

Diké

Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do
Curso de Direito da UNIPAC Itabirito



UNIPAC
ITABIRITO

ISSN: 2178-3519

V1, N.2, 2º semestre de 2010

Editora:

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito

Ano 1, nº 2, 2º semestre de 2010

Conselho Editorial:

Prof. Mestre José Carlos Henriques, Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira, Prof. Mestre Bruno Camilloto Arantes, Prof. Doutor José Luiz Furtado, Prof. Doutor Nuno Morgadinho dos Santos Coelho, Prof. Doutor Sebastião Trogo, Prof. Especialista Ramon Mapa da Silva

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Diretor Geral: Bruno Augusto Melillo

Diretor Administrativo e Acadêmico: Henrique Guimarães Malheiros

Rua Matozinhos, 293 – Bairro Matozinhos – (31) 3561 – 7775 – Itabirito/Minas Gerais

E-mails: ramon_mapa@yahoo.com.br; jcarloshen@yahoo.com.br; bernardogbn@yahoo.com.br; diretoriaitabirito@unipac.br

Sumário

Editorial.....	3
Fenomenologia do conflito: uma leitura das formas de existência malograda.....	5
(José Carlos Henriques)	
Arranjos federativos no Brasil: centralização, descentralização e o novo papel dos municípios após a reforma constitucional de 1988.....	33
(Bianca Pataro)	
Uma Sociedade bem ordenada: Incursões teóricas de John Rawls	50
(Conrado Luciano Baptista)	
Consideraciones logicas sobre la libertad humana:La libertad en el marco del constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho.....	62
(Oscar Alexis Agudelo Giraldo)	
Nótulas acerca das virtualidades da Justiça Constitucional portuguesa: As virtualidades do sistema português	79
(Bernardo Gomes Barbosa Nogueira)	
Las Normas Fundamentales en los Sistemas Lógicos Maestros: El Caso del derecho a la Salud y el estudio de la Conexidad de los Derechos Fundamentales	92
(Jorge Enrique León Molina)	
Breve Estudo das Fontes do Direito: Reflexões em torno de um falso consenso.....	105
(Hermundes Souza Flores de Mendonça)	
O Princípio Torquemada: Ou como extrair confissões de uma terra torturada.....	124
(Ramon Mapa da Silva)	
Entre a presunção de inocência e a não-culpabilidade: Uma proposta de adequação terminológica para mais adequada expressão do princípio previsto no art. 5º, LVII, da CF.....	140
(Domingos Barroso da Costa, Geraldo Felisberto Egg)	
Teoria da Argumentação Jurídica: Apontamentos sob a perspectiva de Robert Alexy	151
(Márcio Rodrigues Oliveira, José Carlos Henriques)	
Chamada de artigos para a 3ª edição.....	166

EDITORIAL

Testemunhar o nascimento da segunda edição desta Revista não é alento bastante para imaginarmos que a batalha foi vencida. Nosso editorial anterior anunciou a necessidade do enfrentamento intelectual ante a anecefalia que recobre – paradoxalmente - o pensamento jurídico contemporâneo. A academia fora relegada a local de reclames inaudíveis aos festejados “operadores” do Direito. Não é rara a audição de que “na prática, a teoria é outra” (*sic*). Lamentamos pela indiferença destes pensadores acerca do que Heidegger já há muito nos ensina, o homem é ser-no-mundo, e esse seu co-pertencimento ao mundo é dado em sua colocação histórica, de forma que não desprendemos a existência *práxica* do homem de uma sua reflexão acerca da mesma, aliás, é advertência premente que apenas ao *Dasein* é dada a possibilidade de um atitude questionadora ante seu existir. Na busca pelo Ser, interroga-se, e esse perguntar é já uma construção que transcende seu momento presente, na busca e construção do projeto de existência com o outro.

Esse momento de reflexão, de distanciamento crítico, de busca pelo fundamento é o mote que norteia os caminhos desta Revista. Uma busca, como anuciado no Editorial primeiro da Diké, “quixotesca”, e que, por assim o ser, nos permite reconhecer a necessidade de publicações como estas que vêm a vida. Ora, parece-nos que antes de qualquer realização objetiva, a idealização faz-se necessária, daí que o pensamento acadêmico sério e comprometido com a realização do Direito dá sua contribuição com os autores que participam desta edição da Revista Diké.

A premência de reflexões críticas dentro do pensamento jurídico é evidente se reconhecermos que a repetição de dizeres dos tribuais em livros de doutrina, vem sendo uma constante em *terrae brasilis*. A imperiosidade desta questão salta aos olhos quando percebemos autores de variadas áreas do pensamento jurídico a se adjetivarem como doutrinadores, quando, na verdade, nada mais fazem do que colacionar jurisprudências de tribunais para fundarem seu pensamento.

Nesse mesmo sentido, as decisões – leia-se jurisprudências – firmadas em determinados tribunais, não são discutidas e, assim, se consideramos desnecessária uma doutrina que realmente doutrine criticamente, como afirma Lênio Streck, podemos decretar o

fechamento dos cursos de Direito, pós-graduações, mestrados e doutorados em nosso país e vamos aprender Direito apenas nos tribunais.

A proposta da Revista Diké marcha na contramão das afirmações vazias de juristas que não realizam o ensinamento romano acerca da existência constitu(enda) do Direito com o *telos* de realização da justiça em cada caso concreto. De uma sua colocação no tempo e de sua forma de construto e não uma ciência atemporal e finalizada em raciocínios silogísticos que a muito já foram – deveriam ter sido! – deixados para trás. Empunha armas contra um pensamento dogmático e dogmaticizante que as Faculdades de Direito quase sempre entoam. Uma crônica repetição de normas, de julgados. Contra um ensino do histórico das melhores jurisprudências firmadas e a favor da reflexão que fundamenta cada ato decisional em acordo com as peculiaridades do caso concreto. Contra o funcionalismo do Direito pela política e a favor de realização do seu fim último, a justiça. Contra decisionismos, muitas vezes eivados de juristas que não atentam, para dizer com Castanheira Neves, para a necessidade da «condição ética para o emergir do fenômeno jurídico».

Os dizeres que estão colocados pelas linhas que propomos em nossa Revista consubstanciam num esforço de dar substância ao pensamento jurídico. Nesta busca, pretendemos fazê-lo dialogar com as demais áreas do saber que com ele compõem o existir do homem ocidental, sempre na busca pela realização dos valores que fundam sua existência, e, nos dias atuais, pela realização de um valor fundamental para o Direito e para o homem por ele esculpido.

Referimo-nos ao que Arthur Kaufmann disse ser a relação “ontológica” básica do Direito, Castanheira Neves ensinou ser o fim último a que aspira o Direito, Miguel Reale chamou de valor fonte, e que vem sendo positivado em quase todas as Constituições do segundo após guerra, ou seja, a realização do homem enquanto pessoa. Talvez esse, o último e transcendental princípio de realização do Direito em tempos deveras assépticos e conduzido por uma racionalidade técnica que sufoca, diríamos nós, qualquer possibilidade desta realização: Diké *versus* seu tempo...

Bernardo G.B. Nogueira
Editorial Revista Diké

Fenomenologia do conflito: uma leitura das formas de existência malograda.

José Carlos Henriques¹

Resumo

O texto pensa, a partir da obra de Binswanger, a possibilidade do malogro da existência, isto é, a possibilidade sempre existente de um determinado projeto de existir falhar, estagnando-se antes do fim. Interessa pensar esta possibilidade como conflito, dentro mesmo de um horizonte de projeto livre do viver. Trata-se de passos dados sob a orientação daquela vertente de pensamento que veio a replicar para a psicologia os resultados de uma condução fenomenológica do pensar, conhecida como Dasein-análise. De forma despretensiosa, sugere-se pensar o direito no contexto de possibilidade conflituosa de falência dos projetos humanos.

Palavras-chave: fenomenologia. Dasein-análise. Conflito. direito.

Resumen

El texto opina, desde el labor de Binswanger, acerca de la posibilidad de un fracaso de la existencia, esto es, la posibilidad siempre existente de un proyecto en lo cual existen errores, restando el fin antes del fin, como posibilidad de conflicto, aunque un horizonte de proyecto libre de vida. Este trabajo se hace sob la orientación de la corriente de pensamiento que salió a dedicar para la psicología los resultados de una conducción fenomenológica de pensamiento, conocido como Daseinanalyse. Sin grandes demandas, se puede pensar el derecho sob el signo de posibilidad de una decaída de los proyectos humanos.

Palabras: fenomenología. Dasein-analyse. Conflicto. Derecho.

1. Introdução

O presente estudo tem por objeto a obra de Ludwig Binswanger, intitulada “Três Formas de Existência Malograda – Extravagância, Excentricidade, Amaneiramento” sob um aspecto particular: descortinar os horizontes do conflito, ou seja, pensar uma fenomenologia do confronto que, eventualmente, se mostre no seio da obra. Compõe esta pesquisa o quadro geral de descrição fenomenológica do conflito intentada em seminários dirigidos pelo

¹ Mestre em Filosofia, pela Universidade Federal de Ouro Preto; mestre em direito, pela Univerdade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC-Juiz de Fora; especializado em direito civil e processo civil. Graduado em filosofia, Direito e Teologia. Professor e Coordenador do Curso de Direito na Universidade Presidente Antônio Carlos - Unidade de Itabirito. Professor Assistente na Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (FDCL).

professor Dr. Sebastião Trogo no programa de pós-graduação em direito da Universidade Presidente Antônio Carlos.

Cumprindo o objetivo traçado, alguns passos serão dados. Num primeiro momento, lançaremos um olhar sobre o autor, salientando alguns de seus compromissos teórico-metodológicos. Trata-se da seção intitulada “Ludwig Binswanger e a *Daseinsanálise* Psiquiátrica”.

Em seguida, na tentativa de compreender o contexto específico da obra, apontaremos seu lugar no quadro geral do pensamento de seu autor. Trata-se da seção “A obra: contexto teórico e visão geral”.

Após os esforços anteriores de compreensão contextual, se procederá à análise das principais ideias articuladas pelo autor em torno das três formas de existência malograda, em separado. Trata-se da seção “As três formas da existência malograda”.

Cumprindo o principal objetivo da pesquisa, a parte final do trabalho descreverá a natureza do conflito que se manifesta na extravagância, na excentricidade e no amaneiramento, apontando para o fato de que as mencionadas três formas de existência malograda se apresentam como possibilidades concretas do desvio do existir, não sendo, contudo as únicas.

2. Ludwig Binswanger e a *Daseinsanálise* psiquiátrica

Ludwig Binswanger nasceu em 13 de abril de 1881 em Kreuzlingen, Suíça, de uma família ligada à tradição de estudos na área de medicina e psiquiatria. Obteve a licenciatura na Universidade de Zurigue em 1907. Estudou sob a orientação de Carl Gustav Jung realizando, ainda, pesquisas sob a direção de Eugen Bleuler, compartilhando com eles seu vivo interesse pelo fenômeno da esquizofrenia.

Jung o apresentou a Sigmund Freud em 1907. Em 1911 Binswanger ocupou o posto de Chefe Médico e Diretor no Sanatório Bellevue em Kreuzlingen, cargo ocupado anteriormente por seu pai e seu avô.

No ano seguinte, 1912, adoeceu, recebendo a visita de Freud, fato raro, já que este quase não se afastava de Viena. A amizade entre os dois durou até a morte de Freud em 1939, mantendo-se íntegra, apesar de suas divergências teóricas.

Nos primeiros anos da década de 20, do século passado, Binswanger cultivou um interesse particular pelas obras de Edmund Husserl, Martin Heidegger y Martin Buber, inclinando-se paulatinamente para uma perspectiva existencialista, afastando-se da direção adotada pela doutrina freudiana¹.

A partir dos anos 30, do século XX, firmou-se como o primeiro terapeuta existencialista, ou pelo menos como o primeiro mais importante dentre os que seguiam aquela mesma orientação filosófica.

Enfim, passando por Husserl, com leve influência de Buber mas, sobretudo, acostado a Heidegger, já nos anos 30, ou seja, muito próximo da publicação de *Ser e Tempo* (obra publicada em 1927, fundamental para a futura *Daseinsanálise* Psiquiátrica), Binswanger se tornava terapeuta com pretensão de refundar a psiquiatria, reconstruindo suas bases, ancorando suas ideias no que ele entendia ser seu pressuposto necessário: uma antropologia e uma ontologia que se comunicassem entre si. Entende-se porque foi para Heidegger que, de preferência, se voltou a partir de então.

Em 1943, publicou seu trabalho mais importante, *Grundformen und Erkenntnis menschlichen Daseins*.

Em 1956, Binswanger abandonou seu posto em Bellevue depois de 45 anos como Chefe Médico e Diretor, continuando a estudar e a escrever até sua morte em 1966.

¹ Por certo, Binswanger não foi influenciado apenas pelos grandes pensadores citados. Principalmente em temas psicopatológicos seguiu, pelo menos em parte, a K. Jaspers. Além disso, comprometeu-se teoricamente com autores de menor envergadura como Wilhelm Zsliasi, sucessor de Heidegger na cátedra, mas sem o talento filosófico do antecessor; apoiou-se ainda em Bleuler, Eugen Minkowski e até mesmo em Werner Jaeger. Aliás, uma das mais contundentes críticas dirigidas a Binswanger se liga ao fato de que seus compromissos teóricos foram muito heterogêneos, costurados com conceitos nem sempre explicitados ou sólidos o bastante, constituindo-se seu pensamento como um eclético mosaico, prescindindo do necessário rigor fundante.

Apesar das contundentes críticas de Heidegger¹, a analítica existencial por ele intentada em *Ser e Tempo* não tardou manifestar-se a profissionais das ciências psicoterápicas como um conjunto bem arquitetado de teses ontológicas, capaz de servir como alicerce para a reformulação científica da arquitetura daquelas mesmas ciências. A reconstrução, no âmbito das ciências terapêuticas, era então pensada como absolutamente necessária e ligada mesmo ao destino de continuidade ou esterilidade das pesquisas no campo da psicologia, da psiquiatria, da psicanálise... Havia necessidade de fundamentos ontológicos, pressupostos antropológicos firmes, enfim, pensava-se numa completa refundação do saber científico sobre o homem para, somente após, pensar as terapias para os males da existência.

Pelo menos dois nomes se destacam nesta tarefa de reconstrução, no campo da psiquiatria: Medard Boss e Ludwig Binswanger. Ambos mantiveram com Heidegger, sobretudo no que diz respeito aos parâmetros analíticos do *Dasein* traçados por este em *Ser e Tempo*, um diálogo fundante.

Poder-se-ia falar, cremos sem exagero, que a psiquiatria *Daseinsanalítica* ou a *Daseinsanálise* psiquiátrica², fundada pelos pensadores acima indicados, iniciando-se com L. Binswanger, é fruto de uma apropriação dos pressupostos filosóficos da analítica existencial de *Sein und Zeit*, na tentativa de encontrar fundamentos ontológicos para a ciência da psiquiatria que, já aqui adotando um vocabulário heideggeriano, se constitui como ciência ôntica.

¹ Uma amostragem das principais críticas feitas por Heidegger à utilização de sua analítica do *Dasein* para os fins pretendidos por Binswanger, ou seja, como *a priori* ontológico e pressuposto fundante de uma ciência psiquiátrica, pode ser encontrada em LOPARIC, Zeljko. *Binswanger, leitor de Heidegger: um equívoco produtivo?* In: Rev. Natureza Humana. Número 4, Vol. II. Jul.- Dez. 2002. p. 385-416).

² Segundo Zeljko Loparic, a denominação “*Daseinsanálise* psiquiátrica” passou a ser usada por Binswanger a partir dos anos 40, do século passado. Ver Loparic, op.cit. passim. Existe uma Associação Brasileira de *Daseinsanalyse*. Em textos disponibilizados no site desta Associação, colhe-se interessante comentário acerca do termo *Daseinsanálise*. Eis algumas passagens relevantes: “...O termo “*Daseinsanalyse*” foi traduzido por “*Analyse Existentielle*” em francês e “*Existencial Analysis*” em inglês. Estas denominações, entretanto, passaram logo a abranger divergentes concepções da existência humana e métodos terapêuticos e com isso perderam quase todo o significado. Tentando recuperá-lo, passou-se a manter o termo alemão *Daseinsanalyse* mesmo em língua estrangeira. As designações de “*Análise do Dasein*” e “*Dasein Analyses*” apareceram pela primeira vez na obra de Heidegger - *Ser e Tempo* – em 1927. Esses dois termos tinham como objetivo denominar a explicitação filosófica dos “*existenciais*”, isto é, das características ontológicas constituintes do existir humano. Heidegger descreveu como “*existenciais*” a abertura original ao mundo, a temporalidade do homem, sua espacialidade original, sua afinação ou estado de humor, seu estar-com-o-outro, sua corporeidade, palavra criada para traduzir o alemão *Leibhaftigkeit*, designando a essência específica do corpo do homem vivo (*Leib*) oposta àquela de um corpo físico (*Körper*) e seu caráter de ser mortal. A análise desses “*existenciais*” foi chamada de *Daseinsanalytik*” Não se indicam, no site citado, os autores dos textos, presumimos sejam produzidos pelos membros da Associação. Os textos citados estão disponíveis em <http://www.Daseinsanalyse.org>, Acesso em 11 de janeiro de 2007.

Assim, a *Daseinsanálise* psiquiátrica, como a nomearemos doravante, com fundamento em Heidegger, parte de uma leitura existencial-analítica, dos distúrbios psiquiátricos e da própria atividade terapêutica.

Mais precisamente, os distúrbios (as neuroses, as psicoses, a esquizofrenia...) são modos possíveis da existência, possibilidades concretas do *Dasein*, movimentos que se situam, num plano mais extenso, no projeto do existir. Também a terapia ganha novos contornos e tem renovada sua função de meio apropriado de cura (*Sorge*). Trata-se de esforço de terceira pessoa, alheia ao projeto desviado do *Dasein*, no sentido de ‘fazer ver’ o desvio e de indicar o recomeço, a possibilidade da ascensão. A correção de rota, ou a reconstrução do projeto existencial sob medida, é devolvida ao próprio *Dasein*, a terapia introduz o outro do *Dasein*, é indicativa da recomposição de seu caminho.

