a concreção do direito fundamental previsto no art. 5.º, inciso XXXIII, da CF/88 foi a publicação da Lei n.º 12.527, de 18.11.2011 (com a entrada em vigor em 16.05.2012), conhecida como “Lei de Acesso à Informação” com amplo potencial emancipatório e de tutela coletiva de direitos.

Em síntese, a referida lei promove as garantias do direito ao acesso, disciplina regras sobre a divulgação e rotina, como o processamento dos pedidos, recursos contra a negativa, restrições fundadas no sigilo dos dados, tratamento de informações pessoais e responsabilidade dos agentes públicos. Podem ser consideradas, no limite do presente estudo, algumas regras de importância trazidas pela Lei n.º 12.527/2011.

O acesso à informação, no referido diploma, é direito fundamental para o controle social, em conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, a partir da ampliação dos destinatários (Administração direta e indireta dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público, além de entidades privadas sem fins lucrativos destinatárias de recurso ou subvenções), da noção de informação (para abranger o suporte – documento), e da vedação à qualquer restrição para a informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, com preponderância do acesso público ao resguardo às informações pessoais nessas hipóteses, de modo a incentivar a participação popular.

Neste sentido, essa exigência legal proporcionou aprimoramento dos canais de comunicação entre Estado e cidadão. Isso pode ser constatado pelo avanço na implantação de plataformas digitais, como sites governamentais brasileiros que publicizam e cruzam informações sobre o desenvolvimento de processos nas searas legislativa, administrativa e judiciária, o que constituiu um cenário mais favorável a uma participação democrática direta.

Cabe ressaltar que há ainda deficiências que necessitam ser sanadas, apesar da evolução do acesso à informação como direito fundamental. A exigência de transparência trazida pela Lei n.º 12.527/2011 não evitou, por exemplo, práticas de corrupção de grande monta, como as investigadas, nos dias atuais, pelo Ministério Público e Justiça Federal, na maior empresa brasileira, Petrobrás. A existência de diversos mecanismos de controle institucional e social não foram suficientes para evitar, até o momento, o mais significativo prejuízo ao patrimônio e erário públicos.

de participação e controle, pelo cidadão, e conformação da administração aos princípios de atuação, de outro.

Sob outro prisma, a corrupção na Petrobrás e em outras entidades e órgãos públicos brasileiros só veio à tona graças a institutos que de forma direta ou indireta decorrem desse aprimoramento do sistema comunicativo na esfera público-privada, com a articulação e acesso a informações, como: a) *delação premiada*, que permite se chegar à coautoria ou participação de crimes por meio das informações fornecidas à autoridade pública pelo indiciado ou acusado (*v.g.* Código Penal – arts. 159, §4.º; e 288, Parágrafo Único; Lei do Crime Organizado – Lei n.º 9.034/05, art. 6.º; Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Lei n.º 7.492/86, art. 25, §2.º; Lei dos Crimes de Lavagem de Capitais – Lei n.º 9.613/88, art. 1º, §5º; Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica – Lei n.º 8.137/90, art. 16, Parágrafo Único); e b) *acordo de leniência*, que possibilita à autoridade pública investigar a prática de atos ilegais a partir da colaboração, por meio de informações e documentos comprobatórios, de pessoas jurídicas envolvidas (*v.g.* Lei Anticorrupção – Lei n.º 12.846/2013, arts. 16 e 17; Lei do Sistema Brasileiro de Concorrência – Lei n.º 12.529/2011, arts. 86 e 87).

Essa amplitude quanto ao acesso à informação, pelo contexto legislativo nacional brasileiro, possibilita vislumbrar um novo enfoque do exercício da cidadania e consequente afirmação da democracia para além da formal representação, com reflexos na relação cidadão-administração e cidadão-jurisdição, tema a seguir abordado.

5. Acesso à Informação e Devida Prestação Jurisdicional: Participação-Cidadã na Tutela Coletiva

O acesso à Justiça⁴ tomou impulso novo com a Constituição Federal Brasileira de 1988 (art. 5.º, XXXV) e seu texto repleto de promessas, ao lado de uma sociedade carente de direitos civis, políticos e sociais básicos (ou seja, de todas as gerações (ou dimensões) de direitos fundamentais), refletiu na consolidação do Poder Judiciário e do processo como instrumento de participação democrática.

Com propriedade, Canotilho (2008, p. 72) observa que o processo postula “uma imbricação material com os direitos fundamentais”, sob à tríplice perspectiva: (a) como instrumento de proteção e realização dos direitos fundamentais; (b) como instrumento adequado e justo para a limitação ou restrição dos direitos fundamentais; e (c) como lócus do exercício dos direitos, liberdades e garantias.

4 Segundo Cappelletti e Garth (1988), na clássica obra sobre o acesso à Justiça, a segunda onda para a pacificação de conflitos dizia respeito à representação jurídica para os interesses difusos, enquanto a terceira tinha o enfoque no acesso à Justiça. Cabe ressaltar que concebemos o acesso à Justiça como a devida prestação jurisdicional, a partir de princípios constitucionalmente tutelados como o devido processo legal formal e substancial, celeridade processual etc.

A complexidade social e a demanda por novos direitos⁵, negados pelo Estado Social a contingentes expressivos da população, sequer reconhecidos ou capacitados para o exercício, sobretudo os direitos sociais que requerem uma intervenção direta do Estado “para sua proteção efetiva [...]” (BOBBIO, 2004, p. 67), geraram uma das consequências visíveis que parece suscitar a denominada crise do Judiciário, da instrumentalidade do processo e a efetividade como seu escopo institucional, qual seja, o individual solapando o coletivo na distribuição equitativa da Justiça, ante à prevalência dos conflitos fundados nos direitos subjetivos individuais, de modo a provocar a sobrecarga do sistema que se relaciona com a crise da modernidade democrática e o esvaziamento do espaço público.

Sobre a judicialização da política e a transferência do lócus de decisão para o Judiciário, como último refúgio ao distanciamento da vida institucional e das instâncias políticas tradicionais – partidos; associações; família, Garapon (2001, p. 44-49) conclui que “O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público”.

Em contraponto, Leal (2008, p. 9) entende que

o esgarçamento da esfera pública não como lócus do Estado, mas da política, espaço em que todos têm o dever e direito de participar de forma efetiva, não implica a substituição ou derrocada das esferas institucionais de representação política tradicionais (Executivo, Legislativo e Judiciário), até porque, como adverte Habermas, o poder comunicativo não pode substituir a lógica sistêmica da burocracia, e a solidariedade não pode substituir o poder administrativo, na medida em que a responsabilidade da tomada de decisão só pode ser garantida eficazmente pelo processo político institucionalizado (sob pena de anarquia desgovernada).

Para Habermas (1997), a teoria do sistema arruína a base de legitimação do Estado Democrático de Direito por impedir o fluxo comunicacional da periferia através da política e direito – autorreferenciados, com linguagem própria e hermética, enquanto

as políticas negociadas neocorporativisticamente entram em conflito com grupos da periferia da sociedade, francamente organizada e protegida apenas através de direitos fundamentais; isso é consequência de

5 Habermas (1997, p. 76-77) menciona Helmut Wilke, para depois refutar sua ideia de equilíbrio intersistêmico com base na deslegitimação, ao resumir a sociedade integrada proposta por ele: “A proteção jurídica fornece exemplos para os novos bens coletivos da sociedade de alto risco: a proteção contra a destruição do meio ambiente, contra a contaminação atômica ou modificação letal da herança genética e, em geral, a proteção contra os efeitos colaterais e não controlados que podem ser causados por instalações técnicas, produtos farmacêuticos, experimentos científicos etc. [...]. Dessa maneira, o direito funciona como catalisador de transformações internas”. Em interessante capítulo, Wolkmer (2012) trata da questão histórica dos “novos” direitos, sua problematização e seus fundamentos, assim como dos instrumentos jurídicos capazes de garantir a tutela dos “novos” direitos.

uma distribuição desigual de ressarcimentos individuais e do fato de que a privação de bens coletivos atinge de modo seletivo as diferentes classes sociais. (HABERMAS, p. 82, v. II)

Sob o influxo descontrolado de demandas individuais, de intensa litigiosidade como resultado da negação cotidiana, pelo Estado, das promessas sociais catalisadas pela Lei Maior – que para Bobbio (2004) são grandiosas, mas de miserabilidade em suas realizações – suscitou o interesse participativo de “novos” atores, como entidades de classe, as organizações sindicais e não governamentais, ao lado de “novos” direitos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 conferiu à tutela coletiva (*v.g.* ação civil pública, ações coletivas, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade) um sistema de legitimação aberta e a indicação dessa orientação emana, por exemplo, do tratamento conferido ao Ministério Público, a quem compete promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, inciso III, da CF/88), *desde que a legitimação não impeça a de terceiros*, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição (art. 129, § 1.º, da CF/88).

Em outra passagem, a Lei Maior reforça essa intelecção ampliativa ao tratar da ação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos em face da Constituição Estadual, ao vedar a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (art. 125, § 2.º, da CF/88).

A opção constitucional é decorrência lógica da natureza própria dos interesses metaindividuais, desprovido de titularidade imediata e singular, no sentido material, porquanto disperso numa coletividade de pessoas indeterminadas ou indetermináveis.

Na clássica lição de Cappelletti (1977, p. 135), esses novos interesses, que “sem serem públicos em senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: desses ninguém é titular, ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe, ou categoria, deles são titulares. A quem pertence o ar que respiro?”.

Entretanto, a participação do cidadão na defesa da coletividade e dos interesses transindividuais sempre foi vista com reservas. Limitado à tutela atomizada de natureza particular, como mero direito subjetivo, o cidadão foi aliado do processo coletivo ou, ao menos, de sua participação ampla e efetiva, restringida sua legitimação à ação popular (art. 5.º, inciso LXXIII, da CF/88)

Art. 5.º [...]

LXXIII - Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao

patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência

O sistema da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), em conjugação com a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), constroem a legitimação mista, com a indicação legal da iniciativa por órgãos públicos (Ministério Público; Defensoria; União, Estados e Municípios etc.) e grupos intermediários da sociedade (associações; sindicatos). Atrás dessa ideologia é possível afirmar a desconfiança quanto à participação do cidadão. A ação popular, embora se volte ao controle da Administração Pública por meio do Poder Judiciário, é restrita quanto aos legitimados ativo – cidadão, que no sentido jurídico trazido pela própria lei disciplinadora (Lei n.º 4.717/65) é o indivíduo dotado de capacidade política ativa, o eleitor – e passivo, e quanto ao objeto (meio ambiente; patrimônio público, histórico e cultural; moralidade administrativa). Portanto, não abrange todo e qualquer interesse difuso e coletivo (como consumidor; saúde pública etc.), na acepção constitucional que informa a defesa dos direitos coletivos mediante o instrumento da ação civil pública.

Esse legitimação deficitária para a defesa, pelo cidadão, de outros interesses difusos e coletivos, bem como a limitação quanto ao destinatário da pretensão, não foram adotados, por exemplo, pela Constituição portuguesa, que outorgou ao cidadão poderes mais amplos. Abaixo alguns dispositivos que refletem essa amplitude:

Art. 9.º São tarefas fundamentais do Estado [...] c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais.

Art. 109.º A participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos.

Art. 267.º [...] 5. O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.

Art. 268.º 1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. [...] 5. Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos. (PORTUGAL, 2005).

O acesso à informação, neste sentido, possibilita ao cidadão avançar sua participação na defesa dos interesses da coletividade em âmbito jurisdicional, além de interferir na atividade legislativa e administrativa, como instrumento de sua expressão democrática. Explicamos.

Ao permitir que o cidadão, em sentido amplo (e não meramente jurídico, como eleitor), tenha acesso a informações antes confinadas à burocracia estatal, resguardada à matéria sigilosa, garantindo-lhe prioridade na defesa dos direitos fundamentais ou afastando qualquer restrição à informação no resguardo dos direitos humanos, o legislador contemplou-o com uma ferramenta poderosa que permite obter, por exemplo, dados, informações e documentos dos órgãos públicos, de interesse geral ou coletivo, idênticos aos propiciados ao Ministério Público, via poder requisitório consubstanciado no inquérito civil ou mesmo às associações legitimadas.

Ainda que se conclua que o exercício da tutela coletiva não é conferido em sua integralidade ao cidadão, em razão do sistema jurídico-normativo sobre o tema, infere-se que o acesso à informação, além de contrapor o cidadão ao Estado, este obrigado a garanti-lo como direito fundamental em seu aspecto material (portanto, um direito difuso na coletividade), permite superar inúmeros óbices declinados à iniciativa individual no campo processual, pois, dentre outras funções: (a) previne litígios, uma vez que o acesso à informação ou documento pode exaurir a pretensão do interessado sem necessidade de se valer de vias judiciais; (b) qualifica a prova, já que autoriza a adequada instrução para conhecimento da amplitude do interesse tutelado; (c) qualifica o cidadão, no sentido de dotá-lo de representatividade adequada para a tutela coletiva; e (d) facilita o acesso à devida prestação jurisdicional, e fortalece a tutela coletiva como instrumento de pacificação social e democracia participativa.

Em contraposição ao isolamento e apatia ou à “passividade cívica” (LEAL, 2008, p. 24) de sua relação com as instituições e mecanismos tradicionais da democracia representativa, o resgate do cidadão não resulta em desafetação, individualismo que redonda no “paradigma liberal-individualista-normativista” (STRECK, 2009, p. 17), retirada da esfera privada do mundo da vida e da esfera pública na qual se inter-relacionam os demais atores da ação comunicativa (como os movimentos sociais, grupos de pressão, escola, trabalho, a própria sociedade civil etc.) para a tomada de decisões, mas ressaltar a importância do foco sobre a origem do poder. Como observa Tejerina (2005, p. 94-95):

Así, junto al sentido tradicional de la separación entre lo público-político y lo privado-personal aparecen nuevos sentidos: a) cuando se afirma que lo público no existe sin la participación de lo privado, luego la acción política implica necesariamente ‘mi’ contribución personal; b) cuando se afirma que lo político es profundamente personal, puesto que la búsqueda de coherencia personal exige la acción pública (como toma de conciencia

de tu forma de vida frente a un problema general); c) cuando se afirma que lo político es lo que afecta a lo íntimo y, por lo tanto, sólo la transformación de lo íntimo es auténticamente político (lo que cada uno puede hacer en su vida personal como parte de una lucha diaria). Estos sentidos inducen a la participación en la movilización social, la emergencia de nuevos sentidos de la ciudadanía en las condiciones de individualización y de la identidad colectiva características de la sociedad contemporánea, en una constante redefinición de los límites de la esfera pública.

Neste sentido, o exercício da cidadania demanda essa redefinição dos limites da esfera pública-política, bem como um novo sentido à sua relação com o âmbito privado-pessoal. Para Calmon de Passos (2005, p. 14), trata-se da cidadania plena, que:

[...] engloba mais que direitos humanos, porque, além de incluir os direitos que a todos são atribuídos, em virtude de sua condição humana, abrange, ainda, os direitos políticos. Correto, por conseguinte, falarmos numa dimensão política, numa dimensão civil e numa dimensão social da cidadania. Ser cidadão implica na efetiva atribuição de direitos nas três esferas mencionadas, porque careceria de sentido participar do governo sem condições de fazer valer a própria autonomia, bem como sem dispor de instrumentos asseguradores das prestações devidas pelo Estado, em nome da igualdade de todos.

Para tanto, a efetividade do acesso à informação como direito fundamental, e, sobretudo, como instrumento de tomada de decisões pelo cidadão, impõe às instituições públicas e privadas (principalmente as dotadas de caráter público) adequação dos canais e formas de comunicação às demandas sociais, em verdadeiro processo de sensibilização e ampliação da participação-cidadã nas esferas juspolíticas e legislativas do Estado, principalmente quanto à defesa dos interesses coletivos.

Essa parceria público-privada somente se mostra possível com a ampliação do acesso do cidadão às instâncias de decisão política. Nada mais do que uma legitimação do processo político dentro de um regime democrático, em que pese a transparência e a lisura das atividades governamentais voltadas à promoção social e à distribuição da justiça. Um compromisso ético que, de um lado, promove um consenso social quanto às prioridades estabelecidas pela autoridade pública na prestação de suas atividades, dentro das restrições orçamentárias; de outro, institui limitações a atos arbitrários e em desacordo com os direitos e garantias resguardados pela Constituição Federal brasileira.

6. Conclusões

Procurou-se apresentar, neste estudo, reflexões fundamentadas de como o acesso à informação perpassa a relação cidadão-administrador, cidadão-legislador e cidadão-juiz, numa posição central na concepção moderna entre democracia e direito.

O círculo virtuoso que se estabelece a partir do acesso à informação (num “espaço público comunicativo” habermasiano) pelo cidadão ativo (sob à ótica de Norberto Bobbio) se estende à sua condição de sujeito coletivo e seu lócus na esfera pública, e o qualifica para o exercício permanente da democracia participativa, com a utilização de seus mecanismos e instrumentos fundamentais para a construção da justiça social.

Quanto à satisfação dos direitos coletivos *lato sensu* previstos na Constituição Federal brasileira, conclui-se que o aprimoramento dos canais de comunicação é fundamental para que se tenha controle social pelo cidadão da condução estatal (e de instituições privadas de caráter público), e consequentemente da *res publica*, a fim de promover decisões políticas e jurisdicionais legitimadas pelo interesse público.

Para a efetividade do acesso à informação como direito fundamental, em uma democracia participativa, torna-se imprescindível a adequação dos canais e formas de comunicação das instituições públicas e privadas, no intuito de atender as demandas sociais e ampliar o campo de participação do cidadão como agente protagonista, ativo, quanto às decisões juspolítica e legislativas estatais, especialmente na tutela dos interesses coletivos a partir da devida prestação jurisdicional.

7. Referências

- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13 ed. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. **Entre duas Repúblicas**. Às origens da democracia italiana. Trad. Mabel Malheiros Bellati. Brasília: UnB, 2001.
- _____. **Estado, Governo e sociedade**. Para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et al. 10 ed. Brasília: UnB, 1997.
- BONAVIDES, P. Democracia direta, a democracia do terceiro milênio. In: RIBEIRO, L. L. G.; BERARDI, L. A. A. (Org.) **Estudos de direito constitucional**. Em homenagem à professora Maria Garcia. São Paulo: IOB-Thomson, 2007.
- CALMON DE PASSOS, J. J. Cidadania tutelada. In: FERREIRA, L. A. C. (Org.) **Hermenêutica, cidadania e direito**. Campinas: Millennium, 2005.
- CANOTILHO, J. J. G. **Estudos de direitos fundamentais**. São Paulo/Portugal: RT/Coimbra Editora, 2008.

- CAPPELLETTI, M. Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, n. 5, p. 128-159, jan.-mar. 1977.
- _____; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CASQUETE, J. **El poder de la calle: ensayos sobre a acción colectiva**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. (Colección Estudios Políticos).
- GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GENTILLI, V. O conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais: os vínculos com a Comunicação. **Revista Famecos**, Porto Alegre, n. 19, dez. 2002.
- HABERMAS, J. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.
- LEAL, R. G. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (Rere)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar.-maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- LEHFELD, L. S. Modalidades de participação-cidadã no horizonte de concreção de direitos. In: FERREIRA, L. A. C. (Org.). **Hermenêutica, cidadania e direito**. Campinas: Millennium, 2005.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional. Portugal: Assembleia Legislativa, 2005. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2015.
- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SILVA, J. A. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- STRECK, L. L. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- TEJERINA, B. Movimientos sociales, espacio público y ciudadanía: los caminos de la utopía. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Lisboa, Centro de Estudos Sociais, n. 72, out. 2005.

WOLKMER, A. C. Do paradigma político da representação à democracia participativa.

Revista Sequência, Florianópolis, UFSC, n. 42, p. 83-98, 2000.

_____; LEITE, J. R. M. (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas** – Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIREITO E AS NOVAS UTOPIAS

JOÃO LUIZ STEFANIAK

Graduado em Direito, Mestre em Ciências Sociais Aplicadas e Doutorando em Geografia pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.

SILVANA DE SOUZA NETTO MANDALOZZO

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Resumo

Este artigo propõe uma breve incursão no território das Novas Utopias que emergem das grandes mobilizações sociais que marcam o início da segunda década deste século. Diferentemente do utopismo tradicional (da forma espacial) ou do utopismo dos processos temporais as Novas Utopias se aproximam do utopismo dialético histórico-espacial proposto por David Harvey. As Novas Utopias são projetadas simultaneamente às práticas que se desenvolvem em um território específico, que são as ruas e praças das grandes cidades. Neste contexto o artigo busca evidenciar a imbricação do pensamento utópico contemporâneo com o Direito, na perspectiva de romper com o seu papel ideológico de regulamentação da opressão.

Palavras-chave

Utopia; Ideologia e direito.

Resumen

En este artículo se propone una breve incursión en la Nuevas Utopías que emerge de las principales movilizaciones sociales que marcan el comienzo de la segunda década de este siglo. Así diferente la utopía tradicional (la forma espacial) la utopía de los procesos temporales las Nuevas Utopías acercan al utopía dialéctica, histórica y espacial propuesto por David Harvey. Las nuevas utopías están diseñadas tanto para prácticas que sucede en un territorio específico, que son las calles y plazas de las grandes ciudades. En este contexto, el artículo busca demostrar el entrelazamiento del pensamiento utópico contemporáneo con el Derecho, con el fin de romper su función ideológica de la regulación de la opresión.

Palabras clave

Utopía; la ideología y el derecho.

“Utopias são ideias inspiradoras das classes em rebelião e ascensão, em oposição às ideologias que racionalizam e estratificam o pensamento das classes dominantes” (Karl Mannheim)

1. Introdução

Começa este artigo citando a máxima de Oscar Wilde: “um mapa do mundo que não aparece o país Utopia não merece ser guardado”. Ela expressa a busca permanente pela criação de uma sociedade ideal que move um grupo expressivo de pessoas. Para o Direito, nas palavras de João Batista Herkenhoff, “um papel decisivo está reservado ao pensamento utópico” (HERKENHOFF, 2004, p. 17). Este artigo se debruça sobre este papel que a Utopia cumpre em relação ao Direito, tentando situar a atualidade do resgate do pensamento utópico e sua imbricação direta com as Ciências Jurídicas.

No final do século passado, desfeita a quimera socialista com a queda dos muros reais e ideológicos que por trás escondiam uma sociedade longe de ser perfeita (longe da utopia cronstruída no final do século anterior e nos primórdios do século XX), muitos vociferaram a capitulação de todas as Utopias e o próprio fim da História pelo triunfo do pensamento único expresso na realidade imposta pelo sistema dominante. No entanto, esta presunçosa proclamação dos arautos defensores do capitalismo teve um curto período de duração e, curvados pela crise estrutural do sistema que se confirmou no início deste novo século, viram ressurgir com força um novo movimento de construção de Novas Utopias.

Este artigo propõe uma breve excursão no território construído por estas Novas Utopias. Nem de longe se pretende aprofundar e muito menos esgotar a análise do conteúdo delas. Como um viajante em curto passeio vai destacar as impressões mais significativas e os fenômenos que afloram neste processo de resgate do pensamento utópico. Vai descrever as utopias tradicionais que ainda inspiram as Novas Utopias para em seguida comentar a crítica ao pensamento utópico, que teve na figura de Karl Marx seu expoente, e depois explicitar a ideologia como oposição a utopia. No âmbito dos estudos geográficos merece o destaque a contribuição de David Harvey e sua proposta de Utopia Dialética, que será resumidamente analisada. E finalmente, o artigo irá discorrer sobre os territórios das Novas Utopias constituídos a partir das grandes mobilizações sociais que marcaram o início da segunda década deste século dando ênfase a topus principal de sua formulação e materialização: a rua, e sua imbricação com o Direito, em especial no contexto proposto por João Baptista Herkenhoff.

2. Utopias Clássicas

O termo “utopia” em grego significa “não lugar” ou “em lugar nenhum” e foi usado por Thomas More (Morus em latim) para designar a ilha imaginária descrita em sua obra homônima, cujo título original é “De Optimno Publicae Statuo Duque Nova Insula Utopia”, escrita em 1516.

Morus na sua Utopia descreve uma sociedade comunista imaginária situada numa ilha governada por uma assembléia eleita que tem por principal atribuição evitar os desequilíbrios sociais e garantir a igualdade aos seus cidadãos. A inspiração em Platão, autor da célebre “República” é evidente na obra de Morus, que também influenciou outro pensador utópico da Renascença, o italiano Tommaso Campanella, que em 1602 escreveu a sua mais importante obra intitulada “A Cidade do Sol”.

Esta tríade de autores representam os expoentes do pensamento utópico clássico que tem em comum, além do idealismo, a crítica contundente ao sistema econômico e social vigente a época dos escritos de suas respectivas utopias.

Aristóteles, de cognome Platão (428 a.C a 348 a.C), pensador ateniense, teve como mestre Sócrates (470 a.C a 399 a.C) que foi injustamente condenado a morte ao contrariar os interesses da minoria que detinha o poder na democracia ateniense. Este episódio levou Platão a total desilusão com a política e a justiça de Atenas, o que vai municiar a crítica social expressa no resgate do mito de Atlântida em “Crítias”, quanto à idealização da cidade (polis) ideal descrita na “República”, onde prevalece uma divisão racional do trabalho e a governança de reis-filósofos eleitos dentre a classe dos guardiões, incumbidos de zelar pelo cumprimento das leis. Reformador radical, Platão idealiza uma sociedade onde a família deixa de existir, onde as mulheres são comuns a todos os guardiões e as crianças seriam educadas pela cidade.

Também Morus vai descrever através de sua ilha utópica uma sociedade igualitária e harmoniosa em contraste com a situação vivida na Inglaterra de sua época. Para seu intento, de sua Utopia “ele excluiu as forças potencialmente disruptivas do dinheiro, da propriedade privado, do trabalho assalariado, da exploração”, bem como a “troca interna (mas não externa) de mercadorias, a acumulação do capital e o processo do mercado (ainda que não o mercado)” (HARVEY, 2009, p. 211)

Igualmente Campanella, provido de uma mente crítica e inquieta, foi por várias vezes preso como herético e sodomista, sendo que em Calábria, sua cidade natal, chefiou uma rebelião, inconformado com a miséria e a injustiça imposta pelo jugo espanhol, permanecendo preso por vinte e sete anos, período em que escreveu a utopia “A Cidade do Sol”, onde idealizou uma sociedade naturalista e teocrática onde seriam abolidas a propriedade privada e a família, dando lugar a uma comunidade de bens e de mulheres.