Enfim, renova-se a psiquiatria, empoeirados conceitos, mantidos à custa de compromissos teóricos nem sempre esclarecidos, devem ceder espaço a uma bem pensada arquitetura científica, cujo princípio primeiro consiste em dar conta de situar aquela ciência em um bem fundado conceito de homem. É na esperança de encontrar uma antropologia¹ que pudesse fundar, ou mais propriamente, refundar a psiquiatria que os olhos de Ludwig Binswanger descortinam como promissora a analítica existencial heideggeriana.

Assim, na tentativa de revitalizar e refundar a psiquiatria², Binswanger adotou boa parte da terminologia e conceitos introduzidos por Heidegger.

¹ Como se sabe, inicialmente, o intuito principal de Heidegger era esclarecer o sentido do Ser enquanto tal. As explicitações do existir humano que aparecem em *Ser e Tempo* devem ser consideradas como uma primeira etapa no caminho de seu pensamento, essencialmente voltado para a ontologia, não como uma definitiva antropologia. De fato, não foi intenção de Heidegger, de pronto, construir uma antropologia. Se esta se mostrou, de algum modo necessária, foi para o cumprimento de um segundo e mais radical desígnio: pensar, por ela, a questão do Ser. Eis o caráter propedêutico da analítica do *Dasein*, desenvolvida em *Ser e Tempo*. O que Binswanger faz é, dentre outras idiosincrasias, ler o texto heideggeriano de *Ser e Tempo* como uma antropologia, de preferência, traíndo o intuito (ontológico) que lhe era subjacente, ou pelo menos deslocando-o para segundo plano.

² Como se colhe dos textos do site da Associação Brasileira de *Daseinsanalyse*, “Binswanger considerou que uma “*Daseinsanalyse* Psiquiátrica” traria um novo método de investigação para compreender e descrever, sob um ângulo fenomenológico, as síndromes e os sintomas concretos, distintos e diretamente perceptíveis da psicopatologia, afastando-se do método científico que até então prevalecia na Psiquiatria e na Psicanálise. Seguindo o pensamento de Heidegger, Binswanger dedicou-se a um caminho fenomenológico: julgando não haver nada a procurar atrás dos fenômenos, quis esclarecer, de modo mais diferenciado, os significados e as relações que se mostravam imediatamente a partir deles mesmos”. Acessível em <http://www.Daseinsanalyse.org>, acesso em 11 de janeiro de 2007.

Um dos termos mais significativos do vocabulário heideggeriano, que dá nome à nova forma científica traçada para a psiquiatria renovada, é *Dasein* (literalmente, ser-aí), termo referente ao modo de existência propriamente humano. O termo, no original, carrega consigo conotações sutis: remete à continuidade da existência, à sobrevivência, à persistência... Além disso, a ênfase em uma das partes da composição do vocábulo, “*da*” ou “*sein*”, pode remeter ao sentido de estar no meio de tudo, no grosso das coisas.

Para Binswanger, seguindo Heidegger, a qualidade principal do *Dasein* é o cuidado (*Sorge*). O “estar-aí” nunca é uma questão de indiferença: estamos envoltos pelo mundo, nele nos movemos com os outros e conosco. Na vida, podemos fazer muitas coisas, mas, descuidar não é uma delas, sob pena de malograr o projeto existencial autêntico.

A partir de uma leitura muito própria de Heidegger¹, mas de algum modo fiel a muitos de seus conceitos, Binswanger busca construir novas possibilidades para a psiquiatria. Pensa trazer novos fundamentos tanto para a ciência psiquiátrica quanto, a partir desta, para a prática de terapias mais consentâneas com a estrutura essencial do humano.

3. A obra: contexto teórico e visão geral

Foi com o breve artigo “o sonho e a existência”, de L. Binswanger, que a *Daseinsn*álise psiquiátrica recebeu seu impulso inicial vindo, após, a ganhar corpo em outras obras do mesmo autor e, de forma algo diversa, mas seguindo inspirações iniciais, foi desenvolvida por outros pensadores interessados, a um só tempo, em clínica e filosofia. Dentre os continuadores da inspiração inicial de Binswanger, merecem destaque Medard Boss e seus seguidores na universidade de Zurigue.

¹ Lê-se no recitado site da Associação Brasileira de *Daseinsanalyse*, o seguinte pertinente comentário, “Binswanger fez uma descrição *Daseinsanalítica* de numerosos casos de esquizofrenia. Afastou-se, entretanto, do pensamento de Heidegger num ponto capital, isto é, achou necessário acrescentar o conceito de “amor” ao conceito heideggeriano de “zelar”. (N.T.- Do alemão “*sorge*” que significa: cuidar, zelar, preocupar-se, etc...). Não percebeu que nesse termo “zelar”, empregado por Heidegger num sentido ontológico, já estavam incluídas todas as formas de relações afetivas, portanto também o amor. Quando reconheceu o próprio engano, deixou de qualificar suas pesquisas como “*Daseinsanalíticas*” e chamou sua nova orientação de pesquisa de “fenomenologia antropológica”. Em seguida voltou a se aproximar mais do pensamento de Husserl, o mestre de Heidegger”. Ver a referência ao site, constante da bibliografia final.

Como bem se expressou Z. Loparic,

(...) apesar das múltiplas referências clínicas, literárias e filosóficas, a estrutura do artigo é relativamente simples. A tese básica é a de que um traço essencial da *estrutura ontológica* do ser humano é o *movimento de ascensão e de queda*. Trata-se de uma única onda vital de forma senoidal, com fases ascendentes ou vitoriosas e descendentes ou malogradas, que acontece sem qualquer participação voluntária do indivíduo no qual se manifesta. Binswanger recorre à filosofia e à mitologia gregas para sugerir que a pulsação da vida resulta de uma força originária de ordem cósmica, pré-pessoal e pré-individual, o que dá à existência humana um sentido também supra-pessoal e supra-individual.¹

O homem comparece, desde as inspirações iniciais, como capaz de construir uma história própria e de estruturar uma existência isolada, completando o processo de individuação. Os sonhos, no contexto geral da vida, são manifestações desta existência individualizada, somatizada e historicizada, alcançada pelo indivíduo no arco do tempo.

Há uma forma *a priori* do acontecer global, universal, que é preenchida pelo indivíduo nos sonhos. As imagens oníricas, na verdade, revelam como o indivíduo participa, de forma privada e individual, do jogo do acontecer universal. Elas revelam a simpatia, a sintonia do cósmico com o individual. Assim, a vida individual, porque sintonizada com o cósmico, mantém-se aberta à infinitude, escapando das simples manifestações individuais, corpóreas e biográficas.

O sonho, assim entendido, comporta significado clínico. De fato, por ele, o médico poderá compreender o sentido das manifestações individuais daquele que sonha, colocando-o em relação com a estrutura *a priori* do acontecer universal. Na verdade, a importância dos sonhos seria secundária, pois se liga a histórias privadas, a biografias individualizadas. Claro pode aquele conteúdo se prestar à elaboração de diagnósticos...

Mas importa conhecer o *a priori* cósmico, a forma universal onde o sonho se insere. Somente assim o conteúdo do sonho recebe significação real e pode se prestar à descoberta do sentido cósmico da biografia nele revelada. O significado clínico do ambiente onírico é evidente: descoberto o horizonte universal do *Dasein*, por meio das manifestações individuais do sonho, provoca-se o paciente no sentido de decidir-se a abandonar o seu teatro privado e a participar da vida universal.

¹ LOPARIC, Zeljko. *Binswanger, Leitor de Heidegger: um equívoco produtivo?* In: *Natureza Humana*, número 4, volume II, jul.-dez. 2002. pp. 385- 416.

Como se vê, as ideias contidas no pequeno artigo, já traziam, de forma seminal, as linhas mestras do que, posteriormente, pelo próprio autor veio a ser denominado de “*Daseinsanálise* psiquiátrica”. Constata-se uma reviravolta no modo de pensar a psiquiatria e a sua prática médica específica: não são as biografias, as manifestações individuais da existência, os processos psicossomáticos... aquilo que deve ser o objeto precípua da análise do psiquiatra e da ciência que lhe dá seu saber. Ao contrário, desvendar as formas universais, as estruturas do mundo que estão por trás das manifestações individuais é a principal tarefa da psiquiatria e da clínica, sabendo-se que o material onírico é rico suporte para o cumprimento deste objetivo.

Enfim, conforme admitido por Binswanger, há aqui uma revolução copernicana na psiquiatria, constituindo-se a partir desta um seu novo modelo: a *Daseinsanálise* psiquiátrica. A este respeito, vale transcrever a abalizada e percuciente dicção de Z. Loparic:

Em resumo, a principal novidade do artigo aqui comentado é metodológica: a tarefa fundamental da psiquiatria não é de descrever processos psicossomáticos e biográficos singulares — estes têm importância secundária, revelando apenas o lado particular do acontecer universal — e sim formas ou estruturas dinâmicas do mundo, que são a fonte principal das manifestações da vida em geral e, em particular, do material onírico. É essa “revolução copernicana” que, segundo o próprio Binswanger, está na origem da *Daseinsanálise* psiquiátrica (Binswanger 1992/94, p. XXI).¹

Apenas para frisar esta significativa revolução na psiquiatria dando-se, agora, prioridade à descoberta do universal, da estrutura do mundo, da forma a priori da existência... destacamos importante passagem do artigo “o sonho e a existência”. Após, verificar a presença de variadas imagens oníricas simbólicas e do esforço da poesia por dar-lhes vazão, Binswanger, assim arremata:

... se, na poesia moderna ou clássica, nos sonhos e mitos de todos os tempos e povos, encontramos sempre a águia e o falcão, o milhafre ou o abutre como a personificação não somente de nossa ascensão e de nossa vontade nostálgica de nos elevar, mas também de nosso *Dasein* decadente, isso mostra apenas que a determinação, em termos de ascensão ou queda, constitui um traço essencial da nossa existência. Além disso, este traço fundamental não deve ser confundido com a vontade consciente orientada para o fim de se elevar, ou com o medo consciente de queda, que não são senão reflexos, na consciência, desse traço fundamental. Não a ascensão e a meta concreta da ascensão, para nos atermos a esse ponto, são aqui essencialmente irrefletidas.²

¹ Loparic, op. cit. p 388.

² BINSWANGER, Ludwig. *O Sonho e a Existência*. Tradução de Martha Gambini. Revisão de Zeljko Loparic. In: *Natureza Humana*. Número 4. vol. II, pp. 417-449.

Ora, conhecida a ânsia por uma renovação da psiquiatria, a partir de um novo modelo interpretativo que, de preferência, buscase descobrir as estruturas, o *a priori* da existência, insistimos, entende-se porque a atenção de Binswanger se tenha voltado para Heidegger. É que, apesar dos protestos deste, a analítica existencial realizada em *Ser e Tempo*, para Binswanger, mostrou-se como descrição onto-fenomenológica do *Dasein*, capaz de amparar sua demanda refundadora da ciência psiquiátrica.

A obra “Três Formas da Existência Malograda: extravagância, excentricidade, amaneiramento” foi dedicada a Heidegger, “em sinal de gratidão.” A edição alemã apareceu em 1956, publicada por Max Niemeyer Verlag, de Tübingen. A edição brasileira que consultamos, foi traduzida a partir primeira edição da obra, e foi publicada, entre nós, em 1977, pela Zahar Editores.

No prefácio, datado de 1955, o autor esclarece que

os três tratados aqui publicados constituem uma etapa do caminho que leva à compreensão existencial-analítica do decurso e das formas da existência (*Dasein*) esquizofrênica. Nessa medida, constituem uma contrapartida de meus ‘Estudos sobre o Problema da Esquizofrenia’, publicados no *Schweizer Archiv für Psychiatrie und Neurologie* de 1945 e 1952.¹

Assim, é partindo de uma problemática específica da psiquiatria, o estudo da esquizofrenia, realizado em um razoável espaço de tempo, ao menos durante sete anos, que Binswanger busca as condições de possibilidade de uma compreensão existencial-analítica do *Dasein*. Já no prefácio, fica claro que há um “quadro mais amplo da estrutura existencial ou do ser-no-mundo, cujo *a priori* foi ‘trazido à luz’ por Heidegger em sua analítica existencial.”²

A analítica existencial, então, se evidencia como solo e fundamento ontológico das investigações psiquiátricas, e é a partir dela que a sintomatologia da morbidez ganha contornos e significado para o psiquiatra e possibilita a intervenção médico-curativa.

Enfim, a analítica existencial se posta como pano de fundo ontológico capaz de possibilitar a compreensão de formas existenciais específicas, ônticas. Aqui precisamente o

¹ BINSWANGER, Ludwig. *Três Formas da Existência Malograda – extravagância, excentricidade, amaneiramento*. Tradução de Guido A. de Almeida. Zahar Editores: Rio de Janeiro, 1977. p. 9.

² Binswanger, op. cit. p. 9.

giro copernicano na psiquiatria, quando Binswanger não cessa de “apontar para o fundo existencial-ontológico” de suas investigações ônticas.

Para buscar explicitar a significação do malogro da existência, ainda no prefácio, lança-se mão do pensamento de Heidegger. As três formas de existência malograda – extravagância, excentricidade, amaneiramento - são vistas como efetivas possibilidades de ser do *Dasein* são formas decaídas deste.

Dos três tratados que compõem a obra, apenas aquele sobre o amaneiramento ainda não havia sido publicado até o aparecimento dos textos reunidos, sendo ali publicado pela primeira vez.

Por tudo, as investigações reunidas na obra, embora ressaltem três diferentes formas de existência malograda, se movimentam num solo comum a compreensão de modos pelos quais a autêntica movimentação histórica do *Dasein* pode vir a se paralisar, ou a chegar ao fim.¹

No contexto geral do pensamento binswangeriano, “Três Formas da Existência Malograda” constitui uma amostragem paradigmática do novo modelo de compreensão dos fenômenos psiquiátricos: buscar o solo existencial-analítico, ontológico, da sintomatologia da morbidez. Ainda deve ser lembrado que, na obra em comento, o autor, de maneira mais ligada a seu ofício de médico, tentou uma apropriação instrumentalizadora do pensamento de Heidegger para a compreensão dos modos de ser decaídos do *Dasein*.

4. As Três Formas da Existência Malograda

4.1 O sentido do malogro

Apoiado em W. Szilias, admite Binswanger que

o sentido das expressões que, a propósito do ser-aí, se referem ao êxito ou ao sucesso, à frustração ou ao malogro remonta essencialmente a Platão e Aristóteles (e, mesmo, a Heráclito), mas domina também a doutrina de Kierkegaard sobre a

¹ A este respeito, veja-se o prefácio da obra, passim e, sobretudo, p. 10.

‘possibilidade’ como ‘a mais difícil de todas as categorias’ e, sobretudo, o conjunto da analítica existencial de Heidegger.¹

Malograr é falhar, é frustrar. O ser-aí pode abdicar das possibilidades de seu ser, agarrá-las, equivocar-se ao tentar fazê-lo, extraviar-se ou equivocar-se a respeito de si mesmo. É assim, adotando a terminologia heideggeriana, que se explicita o sentido do malogro, da falha, do desvio existencial do ser-aí.

As formas do malogro da existência, por certo, não se esgotam na indicação da excentricidade, extravagância e amaneiramento. Estas três são modos malogrados de existir, mas não são os únicos. Malograr é, em última análise, encalacrar, ‘chegar a um fim’, ou ficar enrascado em um determinado momento da autêntica movimentação histórica da existência. É como se o *Dasein*, de repente, em um dado momento da existência, se estagnasse, tomasse um caminho errado, nele se mantivesse e se perdesse, malogrando a comum movimentação do existir. Este o sentido do malogro: chegar a um fim, perder a *comunio*, a *communicatio*, viver em si, ensimesmando-se, tornando-se intratável, só e a seu modo.

Em uma passagem esclarecedora, apontando as recitadas três formas de malogro como ameaças iminentes da existência humana e, ao mesmo tempo, apontando para o sentido do malograr, afirma Binswanger:

A extravagância, a excentricidade, o amaneiramento constituem, como ressaltamos repetidamente, uma tríade *sui generis*, mas em si mesma diferenciável, de possibilidades do malogro da existência humana. Ou seja – para expressá-lo da maneira mais genérica possível – de um malogro no sentido de uma maneira determinada, a se descrever mais pormenorizadamente, pela qual a autêntica movimentação histórica do ser-aí pode ficar presa ou chegar a um fim em cada caso.²

4.2 Extravagância

Enquanto aberta a potencialidades, ou seja, enquanto projeto, o *Dasein* pode ir longe demais e extraviar-se. O Ser-aí projeta-se na amplidão, sendo metáfora apropriada para se referir ao projetar-se o *subir*, subir à altura do projeto. Por certo poderá desviar-se no caminho ou extraviar-se na subida. Aí o tema recorrente da ascensão. A existência projeta-se para ascender, para subir. A queda é o desvio, forma frustrada de realização efetiva do *Dasein*.

¹ Binswanger, op. cit p. 10.

² Binswanger, op. cit p. 169.

O termo original é *Verstiegenheit*. Derivado do verbo *versteigen*, que vem de *steigen* (subir) o significado aproximativo desta expressão, anota Guido A. de Almeida, o tradutor, nos remete, “em sentido figurado, a exceder-se (com atrevimento), demasiar-se, exorbitar, ultrapassar os limites do razoável, ir longe demais e além do razoável em suas idéias, opiniões, comportamento, etc...”¹

Portanto, um sentido já se anuncia, como forma de nomeação de um dos modos decaídos de ser do *Dasein*: extravar ao subir. Ao projetar sua ascensão, o *Dasein*, malogra quando perde a medida, “ a proporção entre o subir à altura e o caminhar na amplidão adentro.” Evidencia-se a desproporção entre o projeto ou a altura e a amplidão deste e os passos dados pelo *Dasein* no sentido de sua realização, daí que extravar é ir longe demais e ali estacionar, empacar, perdendo-se.