Além da crítica social implícita na construção destas sociedades utópicas imaginárias, outra característica do utopismo clássico, que se denota da leitura da tríade analisada é, como afirma David Harvey, que todas essas formas de utopia podem ser caracterizadas como ‘utopias da forma espacial’, pois a temporalidade dos processos sociais “é suprimida, “ao passo que a estabilidade social é garantida por uma forma espacial fixa” (HARVEY, 2009, p. 13). Mas do que uma “utopia da forma espacial” o pensador francês Henri Lefebvre encontra na obra dos utopistas clássicos uma “espécie de comunismo urbano que não seria nem camponês, nem ascético, nem artesanal”, para afirmar a seguir que o “comunismo utópico tem fontes urbanas tanto quanto agrárias”. (LEFEBVRE, 2008, p. 98).

De fato, vamos encontrar a referência ao urbano já no próprio nome da obra de Campanella, bem como é intensa a referência a “polis” tanto na “República” como em “Crítias” de Platão. E mesmo na Utopia de Morus destacasse a referência “as cidades da ilha, com especial menção de Amaurota”, (MORE, 2005, p. 56) capital daquela república fictícia.

E finalmente, uma terceira característica comum entre as obras destacadas é a busca dos autores do Eterno Retorno a um passado virtuoso, que o desenvolvimento econômico e social a eles contemporâneo corrompeu. Portanto, neste sentido específico a utopia é a contrapartida para o futuro do mito de uma idade áurea, que teria existido em um remoto passado.

Estes traços marcantes do utopismo que chamamos de clássico, que em diferentes intensidades vão influenciar o pensamento utópico posterior, também vai refletir nas tentativas de materializações das utopias de forma espacial, em especial no que se refer às experiências dos chamados socialistas utópicos, com destaque para Robert Owen e Charles Fourier.

3. Crítica das Concepções Utopicas

Bastante conhecida é a crítica contundente de Marx e Engels aos chamados socialistas utópicos que lhe eram contemporâneos, apesar de enaltecer os escritos dos fundadores destas correntes, destacando Saint-Simon, Fourier e Owen, que “aparecem no primeiro período da luta entre o proletariado e a burguesia” e que representam “a primeira aspiração... de uma transformação geral da sociedade”. A oposição marxiana decorre da “descrição fantástica da sociedade futura” (MARX; ENGELS, 1986, p. 118) e pela aversão a ação revolucionária e ao protagonismo da classe operária das correntes utopistas do socialismo. No entanto, a obra de Marx e Engels não se restringe a análise da sociedade capitalista, pois resulta na formulação da práxis emancipadora do proletariado, que liberta das amarras da dominação burguesa, iria construir uma nova sociedade.

Apesar de fundamentada em um arsenal metodológico poderoso, que permitiu formular a mais consistente crítica ao capitalismo, a nova sociedade prognosticada por Marx e Engels guarda similitude com a Utopia de Morus, pois contemporaneamente aos jovens escritores do Manifesto Comunista, o socialismo era um Não-Lugar, pois não existia no mundo real. Uma das diferenças desta “utopia marxiana” com os seus antecessores é justamente a existência de um embasamento teórico, capaz de revelar as contradições inerentes à sociedade capitalista, que aliado à práxis emancipadora do proletariado, classe protagonista da revolução social, permitiria construir sob novas bases estruturais, a utopia comunista almejada.

Neste contexto, pode-se afirmar como faz David Harvey que para Marx “o futuro tem que ser construído não segundo algum molde utópico fantástico, mas por meio de transformações tangíveis das matérias-primas que temos à disposição em nossa atual condição” (HARVEY, 2009, p. 251). Como enfatiza Henri Lefebvre, Marx recusava a procura de “prever ou imaginar o futuro... pois concebia a ‘via’ e não o ‘modelo’” (LEFEBVRE, 2008, p. 102).

Então, pode-se concluir a partir da reflexão acima explicitada que, se entender possível falar em “utopia marxiana”, ela se aproxima do conceito de “utopismo do processo social” definido por David Harvey. O geográfico inglês faz a distinção entre “o utopismo do processo temporal ao lado utopismo da forma espacial” (HARVEY, 2009, p. 228) e que seja considerado também utópicos os esquemas imaginários dos processos sociais. O pensamento de Marx pode ser enquadrado nesta categoria de processo social temporal utópico onde através da luta de classes “as classes-em-si, ao se transformar em classes-para-si, movem a história na direção do Estado aprimorado da sociedade comunista pós-revolucionária sem classes – em que o próprio Estado acaba por desmanchar-se no ar.” (HARVEY, 2009, p. 229).

Apesar de Marx ser considerado o grande adversário das concepções utópicas clássicas (de forma espacial) ao derrotar os defensores do socialismo utópico e propor o socialismo científico, pode-se afirmar que sua proposta de utopia do processo social foi exitosa. O pensamento de Marx constituiu a base teórica das grandes revoluções socialistas, que a partir da Revolução Soviética replicaram em grande parte do globo. No entanto, a vitória da “utopia marxiana” foi efêmera, uma vez que o chamado “socialismo real” se revelou em grande parte uma distopia (ou antitopia), ou seja, uma sociedade autoritária e opressora, que renegou na prática, a quimera de igualdade e justiça social preconizada pelo movimento comunista.

Ao longo do século passado, enquanto perdurou a divisão do mundo entre países capitalistas e comunistas o conceito de utopia, que já se encontrava totalmente desacreditado ante a falência dos projetos utópicos posto em prática por Fourier, Owen e Étienne

Cabet, entre outras experiências malogradas, foi totalmente refutada, pois os projetos de organização social concebidos passam a ter como paradigma experiências concretas: o socialismo real e o Estado de Bem Estar Social instituído principalmente na Europa pelos governos liderados pelos partidos socialistas e trabalhistas de matiz reformista.

O pensamento utópico somente vai ressurgir no final dos anos sessenta do século passado a partir dos movimentos liderados pelos estudantes franceses inspirados nas teorias de Herbert Marcuse e ganha mais força com a derrocada das ideologias socialistas e neoliberais, que vão ocorrer no final dos anos oitenta e no final da primeira década do Século XXI. Surgem então as Novas Utopias.

4. Ideologia, Miragem e Utopia

Abriu parênteses é necessário para o bom desenvolvimento deste artigo. Na realidade, o contexto que se propõe expor o florescimento contemporâneo das Novas Utopias se dá ao mesmo tempo em que ocorre a “crise das ideologias”. Na realidade este artigo é o desdobramento de uma reflexão do autor que envolve estes dois conceitos, que são contrapostos: ideologia e utopia.

A priori a frase de Karl Mannheim emprestada de sua obra “Ideologia e Utopia” publicada pela primeira vez em 1929 e que serve de epíteto deste artigo, resolve de forma sintética esta contraposição. Porém, é necessário para clarificar esta oposição entre os conceitos explicitar o que se entende aqui por ideologia.

Etimologicamente, ideologia significa o estudo das ideias. Mas como demonstraram Marx e Engels as ideias são produtos da realidade material e somente podem ser produzidas a partir das relações materiais da sociedade. A ideia é a linguagem (as representações) da vida real. Mas a ideologia não é composta apenas por ideias abstratas que habitam o “pensamento” dos indivíduos. Evidente que para ser operada a ideologia precisa adquirir certa materialidade que extrapola o mundo do “pensamento”, pois ela se traduz em de signos, símbolos e marcas, que não apenas representam o real, mas precisam substituir o real uma vez que a realidade é o que a ideologia pretende ocultar. A ideologia é “quase material”.

A expressão “quase material” aqui utilizada é para contrapor a tese formulada por Louis Althusser que a “ideologia tem uma existência material” (ALTHUSSER, 1970, p. 83), pelo simples fato de que se admitir que ideologia seja matéria, com ela se confundiria que seria impossível distinguir o real e as representações do real do que é ideológico, impedindo desta forma que as contradições do sistema capitalista (e que a ideologia tem justamente o papel de ocultar) deixem de ser “percebidas”, condenando-se assim, a humanidade a completa imobilidade histórica.

O espaço, em especial o espaço urbano, é produzido enquanto ideologia. Ele é “concebido” pelos urbanistas e outros ideólogos a serviço das classes dominantes e torna-se operativo através das práticas espaciais. O êxito da “ideologia espacial” é proporcional a sua capacidade de fazer com que o “vivido” pelos habitantes das cidades se confunda com o “concebido” pelos ideólogos. A ideologia não constitui a integralidade da prática espacial, mas ela é operacionalizada por meio de práticas que são “[re]produzidas” no cotidiano dos cidadãos de forma que aparente como a única realidade possível, tornando as contradições da sociedade urbana naturais e irremediáveis. Desta forma a ideologia transforma o espaço urbano em uma miragem, com será explicitado adiante.

Porém a cidade, como afirma Marx e Engels na “Ideologia alemã”, surge historicamente da primordial divisão social do trabalho, ou seja, a divisão da cidade e do campo. Como o desenvolvimento dos modos de produção, a cidade, que se define como espaço de concentração das diversas determinações da realidade social em detrimento ao campo, o espaço da dispersão destas mesmas determinações, também passa a ser cada vez mais o espaço da concentração das práticas ideológicas. Assim os ideólogos são impelidos a formularem (conceberem) “práticas ideológicas” mais sofisticadas, em virtude da “complexificação” da sociedade, pois na sociedade urbana a divisão social do trabalho e as contradições inerentes decorrente dos conflitos de classe se tornam cada vez mais complexos.

Diante de tal sofisticação da ideologia seria no mínimo ingênua a aposta em conceber uma “ideologia revolucionária” do espaço. Por isto se faz necessário retomar o conceito marxiano de ideologia e a tradição de crítica ao capitalismo iniciada por Marx. Diante da magnitude da ideologia imposta pela classe dominante a única aposta possível é que, através do desvelar da exploração e dominação dos detentores do capital sobre as demais classes sociais, se possa construir coletivamente uma proposta de nova cidade e de sociedade, que se reproduza no imaginário social, em uma representação específica: a utopia.

Quanto o termo miragem, que exprime esta “materialidade” específica das representações e das ideologias na produção social do espaço, vale retomar a explanação apresentada pelo autor deste artigo em sua dissertação de mestrado, intitulada “Entre a miragem e a utopia: a efetividade do direito humano e fundamental à moradia na cidade capitalista”:

A miragem é uma imagem causada pelo desvio da luz refletida por um determinado objeto, ou seja, é um fenômeno físico, real e não apenas uma ilusão de óptica. Portanto, a alegoria do viajante perdido no deserto, que alucinado enxerga um oásis inexistente no horizonte, é parcialmente falso. De fato, este viajante vê a miragem, que é um fenômeno óptico real, mas as suas condições subjetivas o induzem a imaginar a existência do oásis no lugar onde ocorre o desvio da luz refletida.

A cidade é um fenômeno concreto. Mas é vista pela maioria como uma miragem, que não é provocada por um fenômeno óptico, mas por uma

ideologia, através de mecanismos (aparelhos) utilizados pelo Estado capitalista, na sua precípua missão de perpetuar a dominação de classe. A miragem na cidade capitalista também é um fenômeno real e objetivo, que se traduz na concretude destes instrumentos ideológicos, mas que conta com o fator subjetivo para alcançar o efeito almejado: a ausência da autoconsciência da realidade por parte da maioria dos cidadãos. O morador confinado em um determinado espaço da urbe, pode até sentir-se vítima desta segregação, mas nem sempre compreende as razões que determinam esta realidade.

O materialismo dialético é o método que permite revelar a cidade capitalista e fazer emergir as contradições que lhe são inerentes, uma vez que possibilita enxergar para além desta miragem ideologicamente construída. E ao se alcançar a realidade urbana são expostos os mecanismos estruturais da dominação burguesa. Este domínio de uma classe sobre outra guarda ainda uma dimensão social, cultural e histórica que está imbricada com a primordial divisão social do trabalho, que originou a cidade como sede da classe dominante que expropriou o excedente produzido do campo. Porém, o desenvolvimento histórico da cidade, apesar das miragens criadas pelas classes dominantes, sempre foi marcado pelo antagonismo de classes.

A hodierna cidade capitalista foi precedida por formas de organização urbana que refletiam diferentes modos de produção. No ocidente a cidade antiga foi palco das rebeliões de escravos e plebeus e os muros da cidadela medieval testemunharam as rebeliões camponesas contra o regime feudal. Além da revolta contra a dominação a que eram submetidos, outro sentimento mobilizavam os explorados, especialmente nos momentos que estes conflitos atingiram seu ápice revolucionário: a aspiração de construir uma nova cidade, livre da opressão e das injustiças. (STEFANIAK, 2011, p. 203/204).

5. A Utopia Dialética de David Harvey

A partir do processo de retomada do pensamento utópico que ocorreu no final do século passado e continua neste período, muitos teóricos tem se destacado na formulação de conceitos e projetos utópicos. Merece destaque como precursor deste movimento de resgate da utopia Karl Mannheim, sendo que vários autores se debruçaram sobre o tema contemporaneamente.

Com certeza uma das significativas contribuições sobre o estudo das concepções utópicas é aquela apresentada por David Harvey em seu livro “Espaços de Esperança”, publicado em 2000, onde ao longo capítulo “O Momento Utópico” discorre uma consistente crítica tanto dos utopismos tradicionais (de forma espacial) como aqueles que

se caracterizam como utopias do processo social, para então apresentar o conceito de Utopismo Dialético.

O Utopismo Dialético parte da premissa de que desde Einstein “não é possível separar de modo coerente o tempo e o espaço” (HARVEY, 2009, p. 239) o que implica na concepção de um utopismo explicitamente espaço-temporal, que busca a superação das debilidades encontradas tanto na utopia tradicional da forma espacial como a do processo social.

Harvey contextualiza o atual debate acerca do resgate utopista a partir do “colapso de formas utópicas específicas”, onde “o comunismo se acha em profundo descrédito como projeto utópico, e em nossos dias o liberalismo vem sendo visto cada vez mais como um projeto que não pode dar certo.” (HARVEY, 2009, p. 256). E preconiza que “há um momento e um lugar no incessante labor humano de mudança do mundo em que as visões alternativas, por mais fantásticas que sejam, oferecem a base para moldar poderosas forças políticas de mudança. Creio que nos encontramos precisamente num desses momentos” (HARVEY, 2009, p. 257).

Importante frisar que Harvey não labora com a contraposição da ideologia e a utopia e classifica como utopia dos processos o que denomina utopia do mercado que “se fundava nas atividades racionais do ‘homem econômico’ num contexto de mercados perfeitos.” (HARVEY, 2009, p. 230).

Realizada a crítica as formas utópicas específicas passa então Harvey a desenvolver sua proposta de Utopia Dialética que consiste em construir um utopismo espaço-temporal “que tenha raízes fincadas em nossas possibilidades presentes ao mesmo tempo que aponta trajetórias diferentes para os desenvolvimentos geográficos desiguais humanos” (HARVEY, 2009, p. 258). Para tanto, o geográfico inglês vai fazer uso da alegoria que compara o trabalho dos arquitetos e abelhas, sendo que a principal distinção entre ambos é que “o arquiteto concebe na mente sua construção antes de transformá-la em realidade” e “ao final do processo obtém-se um resultado que já existia na imaginação do trabalhador desde o começo.” (MARX, apud HARVEY, 2009, p. 263).

E contrariando a tradição marxista que a renega Harvey vai enfatizar a existência de uma natureza humana através da concepção de “ser em nossa espécie” o que implica em “nossas capacidades de transformar o mundo por meio do trabalho e, por meio disso, transformar a nós mesmos” e se soma a capacidade “de falar de como por em prática nossa imaginação, ainda que sujeita a restrições, na busca de realização de tal projeto” sendo que a partir da caracterização desta natureza do homem de “seres sensoriais em relação com o mundo que nos cerca” (HARVEY, 2009, p. 271/272) leva a formulação de um repertório básico de opções estratégicas para a ação humana que consiste na: competição e luta pela existência; a adaptação e diversificação em nichos ambientais; a colaboração e a ajuda

mútua; as transformações ambientais; as organizações espaciais; e as ordenações temporais. Os seres humanos então se distinguem das outras espécies animais pela capacidade de chegar “as formas ricas e flexíveis de combinar os diferentes elementos” deste repertório básico “em complexos sistemas sociais” (HARVEY, 2009, p. 275).

A concepção de uma utopia dialética em Harvey vai enfatizar o que ele chama de responsabilidade perante a natureza e perante a natureza humana, o que corresponde à incorporação de um determinado discurso ecológico que contemple o equilíbrio entre a defesa da natureza e a defesa dos direitos sociais. Harvey afirma que:

Isto requer como reação que se organize um projeto de classe igualmente forte de prevenção e redução de risco, de recuperação e controle de recursos, em que a classe trabalhadora, os destituídos e os marginalizados assumam um papel de liderança. No momento em que eles estiverem desempenhando este papel, vai ser possível trazer à baila toda a questão de construir um modo alternativo de produção, de troca e de consumo que não apenas reduza os riscos, como também seja ambiental e socialmente justo e sensível. (HARVEY, 2009, p. 292)

Assim, após a explanar a relação entre o utopismo espaço-temporal e as qualidades ecológicas implicitamente necessárias para a compreensão do projeto utópico proposto, David Harvey, passa a discorrer sobre as potencialidades e capacidades, bem como das ações concretas deste “arquiteto rebelde”, figura que traveste todos aqueles que se empenham em transformar o mundo.

Segundo Harvey este arquiteto rebelde é uma pessoa corporificada que ocupa um espaço exclusivo por um dado período de tempo e “dotado de certas capacidades e habilidades passíveis de ser usadas para transformar o mundo” (HARVEY, 2009, p. 307). Apesar de reconhecer a importância da “pessoa política”, Harvey salienta que a construção da utopia dialética não pode prescindir “de algum tipo de coletivização do impulso e desejo de mudança”, sendo que a comunidade surgida neste processo “deveria ser vista como uma delicada relação entre processo fluidos e regras relativamente permanentes de pertinência e associação”. (HARVEY, 2009, p. 312-314).

Outra contradição que é necessária superar para a compreensão do modelo utópico proposto por Harvey é aquela que envolve o particularismo militante (onde todos os movimentos políticos de base ampla têm por origem lutas específicas em lugares momentos particulares) e a tendência de busca dos universais que se constroem através das traduções de aspirações políticas variáveis e heterogêneas. Deste processo resulta a constituição de princípios universais que balizariam a ação política transformadora.

David Harvey propõe uma lista de direitos universais que julga necessários percorrer para a construção do projeto utópico, são eles: direito a oportunidade de vida; direito

à associação política e a um “bom” governo; direitos dos trabalhadores envolvidos diretamente com o processo produtivo; direito à inviolabilidade e à integridade do corpo humano; direito de imunidade para o exercício da desestabilização do que existe; direito a um ambiente de vida decente e saudável; direito ao controle coletivo de recursos de propriedade comum a todas as pessoas; direitos daqueles que ainda vão nascer; direito à produção do espaço; direito à diferença, incluindo o direito ao desenvolvimento geográfico desigual; e, finalmente os direitos como seres de espécies, que se “traduz no direito de explorar a possibilidade de diferentes combinações dos itens de nosso repertório evolutivo” (HARVEY, 2009, p. 330). E complementa que:

O arquiteto rebelde tem que de ser um defensor desses direitos. Ao mesmo tempo, ela ou ele têm de reconhecer com clareza que sua formulação advém da vida social e que essa formulação permanece fútil e privada de sentido exceto se concretizada de modo tangível em instituições mediadoras, processos de transformação de comunidades e nas maneiras como o pessoal é entendido e se faz ação na forma do político. (HARVEY, 2009, p. 331)

Finalmente o autor deste projeto utópico em análise vai situá-lo em uma perspectiva de uma revolução histórico-geográfica permanente que se desenvolve em uma pluralidade de práticas que exigem o diálogo aberto e interativo para potencializar o seu poder de transformação, sendo que só assim “será possível evitar que o impulso rumo ao utopismo dialético se dissolva no utopismo árido, e em última análise destrutivo, seja da forma espacial fechada ou dos processos temporais de perpétua destruição criadora” (HARVEY, 2009, p. 332)

Sem dúvida a Utopia Dialética proposta por Harvey se traduz em um arcabouço teórico para que se possa, em tempos de florescimento da aspiração utópica que se atravessa entender o processo de diálogo e interação entre as práticas transformadoras que atualmente se revelam nas grandes manifestações que ocorrem nas metrópoles de vários países. Em todos eles, o território que se reproduz os processos utópicos é o mesmo: a rua.

6. Território das Novas Utopias e sua Imbricação com o Direito

Território neste artigo tem correspondência precisa com a definição proposta por Marcelo Lopes de Souza, ou seja, “é, fundamentalmente, um espaço definido e delimitado por e a partir de relações de poder” (SOUZA, 2006, p. 331). Para definir o que é poder o autor utiliza a ideia de poder enquanto potência de Hannah Arendt, que exemplifica: “a revolta popular contra governantes materialmente fortes pode gerar um poder praticamente irresistível, mesmo quando se renuncia a violência face às forças materiais vastamente superiores”. (ARENDRT, 2003, p. 212) Então, para Hannah Arendt o poder

não é sinônimo de força, mas sim a capacidade transformadora que pode ser expressa na revolta (mesmo que pacífica) dos povos contra governos (mesmo aqueles que se impõe pela força).

Este “poder praticamente irresistível” das revoltas sociais somente se potencializa quando fundado em um projeto utópico igualmente irresistível. E também quando o embate ocorre em determinado território apropriado para o exercício deste poder-potência popular. Qual seria então o território que melhor desenvolve as lutas emancipatórias propícias para o desenlace dos projetos utópicos neste determinado momento histórico? A resposta que se revela sem dúvida é que são as ruas dos grandes centros urbanos.

São exemplo deste fenômeno as grandes manifestações que sacudiram o cenário político e social mundial a partir de 2011, como a “Primavera Árabe”, “Occupy Wall Street”, nos Estados Unidos, e “Los Indignados” ou “Movimento 15M” na Espanha, além da “Revolta da Praça Taskin”, na Turquia, e no caso brasileiro as “Jornadas de Junho”, ocorridas em 2013, onde as ruas e as praças dos grandes centros urbanos constituem não apenas o cenário onde se desenvolve os embates, mas também o território em que se projetam as Novas Utopias.

O estopim das “Jornadas de Junho” foi a manifestação convocada pelo Movimento Passe Livre (MPL), no dia 7 de junho de 2013, contra o aumento da tarifa dos ônibus do transporte público em São Paulo, que contou com a participação de pouco mais de duas mil pessoas, a grande maioria estudantes, e que ganhou destaque nas manchetes dos órgãos da grande imprensa, pela violência com que a polícia militar paulista reprimiu os manifestantes. Já o auge do movimento foi o dia 20 de junho, que mobilizou quase dois milhões de manifestantes em mais de quatrocentas cidades brasileiras. Esta explosão do movimento contestatório pode ser explicada em parte pela chamada “propagação viral” através das redes sociais da Internet e que foram utilizadas em outros protestos.

As “Jornadas de Junho”, em muitos aspectos, não se enquadram aos esquemas teóricos e práticas vinculadas ao utopismo socialista ou comunista, que como se afirmou anteriormente, encontra-se em franca decadência. Mesmo os atores tradicionais que encaçaram os movimentos de massa do século passado, os partidos de esquerda e os sindicatos, têm uma participação restrita nestes novos movimentos. Surgem novos ativistas, que refutam as velhas ideologias que outrora impulsionaram as lutas emancipatórias.

A formulação dos projetos utópicos se dá a partir da reflexão a partir das práticas concretas que igualmente se desenvolvem coletivamente nas ruas e demais espaços comuns, principalmente nas redes sociais informatizadas. Estes movimentos se organizam como espelho que reflete a sociedade utópica almejada: o poder potência é exercido comunitariamente e as decisões são tomadas de forma horizontal, sem a constituição de uma vanguarda dirigente que orienta as ações políticas. A contestação ao sistema econômico e

político dominante é explicitada através de palavras de ordens que revelam uma pluralidade de demandas e reivindicações.

Constituídos majoritariamente por jovens todos os grandes movimentos de massa que marcaram o início da segunda década deste novo século marcam o deslocamento espacial das lutas sociais que no século passado tinham como palco o “chão das fábricas”. A luta pelos direitos trabalhistas dá lugar a centralidade das lutas pela efetivação do direito à cidade, definido por Henri Lefebvre como a “forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar”, bem como o “direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade privada)” (LEFEBVRE, 2008, p. 134).

Descrita o espaço territorial onde se desenvolve as lutas emancipatórias que distinguem as Novas Utopias resta discorrer sobre o papel do Direito na formulação e constituição do pensamento utópico contemporâneo.

A teoria marxista de maneira geral denuncia o caráter ideológico (no seu sentido marxiano) do direito e as algumas correntes tendem a desqualificar totalmente o papel do direito, restringindo-o ao seu papel de legitimação do processo de exploração e dominação de classe. No entanto, como já salientava Eugeny Pasukanis no início do século passado a “natureza ideológica de um conceito não suprime a realidade e a materialidade das relações das quais ele é expressão” (PASUKANIS, 1989, p. 56). Para Pasukanis o direito é reflexo de relações sociais concretas, operadas por sujeitos juridicamente assim definidos, e mesmo que servindo de miragem (na forma proposta pelo autor anteriormente) pela classe dominante, não é apenas uma abstração construída com este fim, pois o direito não é apenas emanção da norma, pois “ou é deduzida diretamente de relações preexistentes, ou, então, representa, quando promulgada como lei estatal, um sintoma do que nos permite prever, como uma certa verossimilhança, o futuro nascimento de relações correspondentes” (PASUKANIS, 1989, P. 57).

Porém, apesar do Direito constituir um fenômeno social concreto é forçoso reconhecer o seu papel normatizado das relações sociais que sustentam o sistema sócio econômico dominante. Neste sentido é que emerge o papel do pensamento utópico, que ao mesmo tempo cumpre a função de favorecer a crítica da realidade e constituir uma forma de ação contra as injustiças. Como afirma atesta João Baptista Herkenhoff:

É a utopia que dá luzes para ver e julgar o Direito vigente na sociedade em que vivemos e para estigmatiza-lo como um Direito que apenas desempenha o papel de regulamentar a opressão; um Direito da desigualdade; um Direito injusto, porque, no processo da produção, privilegia o capital; um Direito que, consagrando essa distorção básica, faz com que dela decorra uma rede de distorções que maculam todos os institutos jurídicos (HERKENHOFF, 2004, p. 17).

Neste contexto a imbricação entre o pensamento utópico hodierno e o Direito reflete as novas relações sociais que emergem neste processo histórico-espacial que marca o início da segunda década deste novo século. Neste cenário é possível vislumbrar a transformação do próprio ordenamento jurídico, em uma correlação de forças que implique no avanço das lutas empreendidas pelos novos atores sociais protagonistas das manifestações que traduzem as atuais ações emancipatórias.