Quem extrava, atola-se, empaca em uma certa experiência desmedida e, porque perde toda a *comunicatio* e *comunio*, o *Dasein* não consegue ampliar suas experiências, revê-las, restando parado em um ponto de vista tacanho, estreitamente limitado. Deste modo, é condição de possibilidade da extravagância o subir mais alto do que convém à sua amplidão, ao seu horizonte de experiências e de compreensão, ou por outras, que extensão e altura não se encontrem numa relação proporcional.²

A pretensão é a marca do extravagante. Binswanger recorda uma figura poética, de Ibsen, para explicitar o sentido da extravagância. Trata-se da imagem do construtor Solness que, como sublinha o autor, “constrói mais alto do que consegue subir”.³

A noção de proporção, pois, entre o projeto e a possibilidade de sua concretização é o oposto do extravar, considerada a extravagância “como um deslocamento estrutural da proporção antropológica”. Tanto a atração da amplidão quanto a da altura, significam o “alargamento de horizontes”, a apropriação do mundo, o elevar-se acima da “angústia das

¹ Ver nota do tradutor quanto ao sentido da expressão extravagância, Binswanger, op. cit. p.13.

² Ver, a este propósito, Binswanger, op. cit. p. 15.

³ Ver nota em que Binswanger busca esclarecer o sentido do “construir mais alto”, referindo-se a Ibsen e fazendo um contraponto com o exemplo inverso do que sobe alturas atingíveis. Este último, por certo, não é extravagante. Binswanger. op. cit. p. 16.

coisas terrenas”... enfim, evocam a superação, a decisão de subir ou elevar-se acima da situação humana particular.¹

Contudo, quando a decisão, a tomada de posição do *Dasein*, se absolutiza num deixar-se arrebatado pelo desmedido, estamos já na extravagância.

Do ponto de vista patológico, a “ideação maníaca” representa uma forma de fuga das ideias, que torna impossível ao maníaco tomar pé, de maneira autêntica, da problemática humana, restando este impossibilitado de decidir, agir e amadurecer. O maníaco não é ainda um extravagante, a desproporção nele manifestada se liga à desmedida amplidão que concede a seu caminhar, alargando-o ao infinito.

A extravagância, própria dos psicopatas esquizóides e “das incontáveis formas de ser-no-mundo esquizofrênico” liga-se a uma “preponderância desproporcional da altura da decisão sobre a amplidão da ‘experiência’... tanto uns quanto os outros “extravagam, por oposição ao maníaco, na medida precisamente em que não se deixam elevar às alturas rarefeitas dos estados de ânimo otimistas, mas, ao contrário, solitários e ‘sem nenhuma consideração da experiência’, escalam e se deixam ficar sobre um determinado degrau da *escala da problemática humana*”²

Os psicopatas esquizóides e os esquizofrênicos, em geral, padecem de um entalamento, de um aprisionamento num certo nível ou degrau da problemática humana, impedindo o amadurecimento. A experiência não é mais considerada, houve uma escolha ‘de uma vez por todas’, *absolutizou-se uma decisão singular. Há um isolamento do Dasein que perde toda comunicatio e toda comunio*. A este respeito, recomendável que ouçamos o próprio Binswanger:

... mais ainda, semelhante absolutização só é possível depois que o ser-aí se isolou do trato e do comércio com os outros e da possibilidade de aí encontrar promoção e lições contínuas. Tendo-se retraído para o mero trato e comércio consigo mesmo, também isso ‘vai morrendo’ até se imobilizar no olhar fixado no problema, ideal ou ‘nada da angústia’, como que petrificado em uma cabeça de Medusa, em demência. Em virtude disso, uma pessoa só pode ser resgatada da posição extravagante através

¹ As expressões sublinhadas foram destacadas pelo próprio autor que, por certo, as tomou de Heidegger. Binswanger. op. cit. passim.

² Binswanger, op cit. p. 19. Grifo nosso.

da ‘ajuda alheia’, exatamente como no resgate do alpinista que acaba por se enrascar na escalada de um despenhadeiro.¹

Por fim, devem ser lembradas as características próprias das manifestações extravagantes que, segundo Binswanger, mais nitidamente se mostram nos exemplos de extravagância neurótica: carência de discernimento, de visão de conjunto ou da organização dos meios no domínio da totalidade finalizada na qual a existência extravaga.

A interpretação de conceitos da ciência psiquiátrica a partir de um novo paradigma, o existencial-analítico, encoraja um novo jeito de encarar as práticas terapêuticas, buscando situar o indivíduo no contexto total da existência humana. Mais uma vez, vale a pena ouvir Binswanger:

o que chamamos de terapia, no fundo, consiste tão-somente em levar o doente até um ponto onde ele consiga ‘ver’ como está constituída a estrutura total da existência humana ou do ‘ser-no-mundo’ e em que ponto dela extravagou. Ou seja: resgatá-lo da extravagância, trazendo-o de novo ‘à terra’, que é o único ponto a partir do qual se pode tentar uma nova partida e uma nova escalada.²

A extravagância é, pois, dentre outras, uma ameaça imanente à existência humana. Para descrever a implementação desta ameaça e o evento do extravar, partindo dos contributos auferidos da linguagem, do vocabulário empregado para a descrição do fenômeno, tanto na linguagem coloquial quanto na clínico-psicoterápica, Binswanger usa metáforas espaciais. O fenômeno do extravar aparece como um desmedido deslocamento vertical da existência em prejuízo de sua base, de sua amplidão horizontal. Assim, subindo a uma altura desproporcional, a existência estagna, empaca, não conseguindo se sustentar em uma base horizontal que não suporta a altura a que, pelo logro, se alçou vôo.

Conforme se pode ver nesta passagem: “na extravagância, essa ameaça mostrava-se como uma maneira peculiar do deslocamento da proporção antropológica em favor da direção de significação vertical do ser-aí ou, em suma, da ‘altura, com um encurtamento ‘simultâneo da base ‘horizontal da largura do ser-aí.’”³

Este o sentido, de novo, do malogro: estacionar em um estágio da dinâmica existencial, chegando a um fim, erguendo “uma parede como limite insuperável diante de si”, enganosamente, subindo a altura incompatível com a base horizontal de sustentação da

¹ Binswanger, op cit. p. 20.

² Binswanger, op. cit. p. 21.

³ Binswanger, op. cit p. 171.

existência, desproporcionando o peso da existência assim distendida, fazendo-a cair ou pairar em píncaros impróprios e rarefeitos, sem sustentáculo possível. O desejo de ‘subir além de si mesmo’ leva o extravagante a encalacrar na subida, a paralisar no desejo a existência, perdendo contato com a experiência e a comunicação possível com os outros.

Torna-se, então, o *Dasein* extravagante, um ‘solista’ isolado da orquestra do mundo-comum. “‘Atascado’ que está o ser-aí aqui num determinado desejar, numa determinada idéia, ideologia ou teoria, sua movimentação histórica não sai mais ‘do lugar’. A extravagância é o modo de existir do ser-aí para que a parede, que ele ergueu em seu próprio ser diante de si mesmo, constitui um *limite* insuperável”.¹

4.3 Excentricidade

A palavra traduzida por excentricidade, no original alemão, é *Verschrobenheit*. Conforme anota o tradutor² o vocábulo original aponta para um sentido específico: descreve um comportamento estranho, esquisito, em termos de um desajuste do ‘mecanismo’ psíquico humano. Por isto, para nós, as expressões ‘ter um parafuso frouxo ou a menos’, daria mesmo o sentido da expressão original, já que sua derivação procede do participio passado (*verschroben*) do verbo arcaico *verschrauben* (aparafusar, enroscar mal, errado ou ao contrário).

Assim, literalmente, o excêntrico é alguém parafusado mal, ao contrário, mal enroscado, mal ajustados parafuso e frisos de sua rosca. Ainda segundo anota o tradutor, há em alemão a expressão *Exzentrizität*, apontando para a ocorrência de um comportamento incomum, anormal em termos de um desvio ou afastamento do centro, de um ponto em torno do qual normalmente gira o comportamento das pessoas.

Na verdade, segundo nos parece, o sentido dos dois vocábulos são complementares: apontam para um desajuste, um estar mal colocado e, metaforicamente, para um comportamento desvinculado do centro normal, torcido, mal acoplado ao padrão.

¹ Binswanger, op. cit p. 171. Grifos no original.

² Binswanger, op. cit. p.22. Nota sobre o vocábulo excentricidade.

Talvez a adoção da dicção *Verschrobenheit*, em Binswanger, atenda a um seu reclame por uma constituição ontológica da linguagem científica, na tentativa de escapar do coloquialismo de que padeciam, a seu sentir, tanto a clínica psiquiátrica quanto a psicopatologia de sua época.¹

Para um melhor entendimento do que seja a excentricidade e sua ligação com os estados patológicos, Binswanger passa em revista a linguagem descritiva da clínica e da psicopatologia de seu tempo.

Neste sentido, afirma que, enquanto possibilidade do *Dasein*, a excentricidade liga-se às psicopatias e à esquizofrenia. Nesta, as manifestações da excentricidade se caracterizam, predominantemente, pela teimosia, pela excessiva meticulosidade, pela rigidez dos modos de ver, frieza de sentimentos, hábitos excêntricos e ações imprevisíveis. Já em relação a outras psicopatias, a excentricidade, se manifesta como bizarria e rigidez do pensamento, bem como na adoção de uma linguagem particular, podendo mesmo esta vir a substituir a língua materna, em casos mais radicais.

Passando em revista a significação antropológica da expressão excentricidade e suas perífrases descobre Binswanger que, em sua maioria, os dizeres se referem ao *homo faber*, ou seja, nos remetem ao vocabulário próprio da técnica, do fazer, assim comparecem as expressões, desalinhado, mal aparafusado...

Verifica-se, ainda, que as expressões psicológicas referentes à excentricidade, que têm em vista a personalidade, no sentido do trato ou comércio com o mundo-comum (*mitweltlichen*) revelam um desajuste do *Dasein* excêntrico em relação ao outro, denotando a dificuldade, a inaptidão para o trato ou mesmo a sua impossibilidade.

A este respeito, vale transcrever a bem construída passagem em que Binswanger se ocupa do lugar do outro, na análise da linguagem referente à excentricidade:

¹ Conferir a este respeito, ou seja, quanto à necessidade de uma linguagem científica que evitasse a tematização pré-conceitual do dizer da coloquialidade, sobretudo, Binswanger. op. cit. p. 21/22.

o próximo é de fato compreendido aqui unicamente a partir do trato com ele, mais precisamente, a partir da perturbação, dificuldade ou impossibilidade desse trato, e de sua redução diagnóstica a determinadas peculiaridades e propriedades da pessoa com que se trata: à sua inaptidão para o trato ou dificuldade no trato, à sua resistência, impenetrabilidade ('dureza', 'rigidez', 'frieza'), suas contradições, seu caráter arredo, sua imprevisibilidade. Daí originam-se expressões como ininfluenciável, incorrigível, estudado, sem naturalidade, sem espontaneidade, meticuloso, intransigente, fanático, incapaz de discutir, caprichoso, irritável, fantasioso, associal e, sobretudo, autista.” E continua, em conclusão, o autor: “... surge a dificuldade de lidar lingüisticamente com o mundo comum, bem como a de sua elaboração lingüística ‘pessoal’, em suma, a dificuldade ou impossibilidade de entendimento mútuo.¹

Enfim, é o malogro do trato que faz com que o excêntrico receba a sua adjetivação negativa, ou seja, as peculiaridades negativas do trato são transformadas em propriedades da pessoa com que se trata. Assim, “... a pessoa recebe o predicado ‘excêntrico’ como uma ‘sentença condenatória’ proferida a partir da *irritação* ou mau-humor provocado pelo malogro (do trato).”²

Eis a dinâmica da predicação da excentricidade. O excêntrico comparece como imprestável. “Imprestabilidade é o que nos atrapalha ou estorva ao lidarmos com alguma coisa ou alguém e, ao estorvar, nos surpreende, na surpresa, nos detém ('fim', 'limite') e, ao nos deter, nos põe ‘mal-humorados’”.³ É o malogro do trato que, na linguagem, predica a excentricidade, permanecendo na superfície, sem atingir o fundo de coisas e pessoas com que lidamos.

Deste modo, descoberto o sentido antropológico da predicação da excentricidade como um *ver o outro como imprestável para o trato*, pode ser pensado seu sentido ontológico: a disponibilidade, em um certo contexto de remetimento, no caso do excêntrico, o trato, não funciona, é julgada negativa, falha, malogra e, por isto, induz a predicação negativa, de imprestabilidade, daí que compareça o excêntrico, na linguagem, como “uma pessoa inacessível, difícil de se manejar e de tratar, atravessada (*verquere*), excêntrica (*exzentrisch*), sem unidade, malograda.”⁴

Descobre-se na predicação da excentricidade um sentido ontológico que nos remete ao entendimento do outro como instrumento, “enquanto ser disponível”, isto é, enquanto pessoa

¹ Binswanger. op. cit. p. 44.

² Binswanger. op. cit. p. 45. Grifos do original.

³ Binswanger. op. cit. p. 45.

⁴ Binswanger, op. cit. p. 47.

de que se pode dispor para o trato. Lembremos a lição heideggeriana: a disponibilidade, o estar à mão, a manualidade, enfim o voltar-se para algo no sentido de utilização, é próprio do mundo das coisas, não do *mit-sein*. Há na predicação da excentricidade uma inversão atemática do ser do ser-aí: ele se transmuta em coisa à mão, revelando-se imprestável. O próximo humano se desumaniza. A este respeito, deve ser ouvido o exemplar texto binswangeriano:

Nas expressões pré-científicas ‘*verschroben*’ ou ‘*verdrehte Schraube*’ (excêntrico, maluco, pancada, de parafuso frouxo), mas também em suas paráfrases e explanações clínico-descritivas, o próximo (*Mitmensch*) não é, justamente, compreendido como um ser-aí próximo a nós (*Mit-Dasein*), para o qual se trata, assim como para mim também, desse ser, mas, sim, precisamente como uma pessoa de que se pode dispor ou tratar. ‘Nós’ não nos encontramos aqui, por conseguinte, no mesmo nível ontológico, mas na diferença ontológica interpretada e expressa através das expressões ser-aí e ser enquanto disponível (e ser subsistente). Ora, o próximo não é de modo algum à maneira de um ‘instrumento’ a se manejar (no sentido mais amplo da palavra). Ao contrário, enquanto ser *humano* meu próximo, ele tem no fundo de seu ser, como eu próprio, o caráter ontológico do ser-aí, para o qual se trata em seu ser desse ser ele próprio.¹

A conclusão é inevitável, uma compreensão bem postada da excentricidade, ou seja, de um ponto de vista existencial-analítico, deve se afastar desta forma inautêntica de compreensão desvelada a partir da análise das expressões pré-científicas e clínico-psicoterápicas. Isto é, uma compreensão da excentricidade só pode ser bem sucedida se se voltar para o ser do ser-aí, entendendo a excentricidade como uma possibilidade da existência. Enfim, o *Dasein* excêntrico é um *mit-sein*, um co-existente, não um ser-disponível, é ser-no-mundo.²

E partindo de diferentes exemplos que se tenta uma compreensão existencial-analítica da excentricidade, nos moldes acima indicados, ou seja, tentando pensar a pessoa do excêntrico como um *mit-sein* que, enquanto tal, lida com as coisas num universo de remetimentos significantes.

Não que o sentido das metáforas linguísticas pré-científicas ou as designações clínicas da excentricidade sejam inaproveitáveis, ao contrário, remetem mesmo ao cerne da excentricidade e, como tal, o novo trabalho de pesquisa existencial-analítica deve ser o de

¹ Binswanger, op. cit. p. 48/49. Grifos do original conservados.

² A respeito desta virada de perspectiva, que tornaria a compreensão da excentricidade autêntica, ver as passagens iniciais do título “Análise Existencial da Excentricidade” em Binswanger. op. cit. p. 49s.

explicitar o sentido daquela linguagem, tratando “da conversão de uma mera opinião (*doxa*) num saber seguro de seu método e de seu tema.”¹

Variados casos são submetidos à análise justamente na tentativa de surpreender, existencial-analiticamente, o sentido do ser do ser-aí excêntrico. Por evidente, não nos é possível aqui fazer referência a todos os exemplos, já que o objetivo que nos move é, antes de mais, entender a proposta existencial-analítica de Binswanger, o que nos dispensa da detida citação de todos os casos. Tomaremos apenas o primeiro exemplo citado pelo autor como paradigma interpretativo, mesmo assim em síntese do essencial.

Trata-se do “caso” de um pai que, tendo uma filha cancerosa, por ocasião das festas natalinas, coloca debaixo da árvore de natal um caixão como presente para seu rebento.

Após concluir pelo despropósito do presente, em normalidade, Binswanger, seguindo as pegadas existencial-analíticas, faz saber que o pai, excêntrico, não sabia num universo de remetimento (natal), tratar devidamente (estabelecer significação adequada), fixando sua escolha naquilo que lhe parecia adequado (caixão), presente que, seguramente, remete a outra ideia não à de confraternização, própria da ocorrência natalina.

Assim, obstinando-se na escolha, chegando ao fim sobre ela, enrijecendo-se no escolhido, sem conseguir uma visão de conjunto de integração de seu escolher, ao presentear o caixão, fechou-se sobre si, frustrando o trato adequado com os demais, surpreendendo e provocando a repulsa, o estranhamento e a predicação negativa. Enfim, o excêntrico padece da impossibilidade de organizar o sentido de um conjunto de remetimento, lidando mal com as coisas, obstinando-se em algumas escolhas específicas, perdendo a capacidade de comunicação interativa adequada e significativa com os demais.

Por tudo, enquanto fenômeno existencial “... a excentricidade revela-se com uma conseqüência penosa na perseguição de um tema além dos limites nos quais ainda se preserva o convívio, em outras palavras, como o forçamento (*Überdrehtheit*) de um tema além do

¹ Binswanger, op. cit. p. 50. Ali, explica Binswanger, não se trata, por ocasião da pesquisa existencial-analítica, de traduzir em nova linguagem o saber já alcançado na análise anterior da significação antropológica e ontológica da excentricidade e de suas perífrases, mas de tornar metodologicamente seguros os resultados obtidos, escapando das posições meramente opinativas e transmutando o saber adquirido em discurso científico.

centro de rotação' (*Drehpunkt*) da possibilidade de participação em comum em algo comum.”¹

Se um dos modos de ser do *Dasein* é o ser-com, há um fundamento comunicativo da existência enquanto tal. Deste modo, o problema da excentricidade gira em torno da questão da abertura e do fechamento, relativamente ao trato.

No caso acima, a abertura ocorreria com a criação de comunicação, aceita no “comum viver”, como significante em relação ao conjunto de remetimento Natal. O fechamento, ao contrário, se imporia com a destruição do comunicar, com a emergência do *sem-sentido* diante do outro. Foi o que ocorreu, fechamento: ou seja ao escolher, para presentear à filha, objeto que não compunha o horizonte de remetimento de sentido no conjunto *feira natalina*, fechou-se o pai em sua escolha, que passou a lhe pertencer com um sentido íntimo, sem comunicação significante comum, frustrando precisamente o que deveria ser criado com o gesto: a abertura comunicativa, o trato ajustado e mediado pela significação do conjunto de remetimentos.

Com outros exemplos², Binswanger tenta, mais uma vez de forma existencial-analítica, demonstrar sua nova visão sobre o fenômeno da excentricidade, vista esta com o olhar mais abrangente e radical da procura do ser do ser-aí, próprio das pessoas ditas excêntricas. Todos os casos analisados, segundo nos parece, não escapam do predicativo de patológicos, mormente avizinhando-se das diversas formas de manifestação da esquizofrenia, aliás, ponto central de interesse da pesquisa binswangeriana.

4.4 Amaneiramento

De saída, deve ser lembrado que o amaneiramento é possibilidade da existência, ou melhor, do malogro desta. Assim, os amaneirados, encontráveis preferencialmente entre os casos tidos como patológicos, sobretudo os ligados à esquizofrenia, podem ser encontrados fora daqueles casos, nos que têm malograda a existência de uma forma peculiar, que pretendemos compreender a seguir.

¹ Binswanger, op. cit. p. 56.

² A referência a outros ‘casos’ e a análise destes se encontram em Binswanger. op. cit. p. 57s.

Passando, mais uma vez, em revista as expressões encontradas na linguagem coloquial, na bibliografia psicopatológica e clínico-psiquiátrica descobrem-se, dentre outras, as seguintes expressões referentes a características dos amaneirados: retorcido, rebuscado, falso, estudado, afetado, arrevesado, empolado, artificial, bizarro, caricatural, pretensioso, ‘sem naturalidade’, complicado, floreado... Binswanger nota que o vocabulário acima pouco difere daquele empregado para o caso da excentricidade, algo que ele reprova, julgando que há diferenças a fazer entre amaneirados e excêntricos.¹

Na verdade, amaneirado é mesmo o pretensioso, seguindo a expressão em língua portuguesa. De fato, o amaneirado se guinda, como esclarece Binswanger,

a uma altura antinatural, estudada, uma altura rebuscada, falsa, arbitrária. Não se trata, pois de um modo de ser homem que tenha crescido naturalmente até essa altura ou que tenha raízes naturais, mas de um modo artificial ou mesmo artificioso. A desproporção entre uma autêntica altura e essa deformidade ou transgressão da forma encontra-se expressa de excelente maneira na palavra pretensioso = presunçoso, arrogante, atrevido, descabido (cujo equivalente francês, por sinal, é também = afetado).²

Na descrição do amaneiramento é onde se mostra mais contundente a influência de Heidegger. De fato, se podem colher com profusão no texto de Binswanger, a este respeito, inúmeras e importantes citações de *Ser e Tempo*. Em nenhum dos outros dois tratados Heidegger é tão profusamente citado, embora o fundo em que se movem as teorias sobre a extravagância e a excentricidade seja de matriz heideggeriana.

Assim, para se entender o sentido, a essência, do amaneiramento lança-se mão de um conceito fundamental da analítica heideggeriana do *Dasein*, qual seja, o de autenticidade da existência, enquanto o *Dasein* se apropria de si mesmo, individuando-se, singularizando-se, sendo seu ser mais próprio. Por sua vez, quando falha o projeto de ‘tornar-se seu ser mais próprio’ o *Dasein* resvala para a inautenticidade, dissolve-se no SE, ou na massa, perde-se na Gente, sendo como são os outros.

Conforme dizeres de Binswanger, “o amaneiramento é um modo privilegiado da inautenticidade” em que o *Dasein* deixa-se absorver na convivência (*Miteinandersein*), conduzindo-se pela tagarelice, pela curiosidade e pela ambiguidade. Aqui o *Dasein* confunde-

¹ Ver Binswanger, op cit. p. 110.

² Binswanger, op. cit. p. 110/111.

se com a Gente, no sentido de “não-ser-ele-mesmo”, deixando-se cair no ‘sem-fundo’ da massa. Por isto, o amaneiramento já foi chamado de ‘doença da moda’.¹

Mergulhado na inautenticidade, o amaneirado busca, a seu modo, destacar-se, não para ‘ser-ele-mesmo’(ipseidade), mas para fazer-se notar pela gente, daí a necessidade de excessivo rebuscamento dos modos, dos trejeitos, da linguagem.

Neste sentido, é esclarecedora a seguinte passagem:

ao amaneiramento pertencem não somente o ‘terreno’ (*Boden*) alto e vazio do cerimonial, da etiqueta, do espartilho, da couraça, do véu ou da máscara, ou seja, a moda da corte, dos soldados ou da sociedade em geral, ou o tipo geral, mas também a ênfase ou o desrespeito dessa moda, seja em direção ao distorcido, cheio de trejeitos, ‘empolado-patético’, em direção ao grosseiro, desgracioso ou ‘desconjuntado’ (...) ou seja, em direção ao afetado, jocoso-sentencioso, divertido-lúdico e, mesmo ‘brincalhão’ ou floreado.²

O amaneirado mascara-se, se auto-simula, assume uma ‘maneira’ que não é própria, mas imitação de um Si que o *Dasein* não é. Com isto, manifesta-se sua dependência do domínio público da Gente. Com efeito, reconhecer o Si que o *Dasein* amaneirado simula só o pode fazer os outros. O jeito amaneirado, o ‘tipo’ social, fruto da imitação de um Si inautêntico somente ganha recepção na Gente para quem se destina. Busca o amaneirado ‘conquistar um fundamento no sem-fundo da Gente’, mascarando-se a si mesmo. “Aqui se trata, pois, de um entalar-se da movimentação histórica do ser-aí no sentido da *simulação no espelho da reflexão (Vor-Spiegelung)* de um si e, assim, de um logro de si mesmo.”³

O confronto, no amaneiramento, se dá não com os outros, mas no interior mesmo do *Dasein*, havendo neste uma ruptura interna. De fato, o amaneirado sabe-se diverso da simulação da qual depende. O malogro se mostra, precisamente quando, de forma inautêntica, impõe-se o amaneirado uma ‘vanidade da satisfação de si’, uma ‘auto-apreciação’ mascarada, um ‘querer-aparecer’ de um certo modo, um ‘querer-se-fazer-observar’ imitativo. Então, como nas demais formas de malogro estudadas, o *Dasein* empaca, perde-se, malogra, guinda-se para fora de seu ser próprio, perde a ipseidade, isto se tiver chegado a construí-la.

¹ Ver, a este respeito, Binswanger, op. cit. p. 192s.

² Binswanger, op. cit. p. 193.

³ Binswanger, op. cit. p. 199. Grifos do original.

Binswanger faz extensas considerações sobre o maneirismo como estilo artístico. Descobre, mesmo, certas dificuldades em separar, com a devida clareza, o amaneiramento das manifestações artísticas maneiristas, sobretudo no âmbito literário, identifica traços maneiristas, ou pelo menos diz ser possível fazê-lo, em todas as épocas da história da humanidade, aponta a presença, na retórica, uma tendência maneirista, firmando-se esta como uma espécie de poética do rebuscamento, divisa posturas antinaturais nas artes como manifestações maneiristas... Enfim, procura na história das manifestações artísticas, sobretudo nas artes plásticas e na arte literária, sinais de maneirismo que, segundo cremos, nada mais seriam que amaneiramento, ‘praticado com intenções artísticas’.¹ Mas este é já um outro relevante tema que, pertencendo propriamente à estética, enquanto filosofia da arte, não pode ser, responsabilmente aqui abordado.

5. Fenomenologia do conflito a partir da leitura de “Três formas da existência malograda”

A partir da leitura de “Três formas da existência malograda”, podem ser descobertas algumas maneiras de se entender a ocorrência do conflito como modo próprio de ser da existência.

Primeiramente, descobre-se na raiz mesma do *Dasein* um seu modo de ser como conflito. Enquanto abertura a possibilidades, no exercício de sua própria construção, de seu ‘ser mais próprio’, lida com ameaças de malogro, de decaimento, de frustração. Não é sem razão que, tanto no projetar quanto no atuar o projeto, o *Dasein* hesita, num ir-e-vir sobre o possível, enfim administrando um conflito enxertado no coração mesmo das escolhas possíveis.

O ser si-mesmo, ipseificando-se, logrando êxito no existir, projeto seguramente autêntico, encontra-se sempre envolto na ameaça do malogro, do “deter-se antes de ser”. Há sempre chance de que a existência entorte, enviese, distorça, saia da rota, chegue a um fim definitivo antes de terminar, se dissolva no Si da Gente, se mascare, enfim se torne inautêntica, outra de si mesma, imitação, simulacro mal formado do projeto.

¹ A propósito desta temática específica, o maneirismo e seus traços identificadores, aqui tão sumariamente abordada, em razão mesmo dos objetivos da presente pesquisa, sugerimos a consulta a Binswanger, op. cit. p. 132s.

A conflituosidade, o ser mesmo do conflito, parece pertencer ao *Dasein* como liberdade. Subir verticalmente em demasia, solapando a base horizontal do existir; alargar-se de través, acoplando mal as veias do parafuso ao seu projeto fêmea; perder-se de si mesmo, na imitação mascarada de uma ‘maneira’ não própria, mas absorvida no comum-de-todos, todas estas formas de malogro (e outras tantas !) são possibilidades efetivas de desvio do *Dasein* ou da sua paralização, deixando incompleta ou esvaziando a ‘sua autêntica movimentação histórica’.

Se há modos essenciais de ser do *Dasein*, um deles, segundo nos parece, é o existir embolado em meio ao conflito.

Enquanto *Mit-sein*, ser-com (os outros, em meio às coisas) o existir é rondado pela oposição, pelo enfrentamento, pela divergência, pela indiferença. Não se deve esquecer que, positivamente, até mesmo a concordância pode esconder, sufocar o conflito que, ‘jazendo à espera’ pode irromper sem que lhe seja oposta resistência, instalando-se assim com profundidade. Estando as coisas à mão, resta a ameaça de, num contexto de remetimentos, não dar conta do sentido próprio da organização, falhando o existir, empacando, obstinando-se num sentido criado, artificial e particularmente, para cada coisa que lhe venha ao encontro.

O jogo (*Spiel*) do existir comum, condição inarredável em estados não patológicos, não sendo tolerado, poderá terminar com a derrota (e, com ela, a frustração) do *Dasein*. De fato, a inautenticidade, o ser-como-os-outros, só é possível no interior da convivência.

Enquanto *Selbst-sein*, ‘ser consigo’, remanesce para o existir a ameaça da ruptura, da cisão, do emascaramento, da ficção de si, do fingimento, do auto-engano. Aqui se instala um ‘jogo (*Spiel*) de meias verdades’ que, na tentativa de eliminar ou minimizar o conflito, o aprofunda, apontando, de novo, para a possibilidade da inautenticidade.

Enquanto *In-der-welt-sein*, ser-no-mundo, instaura-se a abertura para um entendimento enviesado do mundo, para o estagnar-se, o obstinar-se, o obcecar-se por uma ideia, um ideal, mau compreendidos no contexto de remetimento do significado total do existir.

Por tudo, o conflito, próprio do *Dasein*, não comporta fugas, nos ameaça como implementação possível de frustrações. Seu enfrentamento permanece como fechamento para a inautenticidade e abertura para a ipseificação, o existir apropriado de si mesmo.

Mais, descobrem-se ‘graus’ de um ‘bem sucedido’ ou de um ‘mal sucedido’ enfrentamento dos inevitáveis conflitos que nos constituem enquanto existentes. Assim, as formas de malogro da existência estudadas, a excentricidade, a extravagância e o amaneiramento “como modos de (semelhante) malogro, elas se encontram de fato na mais próxima proximidade das maneiras existenciais da esquizofrenia, a título de modos de ‘paralisação’ ou ‘atolamento’ da autêntica movimentação histórica do ser-aí”. No caso, o conflito se resolve, desfavoravelmente ao existir autêntico, o extravagante, o excêntrico ou o amaneirado não conseguem “mais fazer como lhe advenha de maneira autêntica nem o futuro nem o outro como um ‘Tu’”. As três formas de malogro são fase preliminar de estados possivelmente patológicos ligados à implementação da esquizofrenia ou, em casos mais radicais, da completa dementificação. Mas, como adverte Binswanger, “‘fase preliminar’ não significa aqui que nossa tríade tenha que se ‘transformar em esquizofrenia como um forma de uma doença psíquica ou psicose.’”¹

Como se vê, a ameaça do malogro da existência não se radica no patológico, ronda a normalidade, seja ela o que for. É possível padecer da sintomatologia das formas malogradas sem malograr-se até o fim. Isto nos conduz a afirmar que o *Dasein*, visto em sua condição mesma de existir (como ser-no-mundo, como ser-com-os-outros, em meio às coisas, como ser-para-si ...) é constantemente afrontado por uma conflituosa possibilidade: falhar, empacar, emperrar, interromper-se, findar-se, enfim, malograr-se.

Enfim, dar vazão à sintomatologia das formas malogradas da existência, possibilidade sempre presente na movimentação histórica do *Dasein*, pode conduzi-lo à paralisação desta movimentação e à falha definitiva, à dementificação, ao ‘afundamento no vazio’, à estagnação da vida psíquica, à sucumbência na angústia, no sem sentido da ausência de comunicação e convivência.

¹ As passagens citadas encontram-se, passim, in Binswanger, op. cit. p. 202 e seguintes.

Assim, acerca das formas de malogro da existência, se é verdade que são próximas do estado patológico da esquizofrenia, não é menos verdade que, os traços gerais da sintomatologia do ‘malogro final’, rondam o *Dasein* como uma possibilidade, é como se girássemos em torno de um abismo (o sem-fundo do malogro): experimentamos a antecipação de uma possível queda ali mesmo onde ele é mais profundo. A diferença entre o *Dasein* malogrado e aquele que não caiu no abismo é, antes de tudo, o grau de radicalização dos sintomas do falhar, a absorção completa ou incompleta da existência pelo abissal vazio do *non sense*. Vê-se porque o conflito pertença mesmo ao ser do *Dasein*, de forma radical.¹

Seria oportuna, como provocação, a formulação de uma questão fundamental, sobretudo para aqueles que, como nós, buscamos pensar o direito: se a conflituosidade radica-se no *Dasein*, seria o direito uma sua forma interna de combate, realizando-se o direito como uma das possibilidades do humano? Parece-nos que, a seu modo, o professor Antônio Castanheira Neves, tem respondido a esta interrogação de forma afirmativa. Mas, de novo, esta é questão que deve ser deixada a si, para depois.

6. Considerações finais

Após conhecer as “Três Formas de Existência Malograda”, inobstante as objeções de Heidegger, pode-se concluir que a leitura que faz Binswanger da analítica existencial de Ser e Tempo, bem se prestou à refundação da ciência psiquiátrica e da prática clínica a ela correlata. De fato, carente até então de fundamentos ontológicos (segundo julgamento do próprio Binswanger) a psiquiatria oscilava entre expressões triviais, a partir da linguagem cotidiana, empacando, ‘malogrando-se’ enquanto forma científica de conhecimento.

Então, para a psiquiatria, enquanto ciência e prática terapêutica, “a ontologia do ser-aí trouxe à luz uma estrutura essencial apriórica, juntamente com elementos estruturais essenciais (os ‘existenciais’) que permitem ao psiquiatra investigar e descrever as formas mórbidas a serem investigadas e descritas por ele como modificações fáticas dessa estrutura apriórica”.² Foi e, a nosso juízo, permanece sendo, um passo importante na busca pelo fundamento da psiquiatria.

¹ Veja-se a passagem em que Binswanger, segundo cremos, explicitamente, defende esta tese da proximidade da sintomatologia do malogro ao estado patológico da esquizofrenia, indicando que este estado destrutivo se instala em razão da radicalização de traços tendentes ao malogro ocorrentes na ‘autêntica movimentação histórica do ser-aí’.

² Ver Binswanger, op. cit. 188.

Com relação ao objetivo propriamente dito desta pesquisa, ou seja, vislumbrar a fenomenologia do conflito, a partir da leitura da recitada obra, alguns ‘fechamentos’ podem ser enunciados:

1. O conflito pertence mesmo à movimentação histórica da existência, ronda as possibilidades que se anunciam ao *Dasein* livre, por isto, pode ser dito que conflito e liberdade seja um par inseparável;

2. Em meio ao conflito, à luta, desenvolve-se a existência situada perante si mesma, os outros, as coisas... e, enquanto existência sã, esta transcorre na boa administração de sintomas de malogro, de falha, de insucesso, de decadência, de vazio. Lidar com tais sintomas não é ‘privilégio’ dos ‘doentes’ (os variados tipos esquizofrênicos, esquizóides, neuróticos, histéricos...) sendo constante desafio também para os ‘sãos’.

3. Se, na administração do conflito essencial, ou seja, no empenho por ipseificar-se, individualizar-se, ser si mesmo, falha o *Dasein*, malogra-se todo arco da existência, interrompendo seu ciclo ainda em curso, chegando a um ‘fim antes do término’. Eis o sentido do malogro: empacar, enroscar mal, perder-se no subir, enfim, interromper a construção da existência autêntica, deixando ao léu a liberdade no momento mesmo em que se instala, no interior do movimento da existência, a obstinação por ‘ser o que não é’, emperrando sua engrenagem e, com isto, o seu mover-se em direção ao projeto.

7. Referências bibliográficas

BINSWANGER, Ludwig. *Rêve et existence*. Desclée Debrouwer: Paris, 1954. Tradução brasileira In: Natureza Humana

_____, Ludwig. *Três formas da existência malograda – extravagância, excentricidade, amaneiramento*. Zahar Editores: Rio de Janeiro, 1977.