Esta Nova Utopia, diferente do utopismo tradicional (das formas espaciais) e do utopismo dos processos sociais, se aproxima do conceito de Utopia Dialética formulada por David Harvey. Este artigo não tem a pretensão de buscar a sistematização do projeto utópico em curso, pois sua constituição encontra-se em pleno andamento. No entanto, ao situar a rua como território onde se desenvolve a formulação e concretização desta Nova Utopia o que se pretende destacar é a centralidade das práticas cotidianas de homens e mulheres comuns e que buscam se construir como atores de sua própria emancipação. E neste processo a luta pelo Direito, em especial o Direito à Cidade, assume um papel de destaque.

7. Síntese

O utopismo tradicional pode ser definido como toda proposta ideal de organização da sociedade que, por meio de novas condições econômicas, políticas e sociais, se pretende alcançar um estado de satisfação geral. Por sua vez o utopismo do processo temporal não busca definir o projeto utópico em si, mas a forma que ele se pode conquistar a mesma satisfação geral da sociedade.

As Novas Utopias que florescem neste momento histórico, onde os projetos de sociedade em disputa durante o século passado, o capitalismo e o socialismo, passam por uma profunda crise, se aproxima do conceito de utopismo dialético. Onde o projeto utópico é construído concomitante às práticas emancipatórias que se desenvolvem em um território específico, ou seja as ruas e demais espaços comuns existentes nas áreas urbanas. É neste território que o embate entre o projeto rebelde a ser construído e as forças conservadoras será travado até o final.

8. Referências

- ARENDDT, H. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2003.
- CAMPNELLA, T. **A cidade do sol**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- HARVEY, D. **Espaços de esperança**. São Paulo: Edições Loyola, 2009.
- HERKENHOFF, J. B. **Direito e utopia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEFEBVRE, H. **A revolução urbana**. Belo Horizonte: Umanitas, 2008.

_____. **Direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2008.

MANNHEIN, K. **Ideologia e utopia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

MARX, K. ENGELS, F. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Novos Rumos, 1986.

MORE, T. **A Utopia**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

PASUKANIS, E. B. **A teoria do direito e o marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SOUZA, M. L. **A prisão e a ágora**: reflexões em torno da democratização do planejamento e da gestão das cidades. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

STEFANIAK, J. L. **Entre a miragem e a utopia**: a efetividade do direito humano e fundamental à moradia na cidade capitalista. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas). Ponta Grossa: UEPG, 2011.

ENSINO JURÍDICO NA PERSPECTIVA DA LUTA POR RECONHECIMENTO DE DIREITOS DOS JOVENS NO BRASIL: O LUGAR DO OUTRO NO APRENDIZADO

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

Pós-doutorando pela UFSC, sob a orientação da Profa. Dra. Josiane Rose Petry Veronese. Mestre e Doutor em Direito pela UFPR, Professor de Direito Civil e de Fundamentos do Direito e do Estado no UNICURITIBA e de Direito Civil na Escola da Magistratura do Paraná, Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná. <http://lattes.cnpq.br/8673496012113467>. Endereço *on-line*: xikocardozo@msn.com

JOSIANE ROSE PETRY VERONESE

Professora Titular da disciplina Direito da Criança e do Adolescente, da Universidade Federal de Santa Catarina, na graduação e nos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Mestre e Doutora em Direito pela UFSC. Pós-doutorado pela PUC de POA/RS. Coordenadora do NEJUSCA – Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente e sub-coordenadora do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade. Autora de vários livros e artigos na área do Direito da Criança e do Adolescente. <http://lattes.cnpq.br/3761718736777602>. Endereço *on-line*: jpetryve@uol.com.br

Resumo

O presente artigo tem por objetivo fazer uma revisão acerca do ensino jurídico na perspectiva dos direitos dos jovens e de uma luta por reconhecimento de seus direitos, com ênfase na figura do outro na aprendizagem e nas possibilidades de emancipação. Servindo-se de um aporte crítico, a análise se desdobra em três principais aspectos: inicia-se com a reconstrução do papel da universidade e do ensino jurídico; em segundo lugar, preocupa-se em estabelecer uma conexão com o estilo de vida dos jovens estudantes no Brasil e os processos de construção da sua subjetividade e, em terceiro, examina-se a configuração de uma luta por reconhecimento de direitos, baseado no pensamento de Axel Honneth, relacionada ao ensino e à aprendizagem. No final, a análise se volta para as perspectivas de emancipação do ensino jurídico e a efetivação dos direitos dos jovens na realidade brasileira. Em toda análise está pressuposto o objetivo de identificar paradoxos e bloqueios à emancipação dos jovens no ensino jurídico, ao mesmo tempo em que sustenta

a premissa de que no ensino e na aprendizagem do direito está a possibilidade de concretização dos direitos dos jovens, bem como dos direitos de todas as pessoas em sociedade.

Palavras-chave

Ensino jurídico; Direitos dos jovens; Reconhecimento; Emancipação.

Abstract

The article has the objective of making a review of the legal education in the perspective of the young people's rights and a struggle for recognizing of these rights, emphasizing their learning process and their possibilities of emancipation. The analysis unfolds in three aspects: the reconstruction of the role of the university and its legal education; the connection to the students life style and their subjectivity construction processes; and it examines the struggle on recognizing their rights based on Axel Honneth's thought, which relates teaching and learning. Finally, the analysis draws the attention to the emancipation of perspectives on legal education and the rights of young people, in Brazilian's reality. The analysis presumes to identify paradoxes and blockages of the emancipation of young people in legal education, while supportes the premise that it is possible to achieve the rights of young people as well as all people in society through teaching and learning in law higher education.

Key words

Legal education; Rights of young people; Recognition; Emancipation.

1. Introdução

O ensino jurídico no Brasil tem sido objeto de uma severa crise na medida em que não atinge seu singular fim, qual seja o de formar jovens com competência suficiente para atuar no cenário profissional e, em especial, para produzir pesquisa e ciência no direito, restando bloqueadas as possibilidades de sua emancipação.

O presente artigo desenvolve-se em três etapas interligadas, que observam um movimento dialético e crítico, no pressuposto de identificar paradoxos e indicar possibilidades de emancipação dos jovens estudantes de direito mediante o processo educativo.

No pressuposto da configuração da crise do ensino e da aprendizagem do direito no Brasil e de bloqueio de emancipação, a análise se inicia pela reconstrução normativa do ensino jurídico, no propósito de atualizar fundamentos. O paradigma reconstrutivo, tendo por fundamento o pensamento de Axel Honneth, permite estabelecer as premissas de uma pedagogia capaz de fornecer as bases da prática de ensino-aprendizagem no

direito inserida na luta por reconhecimento de direito dos jovens brasileiros, de cunho emancipatório. Ao final, conjuga-se o papel do ensino jurídico e a tarefa de realização dos direitos dos jovens no Brasil.

2. Reconstrução Normativa do Ensino Jurídico

A compreensão do modo como se configura uma crise do ensino jurídico no Brasil exige desdobrar o paradigma reconstutivo em dois momentos: a) o do papel da universidade e do ensino universitário confrontado com a cultura dos jovens na atualidade e b) o do ensino jurídico, em especial no Brasil, associado à especificidade da forma de vida dos jovens estudantes e os respectivos processos de construção da subjetividade. Antes, porém, é necessário indicar as premissas do método de reconstrução, atrelado ao problema do conhecimento.

O método de reconstrução está esboçado por Axel Honneth já no início do livro *Luta por reconhecimento – a gramática dos conflitos sociais* em que ele se propõe reconstruir as linhas do pensamento de Hegel de modo a tratar da distinção das formas de reconhecimento, com potencial para motivação dos conflitos (2009, p. 23-26). Depois de retomado no livro *Sufrimento por indeterminação: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel*, o método de reconstrução é utilizado no livro *El derecho de la libertad – esbozo de una eticidad democrática* (2007), em que Axel Honneth explica que por “reconstrução” deve ser entendida aquela estratégia de reconstrução normativa, que toma em consideração rotinas e organismos sociais imprescindíveis para a estabilização e a prática de valores necessários à reprodução social. Segundo Honneth a reconstrução normativa propicia uma crítica reconstitutiva mediante a qual se torna possível, tomados os próprios padrões de valores assimilados pela vida social, identificar insuficiências e incompletudes, com o potencial desatendimento do desenvolvimento proposto e esperado (2014, p. 9-25). Existe, portanto, um elemento prático no método reconstutivo proposto que, por força do seu potencial crítico, permite identificar obstáculos concretos e mensurar realizações, em meio ao processo de evolução de uma determinada sociedade.

Em torno da articulação do método reconstutivo, no desenvolvimento da teoria crítica da Escola de Frankfurt, Marcos Nobre afirma que, a partir do pensamento de Axel Honneth, ele se qualifica do ponto de vista do social em dois níveis de reconstrução: o primeiro de reconstrução de modelos e paradigmas críticos e o segundo, de aplicação dos resultados obtidos na reconstrução teórica e nas formas de conhecimento. Do ponto de vista geral, de acordo com Marcos Nobre, o esquema reconstutivo engloba três momentos: presentificação, atualização e reatualização; a presentificação liga-se ao que falta à teoria; a atualização requer sistematizar a teoria, com fundamentos renovados; a reatualização se refere ao que na teoria restou esquecido ou emudecido no presente e que necessita de esforço de reconstrução (2013, p. 11-14).

Em relação ao ensino jurídico, o método reconstrutivo serve para identificar os valores da universidade e do ensino universitário, no contexto da cultura jovem e da passagem entre modernidade e pós-modernidade; o método reconstrutivo também serve para identificar obstáculos e paradoxos na relação ensino-aprendizagem, com reflexos no processo emancipatório, e seus efeitos na vida de jovens e no conhecimento jurídico. A reconstrução, em linhas gerais, pode identificar os elementos da crise do ensino jurídico e, na medida do possível, indicar saídas.

2.1. O Papel da Universidade, do Ensino Universitário e a Cultura Jovem

O ensino universitário no tempo histórico da modernidade e da pós-modernidade está situado na encruzilhada de duas relações fundamentais para a estabilização da vida social; de um lado, a relação entre ciência e economia, que justifica os objetivos de progresso social e econômico a partir do modelo da economia de mercado; de outro lado, a relação entre saber e poder, que estabelece a mediação normativa de conflitos e assimetrias na realidade social. Ciência e economia e saber e poder constituem dois recortes de uma relação que, em termos gerais, implica os valores do ensino universitário com a reprodução da vida social. É nesse sentido que o acesso ao ensino universitário promove a abertura para o exercício profissional, a produção de bens e a obtenção de renda, ao mesmo tempo em que confere a habilitação necessária para o exercício do poder.

A relação entre ciência e economia permitiu a instrumentalização social e econômica da técnica, a ciência transformada em tecnociência: o trabalho científico voltado para produzir mercadorias. Em torno dessa questão Marcos Barbosa de Oliveira ressalta que a reforma neoliberal da universidade observada na atualidade, no contexto da globalização econômica, atua para mercantilizar o conhecimento científico por meio do incremento do sistema de patentes e do produtivismo, exigência imposta aos pesquisadores de aumento constante da produção acadêmica (2004, p. 241-266). No decorrer desse processo, de acordo com Jürgen Habermas, alterou-se a relação entre teoria e prática no ensino universitário; se antes não havia uma relação direta entre teoria e habilidades práticas, depois, no mundo da economia capitalista, na passagem do século XVIII para o XIX, ocorre a cientifização de práticas ou de ofícios em que, por exemplo, o ofício da medicina é transformado em um guia para a ação do médico. A máxima de que a universidade detinha uma função formativa, de orientação para a ação, com as exigências da economia industrial, voltou-se para o ensino de práticas profissionais, em que processos de pesquisa estão direcionados para a transformação da técnica em utilidade econômica. A ciência, que se converteu em prática profissional, perdeu a função formativa; com isso, segundo Jürgen Habermas, a teoria que podia se transformar em um poder prático, por meio da formação, hoje, sem se referir à ação dos homens e sua interação cotidiana, converte-se em poder técnico (2014, p. 133-149).

Do poder técnico em que se converteu a teoria deriva o outro eixo da relação do ensino universitário com a vida social ligado à passagem do que Michel Foucault qualifica de tecnologia da disciplina para a tecnologia da regulamentação, que dá ensejo a práticas de biopolítica e de controle de populações. Somente um saber técnico instrumentalizado a partir do conhecimento científico de processos biológicos e orgânicos torna possível uma técnica específica de intervenção política. Para usar a medicina novamente como exemplo, como diz Michel Foucault, o conhecimento médico, como um saber-poder, que incide ao mesmo tempo sobre o corpo e sobre o conjunto da população, sobre o organismo e sobre processos biológicos, permite articular efeitos disciplinares e regulamentadores da vida social (2010, p. 201-222).

Na atualidade, o conjunto de saberes produzido pela universidade constitui uma forma de exercício do poder, que não se manifesta apenas nas estruturas hierarquizadas do aparelho estatal, mas que também organiza e disciplina a vida em sociedade, inclusive o próprio ensino universitário, voltado para incluir pela educação uma massa de jovens, enquanto encolhe o espaço para o desempenho de técnicas profissionais no mercado de trabalho, como ocorre não apenas em países da Europa, como Espanha, Portugal, Itália e Grécia, mas principalmente no Brasil, com efeitos nocivos em termos de frustração e violência.

A tecnociência e a biopolítica alteraram os valores do ensino universitário. Enquanto a tecnociência reduziu o sentido de formação da universidade, a biopolítica reorganizou a educação universitária como agência de regulamentação de profissões ao mesmo tempo em que se reduzem as chances de ingresso no mercado de trabalho cada vez mais restrito e precarizado.

A mudança dos valores no ensino universitário repercutiu efeitos na cultura jovem. Conforme sustenta Piergiorgio Pardo, tomado o século XX, a cultura juvenil se afirmou a partir de um paradoxo; ao mesmo tempo em que se mantém inserida no mundo do consumo pela indústria cultural, assume atitudes de antagonismo ao mundo oficial da sociedade massificada, mediante comportamentos de busca de identidades peculiares, de questionamento de um ponto de vista externo aos sistemas de vida social. Pelo menos na aparência se manifesta uma recusa e uma contraposição ao modo como está organizada a sociedade e o mundo. Assim, Piergiorgio Pardo define o antagonismo juvenil na cultura pós-moderna como uma espécie de cultura (1997, p. 1-42).

A forma como está articulada a cultura de antagonismo juvenil e como ela influencia a vida social depende, em grande medida, dos valores do ensino universitário. Assim, seguindo a perspectiva de Emília Viotti da Costa (2014), se em maio de 1968 os jovens articulavam ideias para mudar o mundo, a transição de uma cultura engajada para uma cultura consumista e conformista, na década dos anos 1990, embora não tenha deixado

de protagonizar protestos juvenis, a exemplo do que ocorreu no Brasil em 2013 (2013), pode estar ligada ao fato de o ensino universitário ter reduzido o valor da formação na educação de jovens em favor de uma prática de aprendizagem voltada para a instrumentalização da ciência, reduzida a técnica produtora de mercadorias para o mercado.

Uma mudança cultural dessa magnitude produz um forte impacto na vida do jovem estudante de direito, que precisa lidar com os valores da Justiça, o que é de fundamental importância para a construção de sua concepção de mundo, bem como de todo um conjunto de elementos que devem nortear a sua vida pessoal, no presente e no futuro.

2.2. *Ensino Jurídico e Forma de Vida dos Jovens no Brasil*

O ensino jurídico não ficou imune às mudanças na relação entre teoria e prática no ensino universitário. No contexto do historicismo, que instaura o direito moderno fixado no tempo pelo trânsito do jusnaturalismo racional ao positivismo, observa-se, segundo José Lamego, a ordenação do direito que se desprende da noção aristotélica de *phronesis* e de toda a tradição da *philosophia practica*; ocorre a transformação da *Juris-prudentia* em *Juris-scientia* que se consuma, de acordo com José Lamego, na segunda metade do século XVIII, com a substituição da ideia de Jurisprudência como *habitus practicus* por uma ordenação do direito mediante representações de um conhecimento científico-teorético; sistematiza-se o que passa a ser denominado “ciência” do Direito. José Lamego identifica no pensamento de Friedrich C. Savigny as bases de um modelo jurídico meta-histórico que permite estabelecer os fundamentos da ciência jurídica alemã formalista e de inspiração kantiana (1990, p. 25-31). Esse modelo científico do direito, que também encontra amparo no pensamento exegético francês do século XVIII, confere a moldura do sistema da *civil law* na cultura ocidental moderna, com reflexos profundos no Brasil.

O pensamento lógico-abstrato da Escola Histórica, de acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr, aprofundou a separação entre teoria e prática no direito (2014). Na medida em que a jurisprudência deixou de constituir uma prática e uma forma de conhecimento, e a ciência do direito assumiu uma metodologia teórica, a universidade passou a ser o centro da produção do saber jurídico. Mas o saber jurídico agora produzido pela universidade está dissociado de uma prática, ao mesmo tempo em que reforça a necessidade de instrumentalização da ciência jurídica na direção de aquisição de técnicas voltadas para o exercício de profissões jurídicas. Esse paradoxo de um ensino da teoria sem a prática, que se reduz a técnica profissional, limita o potencial de inovação e rebaixa a cultura jurídica, ao mesmo tempo em que aumenta o desinteresse do estudante pelo aprendizado.

Um outro paradoxo pode ser identificado na relação entre produção científica e direito, que não deixa de estar correlacionado ao ensino jurídico. Pietro Barcellona afirma que a ciência moderna propunha assegurar ordem no mundo à semelhança do que

ocorre com o mundo natural; a vocação da ciência moderna, é de abertura, de inovação, de antecipação, de neutralização de riscos futuros; contudo, essa vocação acaba bloqueada já que, para ordenar o mundo, a contingência do caso deve ser negada, na medida em que ela carrega o perigo do retorno ao caos e à desordem; o direito refletiu esse paradoxo. Segundo Pietro Barcellona, o direito positivo, que é contingente e arbitrário, pressupõe a inalcançabilidade da justiça como valor objetivo e tenta, ao mesmo tempo, afirmar-se como única justiça possível, como forma de pacificação, como neutralização do novo e da desordem causada pelas decisões inovadoras; diz ele que o direito moderno se quer inovador e mutável mas, ao mesmo tempo, obsta toda a possibilidade da mudança. Assim, de acordo com Pietro Barcellona o direito e a ciência na modernidade tem como pressuposto a inovação, mas os seus próprios fundamentos contemplam os bloqueios que impedem transformações (1998, p. 15-18). A liberdade prometida pela ciência e pelo direito, que deve ser realizada na dinâmica da história, somente se torna efetiva na medida daquilo que já esteja programado e antecipado, ou seja, não há liberdade possível, nos limites impostos pela ciência e pelo direito, o que contraria toda a historicidade de construção do conhecimento e da ciência jurídica.

Pode-se dizer que no ensino do direito se manifestam duas ordens de paradoxos; o primeiro que procura assimilar o direito à técnica mediante o recorte entre teoria e prática; o segundo que afirma o caráter histórico do direito aberto à mudança e à realização do justo, ao mesmo tempo em que bloqueia a concretização da justiça, naquilo que possa colocar em risco a ordem social e jurídica pressuposta na positividade do ordenamento. Os paradoxos que se manifestam no ensino jurídico refletem o modo como articulados ciência e técnica que não deixa, em última instância, de responder à estrutura de pressupostos constituintes da vida social em que está inserido o ensino universitário.

Em torno desses paradoxos se estrutura não apenas um modo de ensino-aprendizagem do direito, mas a própria forma da vida dos jovens no Brasil. A justiça que o ensino do direito articula está bloqueada na realidade social, em especial no contexto de desigualdades da sociedade brasileira.

A forma de vida dos jovens brasileiros está sujeita a esse lógica de promessas de “vida boa” e de obstáculos que se consolida no ensino jurídico pelo distanciamento entre teoria e prática e pela limitação da abertura de possibilidades de ação, uma vez reduzido a ciência jurídica a um conjunto de técnicas e de práticas profissionais.

As promessas irrealizáveis da cultura de consumo que se consolida na sociedade brasileira produz efeitos na construção da subjetividade dos jovens. Soma-se à privação de direitos decorrentes das desigualdades sociais a frustração oriunda da constatação de que a promessa de mudança social apresentada de forma sedutora pelo consumo está efetivamente obstada pelos constrangimentos surgidos das crises da economia de mercado. Nesse contexto, o ensino jurídico atua para consolidar a privação de direitos e frustração

das expectativas de inclusão social na exata medida em que está comprometido com uma relação de ensino-aprendizagem aprisionada na lógica do distanciamento entre teoria e prática, ao mesmo tempo em que se volta para difusão de uma técnica profissional que não encontra espaço no mercado profissional.

A crise do ensino jurídico no Brasil não se revela apenas por uma falta ou uma deficiência; antes ela se objetiva por um excesso, por um compromisso estreito com o paradoxo de promessa de direitos e de bloqueios de acesso a eles. A saída da crise passa pela superação desse paradoxo, de que depende o potencial de emancipação dos jovens.

3. Premissas de uma Pedagogia do Reconhecimento e da Presença do Outro

No contexto de expansão de instituições de ensino superior privadas no Brasil, a grande maioria sujeita-se aos constrangimentos característicos de um modelo de financiamento exclusivamente apoiado em mensalidades, que facilita a redução do trabalho de educação à relação mercantil de consumo, a prática de ensino-aprendizagem no direito não teve grandes dificuldades de adaptar-se a uma perspectiva pedagógica sujeita à lógica de competências. O modelo de ensino por competência, voltado para a ampliação de habilidades técnico-profissionais, ganhou expressão no ensino jurídico em razão da expansão do número de instituições de graduação em direito no Brasil, a partir da década de 1990.

Convém observar que, conforme sustentam Isabelle Bruno, Pierre Clement e Christian Laval, a lógica de competências no ensino universitário ganhou impulso no conjunto de reformas nas universidades europeias a partir da chamada estratégia de Lisboa que, desde 2000, define as políticas de educação nos países da Comunidade Econômica Europeia. Substituiu-se o ideal de construção da cidadania pela educação, dentro de um propósito de formação integral da pessoa, pela premissa de conhecimento inovador e competitivo, em torno de um compromisso com políticas sociais e econômicas neoliberais. A lógica de competências, segundo Isabelle Bruno, Pierre Clemente e Christian Laval, busca substituir a prática de saberes disciplinares e unificar as formas de certificação, de mensuração de produtividade e de comparação de conhecimentos, de modo a permitir o funcionamento de um mercado de educação (2010, p. 108-112). É necessário verificar o quanto o ensino-aprendizagem no direito está comprometido com uma lógica de competências, numa espécie de aprendizagem-mercadoria como diz Michel Foucault, confrontada com o paradigma de formação integral da pessoa e, obviamente, o que resulta desse confronto em termos de emancipação dos jovens. O resultado buscado pode tornar-se mais efetivo se visto à luz de uma perspectiva de luta por reconhecimento de direitos, que coloca ênfase na situação relacional de horizontalidade da presença do outro.

3.1. *Luta por Reconhecimento de Direitos e a Relação Ensino-Aprendizagem no Direito*

De acordo com Ludwig Wittgenstein o saber se fundamenta em uma relação de reconhecimento (2008, p. 318-319). A partir dessa ideia, Axel Honneth sustenta que as relações de reconhecimento são antecedentes necessários ao conhecimento. Segundo Axel Honneth a categoria hegeliana de reconhecimento permite fundamentar a tese de que a relação do homem consigo mesmo e com o mundo passa por uma postura de apoio e de reconhecimento, que precede todas as outras atitudes; nesse sentido, diz ele, com apoio em John Dewey, toda a compreensão racional da realidade está ligada à experiência possibilitada pelo compromisso interessado decorrente de relações de reconhecimento. Uma concepção de mundo baseada na separação sujeito-objeto típica da concepção tradicional de conhecimento aprofunda os danos sobre a prática social na medida em que separa cognição e sentimento, teoria e prática e ciência e arte. Assim, para Axel Honneth o conhecimento implica elementos racionais, volitivos e emocionais de modo que conhecer exige uma atuação relacional entre pessoas e entre pessoas e coisas imersos todos nos elementos situacionais de uma determinada vivência, que não permite separações apriorísticas emocionais, cognitivas e volitivas (2012, p. 37-60). Seguindo o pensamento de Heidegger, as premissas de Axel Honneth permitem afirmar que o conhecimento tem uma componente existencial, em torno de relações de reconhecimento, de pertencimento e de presença no mundo; é preciso lembrar que Wilhelm Dilthey já havia alertado para a historicidade do conhecimento (2010, p. 33-44). A ideia de que sem relação de reconhecimento não se viabiliza o conhecimento, permite a Axel Honneth sustentar que a coisificação do outro se constitui por meio de uma espécie de esquecimento do caráter relacional da vida em sociedade.

Quando Antonio Maria Baggio, no resgate de relações de inteligência fraterna, menciona a instrumentalização fundada na ética da justificação de interesses particulares como obstáculo a formas de diálogo e de encontro com o outro (2009, p. 85-130), respalda a necessidade do compromisso de reconhecimento como possibilidade de superação da fragmentação do conhecimento e das experiências de vida na sociedade contemporânea.

A premissa sustentada por Axel Honneth está de acordo também com o que sustenta Michel Foucault sobre o caráter histórico da relação entre verdade e conhecimento, no confronto entre o pensamento de Aristóteles e Nietzsche, ou, tomado de outro modo, entre formas de conhecimento na antiguidade e na modernidade; se em Aristóteles a verdade antecede o conhecimento, para Nietzsche a verdade é produto do conhecimento, o que instaura o paradoxo da vontade de verdade; a verdade que o conhecimento produz é parcial e, por isso, violenta; a sistematização da ciência depende do jogo da busca da verdade, que se consolida a partir do desejo e do conhecimento (2014, p. 183-200). A

verdade é um produto do desejo de verdade de que resulta a necessidade do conhecimento. Como lembra Vladimir Safatle o desejo encerra a multiplicidade de vozes, “o jogo dos outros”, a informidade que constitui a pessoa (2012, p. 192-214). Logo, o desejo de verdade é antes de tudo abertura para o outro e para relações de reconhecimento de que depende a constituição da pessoa.

Aceita a ideia de que o reconhecimento antecede o conhecimento, é necessário compreender o que constitui a relação de reconhecimento, de modo a estabelecer uma relação última com o ensino-aprendizagem do direito.

Com apoio na psicologia social de Herbert Mead, Axel Honneth atualiza a ideia de luta por reconhecimento de direitos e sustenta que, na evolução da vida social, se desenvolve a consciência humana intersubjetiva, no sentido de que uma pessoa somente pode adquirir uma consciência de si mesma, na medida em que ela perceba sua própria ação da perspectiva de uma outra pessoa. Nas relações de reconhecimento se manifesta uma inversão; ao invés da pessoa e o mundo, manifesta-se a precedência do outro na afirmação da autoconsciência. A partir dessa premissa, Axel Honneth articula três eixos de contextos de luta por reconhecimento: a esfera afetiva, a jurídica e de solidariedade social que, por sua vez, podem dar ensejo a formas de esquecimento da relação de reconhecimento, com repercussão na identidade pessoal, mediante violação, privação de direitos e degradação da pessoa (2009, p. 125-224). Mais recentemente, com base na atualização da *Filosofia do Direito* de Hegel, Axel Honneth indica três esferas de relações de reconhecimento: a esfera institucional das relações pessoais; a esfera institucional da ação na economia de mercado; e a esfera institucional da vida pública e política. O objetivo destas três esferas de reconhecimento é possibilitar formas de realização de liberdade, na realidade socioeconômica contemporânea. Axel Honneth enfatiza o pressuposto de relevo na realidade social de condições iguais de direitos de liberdade e de participação que permitam a convivência democrática nas sociedades contemporâneas (2014, p. 171-446). A ênfase, portanto, neste último aporte de Axel Honneth, como diz Marcos Nobre, recai na reconstrução de liberdade social, que permite um diagnóstico da realidade possível de emancipação no contexto de instituições sociais concretamente existentes (2013, p. 11-54). O caráter psicológico das relações de reconhecimento cede espaço a uma visão de formas de reconhecimento articuladas a partir dos desdobramentos da realidade social. Conforme afirma Ricardo Crissiuma, da ideia de uma experiência do reconhecimento, baseada na estrutura intersubjetiva da identidade pessoal, passa-se para a de relação entre expectativas subjetivas de reconhecimento e discursos de justificação praticados na realidade social (2013, p. 55-81).

Nesse sentido, a relação de ensino-aprendizagem do direito no Brasil, em termos de paradigma reconstrutivo, exige considerar as necessidades efetivas dos jovens de conhecimento e de aprimoramento profissional, confrontadas com a realidade do ensino

universitário, no escopo de identificar possibilidades de emancipação. Desse confronto emerge o conflito em torno da luta de reconhecimento de direitos que o ensino jurídico é chamado a enfrentar na perspectiva do encontro com o outro, tomado como paradigma do caráter relacional da constituição da pessoa humana.

3.2. O Outro na Relação Ensino-Aprendizagem no Direito e o Direito dos Jovens

Na medida em que a relação ensino-aprendizagem no direito envolve o conflito surgido da luta por reconhecimento de direitos, que pode ser situado no confronto que se estabelece entre as necessidades de aprendizagem dos jovens e o discurso de justificação da realidade social, impõe-se verificar o modo como essa questão influencia o equilíbrio entre uma pedagogia de formação para a vida e uma pedagogia de lógica de competências, tendo em vista o objetivo de assegurar possibilidades de emancipação. O enfrentamento da questão posta implica considerar, em um primeiro momento, o problema da configuração do outro na relação ensino aprendizagem do direito, e, na sequência, o dos reflexos em termos de regulação dos direitos da juventude.

No exame da configuração do outro não deve estar em causa apenas uma perspectiva estritamente psicologista, mas o contexto material e, portanto, social da constituição da pessoa, bem como a sua dignidade.

De acordo com essa premissa, é importante destacar que a relação ensino-aprendizagem no direito compreendida pelo paradigma da luta por reconhecimento deve ter em perspectiva uma concepção de ensino que parta da consciência do inacabamento que, como afirma Paulo Freire, leva em conta o fato de que a presença da pessoa no mundo não se faz no isolamento; a pessoa se faz na tensão da presença do outro. É interessante destacar que Paulo Freire se refere a uma presença no mundo da pessoa implicada no reconhecimento da impossibilidade da ausência dela própria na construção da presença (2011, p. 53). A relação de reconhecimento pressupõe bilateralidade; a presença não é sinônimo de passividade; na relação de reconhecimento está pressuposto o compromisso responsável pela construção da relacionalidade na vida social. Assim, a relação de reconhecimento se aproxima da relação fraterna naquilo em que esta última, segundo Antonio Maria Baggio, implica um modo de ser do homem inseparável do outro (2009, p. 85-130).

É necessário ter em conta, todavia, que a relação de reconhecimento que implica a presença do outro, na perspectiva de emancipação, não conduz à afirmação da identidade. De acordo com o que sustenta Vladimir Safatle, deve-se ter em conta um modelo de ação social com exigências amplas de reconhecimento social que não se restrinja à capacidade de reconhecer um nível de alteridade que se deixa pensar a partir da figura de um outro indivíduo, de uma outra identidade individual com seu sistema de interesses; com apoio em Lacan ele defende um modelo de reconhecimento em que a alteridade não é exatamente a presença do outro, mas a resistência de submissão à gramática da norma, no sentido

de abrir novas perspectivas para o humano e para a construção da sociabilidade. Em torno dessa perspectiva gravita a premissa de que não é possível a vida em sociedade senão estiverem garantidas as condições mínimas de reconhecimento do caráter inalienável da condição do sujeito (212, p. 238-244). As relações de reconhecimento, nesse sentido, embora constituintes da individuação ou subjetividade da pessoa, não estão comprometidas com o reforço de identidades individualistas; trata-se de, por meio das relações de reconhecimento, reforçar a abertura da ação social da pessoa no mundo.

Resulta que o outro na relação ensino-aprendizagem no direito não é o estudante na sua individualidade e seus interesses, mas as possibilidades surgidas da relação de reconhecimento entre professor e estudante, de abertura de novas formas de ação no mundo e de renovação na construção da sociabilidade, que implica todo o processo de elaboração da subjetividade.

Assim, quando o art. 2.º, inc. I, do Estatuto da Juventude (Lei n.º 12852/2013) se refere a promoção da autonomia e da emancipação dos jovens, o que está pré-configurado na lei é a abertura de novas perspectivas do humano no mundo e não apenas a repetição mecânica do presente.

4. Perspectiva de Emancipação do Ensino Jurídico e Realização dos Direitos dos Jovens na Realidade Brasileira

O ensino jurídico comprometido com uma pedagogia do reconhecimento, que leva em conta a presença do outro, em termos de efetividade dos direitos dos jovens, assume um caráter emancipatório. Theodor W. Adorno relaciona a ideia de emancipação a esclarecimento tomando o sentido da afirmação de Kant de que esclarecimento é a saída dos homens de sua auto-inculpável minoridade (1995, p. 169-185). A emancipação assume o sentido do processo de formação da vontade pessoal e da pessoa para a vida democrática.

A emancipação pressupõe um ambiente social e cultural aberto ao esclarecimento, capaz de assegurar a construção da subjetividade e o desenvolvimento da pessoa.

Revela-se necessário, a esta altura, estabelecer o quanto o ensino jurídico no Brasil está comprometido com a emancipação e conseqüentemente com a realização dos direitos dos jovens, nos termos do disciplinado no Estatuto da Juventude. Essa tarefa exige retomar o método reconstitutivo voltado agora, com mais especificidade, para a realidade do ensino jurídico no Brasil.

4.1. Reconstrução dos Valores de Formação na Educação Brasileira

A trajetória do ensino do direito na realidade brasileira exige considerar três eixos: a) a dos dilemas da educação no Brasil atual; b) a do papel do ensino de graduação; e c) e a da formação de profissionais do direito.

Ao longo da história do Brasil a preocupação com a educação sempre teve, infelizmente, papel secundário. Apenas para lembrar, nos primeiros 200 anos da história do Brasil foram os jesuítas que se dedicaram a tarefa de educar. Depois, até praticamente o advento da República o país permaneceu sem um sistema articulado de ensino e educação. Em termos de sistematização do ensino e da educação somente no século XX é que se consolida uma estrutura de ensino e educação, em termos de ensino fundamental e secundário. No ensino universitário jurídico, desde o século XIX, já funcionavam no Brasil alguns cursos jurídicos.

De certa forma, esse pano de fundo histórico repercute efeitos na realidade atual em que as carências e deficiências do ensino fundamental se mostram na formação da juventude brasileira. Em termos de ensino fundamental o Brasil ainda permanece enredado em políticas de universalização, mas é inquestionável que existem sérias dificuldades em promover melhorias de qualidade.

O ensino médio, que abre as portas para o ensino universitário, permanece presos a dois dilemas: o de definir focos entre cursos voltados para o acesso ao sistema universitário e cursos de profissionalização, ou de formação para o mercado de trabalho o que, aliás, não chega a ser exclusividade brasileira, já que esse dilema marcou de algum modo a construção de sistemas educacionais na modernidade, dentro de uma modelagem de ensino médio voltado para habilitar os membros das elites ao ingresso na universidade.

O outro dilema em torno do ensino médio no Brasil tem uma particularidade específica da realidade brasileira, que é a dificuldade de ampliar e manter os jovens na escola, em um momento de formação e desenvolvimento da personalidade marcado por decisões com repercussões para o resto da vida.

Conforme assinalam Marília Pontes Sposito e Raquel de Souza, desde 2000 cai o número de jovens matriculados no ensino médio sendo que, em 2011 apenas 51,6% dos jovens entre 15 e 17 anos o estavam cursando. Segundo essas pesquisadoras, deve-se considerar ainda que existe um itinerário de jovens entre 18 e 29 anos que integra o aumento de matrículas no sistema de educação de jovens e adultos (EJA), mas já fora da idade ideal para esse percurso educacional (2013, p. 33-62).

Interfere também na dinâmica do ensino médio a necessidade de muitos jovens ingressarem no mercado de trabalho ao mesmo tempo em que frequentam a escola, sem o tempo necessário para o estudo e a pesquisa, o que pode contribuir para acentuar a desigualdade no interior do sistema educacional, em relação aqueles outros jovens que contam com apoio financeiro da família e podem postergar a entrada no mercado de trabalho, enquanto acessam habilidades em variados processos de aprendizagem. Conforme afirma Otaviano Helene, existem dois processos relacionados a educação que contribuem fortemente para a reprodução da concentração de renda no Brasil: a renda das pessoas

depende fortemente da quantidade e da qualidade da educação formal recebida; a educação de crianças e jovens depende da renda familiar (2013); ou seja, os jovens de famílias de baixa renda não conseguem ter acesso a educação suficiente e de qualidade e correm o risco de reproduzir na vida profissional a pobreza e a miséria, de tal modo que o sistema educacional brasileiro tem reduzido o potencial de inclusão.

O discurso da qualidade de ensino, nesse contexto, para seguir as premissas colocadas por Marília Pontes Sposito e Raquel de Souza não se reduz a questões técnicas ou pedagógicas, embora elas não possam ser descartadas, mas deve, necessariamente, “incluir uma dinâmica política de compromisso da escola com a incorporação do maior contingente de jovens, com uma relação significativa com a escola, em que a escola seja capaz também de incorporar o conhecimento e as necessidades de conhecimento das pessoas que ela acolhe.”(2013, p. 33-62).

Em termos de contextualização, é necessário compreender os objetivos e os valores do ensino universitário no ocidente, na atualidade, de modo a enquadrar a realidade brasileira.

Conforme o já assinalado, na Europa, a estratégia de Lisboa estabeleceu uma nova racionalidade para a universidade, que envolve um conjunto de reformas destinadas a inserir os centros de pesquisas europeias na economia do conhecimento, por meio da competitividade; passou-se a exigir da produção científica uma organização comprometida com a eficiência econômica análoga a das empresas. Como assinala Isabelle Bruno, trata-se de promover uma espécie de capitalismo cognitivo, de reduzir os impactos das externalidades e de agenciar as esferas não mercantis em um processo competitivo típico dos mercados. Busca-se orientar o conhecimento para a competitividade na aplicação do saber mais do que para a compreensão de fenômenos. (2008). Também nos Estados Unidos, segundo Christopher Newfield, o ensino universitário se volta para o objetivo de retornos para os mercados, de lançamento de novos produtos, de incremento de licenças ou de aumento do valor de patentes (2008).

Em alguma medida, esboça-se no Brasil, com leis sobre inovação tecnológica, um quadro semelhante ao que ocorre na Europa e no EUA.

Nesse contexto, é preciso considerar que o Brasil em meados dos anos 2000 ostentava uma das mais baixas taxas de matrícula no ensino universitário na América do Sul de 26% a 30% perdendo, inclusive, para o Paraguai (2013, p. 10).

Tem-se então que o estudante de direito, principalmente o de família de baixa renda, que supera as dificuldades do ensino fundamental e do ensino médio e chega a graduação no Brasil, venceu muitas etapas, mas pode não ter assegurado igual consideração e respeito, em termos de luta por reconhecimento de direitos.

4.2. *Ensino Jurídico e Premissas de Emancipação*

A graduação em direito coloca ênfase na relação entre teoria e prática. O modo como essa relação se estabelece influencia o processo de formação do estudante de direito.

Não é possível uma ação no mundo sem teoria. Não é o caso de sustentar o ensino meramente conceitual no direito sem relacioná-lo com uma prática de solução de problemas jurídicos, na perspectiva da vida concreta. É necessário superar a separação rígida que se operou entre teoria e prática. Deve-se compreender a relação entre o universal do conceito e a particularidade do caso; contrapor formalismo e conteúdo; estabelecer o percurso entre abstração e realidade; o ideal do conceito e o material da vida. Platão como se sabe não tinha muito apreço pelos artistas porque ele dizia que os pintores, por exemplo, estavam longe da essência das ideias; em um exemplo, Platão afirmava que o carpinteiro que dominava a ideia de uma cadeira passava a construí-la; o pintor, vendo a cadeira, tentava reproduzi-la na pintura; o pintor, portanto, estava duplamente afastado da essência da ideia de cadeira. Ainda que este exemplo esteja carregado pelo idealismo de Platão, ele serve para mostrar o trajeto entre o pensamento do conceito e a realidade e o que se interpõe entre um e outro. A partir do conceito e da norma pode-se ver a realidade reduzida à ficção; a realidade sem o conceito, sem a teoria aparece para nós enfeitada pelo mito e pelas crenças. No ensino e na aprendizagem do direito é preciso **elaborar** uma passagem entre a teoria e a realidade, a lei e o caso; e nisso reside toda a riqueza da exemplaridade da interpretação, que é única para cada caso, ao mesmo tempo em que enriquece de sentido o conceito e o texto legal.

No momento em que a imagem satura vivências, uma outra dificuldade se interpõe no estudo e na aprendizagem do direito; a superficialidade da imagem pode comprometer a capacidade de imaginar uma passagem clara e objetiva entre lei e caso, conceito e realidade.

Vilém Flusser sustenta que o mundo digital, o mundo da imagem, propõe uma nova forma de conhecer e de compreender o mundo; ele diz que se passa da forma de conhecer pela escrita e pela leitura, ou seja o pensamento em linha, para uma forma de representação do mundo por meio das imagens, ou seja para o pensamento em superfície, Nas suas palavras,

[...] nossa civilização coloca a nossa disposição dois tipos de mídia. Aquelas tidas como ficção linear (como livros e publicações científicas) e outras chamadas de ficção em superfície (como filmes, imagens de TV e ilustrações). O primeiro tipo de mídia pode fazer a interface entre nós e os fatos de maneira clara, objetiva, consciente, isto é, conceitual, apesar de ser relativamente restrito a sua mensagem. O segundo tipo pode fazer essa mediação de maneira ambivalente, subjetiva, inconsciente, ou seja, imagética, mas é relativamente rica na sua mensagem. Podemos participar

dos dois tipos de mídia, mas o segundo tipo requer, para isso, que primeiramente aprendamos a usar suas técnicas. Isso explica a divisão de nossa sociedade em uma cultura de massa (aqueles que participam quase exclusivamente da ficção em superfície) e uma cultura de elite (os que participam quase exclusivamente da ficção linear). (2007, p. 115-116)

Há uma divisão que se acelera e que contrapõe uma cultura letrada, de escrita e leitura, e uma outra cultura de imagens. Pode-se estar então no limiar de uma nova forma de analfabetismo: apreende-se mal a cultura da leitura e da escrita, enquanto domina a ficção do mundo das imagens. Essa situação é particularmente importante para o ensino do direito, construído na cultura da leitura e da escrita, e que precisa assimilar a cultura do mundo das imagens. A saída desse impasse, na realidade do processo eletrônico, pode ser a proposta do próprio Vilém Flusser, de assimilação criativa do mundo das imagens de modo a, no caso do direito, propiciar abertura para novas formas de conhecimento e de tutela de direitos.

Deve-se ter o cuidado, contudo, para a imagem não substituir a realidade do fato e, com isso, inviabilizar a elaboração da passagem da teoria para a realidade e da lei para o caso. Surge daí um outro risco: o de cair numa nova forma de idealismo dualista: de um lado a abstração do conceito e a positividade da lei e, de outro, uma realidade que aparece para nós de forma completa e acabada, apenas na forma da imagem.

Para além da imagem, é necessário resgatar a capacidade de imaginação. É preciso incentivar a criatividade no processo de ensino e aprendizagem; talvez não esteja em causa apenas uma forma de conhecimento cognitivo, de domínio de teoria e de técnicas, mas de formas de apropriação não cognitivas do conhecimento traduzidas em comportamentos na vida social e formas de enfrentamento e resolução de problemas. Como apurado pelo Centro para Pesquisa Educacional e Inovação da OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico -, as habilidades não cognitivas podem ser tão importantes quanto as cognitivas para os resultados educacionais (2015).

No direito tal fato poderia significar a capacidade de mediar conflitos, de apoiar famílias em processo de divórcio e separação, de ouvir crianças em situação de risco social, dominar conceitos e práticas econômicas, trabalhos e vivências comunitárias, habilidades indispensáveis ao advogado, juiz ou promotor do Século XXI. E ainda, a forma e o modo como este ator social do direito relaciona-se com outros atores sociais, também envolvidos multidisciplinarmente na demanda e/ou sua solução.

Se de fato o propósito emancipatório deve renovar o ensino jurídico unindo conhecimento cognitivo e não cognitivo, não se pode apresentar ao estudante uma realidade simplificada e superficial que possa dar suporte a visões pessoais de mundo, às vezes contaminadas por preconceitos e fetiches. É preciso buscar uma forma de ensinar o

mundo na sua complexidade, nos seus matizes, nas suas discrepâncias, incongruências e paradoxos e tudo o que preenche de sentido a ação do homem na vida social. Como afirma Josiane Rose Petry Veronese impõe-se ensinar o direito de um modo novo mediante um paradigma fraterno, na esteira do disposto no art. 2.º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei n.º 9394/1996 - (2011, p. 109-132). Somente com essa riqueza será possível ao estudante de direito compreender verdadeiramente o real, a realidade e o caso e, desse modo, elaborar a solução jurídica do problema. Pode ser o caso então de sobrepor ao ensino da teoria e da positividade da lei, a compreensão da realidade e do fático e sua importância na constituição do ordenamento jurídico.

Também é necessário compreender, como lembram Alfredo Bullard e Ana C. Maclean, que a globalização permitiu maior interação entre estudiosos do direito de diversos lugares, ao mesmo tempo em que cobra do profissional do direito ampliação de horizontes para entender a relação entre institutos jurídicos e a tecnologia envolvida nas mais diversas atividades sociais e econômicas (2003, p. 169-188).

Todas essas necessidades reclamam um ensino do direito que não se restringe a transmitir conteúdos de conhecimento acumulado, de compartimentação de disciplinas, mas que seja capaz de propiciar a abertura para que o estudante seja capaz de reflexão e de reconstruir o conhecimento; uma visão de transversalidade do conhecimento, na linha do sugerido por Regina Leite Garcia e Nilda Alves, de compreensão da realidade como totalidade (2008, p. 65-89); por esse caminho, ativa-se o processo de emancipação do estudante, em face das armadilhas dos processos de instrumentalização social e econômica.

5. Conclusões

O percurso da reflexão, articulado por uma metodologia de reconstrução, buscou reatualizar os valores da universidade e do ensino universitário consolidados na modernidade em torno da relação entre ciência e economia e entre saber e poder. A reatualização fez emergir um modelo de conhecimento, no atual contexto da pós-modernidade, comprometido com a tecnociência e com estratégias de biopolítica, que reduzem o papel de formação da universidade e limitam horizontes de formas de vida dos jovens, inclusive dos estudantes de direito, com repercussão na evolução da sociabilidade.

Na realidade brasileira, a assimilação na relação ensino-aprendizagem do modelo de conhecimento pós-moderno e os bloqueios às mudanças prometidas pela ordem jurídica limitam a abertura de possibilidades de ação no mundo, com a consequente manutenção de assimetrias e desigualdades, em prejuízo da construção da subjetividade dos jovens.

Mostra-se relevante, nesse contexto, uma virada paradigmática, nos termos de uma relação ensino-aprendizagem no direito sustentada pela premissa de luta por

reconhecimento de direitos, capaz de assimilar as necessidades efetivas dos jovens de conhecimento e de aprimoramento profissional, mediada pela presença do outro, que não se resume à consideração da individualidade do estudante e seus interesses, mas que diz respeito às possibilidades surgidas da relação de reconhecimento e da consequente abertura de novas formas de ação no mundo.

Em termos de síntese conclusiva, tomada a realidade brasileira e o disposto no art. 2.º do Estatuto da Juventude (Lei n.º 12852/2013), o propósito de promoção da autonomia e da emancipação dos jovens estudantes de direito encontra apoio em uma pedagogia do reconhecimento, que pressupõe a presença fraterna do outro, e que seja capaz de renovar e reconstruir o conhecimento jurídico. Por esse caminho, será possível pensar o novo no direito e no mundo e dar efetividade aos direitos dos jovens e aos direitos de todas as pessoas que, especialmente no Brasil, tenham sede de justiça.

6. Referências

- ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1995.
- BAGGIO, Antonio Maria. A inteligência fraterna – democracia e participação na era dos fragmentos. In BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido** – exigências, recursos e definições da fraternidade na política. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2009.
- BARCELLONA, Pietro. **Il declino dello stato** - riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno. Bari: Edizioni Dedalo, 1998.
- BRUNO, Isabelle; CLÉMENT, Pierre; LAVAL, Christian. **La grande mutation: néolibéralisme et éducation en europe**. Paris: Editions Sylapse, 2010.
- BRUNO, Isabelle. **A vos marques prêts...chercherz** - La estratíe européenne de Lisbonne, vers un marché de la recherche. Broissieux: Éditions du croquant, 2008.
- BULLARD, Alfredo; MACLEAN, Ana C. La enseñanza del derecho: cofradía o archicofradía. In BULLARD, Alfredo et Alii. **El derecho como objeto e instrumento de transformación**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- COSTA, Emília Viotti da. **A dialética invertida e outros ensaios**. São Paulo: Editora Unesp. 2014.
- CRISSIUMA, Trocando o jovem pelo velho – Axel Honneth leitor de Hegel. In: MELO, Rúrion (Coord). **A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça**. São Paulo, Editora Saraiva, 2013.
- DILTHEY, Wilhelm. **Filosofia da educação**. São Paulo: Editora Edusp, 2010.

- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **O direito**, entre o futuro e o passado. São Paulo: Editora Noeses, 2012.
- FLUSSER, Vilém. **O mundo codificado**. São Paulo: Editora Cosac Naify, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.
- _____. **Aulas sobre a vontade de saber**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 43.^a ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2011.
- GARCIA, Regina Leite; ALVES, Nilda. Atravessando fronteiras e descobrindo (mais uma vez) a complexidade do mundo. In: GARCIA, Regina Leite; ALVES, Nilda (Org.). **O sentido da escola**. 5.^a ed., Petrópolis: DP et Alii Editora, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Trad. Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 133-149.
- HELENE, Otávio. **Um diagnóstico da educação brasileira – e de seu financiamento**: São Paulo: Editora Autores Associados, 2013.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática dos conflitos sociais**. 2.^a ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.
- _____. **Sofrimento por indeterminação: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel**. Trad. Rúrion Melo. São Paulo: Editora Singular, 2007.
- _____. **El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática**. Trad. Graciela Calderón. Madrid: Katz Editores, 2014.
- _____. **Reificación – un estudio en la teoría del reconocimiento**. Madrid: Katz Editores, 2012.
- LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990.
- NEWFIELD, Christopher. **Unmaking the public university the forty year assault on the middle class**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- NOBRE, Marcos. Reconstrução em dois níveis: um aspecto do modelo crítico de Axel Honneth. In: MELO, Rúrion (Coord). **A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça**. São Paulo, Editora Saraiva, 2013.
- OECD. **Skills for Social Progress: The power of social and emotional skills**, OECD Skills Studies, OECD Publishing, Paris, 2015.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Jovens, protestos e os paradoxos da democracia brasileira: privação de direitos, crise de representação política e incivilidade. In: LEAY, Anthony (Org.) **Diálogos impertinentes – protestos**. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2013.

- OLIVEIRA, Marcos Barbosa. Desmercantilizar a tecnociência. In SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Conhecimento prudente para uma vida decente**- um discurso sobre as ciências revisitado. São Paulo: Cortez Editora, 2004.
- PARDO, Piergiorgio. **Conoscere le controculture giovanili**: le avanguardie d un mondo alternativo. Milão: Xenia Edizioni, 1997.
- SAFATLE, Vladimir. **Grande hotel abismo** – por uma reconstrução da teoria do reconhecimento. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.
- SPOSITO, Marília Pontes; SOUZA, Raquel de. Desafios da reflexão sociológica para análise do ensino médio no Brasil. In KRAWCZYK, Nora (Org.) **Sociologia do ensino médio** – crítica ao economicismo na política educacional. São Paulo: Editora Cortez, 2014.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. A academia e a fraternidade: um novo paradigma na formação dos operadores do direito. In VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (Org.) **Direitos na pós-modernidade**: a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones filosóficas**. Barcelona: Editorial Crítica, 2008.

LEI NATURAL, LEI POSITIVA E OS TUPINAMBÁS NOS *ENSAIOS* DE MICHEL MONTAIGNE

DANIEL MACHADO GOMES

Doutor em Filosofia pelo IFCS, da UFRJ (2015). Mestre em Ciências Jurídico Civílicas pela Universidade de Coimbra, Portugal (2003). Bacharel em Direito pela UCP (1999). Desenvolve pesquisas na área de Direitos Humanos e Filosofia do Direito, com ênfase no pensamento de Jacques Derrida. É líder do grupo de pesquisa Lei, Justiça e Direitos Humanos no qual coordena o projeto Direito à Cidade e Direitos Humanos em Petrópolis. É professor do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito da UCP (Mestrado), atuando na linha Fundamentos da Justiça e dos Direitos Humanos. Leciona na Graduação em Direito desde 2000, tendo ministrado as disciplinas de Filosofia do Direito, Direito Civil e Metodologia da Pesquisa. Foi Coordenador Geral de Pesquisa e Publicações do Centro de Ciências Jurídicas da UCP. Atualmente é Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos e Mediação da UCP.

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de apresentar a visão do filósofo renascentista Michel de Montaigne sobre a lei natural e a lei positiva na obra *Os Ensaios* em que os tupinambás servem de recurso estilístico para o autor expor suas ideias sobre a natureza. No livro, Montaigne dedica um capítulo aos índios brasileiros para demonstrar o afastamento dos europeus em relação à lei naturais e também a impossibilidade de os civilizados acessarem racionalmente a natureza. Como consequência, Montaigne entende que a lei positiva é autorreferente, um mero produto da arte caracterizado pelo “fundamento místico da autoridade das leis”, expressão que indica a inviabilidade de fundamentação transcendente para as normas jurídicas.