BOSS, Medard. *O caso da Dra. Cobling*, In: *Natureza humana*, v. 1, n. 1, jan-mar 2001. pp. 139-73.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Volumes I e II. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante Vozes: Petrópolis, 1994

_____, Martin. *Seminários de Zollikon*. Tradução de Gabriela Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. Vozes: Petrópolis, 2001.

LOPARIC, Zeljko. *Heidegger and Winnicott*, *Natureza humana*, v. 1, n. 1, abril-junho de 1998. pp. 103-35.

_____, Zeljko. *Além do inconsciente — sobre a desconstrução heideggeriana da Psicanálise*. In: *Natureza humana*, v. 3, n. 1, jan-mar de 2001. pp. 91-140.

_____, Zeljko. *Binswanger, leitor de Heidegger: um equívoco produtivo?* In: *Rev. Natureza Humana*. Número 4, Vol. II. Jul.- Dez. 2002. p. 385-416).

PICCINO, Josefina Daniel. *Críticas de Martin Heidegger à Daseinsanálise psiquiátrica de Ludwig Binswanger*. Dissertação de Mestrado, Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Clínica, PUCSP. 2002.

Em meio eletrônico

<http://www.Daseinsanalyse.org>, Acesso em 11 de janeiro de 2007.

Arranjos federativos no Brasil: centralização, descentralização e o novo papel dos municípios após a reforma constitucional de 1988

Federative arrangements in the Republic of Brazil: centralization, decentralization and the new developed by districts after 1988's constitutional reform.

*Bianca Pataro*¹

RESUMO: O objetivo deste trabalho é discutir os arranjos federativos no Brasil, pensando as implicações da centralização e da descentralização do poder, assim como os desafios colocados para os governos municipais após a Constituição de 1988. A transferência de parte dos recursos da União para estados e municípios, advinda da descentralização fiscal, alterou as relações intergovernamentais e destinou aos governos subnacionais repasses financeiros que viabilizaram a capacidade de gasto e o fortalecimento institucional. As municipalidades redesenharam seu papel estatal e sua capacidade administrativa, promovendo inovações na gestão pública, apesar das complexidades e do desequilíbrio federativo. Inicialmente são abordadas questões relativas à formulação do federalismo nacional, passando pelos antecedentes históricos da organização política e administrativa do Brasil, até a reforma constitucional de 1988, refletindo sobre o próprio conceito de federalismo. Em seguida, discute-se à redefinição das funções estatais no âmbito local e os desafios enfrentados pelos governos locais a partir da Constituição de 1988, que possibilitou aos municípios o protagonismo na articulação de políticas antes restritas à União, ao passo que impôs complicadores, como os desequilíbrios no ajuste fiscal.

ABSTRACT: The aim of this study intends to comment federative arrangements in the Republic of Brazil, with the implications coming from the centralization and decentralization of the politics power, and also, the challenges that face the government of the districts after 1988's constitutional reforms. The transference of a percentage of the resources of the Union toward the States and Districts, emerged from the fact of fiscal decentralization, have changed the intergovernmental relations and led to the subnational governments financial transferings, that has made possible the ability for spending and the institutional fortification. The municipalities have drawn its role in relation to the states, and so, its ability for administration, with the promotion of new ideas in public managements, in despite of the complexities and the federative lack of balance. At the beginning, questions about the formulation of national federalism are placed, going through historical backgrounds of the administrative and political organization in Brazil, and finally, the 1988's constitutional reform, reflecting on the own concept of federalism. After then, it's discussed the redefinition of functions of the state enterprises inside local region and the challenges supported by the local government emerged from the 1988's constitution, that made possible to the Districts to become protagonists for the political arrangements that had been made before by the Union, and at the same time, that it had generated complicated factors, like the lack of balance in fiscal adjustment.

¹ Historiadora pela Universidade Federal de Ouro Preto e mestranda em Ciências Sociais pela PUCMinas.

Palavras-chave: Arranjos federativos; descentralização política; reforma constitucional.

Keywords: Federative arrangements; Political decentralization; Constitutional reform.

1. Federalismo e organização do poder no Brasil: perspectiva histórica

O Brasil vivenciou experiências centralizadas e descentralizadas de organização administrativa desde a colonização do território pela Coroa portuguesa, até a reforma constitucional de 1988, apresentando arranjos federativos que possuem definições variadas, conforme o momento político e os grupos envolvidos com o poder. A criação de capitânicas hereditárias na efetivação da colonização portuguesa na América aproximou-se de uma federação, no sentido em que o governo português dividiu o território conhecido entre donatários que administraram suas terras de forma autônoma. Certamente a aproximação do sistema de capitânicas hereditárias com uma federação considera apenas o aspecto do federalismo relacionado à autonomia política das partes que compõe o todo (Carvalho, 1993). Desta forma, observa-se até 1549 um cenário de descentralização da administração das terras conquistadas por Portugal, que foram entregues à mal sucedidos empreendimentos privados de exploração dos recursos. Após essa data, com a instalação do governo geral na Bahia, Dom João III buscou restabelecer a centralização administrativa do governo colonial, abolindo gradualmente o poder dos donatários por meio da compra e confiscação das capitânicas hereditárias. No século XVIII, as capitânicas chegaram ao fim pelo mando do ministro Marquês de Pombal conhecido por suas atitudes fortemente centralizadoras.

Lembra Carvalho (1993) que a criação do governo central não encerrou a presença de particulares nos trâmites administrativos da colônia portuguesa. As investidas pelo interior do território brasileiro em busca de metais preciosos, responsáveis pela interiorização dos negócios metropolitanos, foram organizadas por exércitos privados com auxílio da Coroa. Da mesma forma, a execução das tarefas públicas nas minas de ouro, como a cobrança de impostos, era dirigida por contratantes particulares, assim como as funções administrativas e judiciais eram exercidas por grandes proprietários de terras, possuidores de investidura real, que dominavam a milícia e o poder nas câmaras municipais.

No século XIX, a independência do Brasil, com a permanência da monarquia como forma de governo, trouxe discussões sobre a manutenção da unidade territorial. Evidenciava-se o temor da fragmentação e, conforme Carvalho (1993, p. 57),

La solución monárquica no fue la usurpación de la soberanía nacional como arguyeron más tarde los republicanos. Fue una opción consciente de la élite brasileña de la época, a la que no le faltó apoyo popular. Don Pedro fue utilizado como instrumento de esa élite, que buscaba, la unidad del país a través de la monarquía constitucional. Se creía que la monarquía sería la única manera de evitar la fragmentación del país y las guerras que asolaban a los vecinos (...).

A preferência por um governo monárquico foi interpretada como forma de impedir a fragmentação do território e configurou-se como uma opção da elite da época para manter o poder e sustentar a escravidão. No entanto, a questão colocada naquele momento entre liberais e conservadores referia-se a que tipo de monarquia o Brasil estaria submetido. O debate opunha de um lado conservação do poder nas regiões, guiado pelo modelo federal norte-americano onde as partes antecederam o centro, e de outro lado o fortalecimento do poder central, com inspiração do governo unitário francês. As discussões resultam teoricamente em dois questionamentos relacionados ao contexto imperial: Como limitar o centro? Como segurar as partes?

No federalismo brasileiro o governo central antecedeu a organização de unidades territoriais, existindo, portanto, uma tendência de poder centrífuga. Assim, a monarquia enfrentou a tarefa de exercer controle sobre as unidades regionais que pretendiam restringir o governo central (federalismo centrípeto). As bases territoriais, que naquele momento se organizavam em torno de potentados interessados em manter privilégios e poder local, reportavam-se diretamente à Coroa portuguesa e não partilhavam da realidade de um governo central. Assim, o federalismo nacional, apoiado historicamente nas elites econômicas regionais que reivindicavam reconhecimento diante da insuficiência do poder central, consolidou-se com base na autonomia regional.

No período conhecido como República Velha (1889-1930) afirmou-se a importância dos estados e do poder fragmentado territorialmente, conforme o modelo federal norte-americano, com a distinção de que o controle, no caso brasileiro, situava-se na ameaça de fragmentação. No entanto, o que se observa na trajetória política e administrativa brasileira até a proclamação da República, segundo Carvalho (1993), é uma variedade de definições

para o federalismo empregadas conforme distintos cenários políticos. De acordo o autor (1993, p. 68),

Hábia divergencia, no siempre explicita, em cuanto al contenido del concepto, esto es, en cuanto a su relación com otros conceptos como libertad, *self-government*, democracia. Habia también divergencia em cuanto a la pedagogia política, esto es, en cuanto al papel de las leyes y de las costumbres em la evolución de los pueblos.

Neste ponto, considera-se a indefinição do termo federalismo que, tanto no Brasil imperial quanto atualmente, apresenta-se problemático e carrega complexidades por sua fragilidade conceitual e ausência de consenso sobre seu significado. O termo federalismo é empregado na designação de unidades políticas modernas, envolvendo complexas alianças entre os atores envolvidos, onde o poder é partilhado por governos parciais que dispõem de autonomia. Lijphart (2003), ao formular as diferenças entre os modelos de democracia majoritário e consensual, relativos à dimensão federal-unitária, corrobora com estudiosos que sugerem que o federalismo possui sentidos primários e secundários¹. O autor afirma que a definição primária refere-se à divisão de poder entre o governo central e os governos regionais. Por outro lado, as demarcações secundárias são expressas pelo bicameralismo que permita a representação das regiões; por uma austera Constituição que garanta claramente a divisão do poder e impeça modificações unilaterais; e pela neutralidade na resolução de conflitos relativos à divisão de poder com base em fortes revisões judiciais.

Além disso, o principal propósito do federalismo é promover e proteger um sistema descentralizado de governo. Essas características federalistas podem ser encontradas nas quatro primeiras variáveis da segunda dimensão [governo federal descentralizado, divisão do legislativo em duas casas diferentemente constituídas, constituições rígidas e sistemas de leis sujeitas à revisão judicial de constitucionalidade]. (Lijphart, 2003, p. 20)

O surgimento do federalismo moderno relaciona-se à formação histórica dos Estados Unidos da América e baseia-se em teorias variadas, sendo que a democracia, a liberdade e o bicameralismo são pressupostos fundamentais para sua existência. Em *O Federalista*, coleção de ensaios publicados em Nova York em 1788 por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, são apresentadas defesas à ratificação da Constituição e explicitadas a teoria política que fundamentaria o novo texto constitucional. Segundo Limongi (2003), o ataque ao governo central constituía o principal eixo de *O Federalista* que divulgava a ausência de condições para a própria fundação de um governo, pois para a efetivação de um nível central de poder era necessário o cumprimento por ele das regras emanadas dele próprio. Assim, os textos

¹ Lijphart (2003, p. 20) cita Duchacek (1970), Elazar (1968), Friedrich (1950) e Wheare (1946).

apresentam a defesa para a criação de um tipo de governo nomeado atualmente como federal, mas que na ocasião significava confederação. Para Limongi (2003, p. 248),

A distinção está no ponto assinalado por Hamilton; enquanto em uma confederação o governo central só se relaciona com Estados, cuja soberania interna permanece intacta, em uma Federação esta ação se estende aos indivíduos, fazendo com que convivam dois entes estatais de estatura diversa, com a órbita de ação dos Estados definida pela Constituição da União.

Sobre a definição de federalismo, Stepan (1999) atribui a necessidade de diferenciação entre um sistema democrático federativo de um sistema não democrático que apresenta elementos federativos. Para o autor, formalmente, apenas uma democracia constitucional possui garantias e mecanismos institucionais para assegurar o cumprimento das prerrogativas legais das unidades da federação. Desta forma, Stepan (1999) aceita a definição de sistema federativo de Robert Dahl, por meio do qual se entende que apenas uma democracia sustenta o federalismo, pois os sistemas democráticos conseguem formar uma Constituição, um legislativo e um judiciário relativamente autônomos. Além disso, Dahl (apud Stepan, 1999) estabelece dois critérios tidos como fundamentais para que governos democráticos sejam considerados como federativos. O primeiro se refere à existência de subunidades políticas com eleitorado formado por cidadãos locais, além de uma Constituição que garanta soberania na elaboração de leis e políticas às unidades territoriais. O segundo critério trata da necessidade de um poder político central, com legislativo eleito por toda a população nacional, responsável por legislar sobre matérias determinadas constitucionalmente. Na definição de Dahl (apud Stepan, 1999, p. 01), o federalismo constitui-se como

um sistema em que algumas matérias são de exclusiva competência de determinadas unidades locais - cantões, estados, províncias - e estão constitucionalmente além do âmbito de autoridade da União, enquanto outras estão fora da esfera de competência das unidades menores.

Nesta perspectiva, os cidadãos estão submetidos a duas soberanias legitimadas democraticamente e, segundo Stepan (1999), a democracia na federação está mais segura quanto mais os cidadãos sintam-se leais a essas duas soberanias, o que caracteriza a dualidade e a complementaridade da identidade política dos eleitores nacionais. Assim, Stepan (1999) analisa de maneira comparada o federalismo em processos de democratização, ressaltando suas conseqüências, como a necessidade de garantir a unidade diante da multiplicidade étnica, ou da disposição do federalismo de unir as subunidades e ao mesmo tempo mantê-las autônomas.

Autores como Stepan (1999) e Baldi (1999) buscam uma acepção do federalismo partindo da comparação e contraposição de conceitos afins, como confederação, federação e poder unitário. O conceito de federação pressupõe a existência de partes que se constituem como focos diversos com poder decisório. O poder das partes, no entanto, evolui no sentido de fortalecer o centro, sendo que a soberania está submetida ao poder central. A dimensão de unidade, desta forma, não pode ser questionada pelas partes que a compõe. A noção de confederação remete ao contrato entre unidades políticas que se mantêm soberanas, mas, segundo Stepan (1999), apesar do propósito de se unirem, as unidades preservam aspectos residuais de poder garantidos pela Constituição. Em relação à conceituação teórica relativa ao poder unitário, esse pode ser compreendido pela existência de apenas um foco de poder e ausência de distribuição de responsabilidades políticas e administrativas, provocando a consolidação da soberania do governo central e a concentração e imposição do poder à sociedade política.

O problema observado nesta definição por comparação relaciona-se à ausência de critérios rigorosos para discutir os conceitos, sendo que o formato institucional não basta para a estruturação do modelo federativo, visto a importância dos processos políticos que envolvem a configuração de sistemas federais e que, portanto, devem ser considerados (Rodden, 2005). Desta forma, o federalismo remete à reciprocidade entre governos territoriais estabelecidos por contratos formais que definem obrigações mútuas. Segundo Rodden (2005, p. 17),

Se o governo central pode obter tudo o que deseja dos governos locais por meio de simples atos administrativos, faz pouco sentido encarar ambos como engajados em uma relação contratual ou federal. O federalismo significa que para algum subconjunto das decisões ou atividades do governo central, torna-se necessário obter o consentimento ou a cooperação ativa das unidades subnacionais.

Os acordos formais entre as unidades federativas são fruto de negociações e incentivos vindos de instituições que, nem sempre, são fundadas constitucionalmente (Rodden, 2005). Assim, a definição do federalismo com base em traços institucionais (divisão de poderes, bicameralismo, entre outros) requer relativização, sendo que as análises que pretendem interpretar o federalismo por meio de sua dimensão formal podem remeter a conclusões equivocadas. Conforme argumenta Rocha (2009, p. 28),

A dimensão formal e institucional é relevante na configuração das relações intergovernamentais, mas não suficiente. Há uma dimensão substantiva que se expressa nos processos políticos e nas características sociológicas de cada sociedade.

Stepan (1999) e Baldi (1999), na tentativa de resolver a dicotomia entre os modelos e sistemas federativos, buscam confrontar as complexidades teórico-conceituais referentes ao federalismo em uma estrutura contínua que abrange sistemas onde a restrição ao centro de poder é mínima e sistemas onde é máxima. O constrangimento do centro é estabelecido por meio de critérios denominados como mecanismos de *center-constraining*, que operam garantindo autonomia para os governos subnacionais e coagindo o centro de poder¹. Os mecanismos institucionais de *center-constraining* se expressam por meio de uma Constituição que define o pacto federativo, de um judiciário forte que resolve dilemas entre os governos, de um sistema representativo, da distribuição de autonomia para legislar e formular políticas públicas e, por fim, da autonomia fiscal e administrativa entre os entes federados (Rocha, 2009). Este *continuum* pode ser visualizado graficamente da seguinte forma, em que as experiências governamentais com maior constrangimento do centro de poder são interpretadas como mais próximas do federalismo:



Com isto, têm-se sistemas democráticos federativos com variados graus de constrangimento do centro de poder. O federalismo adquire, portanto, a possibilidade de ser democrático por meio dos arranjos adotados para limitar o poder das majorias e proteger os interesses das minorias, conforme afirma Lijphart (1982). Por outro lado, a variedade de possíveis combinações entre os traços institucionais e as resultantes de seu funcionamento conduz à relativização dos casos analisados. Portanto, a função do *center-constraining* na avaliação das medidas institucionais que garantem a autonomia das partes e a caracterização do federalismo localiza-se em definir aspectos institucionais mais propensos à distribuição ou à contenção do poder entre as unidades territoriais.

É possível pensar que quanto mais elementos federalistas são encontrados em sistemas democráticos, maior é o processo de descentralização do poder. O contrário ocorre em Estados unitários, onde há forte centralização política e administrativa. Porém, a relação entre federalismo e descentralização não se expressa tão diretamente (Baldi, 1999). O fato da descentralização acompanhar sistemas federativos pode provocar confusões analíticas, visto

¹ Stepan (1999, p. 09), utiliza a denominação *demos-constraining* para designar os mecanismos de restrição ao “conjunto dos cidadãos da pólis”. Assim como Rocha (2009), neste texto usa-se a expressão *center-constraining* conforme proposto por Baldi (1999).

que os sistemas federativos resguardam a autonomia local, a “parceria” entre unidades territoriais interdependentes e a soberania dos entes federados (Elazar apud Abrucio e Soares, 2001), No entanto, os mecanismos de descentralização do poder e a experiência federativa são independentes, sendo que o pacto constitucional define os limites dos direitos, autoridade e funções das unidades pactuantes. Aos mecanismos de descentralização somam-se, ainda, instrumentos institucionais para articular o funcionamento cotidiano das federações, como o controle intergovernamental para manter o “equilíbrio entre autonomia e interdependência” (Abrucio e Soares, 2001, p. 36).