Palavras-chave

Lei natural; Lei positiva; Fundamento místico.

Abstract

This article aims to present the vision of the Renaissance philosopher Michel de Montaigne about natural law and positive law in the work *The Essays* where the Tupinambás serve as stylistic resource for the author to expose his ideas about nature. In the book, Montaigne devotes a chapter to the Brazilian Indians in order to demonstrate

the Europeans distante in relation to natural law and also the impossibility of civilized people to access natural laws. As a result, Montaigne understands that positive law is self-referential, a mere product of art characterized by “mystical foundation of the laws authority,” a term that indicates the impossibility of transcendent foundation for the laws.

Key words

Natural law; Positive law; Mystical foundation.

1. Introdução

No capítulo *Dos Canibais*, dos *Ensaíos* Michel de Montaigne se debruça sobre os costumes dos tupinambás para indicar que os índios brasileiros estão mais próximos da lei natural do que os europeus-civilizados que a teriam perdido para sempre. Montaigne aproveitou a recém-descoberta do Novo Mundo no século XVI para questionar a cultura europeia e discutir a relação entre direito positivo e direito natural. Trata-se de uma maneira peculiar de abordar a questão da fundamentação das leis, um tema que ainda hoje não encontra uma resposta apodítica dos autores. Neste sentido, é importante conhecer as contribuições de Montaigne sobretudo por se tratar de um autor cujas ideias não são normalmente estudadas nos manuais de Filosofia do Direito. Assim, o presente texto apresenta uma perspectiva original sobre velhas questões que ainda ocupam quem se dedica a investigar problemas filosóficos em torno da lei e da justiça.

Nas páginas que seguem, este texto indicará como Montaigne se posiciona em relação à oposição natureza/arte e como ele introduz o debate acerca da lei natural através de considerações sobre os tupinambás. Nos *Ensaíos*, natureza e arte se articulam inicialmente por oposição, mas depois passam a se contaminar mutuamente, levando a questão para a maior ou menor aproximação ao natural. Montaigne considerou que a natureza é dependente da arte pela necessidade de um discurso organizado pela retórica, o que torna inviável compreendermos a natureza em si. Paradoxalmente, nos *Ensaíos* se afirma que sempre seguimos a natureza mesmo sem compreendê-la, pois Montaigne a caracteriza como a inconstância que se reflete em tudo inclusive no Direito e nas leis positivas.

Diante deste quadro que supõem a inviabilidade de conhecimento da lei natural, o artigo se encerra com a análise do *fundamento místico da autoridade das leis*, expressão usada por Montaigne em *Da Experiência*, último capítulo de seu livro, para atestar a falta de relação das normas positivas com as leis naturais. A noção de *fundamento místico* está entre as maiores contribuições de Montaigne para a Filosofia do Direito porque questiona nossa compreensão do direito natural, delimitando o Direito no campo da arte (técnica).

Para as citações do texto original dos *Ensaíos*, o trabalho se vale da edição de Pierre Villey, conforme o texto do exemplar de Bordeaux, ainda hoje considerada uma edição

de referência. Nas citações que estão no corpo do texto foi utilizada a tradução para o português, realizada por Rosemary Costhek Abílio, a partir da edição de Villey. A versão brasileira da obra está publicada em três volumes - um para cada livro dos *Ensaaios* - pela editora Martins Fontes. Assim, nas citações do *Ensaaios*, deve-se considerar que o primeiro número em algarismos romanos indica o livro, o segundo número romano indica o capítulo e o terceiro número, em algarismos arábicos, aponta a página, seja da edição original francesa, seja da tradução brasileira, conforme o caso.

2. O Direito e os Índios Tupinambás nos *Ensaaios*

Nos *Ensaaios* de Michel de Montaigne, o Direito apresenta uma dupla importância: contribui para moldar os modos de investigação do autor e também é objeto de reflexão em diversos trechos da obra. Durante anos Montaigne atuou como magistrado junto à Câmara de Inquiridos do Parlamento de Bordeaux, tendo sido relator de 44 processos nos quais ordenou informações, redigiu resumos e prolatou decisões apoiadas na jurisprudência. Mais tarde Montaigne abandonou a magistratura, aderindo à fórmula de Sêneca “*Otium cum litteris*¹ que resultou nos *Ensaaios*, a primeira obra em língua francesa a exprimir um pensamento filosófico original, conforme aponta Hugo Friedrich (1968, p. 33). O método de elaboração dos *Ensaaios* deve muito à experiência de Montaigne na magistratura pois o ensaio se aproxima da prolação de uma sentença judicial baseada na tradição, na letra da lei e nos comentários dos juriconsultos, segundo os estudos do francês André Tournon (2000, p.198, 199).

No capítulo *Dos Canibais*, Montaigne teceu diversas considerações sobre o direito natural e o direito positivo, tendo como pano de fundo a discussão sobre a adequação do canibalismo às leis naturais. Este ensaio começa com o relato da perturbadora constatação do rei grego Pirro que, ao entrar na Itália, percebe que a disposição do exército romano não era nem um pouco bárbara. Apesar de os gregos considerarem os estrangeiros bárbaros, Pirro encontra mais identificação do que diferença nos romanos. Após narrar o que ocorreu com Pirro, Montaigne passa a relatar os costumes dos selvagens brasileiros que praticam o canibalismo que gera repúdio e estranhamento aos franceses. Entretanto, assim como aconteceu com Pirro, Montaigne identifica-se mais com os tupinambás do que com os europeus, constatando que os índios cumprem melhor o ideal de perfeição dos civilizados do que os próprios brancos. Para Montaigne, os índios se conservam na pureza original das leis naturais que nós “civilizados” perdemos para sempre, pois no estado dos tupinambás mantém-se o acesso direto às leis da natureza anterior à corrupção pela arte.

1 Sabe-se que a célebre *retraite montaigniana* não foi exatamente uma retirada da vida pública, mas um projeto particular com relação a esta. Além disso, o ensaísta já havia atingido aquele que talvez fosse o objetivo pessoal principal de sua função pública: consolidar sua posição no seio da nobreza francesa.

Marc Blanchard (1990, p. 111) divide as interpretações sobre o capítulo *Dos Canibais* em dois grupos. O primeiro enxerga as preocupações do homem moderno com a descoberta do Novo Mundo que leva ao reexame dos valores europeus. O segundo grupo entende que o ensaio se refere aos fundamentos do conhecimento e da experiência, além de reexaminar a cultura europeia. Blanchard insere na primeira corrente a obra do historiador Géalde Nakam e na segunda o trabalho de Tzvetan Todorov que entende que Montaigne utiliza os tupinambás num sentido metafórico para discutir questões filosóficas ligadas à alteridade², questionando os costumes europeus. A argumentação de Montaigne no capítulo sobre os índios serve para demarcar a inviabilidade epistemológica do conhecimento da lei natural por nós humanos, além de criticar nossas leis.

No começo de *Dos Canibais*, Montaigne faz uma reconstituição literária que idealiza o tupinambá como homem impassível, corajoso, senhor de si, aquele que não teme sequer a morte pela honra, verdadeiro sábio, um Sócrates. No entanto, ao longo do capítulo, a oposição selvagem/civilizado vai sendo corrompida pelo autor porque a interseção entre os dois termos antagônicos gera uma contaminação que resulta no “tupinambá-civilizado” e no “europeu-selvagem”. A mistura entre civilização e barbárie está presente desde o início do ensaio *Dos Canibais* que não deve ser lido apenas como um estudo etnológico apesar de estar baseado em dados da etnografia tupinambá. Assim, Montaigne usa o tupinambá como uma imagem que traduz a impossibilidade de nós civilizados acessarmos a lei natural.

Claude Lévi-Strauss (1993, p. 192) entende que tanto a nossa cultura quanto a cultura tupinambá são incomensuráveis para Montaigne e, por isso mesmo, o ensaísta oferece ao leitor um resumo bastante documentado da etnografia tupinambá. Lévi-Strauss ressalta que Montaigne se abstém de julgar costumes e crenças tupinambás que tinham tudo para chocar almas cristãs. Montaigne não julga os costumes indígenas exceto para notar que certos usos tupinambás são menos revoltantes do que os nossos, como a crueldade das guerras de religião na França. Montaigne contrapõe estas guerras ao canibalismo e demonstra que o ato canibal expressava a valentia na guerra, superioridade em face do inimigo, sendo menos reprovável do que a tortura e extermínio em nome do cristianismo. Desta forma, Montaigne denuncia o que existe de bárbaro nos europeus civilizados e também o que há de civilizado nos tupinambás bárbaros.

Apesar de os canibais serem apresentados nos *Ensaaios* como o reflexo mais próximo das leis da natureza, o próprio Montaigne afirma que não viu a sociedade tupinambá e que suas observações se baseiam nos relatos de uma testemunha, bem como num breve

2 Em *A Descoberta da América*, Todorov explorou extensamente as possibilidades de utilizar o Novo Mundo para representar a ideia de alteridade com suas mais diversas implicações. Todorov (2011, p.3) busca questionar em que medida o outro é diferente do eu: “podem-se descobrir os outros em si mesmo, e perceber que não se é uma substância homogênea, e radicalmente diferente de tudo o que não é si mesmo; eu é um outro. Mas cada um dos outros é um eu também, sujeito como eu”.

encontro com dois canibais exilados que foram traduzidos por um intérprete inconfiável. Para Terence Cave (2002, p. 302), considerando o conjunto das observações sobre as quais Montaigne estrutura o seu ensaio sobre os canibais, o capítulo deve ser lido como uma instância da literatura de viagens lendárias.

De modo paradoxal com as ideias expostas inicialmente, Montaigne chega a afirmar que os índios também se encontram na ordem da arte³, já que o canibalismo assume um sentido ritual na cultura tupinambá. Deste modo, somos levados à questão da maior ou menor aproximação à natureza pois os tupinambás não estão num plano puramente natural, confirmando que selvagens e civilizados têm mais em comum do que diferenças entre si. Desta maneira, a imagem do selvagem como um homem *avant la chute* em contato direto com a natureza caracteriza um expediente para estabelecer um contraponto com os europeus.

Telma Birchall (2007, p.107) explica que através dos canibais Montaigne pretende expor a barbárie presente na cultura dos europeus que passa despercebida aos olhos civilizados. Nesta mesma linha, Lévi-Strauss (1993, p. 190) lembra que Montaigne sublinha diferenças e semelhanças entre o Novo e Velho Mundo⁴, colocando a identidade e a contradição no mesmo plano como se tanto fizesse que os costumes de povos exóticos fossem iguais ou diferentes dos nossos porque por toda parte costumes e crenças são arbitrários. Assim, em maior ou menor grau, o homem está sempre inscrito na ordem da arte por lhe ser interdito o acesso direto à natureza pura, e Montaigne reconhece que a ruína dos indígenas já deva estar bem avançada devido ao contato com os europeus.

O capítulo *Dos Canibais* usa a descoberta do Novo Mundo para denunciar nosso afastamento das leis naturais, a causa última do “fundamento místico” que aparece em *Da Experiência*, o último capítulo dos *Ensaíos*. Quando Montaigne afirma que as leis naturais ainda governam os canibais, ele visa demonstrar que os europeus estão completamente apartados da lei natural. No fundo, Montaigne indica que a cultura tupinambá não é tão diferente da nossa, sendo até mais civilizada em alguns aspectos, pois a cultura europeia se caracteriza por práticas bárbaras de extrema crueldade como no caso das guerras religiosas francesas⁵.

3 A respeito das divergências interpretativas sobre o sentido do capítulo *Dos Canibais*, ver *The Cannibal Virtue*, de Celso Azar Filho, publicado em *Revelations of Character: Ethos, Rhetoric and Moral Philosophy in Montaigne*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2007.

4 Nos *Ensaíos* o Novo Mundo é abordado de frente em três capítulos: *Dos Canibais* (I, XXX), *Dos Coches* (III, VI) e numa passagem da *Apologia de Raymond Sebond* (II, XII). Lévi-Strauss (1993, p. 193) considera que, de todos capítulos em que o Novo Mundo é enfocado nos *Ensaíos*, a *Apologia de Raymond Sebond* é aquele em que Montaigne utiliza dados etnográficos de modo mais radical, pois nele o ensaísta não analisa costumes e crenças para legitimá-los ou relativizá-los, mas serve-se deles para instruir o processo da própria razão.

5 O tema das guerras de religião aparece em diversas manifestações da cultura francesa renascentista. Dentre os autores daquela época que melhor retrata a situação está Agrippa D'Aubigné, conforme se lê

3. Arte, Natureza e Lei

A articulação entre natureza e arte aparece inicialmente sob a forma de uma oposição em *Dos Canibais* pois a arte pode ser definida como o que não é natural ou aquilo que é acrescentado à natureza⁶. Logo a natureza tende a ser valorada positivamente ao contrário da arte, no entanto Montaigne procura demonstrar a inevitabilidade da contaminação de um termo pelo outro. Ele não se detém na mera dualidade natureza/arte já que a aproximação ao natural depende de um discurso organizado.

De acordo com André Scolarick (2008, p. 9-11), o vocábulo arte é empregado nos *Ensaio*s com o sentido aristotélico de técnica (*tékne*) para indicar um saber verdadeiro de nexos universais entre causas e efeitos. Além disso, há influência da polêmica conhecida como “*Querela das Artes*” que se desenrolou em torno da maior dignidade do Direito ou da Medicina, no século XV. Para Scolarick (idem, p.9), Montaigne censura não apenas a pretensão de ciência do Direito, mas sobretudo o intento de constituí-lo como arte⁷ – grande projeto do humanismo jurídico⁸. Segundo Montaigne, a Ética e as condutas individuais não devem se pautar por leis universais ou prescrições de uma arte, mas sim pelo conhecimento de si na irredutível singularidade do sujeito. Scolarick (idem, p. 11 e 12) enxerga uma crítica às artes em Montaigne pela recusa à pretensão normativa das técnicas sobre as condutas, assinalando-se uma fronteira que separa a arte (técnica) da Ética⁹

na obra *Les Tragiques*: “Ô France désolé! Ô terre sanguinaire, Non Pas terre, mais cendre! Ô mère, si c'est mère Que trahir ses enfants aux douceurs de son sein Et quand on les meurtrit les serrer de sa main!

- 6 A natureza no seu estado puro manifesta o desejo divino que é sinônimo de Deus, nos indivíduos ela é o ser verdadeiro ao qual se pode chegar eliminando erros de autopercepção (Cave, 2002, p.300).
- 7 Michel Villey (2007, p. 30-31) aponta que na República romana, por volta da época ciceroniana, empreendeu-se conferir ao Direito a forma de “arte”. A obra de Cícero *De Oratore*, I, 188 e ss versa sobre a formação e os conhecimentos jurídicos do bom orador. Trata-se de influência grega pois os gregos haviam criado “artes” em outras áreas, como a música, a gramática, a geometria sob a dependência de um pequeno número de princípios. Posteriormente, os humanistas franceses retomam o projeto de sistematização do direito romano - *jus in artem redigere* -, baseando-se na crença da racionalidade do Direito.
- 8 Alberto de Barros (2010 p.10-16) explica que o humanismo jurídico francês no século XVI – *mos gallicus* – desenvolveu um método de ensino jurídico, baseado na crítica filológica e histórica da compilação de Justiniano, cujo objetivo era restaurar o autêntico direito romano, sob a influência do projeto ciceroniano de *jus in artem redigere*. Buscava-se, com isso, aplicar ao Direito o esforço humanista na recuperação das artes antigas, a fim de retomar a proposta de Cícero que pretendia expor o direito romano como uma arte, ou seja, numa ordem simples e racional. O *mos gallicus* surgiu na esteira dos estudos que vinham sendo desenvolvidos desde o século XIV, na Itália, sob o nome de *mos italicus*. Foi na França que a aplicação do instrumental humanista ao Direito ganhou dimensões de um verdadeiro movimento.
- 9 Scolarick (2008, p.14) aproxima a obra de Montaigne da perspectiva aristotélica, já que Aristóteles atacou de maneira incisiva a ética intelectualista socrática, sustentando no último capítulo livro VI, da *Ética a Nicômaco* que a virtude moral não é apenas intelectual, mas desiderativa. Assim, não basta conhecer o bem, mas é preciso desejar agir de tal modo: “É Aristóteles que ensina a Montaigne o papel do hábito e da dimensão desiderativa na formação da compleição moral dos indivíduos ... O limite desta aproximação está, certamente, na recusa montaigniana em admitir o uso de normas ou paradigmas

e que indica, portanto, uma crítica mais geral à cultura europeia fundada na arte. Apesar disso, a natureza se revela dependente da arte aos olhos de Montaigne por necessitar de um discurso minimamente organizado pela retórica¹⁰.

Montaigne não nega que a natureza exista entretanto afirma que para nós humanos ela só aparece através da arte e, por isso, está sempre escondida, obscurecida, travestida, relegada à invisibilidade. Diante deste panorama, Montaigne buscará com seus *Ensaaios* naturalizar a arte em lugar de artificializar a natureza já que não há saída: desde o momento do nascimento o homem está inserido em uma não-natureza. Esta ordem artificial comporta também a “arte jurídica”, o que explica o sentido autorreferente do Direito que é ditado pelo “fundamento místico da autoridade das leis” para Montaigne¹¹.

Apesar de Montaigne negar que tenhamos acesso à lei natural, ele afirma que nada é senão de acordo com a natureza e, neste sentido, não podemos escapar de seguir a *natura mater*: “Chamamos de contra a natureza o que acontece contra o costume: tudo que existe está de acordo com ela, o que quer que seja”¹² (*Ensaaios*, II, 30, p.570). Com isso, os *Ensaaios* indicam uma divisão entre seguir a natureza e conhecê-la pois, mesmo se quiséssemos, não poderíamos desobedecer ao preceito soberano que estabelece a obediência à mãe natureza, conforme se lê na seguinte passagem: “Como disse alhures, no que me concerne adotei muito simples e cruamente este preceito antigo: que não poderíamos errar seguindo a natureza, que o preceito soberano é conformar-se a ela” (*Ensaaios*, III, 12, p.413)¹³.

Montaigne afirma que tudo é de acordo com a natureza, pois a natureza indica o próprio devir, o *branloire* inevitável, o movimento do qual não se pode escapar. Neste sentido, Azar Filho (1996, p.53) explica que nos *Ensaaios* a natureza implica num princípio de criação, movimento e diversificação tanto dos seres singulares, quanto da economia do todo¹⁴. Trata-se da “*natura creatrix*, variável, mutante e inventiva que sobrepassa qualquer

morais exteriores à própria constituição do sujeito – à exceção daquelas que lhe impõem condutas no registro público” (Scolarick, 2008, p.16).

- 10 Um exemplo disso nos *Ensaaios* é o capítulo *De l'institution des enfants*, no qual a criança é vista como o mais puramente natural dos fenômenos, mas também como algo incompreensível. Neste mesmo capítulo, Montaigne demonstra que, diferentemente dos animais, as crianças se utilizam das convenções sociais desde o início, inclusive mentindo. Neste sentido, a criança encarna o paradoxo do natural e do artificial, ao mesmo tempo.
- 11 Todo o Direito padece deste mesmo problema, apesar de as leis mais novas serem mais artificiais e mais reprováveis aos olhos do ensaísta, razão pela qual no capítulo *De la Vanité* ele revela que prefere regras baseadas em costumes antigos aos esquemas legais utópicos que se mostram meros produtos da arte.
- 12 “*Nous apelons contre nature ce qui advient contre la coutume: rien n'est que selon elle, quel qu'il soit*” (*Essais*, II, 30, p. 713).
- 13 “*J'ay pris, comme j'ay dict ailleurs, bien simplement et cruement pour mon regard ce precepte ancien: que nous ne scaurions faillir à suivre nature, que le souverain precepte c'est de se conformer à elle*” (*Essais*, III, 12 p. 1059).
- 14 No texto *Natureza e Lei Natural nos Ensaaios de Montaigne*, Celso Azar Filho (1996, p.54) explica que este *vivere secundum naturam* é próprio do Renascimento, uma vez que retoma o saber antigo da época

enquadramento teórico” (Azar Filho, *idem*, p.52). Para além do próprio movimento, a natureza compreende um devir constante que conduz ao inesperado, ao inusitado, à fortuna (na linguagem renascentista) e à morte.

A natureza se conforma com o curso para a morte que seguimos mesmo a contragosto ou sem compreendermos. A morte é o tempo cíclico do que é natural pois está em toda a natureza. Lúcio Vaz (2011, p. 101) explica que a filosofia ensaística insere a morte na natureza com o intuito de dissipar o medo do nosso próprio fim. Montaigne associa a marcha ordinária da natureza com um caminho para a morte tal qual ocorre com as couves:

“Se a natureza encerra nos termos de seu andamento habitual, como todas as outras coisas, também as crenças, os juízos e as opiniões dos homens; se eles têm sua revolução, sua estação, seu nascimento, sua morte como repolhos; se o céu os agita e gira à vontade, que autoridade magistral e permanente lhes atribuiremos?”¹⁵ (*Ensaíes*, II, 12, p. 364).

Montaigne entende que nada se dá em permanência por natureza, tudo está se encaminhando para a morte. Ele constata a inerência da morte na vida, demonstrando que nosso primeiro dia já nos encaminha para viver e para morrer: “Todos os dias caminham para a morte; o último chega a ela”¹⁶ (*Ensaíes*, I, 20, p.140). Na cadeia inexplicável do porvir, a morte aparece como o último ato do fluxo sucessivo de movimentos, e este ato final impulsiona a razão a ordenar a vida e estabelecer algum sentido perante o inexplicável.

Thomas Berns (2000, p. 280) explica que a inconstância da natureza se reflete também na inconstância das leis positivas pois a ausência de contato com a natureza constante e permanente leva Montaigne a integrar no Direito o que deveria ser o seu fundamento. Dessa maneira, aniquila-se qualquer hipótese de referência a um direito natural imutável, externo às leis, o fundamento das normas se torna exclusivamente histórico, relativo e inconstante. Diante da inconstância da natureza, só resta ao Direito o fundamento “místico” que explica a contingência das leis positivas que se sucedem continuamente no tempo.

helenística que prescrevia subordinação à medida natural. Assim, nos *Ensaíes* está consignado que todo homem segue impreterivelmente a *natura mater*, apesar de não compreender o sentido da natureza nem das leis naturais. Dessa maneira, Montaigne vincula o problema do conhecimento da natureza ao mal uso da razão, já que para ele não há nada que não seja bom e regrado, mas nós humanos não enxergamos a harmonia nem a relação das coisas. Para Montaigne, os filósofos nos reenviam às regras da natureza, mas eles não têm o conhecimento do que propõem e acabam por falsificá-la, apresentando-a pintada e sofisticada.

- 15 “*Si la nature enserre dans le termes de son progrès ordinaire, comme toutes autres choses, aussi les creances, les jugements et opinions des hommes; si eles ont leur revolution, leur saison, leur naissance, leur mort, comme les chous...quelle magistrale autorité et permanente leur allons nous attribuant?*” (*Essais*, II, XII, p.575).
- 16 “*Tous les jours vont à la mort, le dernier y arrive*” (*Essais*, I, 20, p.96).

Para Berns (idem, p. 279), Montaigne encara o tempo como sendo fundamentalmente descontínuo e inscrito numa insuperável particularidade de cada instante¹⁷. O autor explica que a temporalidade não corresponde a um processo orientado mas a um salto de instante a instante num horizonte de descontinuidade. Neste quadro, o ser se opõe ao tempo, interditando o acesso à “Lei Natural” e promovendo as leis. A diversidade de normas, interpretações e casos não permite apreender a lei natural mas a apaga. Leis naturais imutáveis e constantes são um artifício imaginário, um mero discurso, conforme Montaigne indica na *Apologia de Sebond*:

“Mas eles são engraçados quando, para dar às leis alguma autenticidade, dizem que há algumas sólidas, perpétuas e imutáveis, que chamam de naturais, que estão impressas no gênero humano pela condição de sua própria essência”¹⁸ (*Ensaio*, II, XII, p.371).

A falta de um fundamento externo à legalidade transforma a noção de legitimidade jurídica em uma ficção de maneira que Montaigne chega a comparar a lei à moeda falsa cujo valor está baseado na confiança e não em atributos externos ou internos. Assim, a moeda falsa vale tanto quanto a verdadeira desde que se confie na sua veracidade, como se lê nos *Ensaio*s:

“Posto que os homens, por sua insuficiência, não conseguem pagar-se com uma moeda verdadeira, que se continue a empregar a falsa. Esse expediente foi praticado por todos os legisladores, e não existe sociedade em que não haja alguma mescla ou de cerimônia vã ou de ideia mentirosa que sirva de rédea para manter o povo no dever. É por isso que a maioria tem suas origens e inícios fabulosos enriquecidos de mistérios sobrenaturais”¹⁹ (*Ensaio*s, II, 16, p.445).

O caráter ficcional da legitimidade jurídica aponta para a origem precária da lei, a “mística” do Direito. A precariedade deste começo se inscreve numa temporalidade descontínua e fragmentada que leva Montaigne a defender a maior permanência possível de uma mesma lei em vigor. Só esta vigência duradoura pode suprir o déficit de legitimidade

17 Berns comenta a noção de tempo nos *Ensaio*s, quando discute questões relativas à História. Ele fundamenta seus comentários em uma passagem do fim da *Apologia*: “Mas então o que existe verdadeiramente? O que é eterno, isto é, que nunca teve nascimento e nunca terá fim; para o qual o tempo não traz mutação alguma. Pois o tempo é coisa mutável...” (*Ensaio*s, II, XII, p. 405 - edição Villey: p. 603)

18 “*Mais ils sont plaisans quando, pour donner quelque certitude aux loix, ils disent qu’il y en a aucunes fermes, perpetuelles et immuables, qu’ils nomment naturelles, qui sont empreintes em l’humain genre par la condition de leur propre essence*” (*Essais*, II, 12 p. 579-80).

19 “*Puis que les hommes, par leur insuffisance, ne se peuvent assez payer d’une bonne monnoye, qu’on y employe encore la fauce. Ce moyen a esté practiqué par tous les Legislaturs, et n’est police où il n’y ait quelque meslange ou de vanité ceremonieuse ou d’opinion mesongere, qui serve de bride à tenir le peuple en office. C’est pour cela que la pluspart ont leurs origines et commencemens fabuleux et enrichis de mysteres supernaturels*” (*Essais*, II, 16, p.629).

das leis e fazer frente à nossa inconstância natural (*Essais*, II, 12, p.518). Por fim, é possível perceber que um conjunto de premissas como arte, inconstância, temporalidade e fortuna levam Montaigne a entender o Direito restrito à ordem da arte, sendo este o fundamento místico da lei.