A confusão conceitual entre federalismo e descentralização pode localizar-se no fato de que os sistemas federativos pressupõem distribuição de poder estrutural, assim como os processos de descentralização indicam a partilha de poder circunstancial. Desta forma, a descentralização no sentido federativo sugere a transferência de poder de um nível governamental para outro, conforme as determinações do poder central, sendo que as transferências de poder se referem às capacidades legislativas, administrativas e fiscais.

Os processos de descentralização são comumente associados à democratização e as chamadas democratizações de Terceira Onda favoreceram processos de descentralização de muitos governos, sobretudo na América Latina (Abrucio e Soares, 2001). Nesta perspectiva, desde o início da década de 1970, observam-se experiências de descentralização em sistemas de governos espalhados por todo o mundo, decorrentes da crise dos poderes centrais resultantes de fragilidades fiscais relacionadas a variáveis macroeconômicas internacionais. De acordo com Abrucio e Soares (2001, p. 21-22),

Não que o Estado nacional tenha perdido sua utilidade e se tornasse uma estrutura “em extinção”, como têm afirmado globalistas ingênuos. (...) A intervenção do Estado nacional continua fundamental no equacionamento de determinados problemas (...). Ademais, as formas de descentralização e de redes intergovernamentais, que aumentam espantosamente de importância no mundo contemporâneo, podem realizar-se apenas quando houver um Governo Central bem estruturado (...).

Diferentemente dos EUA, onde o federalismo resultou do pacto de unidades territoriais e políticas com propósito de unir (*come together*), no Brasil o regime federativo instaurou-se por meio de um processo centrífugo, onde o centro cedeu às pressões regionais para evitar a fragmentação nacional. A afirmação da autonomia dos estados confirmou-se entre 1889 e 1930, quando as regiões mais poderosas, sobretudo São Paulo e Minas Gerais,

demonstraram força política e grande poder frente ao frágil governo central. Assim, segundo Carvalho (1993, p. 75),

La experiencia del federalismo em la Primera República (1889-1930) fue ejemplar. Casi existe consenso em la bibliografía em relación com el hecho de haber sido este período el punto más alto del poder de las oligarquias rurales em la historia independiente del país. Se habla de “república oligárquica”, de “república de los coroneles”.

No Brasil imperial observou-se um centralismo relacionado ao despotismo do governo, ao passo que a descentralização republicana remeteu ao despotismo das oligarquias. A partir de 1930, a ascensão de Getúlio Vargas ao governo nacional marcou o retorno de tendências centralizadoras na política brasileira e o fortalecimento da burocracia federal, culminando em 1937 com o fim do estado federativo e a abolição dos estados que assumiram a incumbência de agências administrativas do governo central. De acordo com Arretche (1996), a partir dos anos 30 ocorreu uma ampliação das funções federais, impulsionadas pelo modelo desenvolvimentista. Nesse contexto, os tributos e fontes fiscais foram incorporados como competências do governo central, sendo que a concentração de recursos financeiros patrocinou a inovação institucional, incluindo a criação de novos órgãos administrativos e a formulação de políticas. Segundo a autora (1996, p.51),

a centralização estatal a partir de 30 - e que teve uma expansão contínua até fins da década de 70 - não é apenas fruto de um processo de expropriação das capacidades de governo dos níveis subnacionais, mas também - e fundamentalmente - derivada do fato de ser o nível federal que demonstrou elevada capacidade de inovação institucional e de resposta às pressões advindas dos processos de industrialização e urbanização em curso.

A partir de 1945 restabeleceu-se no país o sistema federativo e ocorreram fortes disputas entre elites regionais pelo poder central, equilibradas pela burocracia federal remanescente do governo Vargas. A centralização firmada pela reforma tributária de 1966 e pela Constituição de 1967, de acordo com Kugelmas e Sola (1999), ampliaram a concentração de finanças pela União e reforçaram a dependência dos estados que recebiam escassas parcelas do FPE - Fundo de Participação dos Estados. Desta forma, os mecanismos de centralização do poder, como a concentração de recursos públicos, colocou os governos subnacionais em uma situação de extrema vinculação política e financeira com o autoritário poder central. No entanto, a expansão do Estado a partir dos anos 50 e durante o regime militar, por meio da criação de empresas públicas do ramo de energia, telecomunicações, siderurgia, entre outras, implicou no crescimento de capacidades institucionais e

administrativas nos níveis subnacionais de governo, explicando parte do processo de descentralização em curso desde o início da década de 1980 (Arretche, 1996).

Desta forma, as mudanças rumo à descentralização acompanharam o processo de democratização do Brasil nos anos 80 e, conforme afirmam Kugelmas e Sola (1999, p. 68),

Com a eleição de 1982, criou-se no país uma situação já por vezes descrita como de diarquia, a de coexistência de duas fontes de legitimação; o conjunto de governadores e não apenas os eleitos pela oposição passa a atuar com desenvoltura, demonstrando que a capacidade política e administrativa dos governos estaduais tinha sobrevivido, em estado latente, durante a etapa anterior. Do lado fiscal, a nova constelação de forças logo se refletiu no início de um processo de desconcentração de recursos.

Na consolidação da agenda de democratização, a descentralização assumiu efeito normativo por supor que formas descentralizadoras de gestão e prestação de serviços públicos fortaleceriam a democracia no país. Neste aspecto, Arretche (1996) argumenta que a descentralização ocupou lugar central nos debates sobre a reforma estatal em diferentes países e, sobre o assunto, ocorreu uma convergência de opiniões em relação à potencialidade da descentralização na democratização política e na eficiência institucional e administrativa dos governos. Portanto, a idéia de descentralização associa-se à criação de instituições de participação política dos cidadãos que conduzem a uma democracia de base territorial. Esta concepção, segundo Arretche (1996), inspirou grupos políticos à esquerda dos quadros do poder na América Latina que, assim como correntes influenciadas pelo modelo norte-americano de organização política e pelo liberalismo, identificam descentralização com vigor cívico.

O processo de democratização do país foi seguido por movimentos de afirmação dos estados e municípios no sentido de instaurar a descentralização política, fiscal e administrativa e romper com o fortalecimento do poder central, conforme ocorreu no governo dos militares. A descentralização pressupunha a drástica redução do poder reunido pelo governo central que poderia ser viabilizada por uma variedade de reformas, como a desconcentração e transferência da gestão dos serviços públicos, a transferências de atribuições com repasse de recursos e funções e a privatização de serviços sociais repassados para empresas privadas. No caso brasileiro, a Constituição de 1988 inaugurou o novo arranjo federativo e definiu as bases da descentralização no território nacional e a reforma das relações intergovernamentais. Nesse sentido, destaca-se o aumento da participação dos níveis subnacionais de governo nos recursos federais e a transferência de atribuições e responsabilidades antes concentradas no

poder central para os municípios, o que aumentou a capacidade administrativa e contribuiu para inovações políticas e institucionais no âmbito local.

2. Desafios municipais após a reforma constitucional de 1988

A Constituição de 1988 estabeleceu os municípios brasileiros como entes federados, com status jurídico semelhante aos governos estaduais, mas integrados a uma linha hierárquica onde se mantêm submetidos à legislação estadual e federal, sendo que as leis orgânicas que disciplinam o poder local seguem determinações impostas pelas constituições dos estados e pela Constituição Federal. Os governos municipais, portanto, tornaram-se protagonistas na formulação de políticas públicas, assumiram autonomia financeira com ampliação da participação na receita fiscal e tornaram-se espaços privilegiados de inovações na gestão pública.

Até o início da década de 1980, entrou em crise o modelo de Estado nacional-desenvolvimentista que marcou o governo do país desde 1930. A redefinição de tarefas impostas pela reforma constitucional de 1988 implicou em conseqüências para os governos subnacionais que passaram a receber parcelas significativas da receita federal. Assim, o desempenho do governo central na formulação e execução de políticas públicas foi reduzido, sendo que serviços antes a cargo da União foram repassados para estados e municípios. Segundo Abrucio e Couto (1996, p. 41),

Para assumir de forma mais abrangente as funções de *welfare*, os municípios precisam modificar sua estrutura administrativa e recapacitar-se financeiramente, alterando suas áreas de ação prioritária e incorporando estruturas de serviços antes pertencentes aos níveis superiores de governo (...).

As questões impostas aos governos subnacionais no novo arranjo federativo estão relacionadas a parâmetros abrangentes que possibilitam a transformação do desempenho dos governos locais, implicando limitações na ação municipal ou satisfação dos desafios enfrentados. Tais parâmetros dizem respeito à estrutura fiscal federal, às diferenças socioeconômicas entre municípios e a dinâmica política local (Abrucio e Couto, 1996). No entanto, os municípios esbarram nos desafios de assegurar bem-estar social à população (*welfare*) e promover o desenvolvimento econômico local (Abrucio e Couto, 1996).

A partir de 1964, a estrutura fiscal brasileira foi marcada pela centralização financeira do governo central com restrição da autonomia tributária dos estados, cujas alíquotas eram

definidas pelo senado, e vinculação direta das transferências para itens de despesa dos governos subnacionais, ocasionando uma incapacidade de gasto no nível municipal, mesmo diante da disponibilidade de recursos (Arretche, 1996). As eleições para governador em 1982, com vitória de candidatos de oposição em estados influentes, acelerou a pressão em torno da reforma fiscal e, conseqüentemente, contribuiu para o aumento da participação dos governos subnacionais nos repasses tributários nacionais, o que se aprofundou com a Constituição de 1988 e continuou até 1992. Segundo Abrucio e Couto (1996, p. 42), a receita de estados e municípios aumentou em 18% e 78% entre 1980 e 1993. No entanto, frente à necessidade econômica dos governos locais no cumprimento da agenda de *welfare* e desenvolvimentismo, e a impossibilidade de recorrerem à União em busca de ajuda financeira devido à queda dos recursos federais, o desafio dos governantes municipais assenta-se em aumentar a receita das prefeituras.

O que se percebe, no entanto, em relação à transferência de recursos para os municípios, é que a participação desses nos repasses fiscais é marcada por acentuada disparidade. Os municípios brasileiros situam-se em posições diferentes em relação à capacidade financeira, sendo crescente o número de orçamentos municipais que dependem de transferências federais, como o FPM – Fundo de Participação dos Municípios. De acordo com Rezende (2006, p. 96),

No caso dos municípios, a dependência de transferências federais, além de ser bem maior, cresceu de 30% para cerca de 34% em apenas seis anos (entre 1998 e 2004), a despeito do uso que os municípios economicamente mais importantes de suas bases tributárias próprias.

Assim, tem-se um desequilíbrio na partilha dos recursos entre estados e municípios e uma capacidade redistributiva ineficiente. Rezende (2006) relaciona as receitas estaduais e municipais aos ciclos econômicos nacionais, afirmando que a grande dependência do Fundo de Participação dos Estados – FPE e do FPM, comumente observada nos estados do Norte e Nordeste e em municípios pequenos e médios, provoca oscilações nas receitas que desaceleram em conformidade com a queda do PIB e crescem em momentos de recuperação da economia nacional. Da mesma forma, os municípios que dependem do repasse do ICMS - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação, têm suas receitas vinculadas às mudanças na economia estadual, o que se verifica em municípios maiores, onde a participação do FPM é menor.

As assimetrias na descentralização fiscal que são facilmente identificadas nas variadas fontes de repasses com critérios que não conduzem à equidade de recursos, indicam ser imperativo a coordenação do processo pelo governo central, discussão que cerca os debates sobre a recentralização. Além disso, a disputa entre localidades por recursos fiscais e investimentos externos indicam efeitos perversos do neomunicipalismo, apontado por Melo (1996) como *hobbesianismo* municipal, que se evidencia pelos conflitos entre municípios em busca do aumento das receitas e pela conversão da desigualdade social em barreira ao progresso. Contudo, a estratégia para os governos locais driblarem os impasses financeiros e cumprirem as funções de *welfare* e do desenvolvimentismo é apontada por meio da cooperação intergovernamental baseada em instituições políticas de coordenação do cooperativismo entre os entes da federação. Da mesma forma, se faz necessária a cooperação entre os agentes locais (governo, setor privado e cidadãos) para a viabilidade da reforma estatal e, como desafio posto à dinâmica política interna aos municípios, o estabelecimento de canais de negociação que favoreçam a formulação de políticas públicas (Abrucio e Couto, 1996).

Apesar das complexidades que envolvem a descentralização das ações governamentais e dos recursos fiscais no país, a municipalização de políticas na área de saúde, educação, transporte público, saneamento, entre outras, ampliaram as condições de prestação de serviços públicos pelos municípios que alteraram áreas prioritárias de atuação, o que provocou “um ciclo virtuoso de inovações na gestão pública” (Melo, 1996). A intensificação das políticas públicas é acompanhada pelo fenômeno da disseminação ou difusão de inovações nos níveis locais de governo¹. Muitos governos, inclusive, competem em programas nacionais que premiam iniciativas inovadoras na gestão pública subnacional, como o programa Gestão Pública e Cidadania, organizado pela Fundação Getúlio Vargas e Fundação Ford em parceria com o BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social.

Entre as iniciativas institucionais adotadas por governos municipais destaca-se a organização de mecanismos de participação popular nas decisões políticas, como os orçamentos participativos e os conselhos de políticas públicas, criados pela Constituição de

¹ Farah (2008, p.110) define o conceito de difusão como prática de adoção de “políticas públicas por diferentes localidades”, conforme uso do termo pela literatura precedente. No entanto, a autora considera que o conceito não agrega a influência dos processos políticos na difusão de políticas públicas. Assim, o conceito de disseminação envolve sujeitos e intencionalidades, permitindo refletir sobre iniciativas não-governamentais que influenciam no espaço local. Por fim, o termo inovação é utilizado para designar arranjos particulares formulados diante de desafios ou problemas e podem ser úteis para outras localidades. Mas, o conceito não se confunde com modelo e, ao contrário, remete a soluções abertas que podem ser modificadas por quem as adotam.

1988 e por determinações posteriores que vincularam alguns repasses financeiros à existência dos conselhos referentes a certas áreas. Por outro lado, a formulação de mecanismos de controle social sobre os governantes locais (*accountability*) busca aproximar cidadãos e governo e, conforme o debate normativo da década de 1980 e o consenso de distintas perspectivas políticas contribuem para o rompimento com a ineficiência alocativa do clientelismo municipal (Borja apud Arretche, 1996).

Neste sentido, observa Arretche (1996) que a eficiência da descentralização, no que se refere ao caráter democrático, se relaciona mais com a natureza das instituições do que com o nível de governo responsável pelas políticas públicas. A descentralização não implica automaticamente no sucesso dos governos locais e, muito menos, na democratização política. Como assinala a autora, os princípios que direcionam a proposta de democracia devem se materializar em instituições incumbidas das decisões políticas, o que remete ao fato do clientelismo não ocorrer apenas nos níveis locais de governo. Ressalta-se, ainda, que a existência de estratégias nacionais de descentralização, coordenadas institucionalmente pelo poder central com intuito de regular as ações setoriais dos governos subnacionais, poderia auxiliar na resolução dos desequilíbrios federativos no país.

3. Considerações finais

Este texto discutiu as formas de organização do poder no Brasil, refletindo sobre os processos de centralização e descentralização política e administrativa no país, assim como as complexidades do novo arranjo federativo produzido pela Constituição de 1988. Buscou-se analisar brevemente a formação histórica do federalismo brasileiro, passando pela trajetória política do país, com objetivo de identificar as configurações do federalismo nacional.

Como visto por meio da abordagem de Carvalho (1993), a formação da nação no período colonial ocorreu sob a condução de um governo metropolitano com escassa presença na parcela portuguesa do território americano que foi repartido entre donatários privados responsáveis por sua exploração até 1549. A forma descentralizada com que as capitanias foram administradas aproximou-se da formulação de uma estrutura federativa na colônia, baseada na autonomia política das unidades territoriais. No entanto, em meados do século XVI, a criação do governo geral reverteu a política descentralizadora de administração colonial, o que culminou com o fim das capitanias no século XVIII, mas não extinguiu a

participação de particulares na administração do território que continuou apresentando aspectos políticos e administrativos descentralizados. A independência do país em 1822 trouxe o questionamento sobre os rumos políticos a serem adotados, culminando em um federalismo monárquico com forte centralização. A proclamação da República em 1889 esteve acompanhada de uma estrutura federativa de distribuição do poder territorial, onde as elites regionais pressionaram o governo central no sentido de conquistar autonomia local. Entre 1930 e o início da década de 1980 o Brasil experimentou um processo crescente de centralização do poder, que contribuiu para a concentração de recursos fiscais e a dependência dos governos subnacionais.

Assim, notou-se como o federalismo brasileiro foi constituído por meio de um processo centrífugo, com o centro conduzindo a tarefa de manter as partes unidas (*hold together*), diferentemente da matriz norte-americana que inaugurou o modelo federalista de organização do poder pelo pacto firmado entre unidades territoriais soberanas que formaram a federação (*come together*) (Stepan, 1999). Além disto, notou-se como as definições de federalismo no país variaram historicamente conforme contextos políticos distintos, como durante o Império, quando ocorreu um federalismo monárquico, ou durante a República Velha, momento em que a descentralização atendeu ao despotismo oligárquico.

A Constituição de 1988 redefiniu o setor público nacional, alterando competências dos governos subnacionais e redistribuindo receitas fiscais. Estados e municípios ampliaram suas participações nos recursos federais, assumiram funções antes exercidas pela União, reorganizaram seu papel estatal, aumentaram as capacidades institucionais e administrativas e adquiriram autonomia tributária. No entanto, os governos subnacionais enfrentam complicadores administrativos advindos do desequilíbrio fiscal e da ausência de coordenação da descentralização pelo governo central. Nesta perspectiva, os municípios brasileiros, reconhecidos como entes federados por meio da reforma constitucional de 1988, apresentam dificuldades na oferta de bem-estar social à população e na promoção do desenvolvimento econômico local, conforme colocado por Abrucio e Couto (1996).