4. Lei Natural e Interdição

Montaigne afirma que em nós humanos as leis naturais se perderam para sempre, supondo a inviabilidade de acessarmos a lei natural. Logo é insensato empreender uma busca para encontrar o direito natural já que esta iniciativa consiste numa arqueologia impossível aos olhos de Montaigne²⁰. No ensaio *Apologia de Raymond Sebond* Montaigne reafirma que não existe acesso às leis naturais:

“É de crer que haja leis naturais, como se veem nas outras criaturas; mas em nós elas estão perdidas, como essa bela razão humana intrometendo-se em toda parte para dominar e comandar, embaralhando e confundindo a face das coisas segundo sua vaidade e inconstância”²¹ (*Ensaio*, II, 12, p. 372).

O fato de as leis naturais se perderem em nós não significa que elas se perderam em si. O problema se situa na esfera epistemológica porque retorna à questão da interdição a qualquer forma ideal já que a razão tudo confunde, turva a face das coisas segundo a própria vaidade e inconstância. Na ótica ensaística, o mal uso da razão humana gerou uma cisão tamanha entre a natureza e o homem, que nos interditou o acesso às leis naturais. É possível que estas leis existam mas, para nós, elas se perderam por causa da razão que artificializou toda a existência com a arte (técnica). Inviabilizou-se qualquer contato direto com a natureza e com as suas leis, não restando nada que seja verdadeiramente nosso. Tudo é produção da arte conforme a passagem de Cícero recolhida nos *Ensaio*: “*Nihil itaque amplius nostrum est: quod nostrum dico, artis est*” (*Essais*, II, 12, p.580)²².

20 Na obra *Direito Natural e História*, Leo Strauss (2009, p. 159) afirma que Montaigne integra a corrente convencionalista, segundo a qual, a sociedade é convencional ou artificial, o que implica na sua desvalorização. De acordo com Strauss, Montaigne identifica a vida conforme à natureza com a vida que antecede a sociedade civil, considerando preferível o “estado natural” do homem. Strauss (idem, p. 84) discorre sobre os convencionalistas, afirmando que eles tradicionalmente advogam a impossibilidade do direito natural, sob o argumento de que as coisas justas variam de sociedade para sociedade. O autor alemão indica que o cerne do convencionalismo está na ideia de que o Direito resulta por essência da cidade e que esta é sempre convencional (ibidem 93).

21 “*Il est croyable qu’il y a des loix naturelles, comme il se voit és autres creatures; mais en nous elles sont perdues, cette belle raison humaine s’ingerant par tout de maistriser et commander, brouillant et confondant le visage des choses selon sa vanité et inconstance*” (*Essais*, II, 12, p.580).

22 “Nada resta que seja verdadeiramente nosso: o que chamo de nosso não passa de uma produção da arte” (Cícero, Den fin., V, XXI) Trad. de Rosemary Costhek Abílio. *Ensaio*, II, p. 372.

Dessa maneira, Montaigne considera que os objetos se apresentam para nós sempre em relação e nunca em si mesmos. Nada se nos apresenta em essência, *in natura*, tampouco a lei. O homem se torna dependente do artifício do discurso e da artificialidade da linguagem, a dicotomia entre lei natural e lei positiva se dilui neste quadro que reveste os objetos do pensamento. A *lex humana* se mistura à *lex naturalis* de modo a formarem uma única *res*. Ambas só se apresentam na forma discursiva e são produtos do discurso²³.

O esforço de delimitar um campo normativo para o direito natural e relacioná-lo com o direito positivo configura um empreendimento literário. Toda empreitada de fundamentar as normas positivas em uma lei natural resulta num desfecho tautológico e cíclico que parte da linguagem para retornar à própria linguagem. Este aprisionamento ao discurso coloca a lei natural e a lei positiva em um mesmo plano que impede uma relação de fundamentação entre elas, levando Montaigne ao *fundamento místico da autoridade das leis*²⁴.

No ensaio *Da Experiência*, Montaigne se refere ao “fundamento místico” para atestar a falta de relação das normas positivas com as leis naturais que delimita o Direito no campo da arte (técnica). Com isso, subjaz aos *Ensaíos* uma cisão entre o justo e o jurídico que serve para demonstrar que o Direito é uma realidade construída politicamente. Montaigne enxerga uma inviabilidade intransponível de qualquer forma de fundamentação transcendente para a lei porque o fundamento místico é uma barreira que delimita as normas na legalidade estrita. A lei vale simplesmente por ser lei, sendo impossível justificá-la com base em conceitos metafísicos como a lei natural. Para evidenciar a autorreferência do campo jurídico, Montaigne explica: “Ora, as leis conservam seu prestígio não por serem justas mas porque são leis. Esse é o fundamento místico de sua autoridade e não têm outro”²⁵ (*Ensaíos*, III, 13, p.433-34).

Ana Maria Continentino (2004, p. 142) entende que o “fundamento místico da lei” indica um esquecimento necessário da força instauradora do Direito, da origem violenta da lei. Segundo Thomas Berns (2000, p. 393), este esquecimento se erige como condição de aplicabilidade da própria lei, pois Montaigne considera perigoso lembrar da origem das normas devido ao seu início sempre precário e arbitrário: “As leis extraem da aplicação e do uso sua autoridade; é perigoso levá-las de volta ao seu nascimento...”²⁶ (*Ensaíos*, II,

23 Estas conclusões, que podem ser legitimamente inferidas do texto de Montaigne, se coadunam com o pensamento desconstrucionista do Direito, na perspectiva derridiana. Em última análise são desdobramentos da noção de “fundamento místico”, que reforçam a apreciação de Derrida sobre o sentido desta expressão criada por Montaigne.

24 A ideia montaigniana da existência de um “fundamento místico da lei” influenciou toda uma linha de interpretação sobre a legalidade que se caracterizou pelo viés crítico, ampliando e aprofundando as reflexões presentes nos *Ensaíos*. É o caso de Pascal, Montesquieu, Nietzsche e Derrida.

25 “Or les loix se maintiennent en credit, non par ce qu’elles sont justes, mais parce qu’elles sont loix. C’est le fondement mystique de leur autorité; eles n’en ont point d’autre” (*Essais*, III, 13, p. 1072).

26 “Les loix prennent leur autorité de la possession et de l’usage, il est dangereux de se ramener à leur naissance...” (*Essais*, II, 12, p.583).

12, p. 376). Deste modo, na perspectiva ensaística o começo das leis não está à altura da sua pretensa autoridade, fato que sempre pode suscitar a contestação da ordem jurídica. O fundamento místico serve, portanto, para desmistificar a autoridade da lei. Montaigne aproveita a carga simbólica de mistério inefável implícita no adjetivo “místico” para sinalizar que não há como discorrer sobre qualquer fundamento metafísico no Direito. Isso confere ao direito positivo um caráter autorreferenciado, ressaltando o sentido meramente histórico e precário da origem da lei que Montaigne considera a gênese do Direito. Montaigne identifica a historicidade com a simples causalidade que afasta qualquer pretensão de fundamentos racionais (Berns, *ibidem*, p. 273). Consequentemente as leis se pautam mais na fortuna do que na razão, devido à origem arbitrária da autoridade, de acordo com os *Ensaïos*:

“Abismado com importância do empreendimento, outrora fiquei sabendo de seus motivos e sua tática, pelos que o levaram a cabo; só lhes encontrei ideias banais; e as mais banais e usuais talvez sejam também as mais seguras e mais vantajosas para a execução, se não para a exibição”²⁷ (*Ensaïos*, III, 8, p. 222).

Neste quadro dominado pelo acaso, a lei nasce fortuitamente para ser aplicada pelo julgador de modo igualmente fortuito já que em torno da lei tudo remete a opiniões e paixões, a arbitrariedade determina nossa obediência à lei pelo simples fato de ser lei:

“O que nos dirá então nessa contingência então a filosofia? Que sigamos as leis de nosso país? Ou seja, esse mar flutuante das opiniões de um povo ou de um príncipe, que me pintarão a justiça com tantas cores e a reformarão em tantas faces quantas mudanças de paixão houver neles? ... Qual bondade é essa que ontem eu via valorizada e amanhã não mais, (se) e que a travessia de um rio torna crime?”²⁸ (*Ensaïos*, II, 12, p. 370-371).

O fundamento místico da autoridade das leis consiste em desmistificar a fundamentação do Direito e circunscrevê-lo à legalidade estrita sem qualquer fundamento transcendente. Com isso, o Direito se revela circular e tautológico, o conhecimento da lei natural se mostra impossível e a nossa relação com a natureza aparece contaminada pela arte. A consciência da inviabilidade de conhecimento da natureza é o ponto de partida para os *Ensaïos* discorrerem sobre a legalidade. Neste sentido, os tupinambás atuam como um

27 “Étonné de la grandeur de l'affaire, j'ay autrefois sceu par ceux qui l'avoient mené à fin leurs motifs et leur adresse: je n'y ay trouvé que des advis vulgaires; et les plus vulgaires et usitez sont aussi peut estre les plus seurs et plus commodes à la pratique, sinon à la montre.” (*Essais*, III, 8, p.933)

28 “Que nous dira donc en cette necessité la philosophie? Ques nous suyons les loix de nostre pays? C'est à dire cette mer flotante des opinions d'un peuple ou d'un Prince, qui me peindront la justice d'autant de couleurs et la reformeront em autant de visages qu'il y aura em eux de changements de passion? ... Quelle bonté est-ce que je voyois hyer em credit, et demain plus, et que le trajet d'une riviere faict crime?” (*Essais*, II, 12, p. 579).

recurso para Montaigne expor seu entendimento sobre o Direito e a lei natural, articulando o fundamento místico da autoridade das leis com a questão da arte (técnica) *versus* natureza.

5. Conclusões

No decorrer deste estudo, foram apresentadas as ideias do filósofo renascentista Michel de Montaigne sobre a lei natural que aparecem na obra *Os Ensaios*. Montaigne trata do tema através de um recurso estilístico original: a narração dos costumes canibais dos índios tupinambás brasileiros. Os selvagens tupinambás servem de artifício literário para o ensaísta indicar a falta de acesso racional dos civilizados às leis naturais, já que Montaigne considerava que em nós humanos estas leis se perderam. Consequentemente, a inviabilidade de conhecimento do direito natural se traduz na impossibilidade de fundamentação das leis positivas que adquirem um sentido autorreferente: o *fundamento místico da autoridade das leis*.

Na primeira parte do artigo ficou demonstrado que os índios brasileiros tupinambás foram um artifício para Montaigne discutir a oposição natureza/arte e introduzir o debate acerca da lei natural. O autor se valeu da descoberta do Novo Mundo no século XVI para questionar a cultura europeia, suas instituições, o direito positivo e o direito natural. Montaigne afirmou que os canibais estão mais próximos da lei natural do que os europeus-civilizados mas ele próprio reconheceu que os índios também estavam na ordem da arte, donde, a questão se deslocou em relação a uma maior ou menor aproximação à natureza.

Nos *Ensaios*, o homem branco e sua cultura são considerados totalmente apartados da natureza e, como consequência, o direito positivo não tem relação com o direito natural. Esta questão encaminhou o texto à análise da articulação entre natureza e arte que é apresentada inicialmente como oposição e depois como contaminação nos *Ensaios*. Montaigne considerou que a natureza depende de um discurso organizado pela retórica, deste modo ficou consignada a impossibilidade de compreendermos a natureza em si, apesar de Montaigne afirmar que sempre seguimos a natureza mesmo sem compreendê-la. Nos *Ensaios*, a natureza é entendida como a inconstância que se reflete em tudo inclusive nas leis positivas sempre variáveis no espaço e no tempo.

A inviabilidade epistemológica em relação à natureza e à lei natural encaminhou o artigo para a análise do fundamento *místico da autoridade das leis*, expressão usada por Montaigne para atestar a falta de relação das normas positivas com as leis naturais. O *fundamento místico* é considerado uma das maiores contribuições de Montaigne para a Filosofia do Direito porque delimita as leis positivas no campo da arte (técnica) e amplia discussões que envolvem a natureza e a lei humana. Deste modo, o estudo

sobre *fundamento místico* permitiu a discussão do problema da origem das normas que Montaigne considerava precária e arbitrária, determinando nossa obediência à lei pelo simples fato de ser lei e não por ser justa. Toda argumentação montaigniana leva ao caráter ficcional da legitimidade jurídica.

É possível concluir que nos *Ensaio*s o Direito é considerado como produto da arte jurídica sem relação com a lei natural que se perdeu em nós para sempre, segundo Montaigne. O capítulo *Dos Canibais* adquire grande importância na compreensão do pensamento de Montaigne sobre o Direito porque usa os tupinambás brasileiros como meio literário para atestar nossa falta de acesso racional à natureza e à lei natural. Desta forma, Montaigne articula sua crítica às artes, o sentido de natureza e o *fundamento místico da autoridade das leis*.

6. Referências

Fontes Primárias:

MONTAIGNE, Michel. *Les Essais*. Ed. Pierre Villey, V.-L. Saulnier. Paris: PUF, 2004 (col. Quadrige).

_____. *Os Ensaio*s: Livros I, II e III. Trad. de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Fontes Secundárias:

AZAR FILHO, Celso Martins. Natureza e Lei Natural nos *Ensaio*s de Montaigne. *Princípios* (UFRN. Impresso), Natal, v. 4, p. 51-71, 1996.

BARROS, Alberto Ribeiro G. de. Humanismo Jurídico. *O que nos faz pensar*. Rio de Janeiro. N. 27, p. 09-26, maio de 2010.

BERNS, Thomas. *Violence de Loi à la Renaissance: L'Origine du Politique chez Machiavel et Montaigne*. Paris: Kimé, 2000.

BIRCHAL, Telma de Souza. *O Eu nos Ensaio*s de Montaigne. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

BLANCHARD, Marc E. *Trois Portraits de Montaigne: Essai sur la Représentation à la Renaissance*. Paris: A.-G. Nizet, 1990.

CAVE, Terence. *The Cornucopian Text: Problems of Writing in the French Renaissance*. New York: Oxford University, 2002.

CONTINENTINO, Ana Maria. Horizonte Dissimétrico: Onde se Desenha a Ética Radical da Desconstrução. In: *Desconstrução e Ética: Ecos de Jacques Derrida*. Rio de Janeiro: PUC, 2004.

- EVA, Luiz. *A Figura do Filósofo: Ceticismo e Subjetividade em Montaigne*. São Paulo: Loyola, 2007.
- FRIEDRICH, Hugo. *Montaigne*. Trad. Robert Rovini. Paris: Gallimard, 1968. (Bibliothèque des Idées).
- _____. *Humanismo Occidental*. Trad. Rafael Girardot. Buenos Aires: Editorial Sur, 1973.
- SCOLARICK, André. *Experiência e Moralidade no Último dos Ensaio de Montaigne*. São Paulo, 2008. Dissertação. (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo.
- STAROBINSKI, Jean. *Montaigne em Movimento*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. Trad. Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2009.
- TODOROV, Tzvetan. *O Jardim Imperfeito: O Pensamento Humanista na França*. Trad. De Mary de Barros. São Paulo: USP, 2005.
- _____. *A Conquista da América*. Trad. De Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- TOURNON, André. *Montaigne: La Glose et L'Essai*. Paris: Honoré Champion Éditeur, 2000.
- _____. Justice Oblige. *Bulletin de la Société des Amis de Montaigne*. 8, n. 21-22, p. 71-79, Jan/Jun 2001.
- _____. *Montaigne*. Trad. de Edson Querubini. São Paulo: Discurso Editorial, 2004.
- VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos*. Trad. de Maria Ermantina de A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LIMITES ÉTICOS JURÍDICOS DA BIOTECNOLOGIA NO SÉCULO XXI

MELISSA CABRINI MORGATO

Doutoranda em Ciências jurídicas políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa –FDUL e Professora do Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem. <http://lattes.cnpq.br/4111588296514355>

EDINILSON DONISETTE MACHADO

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador e Professor do curso de graduação em Direito e Coordenador dos Programas Lato Sensu em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem e professor titular da Universidade Estadual Norte do Paraná. <http://lattes.cnpq.br/5801377676380146>

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo problematizar conseqüências éticas e jurídicas do desenvolvimento da ciência biotecnológica, principalmente no campo da engenharia genética. Dividimos as situações apresentadas pela ciência biotecnológica entre as que podem ser ética e juridicamente justificadas: eugenia negativa, dado o potencial terapêutico de trazer benefícios aos seres humanos; e as que não são ética e juridicamente justificadas: eugenia positiva, visto que representam risco de danos para autocompreensão ética da espécie humana, assim como são incompatíveis com o imperativo de proteção à vida humana estruturado no Estado de Direito Iberoamericano. Concluímos que o respeito ao princípio da dignidade humana deve se efetivar como uma diretriz máxima para o juízo moral de todos os homens, pois evitar práticas lesivas ao ser humano requer, além de normas legais e éticas, responsabilidade de ação para utilizar a tecnologia com fins exclusivamente terapêuticos e impedir que a sociedade de consumo e seus derivados artificializem completamente a natureza humana.

Palavras-chave

Bioética; Biodireito; Dignidade humana; Manipulação genética.

Abstract

The present paper discusses the ethical and legal consequences of developments in biotechnological science, with a focus on the field of genetic engineering. We classify

situations originating from developments in biotechnological science depending on their ethical and legal justification, based on Habermas' reflections in his work "The future of human nature", and differentiate between negative eugenics, representing ethically and legally justified situations, given their therapeutic potential of bringing benefits to human beings; and positive eugenics, describing situations, which are not justified by Ethics and Law, since they represent risks for the ethical self-understanding of the human species and are also incompatible with the imperative nature of human life protection, which is structured by the Ibero-American constitutional states. We conclude that all moral judgments must follow the principle of human dignity as a major guideline, because the prevention of harmful practices against human beings requires, apart from legal and ethical rules, the responsibility to exclusively employ technologies for therapeutic purposes and to impede that the consumer society and its by-products completely artificialize the human nature.

Key words

Bioethics; Biolaw; Human Dignity; Genetic Manipulation.

1. Introdução

A problemática que se pretende avaliar está relacionada aos parâmetros jurídicos e éticos capazes de possibilitar que a ciência biotecnológica, principalmente no campo da engenharia genética, se desenvolva na busca de melhor qualidade de vida para o ser humano, sem desrespeitar os princípios presentes no campo da bioética e do direito. Entendemos ser necessário pensar nos valores que devem orientar a evolução científica, pois certamente também terão reflexos para as gerações futuras.

Apesar da bioética, por meio de seus princípios (autonomia, beneficência e justiça) delinear diretrizes éticas atinentes ao desempenho indiscriminado e ilimitado das práticas biotecnológicas que possam afetar o direito à vida e à dignidade humana, compete à ciência do direito, por meio dos direitos fundamentais historicamente consagrados pelas constituições das democracias ocidentais, ordenar as situações.

Inobstante isso, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho, na atual conjuntura política em que se desenvolve a biotecnologia, está se tornando cada vez mais remota a chance de se definir os limites da ciência e restringir as práticas biotecnológicas a terapia genética, ou seja a cura de doenças graves, incuráveis e incapacitantes, responsáveis por impor grave sofrimento ao homem.

Para tanto, entendeu-se importante avaliar o contexto contemporâneo em que a biotecnologia se desenvolve para em seguida separar as possibilidades apresentadas pela ciência biotecnológica entre as que podem ser ética e juridicamente justificadas (eugenia

negativa), dado o potencial terapêutico de trazer benefícios aos seres humanos; e as que não são ética e juridicamente justificadas (eugenia positiva) visto que representam risco de danos à autocompreensão ética¹ da espécie humana, considerada como fim em si mesma, assim como são incompatíveis com o cenário interno e internacional de proteção à vida humana estruturado nas constituições dos modernos estados democráticos, cuja finalidade precípua é assegurar a vida digna.

Importa ressaltar que muitos dos argumentos utilizados neste texto com o objetivo de traçar um limite entre as práticas denominadas eugênicas positivas e negativas estão alicerçados na obra de Jürgen Habermas, *o futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?*.

2. O Desenvolvimento da Ciência Biotecnológica

Desde o final do século XVIII, em razão do desenvolvimento da ciência e da tecnologia, descobertas na área biomédica e genética tornaram mais cômoda e confortável a vida humana, porém delas advieram, paulatinamente, também novas preocupações tanto éticas como jurídicas e políticas.

Com o impacto da genética na cultura contemporânea, o mundo começou a mudar de modo muito mais acelerado do que algumas décadas atrás. Mudança que exige uma reconfiguração de nossas perspectivas, concepções e certezas, no que diz respeito a aspectos fundamentais da natureza humana. A vida do gênero humano está deixando de ser a medida de todas as coisas, como foi o caso para boa parte de nossa tradição cultural, para ser também instrumentalizada, ou seja, acrescentada “ao enorme arsenal de coisas dadas do qual o *homo faber* seleciona livremente os meios de atingir seus fins” (ARENDDT, 1993, p. 168).

A biotecnologia tem colocado o homem em face de situações que trazem benefícios e prejuízos para sua vida. Por um lado, abrem-se as portas para cura de doenças, com base em intervenções no material genético humano, mas, por outro, ameaça seus referenciais identitários e sua liberdade, com a possibilidade da clonagem humana ou intervenções gênicas que permitem a seleção e a modificação de características, tais como a inteligência e a cor dos olhos.

Atualmente, as transformações propiciadas pelo desenvolvimento da ciência e da tecnologia - sob a forma da razão instrumental - não se limitam a possibilitar a vida social, mas instauram um novo mundo, “no qual o ser humano, a natureza, a vida e a morte atravessam turbulências e experimentam mutações” (SIBILIA, 2003, p. 15).

1 A autocompreensão ética da espécie, conforme avalia Habermas, na obra *o Futuro da Natureza Humana*, relaciona-se com a concepção que temos no plano infra-jurídico de seres vivos, livres, moralmente iguais e orientados por normas e fundamentos.

O filósofo Peter Sloterdijk (2000, p. 46–47), na obra *Regras para o parque humano*, alerta para a aproximação de um período de decisão política quanto ao futuro do género humano, face os perigos de que uma “reforma genética das características da espécie” tenham consequências graves para o futuro da espécie humana.

Assim, o direito se vê instado a intervir em situações inusitadas, em busca de soluções para problemas novos e graves, propondo limites e regras às pesquisas científicas.

A necessidade de regulamentar as situações decorrentes dos progressos da biotecnologia exige uma reflexão a respeito do atual contexto político do desenvolvimento biotecnológico, bem como sobre as chances de compatibilização entre a dinâmica do progresso tecnológico e as exigências de respeitar valores éticos.

Neste contexto político e social, as figuras tradicionais do sujeito, do indivíduo, da pessoa foram absorvidas pela função social de produtor e consumidor, sendo cada vez mais definidas em função de seu relacionamento com o mercado. A sociedade dos homens passa a ser caracterizada como a sociedade das coisas, na qual é crescente o processo de reificação, em que o próprio homem tende a ser tratado como objeto de consumo (MARTINS, 2011, p. 18; SIBILIA, 2003, p. 48).

Para refletir a respeito das implicações éticas, políticas e jurídicas do desenvolvimento da tecnociência, mais especificamente da biotecnologia, sobre os riscos de que a sociedade humana perca o controle e acabe por ser dominada pelo progresso técnico, de que o homem caminhe na direção de instrumentalizar a natureza e a vida dos outros homens, intentaremos contextualizar, a situação no interior da qual estão inseridas as normas, diretrizes éticas e legislativas sobre a utilização da pesquisa biotecnológica e os seus resultados no espaço Iberoamericano.

3. A Biotecnologia no Início do Século XXI

O século XXI nasceu marcado pelo desenvolvimento acelerado da sociedade de consumo, que se fez acompanhar por um crescente enfraquecimento das formas tradicionais de legitimação do poder estatal, gerando como consequência uma excessiva ampliação do espaço da vida privada.

Dando continuidade a um movimento histórico que hoje atinge proporções superlativas, a globalização se manifesta nos mais diferentes sectores da vida social, tais como o financeiro, o comercial, o cultural e o de comunicação. Do ponto de vista econômico, esse processo ocasionou a internacionalização da produção e a supremacia do capital financeiro. Na esfera da comunicação, permitiu a eliminação das distâncias, a integração dos indivíduos e grupos em rede, com dimensão planetária, assim como a extensa massificação da cultura. As grandes empresas transnacionais impõem suas diretrizes aos Estados,

constrangendo atributos fundamentais de sua antiga soberania, gerando uma crise das instituições de controle e da ordem político-social (BECK, 1999, p. 14; HESPANHA, 2009, p. 428 e ss).

A globalização econômica está substituindo a política pelo mercado, dando ensejo a um modo de regulação social que gera formas inéditas de poder, autônomas e sem território, que debilitam a soberania nacional. Ademais, dificulta o esforço de legitimação de normas jurídicas e éticas que objetivam limitar as consequências indesejáveis do desenvolvimento biotecnológico e impedir que o Estado nacional sofra profundos abalos em seus poderes constituídos, pois sua identidade, soberania, e autoridade passaram a sofrer poderosa pressão das interferências de atores transnacionais.

O ordenamento jurídico positivo nacional e suas instituições são por demais limitados para regulamentar a pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diversificadas, pois foram concebidos para atuar em marcos territoriais precisos. Seu alcance é cada vez mais reduzido, sua autoridade e poder começam a se esvaír na mesma velocidade em que as barreiras geopolíticas vão sendo superadas (BARCHIFONTAINE, 2004, p. 43; GIDDENS, 2000, p. 28–29).

Disso se pode concluir que a economia global afeta a esfera jurídica, dificulta, ou até mesmo impossibilita a regulação e limitação da biotecnologia pelos estados-nação (HESPANHA, 2009, p. 453–455). Para ilustrar essa dificuldade, tomemos o seguinte exemplo: se um país decide proibir a clonagem, a engenharia genética na linha germinal humana, ou algum outro procedimento dessa natureza, as pessoas interessadas em utilizar essa tecnologia podem simplesmente se deslocar para outro país onde não há o mesmo impedimento legal (FUKUYAMA, 2002, p. 28).

Conforme avalia Erich Fromm, o mundo alienado do capitalismo leva o homem à perversão de todas as suas virtudes, sendo o único objetivo de sua vida a economia e o lucro. Num mundo capitalista e global, o desenvolvimento avassalador da biotecnologia assume enorme densidade e peso, aprofundando a alienação do homem da sua própria essência, o que “leva a um egoísmo existencial, descrito por Marx como a essência humana do homem convertendo-se em um meio para a existência individual dele. Ele o [trabalho alienado] aliena o homem de seu próprio corpo, natureza externa, vida mental e vida humana” (1970, p. 58).

Neste sentido, o conhecimento biotecnológico está colocado a serviço da economia global e sob o domínio da vida privada. Tudo tem um preço, tudo pode ser comprado. A vida tende a ser tratada como meio e as velhas instituições disciplinares de direito e Estado têm extrema dificuldade de frear o processo e estabelecer a sensata medida do que é desejável e do que deve ser rejeitado. A vida é guiada pela sociedade de consumo, por escolhas e responsabilidades individuais, uma vez que as pessoas são orientadas por suas próprias preferências arbitrárias (FUKUYAMA, 2002, p. 106; SIBILIA, 2003, p. 172).

No entanto, conforme avalia Fukuyama (2002, p. 106) um dos dados fundamentais do problema consiste precisamente na dificuldade de incorporação legal de tais “procedimentos equitativos”, como definir tais procedimentos e processos, se os resultados das escolhas promovidas pelo próprio homem como por exemplo: no campo das armas nucleares, da indústria bélica em geral, das máquinas informáticas sofisticadas e da biotecnologia, podem se converter em assustadora ameaça para ele próprio [?]. A biotecnologia, em especial, desperta temor pela lembrança ainda viva e dolorosa dos projetos eugênicos praticados em passado recente, pondo em risco a liberdade e a dignidade do homem.

Em nossos dias, o alcance e os limites de tais empreitadas tendem a ser cada vez mais determinados pelas diretrizes do mercado, que operam “conforme a lógica cega do capital, mingando a capacidade de ação dos organismos públicos, das instâncias políticas tradicionais e dos Estados-nação; instituições que costumavam orquestrar o biopoder característico das sociedades industriais” (SIBILIA, 2003, p. 145).

É possível afirmar que houve uma ruptura no liame entre ética e técnica. O crescente utilitarismo contribui para isso, de forma que cada um espera que a tecnologia se desenvolva, para usá-la em seu benefício. Segundo Martinez e Mucherone, “nós ainda nos chocamos porque fomos criados a partir do liame clássico ética/técnica, mas o presente-futuro já prepara uma outra consciência, em que a ética surge como uma ‘coisa estranha’, e esse estranhamento ético não poderia ser mais grave” (2005, p. 3).

A insuficiência de um sistema de regulamentação e controle formal-governamental são fatos. Há interesses comerciais poderosos disputando mercado e tentando desatrelar as empresas de biotecnologia de limitações éticas ou jurídicas efetivamente relevantes (SIBILIA, 2003, p. 145).

Nesse panorama, as gerações de direitos humanos historicamente configuradas enfrentam graves problemas para se implementar, pois seus valores embatem com os imperativos econômicos dos mercados, embate por meio do qual se sobressaem, o lucro, a produtividade e a competitividade.

Como já foi observado, capitalismo e a economia de atuação global arruinam os fundamentos do Estado e da economia nacional, o tecido social se torna poroso, a sociedade perde sua consciência coletiva, e, por consequência, “a busca por resposta para as grandes questões do futuro não possui mais local ou sujeito” (BECK, 1999, p. 25).

Em face de um mundo globalizado e capitalista que vende biotecnologia, e que é capaz de programar a vida humana em laboratório para aliená-la, importa questionar: em que medida o atual sistema jurídico ainda se mantém capaz de regulamentar o desenvolvimento da ciência biotecnológica [?]. E com que meios poderia esse sistema evitar que a vida humana seja transformada em um produto a mais do mercado consumidor [?].

Não se pode perder de vista que a edição de normas para evitar o uso nocivo da biotecnologia não é uma questão de fácil equacionamento, principalmente porque se situa em uma zona obscura, na qual o caminho para a prática eugênica é aberto também pelos interesses de grandes grupos transnacionais de pesquisa e por poderosos interesses econômicos industriais (SIBILIA, 2003, p. 153).

No interior do quadro que ora esboçamos, convém anotar as preocupações de Manuel Hespánha, no que diz respeito ao enorme risco de instrumentalização da esfera jurídica em detrimento a satisfação dos interesses econômicos. Preocupa-se, especialmente, com o fato de este direito gravemente afetado pela globalização ser “um direito cuja legitimidade democrática se perdeu, portanto; que se representa alguma vontade, não é seguramente a dos seus destinatários”. (2009, p. 444–455).

Numa visão realista, a promulgação de normas legais, apesar de importante fator, não pode ser considerada suficiente para controlar o desenvolvimento científico e resolver os problemas com que nos defrontamos.

A esse respeito compete-nos avaliar os argumentos de Jürgen Habermas:

No quadro de uma reflexão jurídico-política moralmente fundamentada, porém, a referência à força normativa do fáctico não faz mais do que almentar o receio, por parte de uma opinião pública céptica, de que a dinâmica sistêmica entre ciência, técnica e economia produza *faits accomplis* que não conseguimos já controlar normativamente. A frouxa manobra da Fundação Alemã de Investigação Científica desacredita as declarações tranquilizantes provindas de uma área de investigação que já é, em larga medida, financiada pelo mercado de capitais. Desde que a pesquisa biogenética se aliou aos interesses dos investidores e à pressão para o sucesso, fomentada pelos governos nacionais, o progresso biotecnológico desenvolve uma dinâmica que ameaça cilindrar os prolixos processos normativos de esclarecimento na esfera pública. (2004, p. 59).

Neste sentido, cabe aos profissionais, médicos e pesquisadores, conduzir sua ação com respeito à dignidade humana, de forma que os princípios da justiça, do respeito à autonomia e à beneficência sejam os imperativos morais de sua conduta.

Nesta linha de raciocínio, argumenta Daniel Serrão:

O antigo equilíbrio entre a cultura tecnológica, o poder político e os cidadãos está perdido, partiu-se. A globalização do poder econômico, e a do poder político a ele ligado, suscitou, nos homens, uma contra resposta eficaz que é a da cidadania global, apoiada numa bioética global. (2008a, p. 379).

Assim, o respeito à dignidade da pessoa deve se efetivar como uma máxima para o juízo moral de todos os homens, pois evitar práticas lesivas ao ser humano requer responsabilidade

de ação para impedir que a sociedade de consumo e seus derivados artificializem completamente a natureza humana. São as nossas decisões coletivas, a serem tomadas nos próximos anos no que diz respeito a essa tecnologia, que determinarão a figura do futuro da humanidade (MUCHERONI; MARTINEZ, 2005, p. 5; SLOTERDIJK, 2000, p. 46).

Justamente por necessitarmos com urgência de reflexão e autorreflexão, há cabimento a preocupação de Habermas: “[...] impõe-se a questão de saber se a tecnicização da natureza humana altera a autocompreensão ética da espécie de tal modo que não possamos mais nos compreender como seres vivos eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos” (2004, p. 57).

Há grave risco de que a instrumentalização da vida humana, por meio de uma eugenia liberal, altere de modo irreversível essa autocompreensão ética da pessoa humana, considerada como fim em si mesma, podendo afetar as condições necessárias para uma condução de vida autônoma, de reconhecimento recíproco e tratamento igualitário entre sujeitos morais e jurídicos (GIACÓIA JUNIOR, 2004, p. 5).

Que hoje em dia as relações simétricas e igualitárias entre as pessoas estão ameaçadas de sofrer o enquadramento reificador e objetivante da produção (bio)técnica comprova-se pelo predomínio do mercado de consumo sobre o curso das pesquisas genéticas, que também se utilizam do corpo humano como matéria-prima de aperfeiçoamento, ou seja, reduzem-no à categoria de objeto passível de manipulação e reconstrução, equiparando-o a uma máquina, a um corpo-máquina.

Assim, encontrar saída para o problema das consequências éticas indesejáveis do progresso tecnológico “dependerá, porém, de uma nova mentalidade política que não se perca no ‘totalitarismo tecnológico’, tão do gosto das corporações e das nações que hoje são os privilegiados donos das máquinas e os senhores da tecnologia” (REALE, 1997, p. 44).

Após elucidar o cenário em que se insere a biotecnologia neste século, procuraremos avaliar sua aplicação prática para traçar um limite ético-jurídico no quadro institucional do moderno Estado de direito, especialmente porque há técnicas benéficas e importantes para salvaguardar a saúde e bem estar da humanidade e em contrapartida aquelas que colocam em risco a dignidade humana, face ao potencial de tornar a vida objeto de escolhas individuais e arbitrarias.

4. A Eugenia Negativa x Eugenia Positiva

A eugenia, na história da humanidade, conduziu a práticas arbitrarias, discriminatórias e cruéis, destinadas a direcionar características hereditárias, eliminar doenças ou malformações, com o objetivo de selecionar os indivíduos considerados mais fortes, saudáveis e inteligentes e melhorar os atributos da espécie humana (MELO, 2008, p. 19–20; PICHOT, 1997, p. 15 e ss).

A palavra eugenismo teve várias acepções ao longo da história da humanidade, todavia desde sempre, o intuito era controlar a transmissão de traços hereditários, garantindo as futuras gerações melhor qualidade racial. A partir da obra de Melo (MELO, 2008, p. 20–84) teceremos, adiante, algumas considerações a respeito do desenvolvimento histórico do eugenismo. Na antiguidade (período arcaico) as práticas eugênicas envolviam desde o infanticídio, caso o recém nascido não satisfizesse os padrões de vigor físico instituído pelo Estado, até o favorecimento e controle da reprodução entre indivíduos considerados superiores.

Darwin, em 1871, em sua obra *La Descendance de l'homme et la sélection sexuelle*, sugere que a perpetuação de seres débeis deve ser nociva à raça humana e entende que “todos os que não podem evitar uma pobreza abjecta para os seus filhos deviam evitar casar-se, porque a pobreza é não só um grande mal, mas tende a agravar-se, ao arrastar consigo a ociosidade para o casamento (Apud. PICHOT, 1997, p. 18).

Francis Galton, um dos pioneiros em definir o termo eugenia, relacionou-a inicialmente ao melhoramento das qualidades da raça humana. Em 1904 reformulou seu conceito para enfatizar “o estudo de fatores socialmente controláveis que podem elevar ou baixar as qualidades raciais das gerações futuras tanto física como mentalmente” (MELO, 2008, p. 25–26).

Consoante Black, Francis Galton era bem intencionado. Pensava em promover o melhoramento da espécie humana, por meio de casamentos melhores, favorecendo a eugenia positiva. Acredita que suas ideias foram interpretadas de forma negativa nos EUA e utilizadas para promover a eugenia negativa. Nos Estados Unidos entre 1907 e 1940, foram realizadas inúmeras castrações involuntárias em pessoas consideradas inaptas a reprodução. Avalia que o número de intervenções cirúrgicas forçadas chegou a 14.568. (BLACK, 2010).

No entanto, na Alemanha nazista o projeto eugênico iniciado pelos americanos atingiu seu ápice. O conceito de Eugénismo estava relacionado a higiene racial face a suposição de superioridade biológica da raça ariana. Importante anotar que as crises econômicas de 1923 e 1929 a 1933 contribuíram para reforçar os argumentos eugênicos, uma vez que os tratamentos das doenças hereditárias, mentais entre outras, sobrecarregava os custos do Estado. Inúmeras medidas foram adotadas para preservar a pureza da raça ariana e exterminar aquelas consideradas inferiores² (negros, judeus, ciganos, homossexuais, Testemunhas de Jeová, criminosos). A classe médica atuou de forma intensa na execução dos programas Nazi de higiene racial (MELO, 2008, p. 72).

2 “Centenas de milhares de pessoas foram esterilizadas compulsoriamente e mais de seis milhões perderam sus vidas em nome da higiene da raça, não somente na Alemanha, mas em todos os territórios ocupados durante a segunda guerra mundial” (DIWAN, 2007, p. 63–64)

No período compreendido entre o final do séc. XI até 1945, surgiram em diversos países, tais como: Brasil, Portugal, Estados Unidos, Suécia, Dinamarca, Noruega e Finlândia, entre outros leis eugénicas destinadas a exterminar indivíduos “considerados racialmente inferiores ou indesejáveis” (MELO, 2008, p. 73).

A legislação eugénica se disseminou na Europa e em muitos outros países, de modo a distinguir entre os homens detentores de “bons” ou “maus” genes. Os primeiros, considerados saudáveis e superiores, logo pertencentes a boa raça, podiam livremente contrair matrimónio e procriar; os outros: doentes mentais, alcoólicos, criminosos, judeus, negros, entre outros, eram o “pesado fardo da humanidade”, e, portanto eram submetidos a restrições quanto a reprodução ou até mesmo eliminados.

Muitas das medidas eugénicas adotadas nos Estados Unidos e Alemanha foram acolhidas por Portugal e Espanha. A legislação incorporou especialmente medidas de esterilização eugénica e certificados pré-nupciais (DUALDE BELTRÁN, 2004). A constituição brasileira de 1934 previa a implantação de exames pré-nupciais e educação eugénica nas escolas públicas (SOUZA, 2012).

Convém anotar que a eugenia engloba dois aspectos relevantes. O primeiro pode ser conceituado como eugenia positiva, ou seja, aquela que visa modificar as funções somáticas e mentais do ser humano, como a memória e a inteligência, bem como determinar características físicas, como a cor dos olhos e dos cabelos.

A eugenia negativa é aquela preocupada em diagnosticar, prevenir e curar enfermidades e malformação de origem genética, assim como proporcionar melhores condições de vida ao ser humano privado, de alguma forma, de certas funções vitais.

De acordo com Schramm (1997, p. 203):

Eugenia é um termo genérico do século XIX, que indica a ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento da espécie humana; eugenética representa a forma contemporânea da eugenia, uma tecnociência nascida nos anos 70, do encontro entre genética, biologia molecular e engenharia genética; eugenismo indica a forma ideológica e ‘utópica’ da eugenética, quer dizer, a convicção de que é possível substituir os genes ‘ruins’ pelos genes ‘bons’ e criar uma nova espécie de humanidade libertada de seu mal-estar e sofrimento.

Para Luiz Archer eugenia “é o conjunto de técnicas que favorecem a propagação de genes considerados benéficos [eugenia positiva] ou que desfavorecem a propagação de genes considerados maléficos [eugenia negativa]” (1995, p. 74).

Atualmente, a palavra eugenia ressurgiu com relevância em face das possibilidades advindas da biotecnologia, pois abrem o horizonte para a seleção dos genes capazes de melhorar a raça humana, evitar a transmissão de doenças hereditárias, selecionar os embriões

considerados “aptos”, entre outras práticas, principalmente voltadas ao desejo dos pais de terem filhos saudáveis, belos, enfim bem qualificados geneticamente.

Habermas, na obra *O futuro da natureza humana* (2004, p. 24–25), preocupa-se com a necessidade e, na mesma medida, com a dificuldade de se separar a eugenia negativa, (considerada justificada), da positiva (vista de início como injustificada), face a fronteira fluída entre as intervenções de caráter terapêutico e as destinadas a promover tão só o aperfeiçoamento genético.

Embora não seja possível traçar limites definidos e intransponíveis entre o uso lícito e o uso ilícito ou abusivo, considerado não terapêutico da ciência biotecnológica, é necessário criar mecanismos para evitar que o homem, tome as rédeas da evolução em suas próprias mãos e utilize a técnica segundo seu próprio arbítrio, uma vez que, conforme avalia Siqueira (1998, p. 15):

A história dos conhecimentos científicos comprova que a tecnologia, às vezes, coloca em marcha intervenções que ganham dinamismo próprio, superando o horizonte inicial do pesquisador, o que nos ensina que, com frequência, somos livres para dar o primeiro passo, o segundo e os sucessivos nos convertem em escravos.

Importa destacar, após os julgamentos dos crimes praticados contra a humanidade sob o domínio do regime nazista, bem como face ao vazio ético que dominava as pesquisas científicas no séc. XX, inúmeros documentos internacionais foram redigidos contendo diretrizes éticas e morais com o intuito de orientar a ação dos pesquisadores e proteger a dignidade humana. Inobstante isso, o *desenvolvimento científico no âmbito da engenharia genética, tal qual foi apresentado na primeira parte deste trabalho, ainda descortina grande peso e desafio à humanidade, pois se apresenta esperanças de melhorar a qualidade de vida, na mesma proporção nos expõe a dilemas éticos, relacionados ao uso irresponsável, contrário a dignidade humana.*

Neste contexto, sem dúvida há necessidade de assegurar a liberdade de pesquisa científica, todavia, compatibilizando-a com outros valores consagrados historicamente nas constituições dos modernos Estados de Direito. Essa reflexão, ao nosso ver, passa obrigatoriamente pela definição do que se entende por eugenia positiva, ou seja, intervenção genética capaz de poupar ser humano de sofrimentos e doenças incuráveis, separando-a da eugenia negativa, a qual deve ser proscrita, pois nociva ao futuro da natureza humana.

4.1. Eugenia Positiva: Uma Afronta a Dignidade Humana

A eugenia positiva é a técnica que tem por objeto a manipulação do patrimônio genético do ser humano, de forma a torná-lo um meio para satisfazer interesses e preferências

arbitrárias, por exemplo, atender interesses narcisistas de pais que desejam ter um filho com suas características genéticas, ou mesmo, outras características específicas, tais como olhos azuis, cabelos castanhos, estatura mediana e escolha do sexo.

Não há argumentos moralmente convincentes que justifiquem tais intervenções, aqui denominadas, eugenia positiva, uma vez que não se trata de regenerar tecidos lesados, prevenir doenças ou malformações de origem genética e que constituem sérias limitações à qualidade de vida de seus portadores, mas tão somente de atender preferências individuais daqueles que arbitrariamente desejam manipular as características de outrem.³

Esse caminho, ao contrário das práticas que pretendem melhorar as condições de vida para a espécie humana, aponta para um novo conflito no curso ético reconhecido pela humanidade e abala profundamente os fundamentos da deontologia, que embasam os códigos jurídicos reguladores da conduta humana, sobretudo da tutela dos direitos da personalidade, solidificados nos modernos estados democráticos de direito.

Conforme avalia Habermas, as práticas eugénicas despertam preocupação acerca da identidade da espécie, pois, afetam a forma como nos autocompreendemos como membro dessa mesma espécie e conseqüentemente o modo como se alicerçam as nossas concepções de Direito e Moral (2004, p. 33).

A clonagem humana é uma prática eugénica positiva e tem por objeto a manipulação do patrimônio genético do ser humano de forma a alterar sua condição natural de ser livre e autônomo, portanto incompatível com o cenário de proteção à vida e à dignidade humana perquirido pela bioética e estruturado na legislação dos Estados Democráticos de Direitos⁴.

Essa técnica era considerada impossível até o momento em que cientistas do Instituto Roslin de Edimburgo, na Escócia, financiados por grande empresa de produtos farmacêuticos, obtiveram êxito na clonagem de um animal mamífero. Posteriormente, vários países, clonaram animais.

Entre as práticas eugénicas positivas é a clonagem a que mais assusta as pessoas no mundo todo, pois é uma reprodução assexual e agâmica, unicamente destinada a produzir seres biologicamente idênticos ao indivíduo que fornece o material genético. Em síntese, é a técnica por meio da qual se pretende fazer uma réplica idêntica de um ser humano.

3 Em Portugal, por exemplo, a lei 32/2006 de 26 de julho, artigo 7º, nº2, proíbe a utilização de técnicas que objetivem conseguir melhorar características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo. No mesmo sentido é a legislação Espanhola de Reprodução Assistida nº14/2006, bem como a disciplina do artigo 14 da Convenção de Oviedo.

4 O protocolo anexo a convenção de Oviedo proíbe expressamente a clonagem humana em seu artigo 1º. Em Portugal a lei nº 32/2006 de 26 de julho, artigo 7º, nº1, proíbe a clonagem reprodutiva. No mesmo sentido é a lei espanhola, que inclusive criminaliza a prática no país

Conforme avalia Habermas: “o problema não é a semelhança das partes provenientes de uma mesma célula, mas sim a usurpação e a subjugação. Com essa técnica institui-se justamente uma instância decisória” (2001, p. 210)

Qualquer técnica intencionada a manipular a vida do ser humano de forma a colocá-lo à disposição de outrem é inadmissível, por ser incompatível com o cenário de proteção aos direitos do homem estruturado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, entre outros documentos internacionais⁵, bem nas constituições democráticas intencionadas a consolidar Estados democráticos livres, justos, igualitários e solidários.

Importa, ainda, observar: a clonagem humana, além de ser um dano aos princípios constitucionais que orientam o Estado Democrático de Direito, é, do mesmo modo, eticamente nociva ao ser humano, tanto no que tange à segurança do experimento, quanto no que diz respeito à autocompreensão, individualidade, originalidade personalíssima, autonomia, responsabilidade e liberdade do ser clonado.

Para Daniel Serrão:

o que caracteriza, define, singulariza e dá importância biológica e particular dignidade ética ao embrião gamético é que este não copia nem reproduz nenhuma identidade genética já existente. E que esta singularidade do seu comportamento só nele acontece porque ela é consequência de uma relação corporal de homem e mulher que tem, em si própria, uma significativa dignidade biológica e, em muitos casos, também humana, ética, jurídica e até religiosa. (2008b, p. 364).

Assim, a questão de uma possível experiência envolvendo a clonagem humana requer, além de análise dos pressupostos jurídicos de proteção à vida do ser humano, também ponderação ética relativa ao respeito ao ser humano e às consequências morais e sociais para o ser clonado.

Nesse âmbito, vale analisar os argumentos de Habermas, ao ponderar que a liberdade e autonomia da pessoa clonada é subtraída quando seu programa genético, que sempre foi obra do acaso, é decidido por outrem. Assevera o autor que o clone não é apenas a cópia de outrem, assim como são os gêmeos univitelinos, mas um ser cujo patrimônio genético é fruto de uma decisão arbitrária, sendo que essa decisão importa em “usurpação” e “subjugação” (2001, p. 210).

5 Os documentos de alcance internacional que visam proteger os direitos da pessoa humana e a dignidade humana, tais como a Declaração Universal dos Direitos do homem, Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, vedam senão expressa, tacitamente, dado o conjunto de valores que asseguram a dignidade, autonomia e autodeterminação ética a pessoa humana, práticas eugênicas positivas, em especial a clonagem humana.

O fato de alguém estabelecer o patrimônio genético do outro ser institui uma instância decisória que sugere equiparação à situação da escravidão. Relação em que não há liberdade individual, uma pessoa é disposta como propriedade da outra. Escreve Habermas: “O proprietário do escravo rouba, de resto, a sua própria liberdade na medida em que priva a liberdade de uma outra pessoa” (ibid 2001, p. 211).

Desse modo, os avanços da genética no âmbito do que chamamos de eugenia positiva criará uma situação até agora desconhecida para os seres humanos, na medida em que o patrimônio genético, que sempre foi compreendido como um dado contingente, resultado de um processo guiado pelo acaso, será produto da escolha do outro (ibid 2001).

O fato de uma pessoa dispor do patrimônio, ou melhor, do destino genético de outra, logo de interferir na sua liberdade, implica na subtração do pressuposto para a ação responsável daquela. No caso do clone, este poderá atribuir ao outro os dados de seu destino e as consequências de suas ações, que não mais constituem circunstância fortuita.

Assim, a partir do momento que ao clone é imposta uma sentença irrevogável de vida, resultado da decisão de outrem, sua autocompreensão ética poderá ficar distorcida, na medida em que não fará parte da mesma comunidade que os seres morais, concebidos de forma natural, integram. Terá de construir sua história a partir de condições genéticas impostas, não como o único autor de sua própria vida. (HOGEMANN, 2003).

Não se trata tão somente da questão da clonagem, mas de como todo ser humano, fruto de um processo eugénico positivo, sempre com vistas a satisfazer preferências arbitrárias - de seus pais ou programadores -, se autocompreenderá em relação à sua origem. Ética e moralmente fará diferença ser produto de experiência genética, que altera as relações recíprocas e simétricas que servem de base para a autocompreensão de todos os homens livres e iguais em um Estado Democrático de Direito [?].

A preocupação de Habermas, na obra futuro da natureza humana, está centrada no risco de que projetos eugénicos liberais suspendam, de modo irreversível, as condições para um tratamento recíproco e igualitário entre as pessoas, até então consideradas fins em si mesmas, pois os pressupostos da autonomia foram racionalmente rompidos pela escolha arbitrária de outrem (2004).

Neste sentido, a partir do momento que um homem dispõe do patrimônio genético do outro, privando-o de sua identidade natural, age de modo a subtrair a simetria que coloca os indivíduos do Estado Democrático de Direito, livres, autônomos e iguais no mesmo plano existencial, por alterar a perspectiva habitual de nascimento e vida, afetando a autocompreensão ética da espécie, compartilhada por todos os seres morais (ibid 2004, p. 37).

Assim, a intervenção e modificação do código genético de outrem, de modo a estabelecer suas características físicas, altera algo que Habermas chama de “esfera de

indisponibilidade”, fora do alcance de outras pessoas; visto que, além de ser um dano à forma como o próprio ser se autocompreenderá ética e moralmente em relação à pessoa que lhe infligiu uma sentença de vida irreversível, antes do seu nascimento, é também subtrair as suas condições de ação responsável.

O ser “geneticamente manipulado” se encontrará em posição jurídica assimétrica em relação aos outros indivíduos, situação que o coloca em desvantagem, pois a simetria entre os homens é pressuposto fundamental da personalidade moral. Portanto, não há igualdade ética nem jurídica entre este e quem o determinou. A vida se desenvolve a partir de uma base que lhe foi imposta por decisão alheia, e não daquilo que lhe foi dado pela natureza, pelo acaso, objeto da combinação e variação natural dos genes paternos, que torna os indivíduos únicos e irrepetíveis.

Do exposto, resta claro que a práticas eugénicas positivas, além de serem eticamente nocivas ao ser humano, afetam também os conceitos constitucionais de direitos humanos e dignidade, uma vez que, no âmbito da ordem jurídica democrática, “os cidadãos só podem usufruir a autonomia igualitária privada e pública caso todos se reconheçam reciprocamente como autônomos” o que não ocorre quando a condição necessária de equivalência entre as pessoas na esfera jurídica é violada (Id 2001, p. 211).

Cumprе observar a forma pela qual é assegurada a vida humana. Desde o nascimento, compreende o modo como os seres se identificam no cenário atual dos direitos constitucionais, enquanto membros da mesma comunidade moral, tendo em vista as condições essenciais para a nossa autocompreensão como seres livres e iguais. Uma vez rompida essa reciprocidade, essa simetria, poderá haver dano para o indivíduo e para os pressupostos jurídicos do Estado Democrático de Direito.

Os argumentos morais e éticos, no que diz respeito aos danos à identidade pessoal, bem como os argumentos jurídicos, no que tange ao princípio da dignidade humana, são entraves para a manipulação genética com vista à eugenia positiva, pois “criar-se-á uma instância decisória sem precedentes; e, com ela, uma condição necessária para a equiparação normativa de todas as pessoas jurídicas individuais será violada” (ibid 2001, p. 219).

Nesse sentido, é de se considerar a relevância da teoria filosófica kantiana por considerar que os seres humanos, providos de razão, não podem ser comparados a coisas, instrumentalizados. Ao contrário, os seres racionais são chamados de pessoas, porque sua natureza já os designa como fim (GIACÓIA JUNIOR, 2004).