Contudo, apesar das inovações na gestão política, implementadas a partir da municipalização de serviços públicos, os municípios nacionais enfrentam a ausência de agências ou programas que incentivem a cooperação intergovernamental e da resolução dos conflitos fiscais, o que poderia favorecer a agenda da descentralização no âmbito das políticas

públicas. Com isto, conclui-se que, no momento atual da história brasileira, a descentralização não se fundamenta no enfraquecimento do poder central, mas na urgência de fortalecimento de suas competências institucionais e administrativas para conduzir instrumentos que reposicione os municípios diante da distribuição dos recursos fiscais e permitam a execução de políticas públicas locais, além de criar instituições que incentivem a cooperação entre os entes da federação.

4. Bibliografia

Abrucio, Fernando L. & Couto, Cláudio Gonçalves. A Redefinição do Papel do Estado no Âmbito Local. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 10, n. 3. 1996.

Abrucio, Fernando L. & Soares, Márcia M. *Redes Federativas no Brasil: Cooperação Intermunicipal no Grande ABC*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

Arretche, Marta. Mitos da descentralização. Mais democracia e eficiência nas políticas públicas? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 31, ano 11. 1996.

Baldi, Brunnetta. *Beyond the Federal-Unitary Dichotomy*. Institute of Governmental Studies/University of California: Working Paper, 1999.

Carvalho, José Murilo. Federalismo y centralización em el império brasileño: historia y argumento. In: Carmagnani, M. (org.). *Federalismo Latinoamericanos – México, Brasil, Argentina*. México, Fondo de Cultura. 1999.

Farah, Marta F. S. Disseminação de inovações e políticas públicas e espaço local. *Organizações e Sociedade*, vol. 15, n. 45. 2008

Kugelmas, Eduardo & Sola, Lourdes. Recentralização/Descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil nos anos 90. *Tempo Social*, vol. 11, n 2. 1999.

Lijphart, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

Limongi, Fernando. O Federalista. In: Weffort, F. *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2003.

Melo, Marcus André. Crise federativa, guerra fiscal e *hobbesianismo* municipal: efeitos perversos da descentralização? *São Paulo em Perspectiva*, vol. 10, n. 3. 1996.

Rezende, Fernando (org.). *Desafios do Federalismo Fiscal*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

Rocha, Carlos Vasconcelos. Significados e tendências das relações intergovernamentais na Espanha: uma abordagem comparada. *33º Encontro Anual da Anpocs*. GT 32 – Políticas Públicas. Caxambu, 2009.

Rodden, J. Federalismo e Descentralização em Perspectiva Comparada. *Revista Sociologia e Política*, n. 24. Curitiba, 2005.

Stepan, Alfred. Para uma Nova Análise Comparativa do Federalismo e da Democracia: Federações que Restringem ou Ampliam o Poder do *Demos*. *Dados*, vol. 42, n. 2. Rio de Janeiro, 1999.

UMA SOCIEDADE BEM ORDENADA

Incursões teóricas de John Rawls ¹

Conrado Luciano Baptista²

RESUMO: Toda sociedade moderna democrática e de direito possui uma pluralidade de doutrinas e de ideais, sendo impossível prever em um futuro próximo que essa pluralidade não seja sempre uma característica marcante dessas sociedades complexas. Noutras palavras, a pluralidade faz parte da cultura globalizada. E para garantir uma estabilidade social, tendo em vista esta pluralidade de doutrinas e de ideais das sociedades complexas e super-popolosas, é preciso a intervenção estatal para reconhecer essas pluralidades e também para supervisionar e limitar razoavelmente as doutrinas e ideais que prejudicam as características fundamentais do Estado Democrático de Direito. Tal intervenção estatal é uma forma de garantir o equilíbrio entre as diversas doutrinas e ideais das pessoas que se opõem e, através desta intervenção, que não é simplista, se buscará uma sociedade bem ordenada. Outro ponto importante seria o pacto social que os cidadãos devem fazer para reconhecer no outro a qualidade de cidadão, evitando superioridade de ideais e doutrinas – um verdadeiro sistema de cooperação equilibrado.

Palavras-chaves: Estados Democráticos de Direito, pluralidade de doutrinas e ideais, intervenção estatal, estabilidade social e sociedades modernas bem ordenadas.

¹ Escrito durante o andamento do mestrado na Universidade Presidente Antonio Carlos de Juiz de Fora - MG, sob a influência das aulas ministradas da Professora Theresa Calvet de Magalhães.

² Advogado, nasceu em 1986, na cidade de Santos Dumont/MG. É um militante de causas sociais e políticas desde os 15 anos. Também atuou nas áreas de meio ambiente e direitos humanos. É Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira de Juiz de Fora/MG e Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro/RJ. Começou sua pesquisa sobre a Criminalização da Homofobia e sua Constitucionalidade como trabalho de conclusão de curso da graduação, vindo, depois, a adaptá-la para a pós-graduação (lato sensu) e, após um longo período de dedicação, transformou-a em um livro. Atualmente, está fazendo Mestrado em Direito (pós-graduação stricto sensu), com área de concentração em Teoria do Direito (Hermenêutica e Direitos Fundamentais) e interface entre a Filosofia do Direito e o Direito Constitucional, na Universidade Presidente Antônio Carlos de Juiz de Fora/MG. Através de seu envolvimento com as causas sociais e políticas, participou da discussão de projetos de lei, tanto na esfera municipal quanto na estadual, e, agora, com sua pesquisa, pretende contribuir com suas ideias para a discussão do importante projeto de lei federal (PLC n.º 122/2006) sobre a Criminalização da Homofobia.

A WELL-ORDERLY SOCIETY **Theoretical incursions of John Rawls ¹**

ABSTRACT: Every modern democratic and lawful society has a plurality of doctrines and ideals, thus making impossible to predict in a near future that said plurality is not always an outstanding feature of those complex societies. In other words, the plurality is part of the globalized culture. And in order to ensure a social stability, taking into account this plurality of doctrines and ideals of the complex and overcrowded societies, it is necessary the state intervention to acknowledge such pluralities and also to inspect and limit, in a reasonable manner, the doctrines and ideals that harm the fundamental characteristics of the Democratic Rule-of-Law State. The state intervention is a method to ensure the balance between the several doctrines and ideals of opposing individuals and, through this intervention, which is not simplistic, it shall be sought a well-orderly society. Another important aspect would be the social pact that the citizens must do in order to recognize in each other the quality of being a citizen, by avoiding the superiority of ideals and doctrines – a genuine balanced cooperation system.

Key-words: Democratic Rule-of-Law States, plurality of doctrines and ideals, state intervention, social stability and well-orderly modern societies.

INTRODUÇÃO

Uma sociedade democrática moderna, que representa boa parte do mundo, se caracteriza por uma pluralidade de sujeitos que possuem doutrinas e ideais religiosos, morais, filosóficos, políticos, morais e éticos dos mais diversos. E pelas próprias palavras de John Rawls (2000-a: IX): “*Nenhuma dessas doutrinas é adotada pelos cidadãos² em seu conjunto. E não se deve esperar que isso aconteça num futuro previsível*”. Tal situação é fruto das revoluções, reformas e lutas dos últimos séculos que impulsionaram o reconhecimento jurídico e político das liberdades públicas e da democracia plena. Com liberdade e

¹ Written during the progress of the master's degree at Universidade Presidente Antonio Carlos of Juiz de Fora - MG, under the influence of the classes led by Professor Theresa Calvet de Magalhães.

² A palavra cidadão se refere aos indivíduos e a população em geral, não somente ao sentido jurídico de povo.

democracia, as diversidades de ideais e doutrinas são juridicamente reconhecidas e, logo, um resultado “natural” da convivência humana e dos relacionamentos intersubjetivos.

Em vários livros, palestras e textos de John Rawls ele sempre afirmou que a pluralidade de doutrinas e ideais de uma sociedade moderna “*é o resultado normal do exercício pelos cidadãos de sua razão no seio das instituições livres de um regime democrático constitucional*” (2000-a: IX). Ele ainda ressaltou: “*(...) a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes e razoáveis não é uma simples condição histórica que pode desaparecer logo; é um traço permanente da cultura pública da democracia*” (2000-b: 80).

Assim, com esta base introdutória, se faz uma pergunta: **como pode uma sociedade democrática complexa e cheia de diferenças ser bem ordenada?**

FUNDAMENTAÇÃO

Segundo John Rawls, tais doutrinas e ideais religiosos, políticos, filosóficos, morais, éticos etc., nem sempre se afloram na sociedade como razoáveis e podem até rejeitar os fundamentos democráticos da mesma. Diante disso, o caminho para evitar esses problemas é limitar essas doutrinas e ideais desarrazoados para que a sociedade seja bem ordenada, justa, estável e verdadeiramente democrática (2000-a: X). O Estado tem que buscar sempre legitimar um pluralismo razoável, pois o pluralismo de ideais e doutrinas sempre vai existir, portanto, o problema é limitar o pluralismo desarrazoadado. Somente com esta limitação, as sociedades pluralistas e modernas, no período contemporâneo, conseguirão permitir uma convivência mais pacífica entre as diversas culturas presentes no mundo. A questão, portanto, não é eliminar as doutrinas e ideais perturbadores das sociedades modernas, o problema é como limitar algumas dessas manifestações que prejudicam a democracia¹. Citando um exemplo contemporâneo: a questão não é eliminar os palestinos ou israelitas, mas sim, como podem tais cidadãos viver em harmonia? O presente texto não tem a pretensão de resolver este problema, mas de apresentar de forma geral como John Rawls propôs em suas obras a proposta de uma sociedade bem ordenada, onde cidadãos são reconhecidamente e

¹ Manifestações de organizações paramilitares, criminosas, milicianas, terroristas, dentre outras, nem podem ser cogitadas como doutrinas e ideais, pois já surgem com propósitos de combater os Estados e as sociedades, não havendo como limitar um “ideal” que a origem já é ilimitável.

legitimamente livres e iguais, em oportunidades e direitos, embora tenham doutrinas e ideais diferentes.

Dizer que uma sociedade política é bem-ordenada significa três coisas:

Primeiro, e implícito na ideia de uma concepção pública de justiça, trata-se de uma sociedade na qual cada um aceita, e sabe que os demais também aceitam, a mesma concepção política de justiça (e portanto os mesmos princípios de justiça política). Ademais, esse conhecimento é mutuamente reconhecido: ou seja, as pessoas sabem tudo o que saberiam se sua aceitação de tais princípios tivesse resultado de acordo público.

Segundo, e implícito na ideia de regulação efetiva por uma concepção pública de justiça, todos sabem, ou por bons motivos acreditam, que a estrutura básica da sociedade – ou seja, suas principais instituições políticas e sociais e a maneira como elas interagem como sistema de cooperação – respeita esses princípios de justiça.

Terceiro, e também implícito na ideia de regulação efetiva, os cidadãos têm um senso normalmente efetivo de justiça, ou seja, um senso que lhes permite entender e aplicar os princípios de justiça publicamente reconhecidos, e, de modo geral, agir de acordo com o que sua posição na sociedade, com seus deveres e obrigações, o exige.

Numa sociedade bem-ordenada, portanto, a concepção pública de justiça fornece um ponto de vista aceito por todos, a partir do qual os cidadãos podem arbitrar suas exigências de justiça política, seja em relação a suas instituições políticas ou aos demais cidadãos (RAWLS, 2003: 11-12).

Noutras palavras, os cidadãos em algum momento precisam abrir mão de suas convicções para o bem estar da sociedade democrática. E logo, não se pode permitir no período contemporâneo que qualquer instituição pública e projetos de governo tenham preferência por uma doutrina ou ideal religioso, filosófico, político, moral, ético etc. O Estado tem o dever de promover o bem de todos, como objetivo fundamental, e não poderá ter preferências por determinadas doutrinas ou ideais, e se tiver terá que usar a opressão:

(...) um entendimento compartilhado e contínuo que tem por objeto uma única doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente só pode ser mantido pelo uso opressivo do poder estatal. Se considerarmos a sociedade política uma comunidade unida pela aceitação de uma única doutrina abrangente, então o uso opressivo do poder estatal faz-se necessário para essa comunhão política (RAWLS, 2000-b: 81).

No período Medieval (Idade Média) quem não era católico era herege e, logo, inimigo do poder público, podendo ser submetido à Inquisição. Noutras palavras, todos tinham que ser católicos porque o poder público era opressor. Da mesma forma, *mutatis mutandis*, os “Estados” Nazistas e Fascistas optavam por determinadas doutrinas e ideais, e os cidadãos que não se encaixavam nessas doutrinas eram assassinados, presos, torturados etc., situação que não se coaduna com uma sociedade bem ordenada e moderna – diga de passagem, toda sociedade e Estado Moderno devem ser democrático e de direito. Assim,

como o pluralismo¹ é uma situação que desde os primórdios é reconhecida socialmente, só com opressão e com sanções estatais severas que se verificará uma tentativa por unidades de doutrinas e ideais dentro de uma mesma sociedade. Aliás, todas essas tentativas opressoras fracassaram ao longo da história.

O poder público e as leis precisam trabalhar não para uma doutrina, mas como todas podem ser reconhecidas, para que os cidadãos sejam livres e iguais, em direitos e oportunidades. A tarefa se torna difícil, pois os cidadãos que tem o poder de representar o poder público possuem suas influências e ideais dos mais diversos. Mas John Rawls fala que deve haver uma cooperação entre os cidadãos para evitar esses problemas. Como já dito anteriormente “(...) *uma sociedade [ordenada] na qual cada indivíduo aceita, e sabe que todos os demais aceitam, precisamente os mesmos princípios de justiça*” (RAWLS, 2000-b: 79). Isto é, o católico deve entender que o protestante também faz parte do mesmo Estado Democrático de Direito e vice-versa. Os adeptos dos movimentos políticos de esquerda devem entender que os de direita fazem parte do mesmo Estado Democrático e vice-versa. Outros exemplos poderiam ser citados, mas esses já demonstram que os cidadãos devem aprender a viver em uma sociedade ordenada, pois estão no mesmo Estado e, logo, os princípios de justiça adotados são os mesmos ou devem ser os mesmos.

“Considere, então, os princípios de justiça como aqueles destinados a formar o mundo social em que nosso caráter e nossa concepção de nós mesmos enquanto pessoas, bem como nossas visões abrangentes com suas concepções do bem, começam a ser adquiridos, e onde nossas faculdades morais devem concretizar-se, se é que devem concretizar-se de alguma forma. Esses princípios devem dar prioridade àquelas liberdades e oportunidades básicas nas instituições fundamentais da sociedade civil que nos possibilitam, antes de mais nada, tornarmo-nos cidadãos livres e iguais e a compreender nosso papel de pessoas com esse status” (RAWLS, RAWLS, 2000-b: 85).

Há um momento que os ideais e as doutrinas dos cidadãos não devem prevalecer sobre o Estado, sobre o regime democrático e as leis, inclusive, sobre a Constituição estabelecida por este Estado. No Brasil, por exemplo, se vê com constância inúmeros religiosos não aprovarem determinados projetos de lei porque tais projetos são contrários as doutrinas de suas religiões – situação que prejudica o Estado Democrático de Direito, quando levada com rigor fundamentalista. Esses religiosos têm que discutir aspectos religiosos dentro

¹ Até os seguidores das religiões que fazem parte da mesma doutrina buscam fundar outras ramificações e até outras religiões. Realmente se justifica como uma tendência social a pluralidade de ideais e doutrinas, situação que os Estados Modernos devem entender para reconhecer o pluralismo razoável, limitando o pluralismo prejudicial.

da igreja ou em manifestações públicas. Não se pode mais permitir que pessoas se deixem contaminar por suas convicções, prejudicando a secularização do Estado e o regime democrático. O que se pode fazer é utilizar razoavelmente certas doutrinas e ideais para ajudar a aprovação ou rejeição de determinados projetos de lei ou projetos políticos, mas nunca como fundamento principal – alguns políticos, por exemplo, utilizam a Bíblia para defender uma maior punição a pedófilos – situação que razoavelmente não prejudica, pois outros argumentos principais são também utilizados – tais argumentos podem ser usados no momento certo e no lugar certo, evitando polêmicas e superioridades de ideias. Um político religioso ou com determinada convicção política ou filosófica na hora de aprovar um projeto de lei ou de realizar um ato público qualquer, deve ter essa concepção política imparcial para que seus ideais não prevaleçam sobre os outros e sobre o Estado Democrático. Isto também serve para os indivíduos no âmbito de seus relacionamentos intersubjetivos. Outrossim, um político religioso também não pode atuar em um cargo público com o fim exclusivo de atender os interesses de sua Igreja, pois ele é representante de todos os cidadãos. E se não for assim, sua atividade política prejudica os fins democráticos.

A própria Constituição, que é a lei maior do Estado de um país, deve expressar e ter o propósito de limitar doutrinas e ideais que prejudicam o Estado e de proteger as doutrinas e ideais que não prejudicam – todos são livres e iguais. Como já dito anteriormente, cada cidadão tem o direito de expressar suas doutrinas livremente e não pode ser impedido se não estiver prejudicando o Estado Democrático de Direito Moderno.

“Assim, uma concepção de justiça pode ser falha porque não consegue conquistar o apoio de cidadãos razoáveis que professam doutrinas abrangentes razoáveis; ou, como direi muitas vezes, porque não consegue conquistar o apoio de um consenso sobreposto razoável, o que é indispensável para uma concepção política de justiça” (RAWLS, 2000-b: 79-80).