Por tudo isso, ao se deparar com os novos horizontes da biotecnologia, o homem deve refletir a respeito do que é ética e juridicamente aceitável, sob pena de ser romper os pressupostos essenciais de uma vida digna alicerçada em pressupostos de igualdade, autonomia e liberdade.

4.2. *Eugenia Negativa: Oportunidade de Melhorar a Qualidade da Vida Humana*

Tarefa difícil, no atual estado da técnica e de extraordinária relevância é definir as práticas que se enquadram no conceito de eugenia negativa, ou seja, terapia genética, com o auxílio da engenharia genética com potencial para eliminar, alterar ou trocar os genes responsáveis pelo aparecimento de patologias genéticas, responsáveis pelo nascimento de pessoas condenadas a sofrer.

Esse é o principal argumento para torná-la ética e juridicamente justificada, pois apesar dos riscos inerentes ao procedimento, relacionados a alteração do patrimônio genético da humanidade, poderá prevenir inúmeras doenças graves e incuráveis. (HABERMAS, 2004, p. 123) A dor, conforme avaliam Pessini e Barchifontaine “destrói a integridade do corpo e a dor e o sofrimento podem destruir a integridade global da pessoa.” (2008, p. 553) Assim, erradicar doenças que impõem sofrimento e dor é um passo importante para proporcionar uma vida mais saudável e digna ao ser humano.

Entre as inúmeras técnicas que podem ser incluídas no rol da eugenia positiva, relevante avaliar, em primeiro lugar, a terapia genética em células germinais humanas. É a intervenção efetuada no zigoto ou nos gametas, que promove alterações definitivas na herança genética do indivíduo.

A viabilidade, de se eliminar genes defeituosos, responsáveis pela manifestação de enfermidades, poderá apresentar riscos de alterar a constituição do patrimônio genético da humanidade, entretanto, poupará o ser humano dos sofrimentos causados pela manifestação de doenças graves, até mesmo consideradas incuráveis, e malformações físicas e psíquicas de origem genética.

Importante, avaliar que a terapia genética em células germinais humanas, ao contrário da eugenia positiva, poderá ser um grande passo para oferecer melhores condições de vida as futuras gerações, outrossim, não rompe a reciprocidade, igualdade e autonomia entre os indivíduos, pois não visa ao determinismo genético de características físicas, mas a eliminação de genes responsáveis por doenças hereditárias graves, que causam intenso sofrimento ao ser humano, de modo que é possível se supor a antecipação do consentimento das futuras gerações.

Inobstante isso, face a incerteza quanto aos efeitos colaterais ao indivíduo, assim como as inúmeras implicações éticas relacionadas a alteração do patrimônio genético da humanidade, a manipulação genética em células germinativas humanas têm sido proibida por todos os comitês de ética, em todos os países do mundo⁶.

6 No Brasil, por exemplo, a lei de Biossegurança, art.6º, proíbe a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano.

Já o diagnóstico genético pré-implantação⁷, permite identificar os genes “indesejados”, com o objetivo de implantar no útero materno apenas os embriões livres de mutações genéticas responsáveis por enfermidades graves, com risco de transferência à sua descendência. Essa técnica é importante para prevenir o abortamento terapêutico⁸, automatizado na maior parte dos países do mundo.

Há argumentos no sentido de que tanto o aborto eugênico como o diagnóstico genético pré-implantação, alterarão, ao longo dos anos, se efetuados de forma sistemática, a herança genética da humanidade, todavia trata-se de alteração que trará benefícios se pensarmos que evitará doenças hereditárias graves, responsáveis, face ao sofrimento inegável, por afetar a dignidade da própria pessoa (MELO, 2008, p. 192–93).

Para Rui Nunes (2006, p. 169)

A terapia genética em células germinais poderá ser eticamente aceitável quando se demonstrar inequivocamente a sua inocuidade. Isto é, quando se comprovar que a probabilidade de se introduzirem alterações irreversíveis no património genético global está reduzida para níveis aceitáveis. Neste caso, não parecem existir motivos suficientemente sólidos para que se impeça o tratamento de doenças genéticas graves, associadas a grande sofrimento e morte precoce, que se manifestam ao longo de gerações como, por exemplo, a *diabetes mellitus* (grifos do autor).

No mesmo sentido argumenta Habermas (2004, p. 26):

O recurso ao diagnóstico genético pré-implantação deve ser considerado por si só como moralmente admissível ou juridicamente aceitável, se sua aplicação for limitada a poucos e bem definidos casos de doenças

7 Esse procedimento deve ser utilizado tão somente por casais com risco para determinadas doenças genéticas graves, com o intuito de evitar que os genes “indesejados” se manifestem em seus filhos. Em Portugal é uma técnica permitida pela lei 32/2006 de 26 julho, artigo 28º e 29º. No mesmo teor é a lei espanhola 14/2006, artigo 11. Esse diagnóstico, submete o embrião que se encontra num inicial de desenvolvimento, cinco a oito células, a uma biópsia de precaução. Caso se confirme alguma doença, o embrião não será reimplantado na mãe, que pode ser poupada de uma gravidez de risco ou interrupção da gravidez.

8 Em Portugal, por exemplo, a Lei nº 16/2007, que alterou o artigo 142º do Código Penal, permite a interrupção da gravidez quando há previsão de que o nascituro sofrerá de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita ou se trate de fetos considerados inviáveis. Esse não é o posicionamento adotado pelo Brasil, que em 2012, em sede ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº54) admitiu ser lícita a interrupção da gravidez nos casos de fetos que não tem o cérebro ou parte vital dele (fetos anencéfalos), todavia ressalta que quaisquer abortos, cujo pedido tenha por fundamento a anormalidade do feto com vida intrauterina, todavia com deficiências físicas ou mentais é considerado eugênico (Ex. sexo dúbio, lábio leporino, síndrome de down, distrofia muscular, entre outras deformidades). No que diz respeito ao aborto de fetos anencéfalos o Ministro do STF, Gilmar Mendes ao emitir seu voto, salienta que dos 194 países que fazem parte das Nações Unidas, 94 permitem a interrupção de gravidez de fetos anencéfalos.

hereditárias graves que não poderiam ser suportadas pela própria pessoa potencialmente em questão

Ainda, seguindo esse raciocínio, se pudéssemos consultar as pessoas se elas prefeririam nascer com doenças que causam dor, dependência e malformações de origem genética, certamente as respostas seriam não. Portanto, é razoável considerar que esse recurso é moralmente lícito, e não deve ser reprimido sob o argumento de afronta à dignidade e à ausência de consentimento das futuras gerações, pois elas serão beneficiadas (NUNES, 2006, p. 199).

Por essas razões, uma vez tornadas legais e habituais as práticas eugênicas positivas capazes de suprimir genes responsáveis por doenças graves e incapacitantes, podemos antecipar o risco e a responsabilidade a que estarão sujeitos os pais, cujos filhos sejam fruto do acaso e não da técnica, pelo sofrimento e ressentimento do próprio filho doente. (HABERMAS, 2004, p. 123).

Diferente da terapia em células germinais aquela realizada em células somáticas, não implica na alteração definitiva do genoma do paciente, visto que consiste no tratamento das células responsáveis por determinadas patologias, através da introdução no organismo doente de células sadias (chamadas células tronco). Assim, após a terapia, as células inaptas, por falhas na herança ou informação genética, a cumprir sua função própria, passarão a fazê-lo.

Portanto, a terapia somática afeta somente a pessoa que está sendo tratada. Exemplo dessa situação é utilização das “células tronco” existentes nos tecidos dos organismos de crianças e adultos, como medula óssea, sangue, fígado, além das encontradas no cordão umbilical e placenta.

Essas células tronco são utilizadas há muitos anos sem grandes questionamentos éticos. Gozam de maior legitimidade se comparadas à terapia em células germinais humanas, pois as alterações não são transmitidas para as futuras gerações, e há possibilidade de se obter o consentimento livre e esclarecido, respeitando a autonomia e autodeterminação do paciente, tudo em conformidade aos princípios jurídicos e bioéticos (ARAÚJO, 1999, p. 69).

Outra questão concerne especificamente à pesquisa em células tronco embrionárias; células do embrião humano denominadas pluripotentes, pois são capazes de se diferenciar em qualquer tecido do corpo humano. Essas células são obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizadas no respectivo procedimento⁹.

9 A Convenção de Oviedo prescreve em seu artigo 18º: “nº 1 Quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, está garantirá um proteção adequada ao embrião. nº 2 A criação de embriões humanos com fins de investigação é proibida. Em Portugal, a lei 32/2006 permite, sob as condições estabelecidas

As legislações da maioria dos países que permitem a pesquisa com embriões humanos tem em comum:

- 1) que sejam utilizados apenas embriões excedentes dos processos de fertilização *in vitro*;
- 2) proibição de que sejam criados embriões para este fim;
- 3) haja consentimento expreso dos progenitores.

Há inúmeros argumentos contrários a utilização de embriões humanos em pesquisa, tanto de grupos religiosos quanto de juristas, que consideram existir vida humana a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Não há consenso ético acerca do estatuto do embrião, nem mesmo de quando se inicia a vida humana, todavia sabemos que há, em quase todos os países do mundo, embriões mantidos congelados em clínicas de fertilização, cujo destino, se não destinados a pesquisa ou implantados em útero materno, será o descarte.

Assim, considerando que há embriões congelados; que não há dados científicos convincentes para decidir quando o embrião pode ser considerado pessoa humana; e que as células tronco dele extraídas podem ser introduzidas em organismos adultos para desempenhar funções que outras células não podem executar (dada sua característica de se diferenciar em todos os tecidos do nosso organismo, diferentemente das células tronco provenientes de tecidos adultos que se diferenciam em apenas alguns tecidos), torna-se razoável liberar o emprego desse recurso.

Cumprе acrescentar que tal procedimento (consoante os prognósticos da ciência biotecnológica) permitirá a cura de enfermidades tais como o mal de Parkinson, a diabetes, o Alzheimer, bem como reparar lesões dos ossos, das cartilagens, da medula espinhal, por exemplo, das vítimas de acidentes do trânsito ou do esporte, de forma a contribuir para a melhoria da qualidade de vida do homem (FAGOT-LARGEAULT, 2004, p. 234).

Não objetivamos com este trabalho esgotar o tema, todavia daquelas práticas biotecnológicas avaliadas e enquadradas, a nosso ver, no cenário eugênico negativo, observamos que a ciência poderá trazer inúmeros benefícios a vida humana, de modo que não há razões para impedir seu avanço em respeito, também, a liberdade de pesquisa, outrossim,

no artigo 9º, a utilização de embriões para investigação científica. Dentre os países da pertencentes a União Europeia, doze Países (Grã-Bretanha, Bélgica, Suécia, Espanha, França, Portugal, Dinamarca, Estônia, Finlândia, Grécia, Hungria, Letônia, Países Baixos e República Checa) permitem expressamente a pesquisa com células tronco embrionárias provenientes de embriões supranumerários das técnicas de fertilização *in vitro*. Cinco Países (Bélgica, Suécia, Grã Bretanha, Espanha, Finlândia e Portugal), permitem inclusive a clonagem terapêutica. Três Países (Áustria, Alemanha e a Irlanda) somente permitem a pesquisa com linhagens de células tronco importadas; A Bulgária, Chipre, Luxemburgo, Malta e a Romênia não disciplinaram a matéria e quatro países (Lituânia, Polônia, Eslováquia e Itália) proibem expressamente as pesquisas com células tronco provenientes de embriões humanos.

o grande desafio será definir de forma transparente os limites de utilização a evitar ferir a dignidade humana, valor que confere legitimidade aos modernos Estados democráticos.

Nessa medida, toda e qualquer discussão sobre os limites éticos a serem obedecidos nas pesquisas genéticas, especificamente as relativas à intervenção sobre o patrimônio genético do ser humano, devem estar pautadas na dignidade humana, bem como nos princípios de justiça, liberdade, igualdade, autonomia, entre outros, base da ordem constitucional. (SARLET, 2011, p. 72).

Nesse sentido, a manipulação genética, com vista à possibilidade da clonagem humana e as terapias genéticas, que coloquem em risco a autodeterminação ética e o respeito à autonomia assegurada aos agentes morais no contexto de nosso Estado Democrático de Direito, devem se submeter à limitação da soberania constitucional, informada pelo princípio da dignidade humana.

Ao contrário disso, a terapia genética, que visa curar doenças e eliminar os genes responsáveis pela manifestação de doenças graves e incuráveis, não deve ser condenada sob o pretexto de mostrar-se um atentado à dignidade da vida e da pessoa.

Assim, o princípio da dignidade humana, apesar da dificuldade em se estabelecer uma definição precisa, é o valor ou sentimento que possibilita que nos identifiquemos com os outros homens e reconheçamo-nos como portadores da mesma dignidade. Portanto, deve ser o vetor responsável pelo limite ético a ser observado pela ciência, é o indicativo das possibilidades e dos limites de ação dos homens, como forma de preservar a humanidade de ser tornar mero instrumento para atender interesses econômicos particulares ou arbitrários.

5. Perspectivas para o Atual Estado da Biotecnologia

No decorrer do trabalho, verificamos que o desenvolvimento da ciência biotecnológica pode trazer benefícios e esperanças para saúde e qualidade de vida do ser humano, porém também pode ser utilizado de forma a causar danos, desrespeitando a dignidade da pessoa e os direitos humanos.

O dever de respeito ao ser humano como um fim em si mesmo torna ilegítima toda intenção de utilizar a vida humana para satisfazer interesses e preferências individuais arbitrárias, principalmente devido ao fato de que poderá afetar de forma irreversível a autonomia da pessoa, condição para que haja reconhecimento recíproco e igualitário. Portanto, em face das situações lesivas que a biotecnologia nos apresenta, importa questionar: há um impedimento efetivo para a instrumentalização da vida humana rumo a uma eugenia liberal [?]

Para refletir a respeito dessas questões, cabe retomar, como vimos no primeiro capítulo, ao atual cenário de mundo global e capitalista em que se desenvolve a biotecnologia

e, entre outros fatores, em que se dá o enfraquecimento da legitimidade do poder Estatal e o aumento exponencial do espaço de atuação da vida privada. Num tal cenário, torna-se difícil a tarefa de traçar uma linha divisória entre a eugenia positiva e a negativa, direcionando a pesquisa para a terapia e impondo restrições ao melhoramento, determinismo ou “aperfeiçoamento” genético da espécie.

Ainda há de se considerar que está se tornando escasso o número de pesquisadores sem laços com o mercado e indústrias biotecnológicas, sendo certo que os órgãos estatais deixaram de ser a maior fonte financiadora de pesquisa, pois que se avoluma também o investimento privado disponível para subsidiar as novas tecnologias. Esses fatores dificultam ainda mais a regulamentação da biotecnologia pelo Estado (FUKUYAMA, 2002, p. 225).

Neste sentido, atualmente, a esfera de atuação jurídico-positiva do Estado é insuficiente e incapaz de impedir que a biotecnologia se desenvolva de acordo com as regras do poder privado e global do capital, guiadas pelo interesse do consumidor e do pesquisador. O conhecimento está sob o domínio do mercado de tal modo que a vida também passou a ser definida como mais uma mercadoria, um produto. Contudo, evitar a aplicação de atos reificantes, que instrumentalizam a vida humana, é uma opção que dependerá do juízo moral de cada um de nós.

Na opinião de Sibília (2003, p. 180):

A nova tecnociência aliada ao mercado capitalista desconhece as antigas fronteiras políticas e jurídicas; pelo contrário, segue seus impulsos fáusticos apostando na ultrapassagem de todos os limites que costumavam constringer a espécie humana.

Há de se considerar, porém, mesmo que seja importante uma regulamentação pelo Estado, por meio de disposições normativas, instituições ou agências reguladoras, para conter o impulso fáustico que guia o desenvolvimento e a aplicação da biotecnologia -que, como Fausto, parece desconhecer quaisquer limites-, as proteções estabelecidas no âmbito legal e jurisdicional não são mais suficientes para estabelecer um parâmetro seguro, dentro do qual as novas descobertas não atropelam irreversivelmente valores que balizam a identidade, a dignidade e os direitos fundamentais do homem (SARLET, 2011, p. 25).

A partir dessa perspectiva, torna-se hoje urgente e necessário refletir de forma consciente e séria a respeito dos danos que a biotecnologia poderá trazer para a humanidade, pois a deliberação sobre uso e aplicação da biotecnologia é feita pelo consumidor, não pela legislação. Para serem válidas e eficazes, as normas legais dependem da obtenção de consenso entre homens. Portanto, deve-se fazer apelo para a ação consciente no sentido de respeitar a si e ao outro como um ser autônomo, único, livre, igual e independente de todos os demais, respeitando-o como um fim em si mesmo.

Dessa forma, avalia Habermas: “[...] A universalidade das normas morais, que assegura a todos um tratamento igual, não pode permanecer abstrata; ela precisa permanecer sensível para levar em consideração as situações e os projetos individuais de vida de todos os indivíduos” (2004, p. 73).

Para tanto, devemos colocar ênfase na faculdade humana de julgar, que deve sempre levar em consideração, em seus juízos, também o ponto de vista do outro, próximo ou distante, com quem interagimos. Como já ensinava Kant, o juízo moral de cada um de nós deve se expressar do sentido de não praticar uma ação “senão de acordo com uma máxima que se saiba poder ser uma lei universal, quer dizer só de tal maneira que *a vontade pela sua máxima se possa considerar a si mesma ao mesmo tempo como legisladora universal*” (grifos do autor) (1997, p. 76).

Nesse sentido, toda ação cuja máxima não possa ser capaz de ser convertida numa lei universal se autonegará, ou será arbitrária, não tendo condições de se legitimar argumentativamente, mas apenas de se impor pela astúcia ou pela violência. Portanto, uma ação que instrumentaliza a vida humana, ou seja um prática eugênica positiva, não pode se tornar uma lei universal, pois o homem como um ser racional, capaz de se autodeterminar, é um fim em si mesmo e nunca uma coisa, um meio para outros fins.

Todos os indivíduos têm o direito natural e inalienável de ter a própria vida, e de ser respeitado na sua qualidade de pessoa. A principal forma de se assegurar esse direito é o respeito à autonomia da vontade humana para deliberar, isto é, escolher, com idêntico respeito à autonomia de outrem, uma vez que todos os seres racionais possuem um valor em si mesmos, e respeitá-los significa tratá-los como fim, pois nenhuma pessoa deve ser tratada e manipulada ao bel-prazer de outras.

Consoante Kant, no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade (1997, p. 77).

A vida humana não tem preço, não pode ser relativizada e colocada à disposição de escolhas e preferências arbitrárias, dado o seu íntimo valor, a dignidade. Portanto, para resguardar a humanidade da instrumentalização, por meio da ciência biotecnológica, é preciso também contar com que não se perca de vista, em nossos dias, que todos os seres racionais, autônoma e voluntariamente, renunciem a suas perspectivas meramente egoístas e individuais, em favor de uma perspectiva universal de respeito à dignidade da pessoa.

Assim, “a ideia da humanidade do homem nos obriga a adotar aquela perspectiva do nós, a partir da qual nos consideramos uns aos outros como membros de uma comunidade inclusiva, que não exclui ninguém” (HABERMAS, 2004, p. 78).

Evitar uma prática eugênica de aperfeiçoamento que suprima a liberdade de um pelo exercício da do outro, prejudicando a liberdade ética e as relações recíprocas e simétricas entre as pessoas, dependerá do reconhecimento social e político do elo fundamental de reciprocidade, reconhecimento e solidariedade, que se encontra ameaçado de ser irreversivelmente rompido, podendo representar um fator de perturbação para a humanidade.

Consoante avalia Habermas:

Sem aquilo que move os sentimentos morais da obrigação e da culpa, da censura e do perdão, sem sentimento de libertação conferido pelo respeito moral, sem a sensação gratificante proporcionada pelo apoio solidário e sem a opressão da falha moral, sem a ‘amabilidade’ que nos permite abordar situações de conflito e contradição com o mínimo de civilidade, perceberíamos necessariamente – e é assim que ainda pensamos – o universo povoado pelos seres humanos como algo insuportável. A vida no vácuo moral, numa forma de vida que não conheceria nem mais um cinismo moral, não valeria a pena. Esse julgamento exprime simplesmente o ‘impulso’ de se preferir uma existência da dignidade humana à frieza de uma forma de vida insensível às considerações morais (2004, p. 101).

O homem deve se dar conta de que não há reciprocidade, ou seja, igual respeito por cada um e responsabilidade solidária para com todos, que seja possível em um mundo em que o ato reificante de uma pessoa afeta as bases para a autocompreensão ética das outras. Uma vez possível a clonagem humana ou as técnicas genéticas arbitrárias de aperfeiçoamento, as intenções alheias, geneticamente estabelecidas, se apropriarão irreversivelmente da história de vida das pessoas programadas.

Nesse contexto, a decisão de utilizar a engenharia genética para o bem ou para o mal, dependerá também da faculdade de julgar, que é própria do ser humano, mas que se exerce em concreto como julgamento pessoal de cada um de nós - não de modo atomizado e solipsista, mas no plano de nossas relações solidárias, éticas e políticas, no espaço ampliado da esfera pública. É nesse espaço que cabe lucidamente reconhecer o contexto da nova realidade – em seus aspectos positivos e negativos - em que estamos inseridos, e se manifestar de forma autônoma, no sentido de recusar qualquer procedimento que degrade a vida humana à condição de mais um objeto à disposição do mercado consumidor.

6. Conclusões

Por fim, as face ao avanço da ciência biotecnológica e das técnicas aqui enquadradas como eugênicas positivas encontramos-nos muito próximos do risco de ingressar em um futuro pós-humano em que a essência estável do que somos por natureza será irreversivelmente alterada pelo rompimento da simetria e reciprocidade entre os homens. Talvez possa ser o *Admirável mundo novo*, de Aldous Huxley, no qual os homens, apesar

de saudáveis e felizes, perderam a verdadeira qualidade de seres humanos. Já não mais amam, aspiram, sentem dor, fazem escolhas, ou lutam para alcançar algum objetivo, porque sua natureza foi radicalmente afetada e transformada.

Assim, a única forma de evitar que a vida humana seja mais um objeto a disposição do mercado consumidor está na preservação da autonomia do homem em rejeitar, ou seja tornar indisponível, *por sua própria vontade e decisão*, aquilo que foi tornado disponível pela ciência biotecnológica e que ameaça romper as relações recíprocas e simétricas, - indispensáveis para a condução de vida autônoma e digna dos homens – essenciais até hoje para sua compreensão como sujeito moral.

7. Referências

- ARAÚJO, F. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Almedina, 1999.
- ARCHER, L. O progresso da ciência e o espírito. **Cadernos de bio-ética**, v. 10, n. do Centro de Estudos de Bioética, p. 74, 1995.
- ARENDT, H. **A condição humana**. 6. ed. Rio de Janeiro: FOR UNIV, 1993.
- BARCILONA, C. DE P. DE. **Bioética e início da vida : alguns desafios**. São Paulo, SP: Idéias & Letras ; Centro Universitário São Camilo, 2004.
- BECK, U. **O que é globalização? : equívocos do globalismo respostas à globalização**. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BLACK, E. **Edwin Black revolve as raízes americanas da eugenia nazista**, 9 maio 2010. Disponível em: <<http://holocausto-doc.blogspot.com.br/2010/05/edwin-black-eugenia-nazista-eua.html>>. Acesso em: 7 ago. 2012.
- DIWAN, P. **Raça pura : uma história da eugenia no Brasil e no mundo**. São Paulo, SP: Editora Contexto, 2007.
- DUALDE BELTRÁN, F. La profilaxis de la enfermedad mental en la psiquiatria franquista: esquizofrenia, eugenesia y consejo matrimonial. **Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatria**, n. 92, p. 131–161, dez. 2004.
- FAGOT-LARGEAULT, A. Embriões, células-tronco e terapias celulares: questões filosóficas e antropológicas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p. 227–245, ago. 2004.
- FROMM, E.; MARX, K. **Conceito Marxista do homem**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.
- FUKUYAMA, F. **Our posthuman future consequences of the biotechnological revolution**. New York: Picador, 2002.
- GIACÓIA JUNIOR, O. Sobre Técnica e Humanismo. **Sobre técnica e humanismo**, Cadernos IHU idéias. v. ano 2, n. 20, p. 27, 2004.

- GIDDENS, A. **Mundo na era da globalização**. Tradução Saul Barata. Lisboa: Presença, 2000.
- HABERMAS, J. **A constelação pós-nacional ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HABERMAS, J. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HESPANHA, A. M. **O caleidoscópio do direito : o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2009.
- HOGEMANN, E. R. R. S. **Conflitos bioéticos : o caso da clonagem humana**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.
- MARTINS, H. **Experimentum humanum : civilização tecnológica e condição humana**. Lisboa: Relógio d'Água, 2011.
- MELO, H. P. DE. **Manual de biodireito**. Coimbra: Almedina, 2008.
- MUCHERONI, M. L.; MARTINEZ, V. C. Estado - Ciência e Biossegurança. **Revista de Derecho Informático: Alfa-Redi**, Sociedad de la Información. v. 87, n. Outubro, 2005.
- NUNES, R. Arguição da dissertação de doutoramento em direito da mestre Helena Melo subordinada ao tema Implicações jurídicas do projecto do genoma humano: Constituirá a discriminação genética uma nova forma de Apartheid? **Themis: revista de direito**, v. ano VIII, nº12, p. 189–202, 2006.
- PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. DE P. DE. **Problemas atuais de bioética**. 8ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2008.
- PICHOT, A. **O Eugénismo: genetistas apanhados pela filantropia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- REALE, M. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais : na constituição federal de 1988**. 9ª. ed. Porto Alegre: Livrario do Advogado, 2011.
- SCHRAMM, F. R. Eugenia, eugenetica e o espectro do eugenismo: consideracoes atuais sobre biotecnociencia e bioetica. **Bioética**, v. 5, n. 2, p. 203–220, 1997.
- SERRÃO, D. Os desafios contemporâneos da genética. **Estudos de direito da bioética**, v. II, n. Almedina, p. 369–379, 2008a.
- SERRÃO, D. O clone humano, perspectivas científica, ética e jurídica. **Estudos de direito da bioética**, v. II, n. Almedina, p. 345–368, 2008b.

SIBILIA, P. **O homem pós-orgânico corpo, subjetividade e tecnologias digitais**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

SIQUEIRA, J. E. DE. **Ética e tecnociência: uma abordagem segundo o princípio da responsabilidade de Hans Jonas**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 1998.

SLOTERDIJK, P. **Regras para o parque humano uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo**. São Paulo, SP: Estação Liberdade, 2000.

SOUZA, V. S. DE. AS IDÉIAS EUGÊNICAS NO BRASIL: ciência, raça e projeto nacional no entre-guerras. **Revista Eletrônica História em Reflexão**, v. 6, n. 11, 2012.