O que John Rawls disse acima sobre uma característica marcante de um Estado Democrático é que os cidadãos devem legitimar a concepção política de justiça de um Estado e todos os cidadãos devem também ter essa concepção como limite de seus ideais e doutrinas. Importante ressaltar que concepções políticas de justiça que não tem legitimação social não podem ser adotadas como razoáveis. Ademais, uma concepção concreta deve expressar os princípios, normas, ideais e orientações das atividades estatais e dos relacionamentos intersubjetivos, devendo ser competente para proporcionar uma diretriz razoável para as principais questões envolvendo o Estado, por exemplo: manifestações públicas, liberdade de

convicção e escolha, voto, eleição democrática, participação popular das decisões públicas, legislação, oportunidades iguais a todos etc. (RAWLS, 1997: 777). Tais concepções políticas de justiça vão se transformando com o tempo, conforme um espiral crescente, muitas das vezes se desenvolvendo para melhor e às vezes para pior. Mas sempre como um processo que depende dos cidadãos e dos representantes dos poderes públicos. A construção dessas concepções, como um espiral crescente, terá melhores resultados quando as pessoas envolvidas no processo de desenvolvimento democrático abordarem argumentos que os outros envolvidos possam aceitar razoavelmente. É por isso que o reconhecimento do outro deve ser importante para garantir uma maior estabilidade social. A hospitalidade e a reciprocidade têm o seu papel importante no âmbito das decisões políticas. Não há como defender um ideal ou doutrina que os outros envolvidos não vão entender e discordar. É preciso deixar alguns interesses particulares de lado para propor uma concepção política de justiça que irá proporcionar uma estabilidade social para garantir uma sociedade bem ordenada. Enfim, os cidadãos precisam justificar suas concepções políticas no outro, para que haja cooperação. É claro que nunca haverá um consenso sobre todas as questões políticas e estatais, mas os aspectos principais dos elementos do Estado deverão ser buscados a todo custo pelos cidadãos (RAWLS, 1997: 765-766).

Quanto mais eles [cidadãos] considerem a sua sociedade política um bem para eles mesmos, tanto como corpo coletivo quanto como indivíduos, e quando maior seu apreço pela concepção política pelo fato de ela garantir as (...) exigências essenciais de um regime estável, menos serão incitados pelas atitudes especiais da inveja, rancor, desejo de dominar e a tentação de privar os outros de justiça (RAWLS, 2003: 288).

Importante ressaltar que concepção política de justiça é aquilo que o Estado tem de essência marcante. Na África do Sul, há poucas décadas atrás, a concepção política de justiça principal era a *Apartheid*, uma verdadeira política de segregação racial. Contudo, como os cidadãos, de modo geral, não legitimaram essa concepção política de justiça, com o tempo ela foi modificada. Como já dito, o Nazismo, o Fascismo e a Inquisição que tinham preferências por determinadas doutrinas, representam muito bem o que é uma concepção política de justiça, embora considerada modernamente desarrazoada.

“Como não existe uma doutrina religiosa, filosófica ou moral razoável professada por todos os cidadãos, a concepção de justiça adotada por uma sociedade democrática bem-ordenada deve ser uma concepção limitada ao que chamarei de ‘o domínio do político’ e seus valores. A ideia de uma sociedade democrática bem-ordenada deve ser articulada de acordo com essa limitação. Suponho, então, que as visões globais dos cidadãos têm duas partes: pode-se considerar uma parte como a concepção política de justiça publicamente reconhecida, ou como coincidente com

ela; a outra parte é uma doutrina (inteira ou parcialmente) abrangente, à qual a concepção política está ligada de alguma forma. (...). O ponto que precisamos enfatizar aqui é que, como já disse, são os próprios cidadãos que decidem, individualmente, de que maneira a concepção política pública que todos endossam está relacionada com suas visões mais abrangentes” (RAWLS, 2000-b: 82).

O que John Rawls afirmou que se destaca acima é o dever de uma sociedade bem ordenada ter uma concepção política que busca limitar as doutrinas e ideais que prejudiquem a ordem social. Outro ponto importante seria a decisão deliberada dos cidadãos em legitimar essa concepção política razoável que vai garantir a estabilidade social e a paz social, embora os cidadãos tenham doutrinas e ideais opostos. A concepção política de justiça vai fundamentar os conceitos e os relacionamentos intersubjetivos e políticos de todos os cidadãos de determinada sociedade. Tal concepção não é utopia e não é uma única doutrina reconhecida pelos cidadãos, mas é a espinha dorsal de uma sociedade que possui uma diversidade cultural imensa e uma pluralidade de doutrinas e de ideais opostos. Essa espinha dorsal seria o limite para a “sobrevivência da estabilidade social” e uma forma de equilíbrio entre a complexidade das doutrinas e dos ideais dos cidadãos.

Portanto, uma verdadeira concepção política de justiça legitimada pelos cidadãos seria o fim da *Apartheid* na África do Sul, que colocou as pessoas de diversas culturas, classes e cor em mesmo nível de oportunidades e direitos. Nos EUA também existia uma política de segregação racial, embora de forma diferente, onde negros e brancos não recebiam o mesmo tratamento social e político. Com o tempo, tal segregação foi abolida, mas ainda existem tratamentos diferenciados, contudo, a vitória de Barack Hussein Obama, primeiro afrodescendente Presidente dos EUA, nas eleições de 2008 é fruto de tal conquista. Um outro exemplo a ser citado são os direitos fundamentais promulgados no Brasil na Constituição de 1988, os quais o país não mais aceita como concepção política de justiça às censuras, as proibições de manifestações públicas e políticas de discriminação etc. – práticas do período ditatorial brasileiro. Após a Constituição de 1988, o Brasil adotou como essência principal, a democracia plena, a legitimação dos partidos políticos, igualdade entre sexos, valores sociais do trabalho, direito a saúde, promoção do bem de todos sem discriminação (vide art. 3º, inc. IV, da CRFB/1988) etc. – uma verdadeira concepção política de justiça razoável e legítima, embora se saiba que muitos dos direitos fundamentais ainda não são plenamente efetivados no Brasil. Além do mais, o próprio preâmbulo da CRFB/1988 buscou reconhecer o respeito por uma sociedade fraterna e pluralista como concepção política de justiça.

Preâmbulo da CRFB/1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de **uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus¹, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (grifo nosso).

Outro exemplo a ser citado, mas agora se referindo a uma concepção política de justiça globalizada, seria o reconhecimento de direitos a homossexuais. Embora ainda exista muito preconceito contra homossexuais, muitos países já estão reconhecendo direitos a eles. Tais direitos não são plenamente criados por todo o planeta, devido o preconceito principal dos grupos religiosos – em alguns países do continente Africano e do Oriente Médio se pune homossexuais com pena de morte ou com prisão perpétua.

O que os religiosos pensam sobre a homossexualidade é legítimo, mas nada justifica negar direitos aos homossexuais que também são cidadãos, e a opinião dos religiosos não tem relação com o reconhecimento de direitos. Portanto, os Estados devem reconhecer direitos aos homossexuais, mas os Estados também devem respeitar os religiosos que são contra a prática homossexual. O que se deve combater como política estatal são as manifestações prejudiciais e discursos fundamentalistas por parte dos homossexuais aos religiosos e vice-versa.

CONCLUSÃO

Ressalta-se que uma sociedade bem ordenada precisa ter um papel decisivo do Estado no reconhecimento de uma pluralidade de doutrinas e ideais dos cidadãos, para que não haja insatisfação social que possa gerar revoluções, muitas reivindicações e uma desestima estatal e social em grande escala. Igualmente, uma sociedade que busca reconhecer uma pluralidade de doutrinas e ideais razoáveis dos cidadãos só pode ser moderna e, logo, democrática e de direito, onde cidadãos são livres e iguais, em direitos e oportunidades – enfim, uma sociedade bem ordenada legítima.

Um Estado no âmbito de suas atividades também não pode preferir determinadas doutrinas e ideais, pois ao longo da história, os “Estados” que tentaram foram ao fracasso (Inquisição, Nazismo, Fascismo, Apartheid etc.). Por outro lado, um Estado não pode

¹ A título de argumentação, a expressão “sobre proteção de Deus” mencionado no preâmbulo da CRFB/1988 é uma manifestação secundária fruto de uma doutrina razoável religiosa, que não deveria estar na Constituição, devido à secularização, mas que também não apresenta nenhum risco ou não é prejudicial ao Estado.

reconhecer quaisquer doutrinas e ideais, pois muitos podem não respeitar as leis, a Constituição e os princípios de justiça legitimados pelos fundamentos democráticos. Assim, uma sociedade bem ordenada precisa que o Estado tenha o objetivo também de não só reconhecer uma pluralidade de doutrinas e ideais, mas também de limitá-los na medida em que prejudiquem o processo de desenvolvimento democrático. Mas tudo deve ser feito da forma mais razoável possível, pois o Estado é representado por pessoas que possuem suas paixões, doutrinas e ideais, e para garantir um mínimo de imparcialidade é preciso que as decisões públicas sejam coletivas e motivadas por princípios que estão acima de interesses particulares, embora a tarefa não seja fácil. Outro ponto importante, é que os cidadãos precisam se considerar como co-autores das decisões públicas, pois são também interessados naquelas decisões e devem reivindicar se seus ideais ou doutrinas estão sendo respeitados ou não. Isso é uma característica que não pode ser deixada de lado em um Estado Democrático de Direito moderno que pretende ter uma sociedade bem ordenada. Portanto, os espaços públicos precisam estar abertos aos cidadãos para se manifestarem, para compreenderem que existe uma estrutura básica que vai garantir a democracia e para saberem sobre os problemas e soluções do Estado – isso é o mínimo para os cidadãos se garantirem como co-autores (RAWLS, 1997: 766-773).

Outrossim, uma sociedade bem ordenada não é uma utopia, pois como dito no texto, existem países que estão no caminho certo e podem servir de exemplo para outros na construção de uma sociedade bem ordenada.

Por fim, encerra-se este trabalho com uma citação de John Rawls para homenageá-lo por suas teorias que tanto contribuíram para o desenvolvimento da democracia e para enfatizar que uma sociedade bem ordenada é possível:

Uma sociedade bem ordenada é estável [e possível], portanto, porque os cidadãos estão satisfeitos, no fim das contas, com a estrutura básica de sua sociedade. As considerações que os movem não são ameaças ou perigos manifestos provenientes de forças externas, mas se exprimem em termos da concepção política que todos afirmam. Pois na sociedade bem-ordenada da justiça como equidade, o justo e o bem (definidos por aquela concepção política) articulam-se de tal maneira que os cidadãos que incluem como parte de seu bem serem razoáveis e racionais e serem vistos pelos outros como tais, são movidos, por razões relativas a seu bem, a fazer o que a justiça exige. Entre essas razões está o bem da própria sociedade política nas linhas que aqui foram discutidas (2003: 288).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 25 de agosto de 2010.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade – Uma reformulação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: *Justice as Fairness – A Restatement* (EUA, 2002).

_____. **Justiça e Democracia.** Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000-a. Título original: *Justice et Démocratie*. Edição com a composição da coletânea e aparelho crítico (França, 1993).

_____. **O Liberalismo Político.** Trad. Dinah de Abreu Azevedo; revisão da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000-b. Título original: *Political Liberalism*. (EUA, 1993).

_____. *The Idea of Public Reason Revisited.* Chicago: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 64, n.º 3, 1997 (pp. 765-807).

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. **O Direito e o Estado como Estrutura e Sistemas – Um contributo à Teoria Geral do Direito e do Estado.** Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2005.

BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em Tempo de Terror – Diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida.** Trad. Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. Título original: *Philosophy in a time of terror – Dialogues with Jurgen Habermas and Jacques Derrida* (EUA, 2003).

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro – estudos de teoria política.** Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Título original: *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie* (Alemanha, 1996).

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM Editores, 2008. Título original: Zum ewigen Frieden (Prússia, 1795 – atual Alemanha).

RAMOND, Charles. Derrida: *Éléments d'un lexique politique*. Paris: Cités n.º 30, 2007.

CONSIDERACIONES LOGICAS SOBRE LA LIBERTAD HUMANA

La libertad en el marco del constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho

Oscar Alexis Agudelo Giraldo¹

RESUMEN: La libertad humana en su versión tradicional supone el ejercicio autónomo del arbitrio sin la presencia de restricciones. En un mundo donde el derecho soporta un paradigma constitucionalista la libertad humana solo puede ser entendida en términos de límites en virtud del derecho de los otros.

De esta manera se postula: La acción humana como materialización de la libertad, las razones para la acción desde la perspectiva de la prohibición, la libertad humana ligada a la proporción de actos sobre los cuales se tenga capacidad para hacer, la libertad como permisión dotada de límites y la clasificación de las libertades básicas y derivadas en virtud de los permisos en sentido fuerte y en sentido débil

Palabras clave: Transfondo motivacional de la acción, libertades básicas, permiso en sentido fuerte, permiso en sentido débil, lógica de la acción, modalidades dinámicas.

ABSTRACT: Human freedom in its traditional version suppose the independent exercise of discretion without the presence of restrictions. In a world where the law supports a constitutional paradigm of human freedom can only be understood in terms of limits under the rights of others.

Thus it is postulated: Human Action as the materialization of freedom, the reasons for the action from the perspective of the prohibition, human freedom linked to the proportion of acts over which has the ability to do, freedom as permission equipped of limits and the classification of basic freedoms and derived under the permissions on strong sense and in a weak sense.

Keywords: motivational backdrop for the action, basic freedoms, strong sense permit, weak sense permit, logic of action, dynamic forms.

¹ Abogado e investigador adscrito al semillero de investigación “Teoría del derecho, Lógica jurídica y lógica deóntica”. Universidad Católica de Colombia. Adscrito al Grupo de Estudios Legales y sociales “Phronesis” COLCIENCIAS. Teléfonos: 0314765945 - 0313202073206, razil925@hotmail.com Bogotá D.C. Colombia

La libertad tradicionalmente se ha dicho se encuentra determinada por la voluntad; es decir nuestras acciones se encuentran determinadas por actos de voluntad, teniendo en cuenta que la libertad como derecho y prerrogativa se manifiesta en la acción humana. Esta versión tradicional de la libertad enfrenta un problema referido a si existe o no libertad en nuestra voluntad, lo que equivale a la cuestión de si somos libres de querer lo que hacemos VON WRIGHT (2002:55)

El problema de la libertad de la voluntad ha sido denominado como “el problema clásico” de la libertad. Además de éste existe otro problema relacionado con la naturaleza de la libertad y su relación intrínseca con las acciones humanas en sentido positivo¹, concatenados por movimientos o enervaciones musculares: por actividad física. De esta manera cualquier acción humana – en sentido positivo – tiene un componente físico, determinado como actividad muscular.

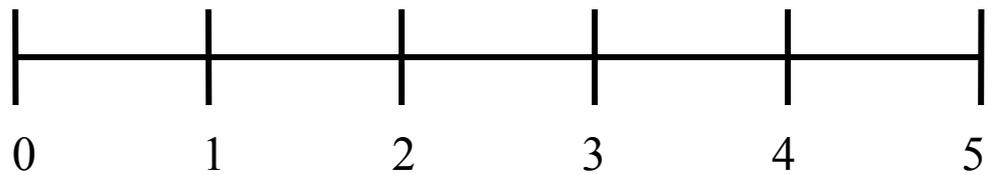
El aspecto físico de las acciones ocurre como consecuencia de movimientos preordenados y concatenados por y en la naturaleza humana, que a su vez hacen correspondencia con la intención del agente. Siendo así es válido cuestionar si los movimientos corporales que conforman una acción se encuentran de antaño predeterminados, y por lo tanto de esta manera la libertad al acontecer en acción no se encuentra predeterminada por ocasión del componente físico. Esta cuestión deviene de la ley de causalidad dada desde el mundo fenomenológico de los “eventos en espacio y tiempo”.

Los siguientes esquemas representan a través de una línea del tiempo los movimientos corporales a través de actos que conforman una sola acción como el móvil del agente

Figura 1

Acción: El robo de las joyas de una casa

¹ Las acciones pueden ser calificadas como positivas o negativas en virtud de su forma de ejecución. La forma positiva de la acción equivale al movimiento o enervación muscular conocido genéricamente como acción. La forma negativa de la acción equivale a la omisión de hacer algo.



Movimiento o acción 0 = El ladrón entra a la casa

Movimiento o acción 1 = El ladrón abre la puerta

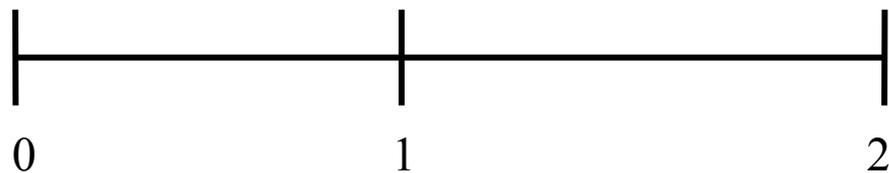
Movimiento o acción 2 = El ladrón sube los escalones

Movimiento o acción 3 = El ladrón entra al cuarto

Movimiento o acción 4 = El ladrón abre el cajón

Movimiento o acción 5 = El ladrón roba las joyas (resultado o Móvil de la acción)

Figura 2: Explicación del movimiento 1 – El ladrón abre la puerta



Movimiento o acción 0 = Caminar (enervación muscular de la pierna)

Movimiento o acción 1 = Apretar la manija (enervación muscular de la mano)

Movimiento o acción 2 = El ladrón abre la puerta (estado final de cosas)

Las figuras 1 y 2 señalan la serie de acciones y movimientos corporales que anteceden a la realización de la acción como resultado o intención del agente que equivale a un estado final de las cosas. Nótese al respecto que para el caso de las acciones básicas¹ y para las acciones en general, incluso los movimientos corporales anteceden a la acción como si por explicación causal ya estuvieren preordenados, delimitados y determinados; razón por la que la libertad en cierto sentido se hace relativa.

¹ Las acciones básicas corresponden a aquellas acciones que no requieren la realización de otros actos para su ejecución; por ejemplo el simple acto de extender la pierna.

Las acciones que pueden y no se pueden hacer corresponden a una clase de una acción genérica que por acaecimiento de la ocasión se torna en acción individual.

Ahora se cuestiona si el acto de rehusar acatar una prohibición constituye o no un acto libre. Desde la perspectiva de la autoridad, la libertad equivale a realizar la acción conforme a normas; pero para otros solo la acción conforme a un deber autoimpuesto resulta libre.

Una manera de hacer apología a las normas como fuente de la libertad en virtud de las restricciones y prohibiciones, consiste en emparejar a las normas jurídicas como razones para la acción, o razones para actuar bajo parámetros determinados en consideración a los derechos de los otros. De esta manera “Uno podría hacer de la bondad de las razones la medida del grado de la libertad de la acción” VON WRIGHT (2002:66)

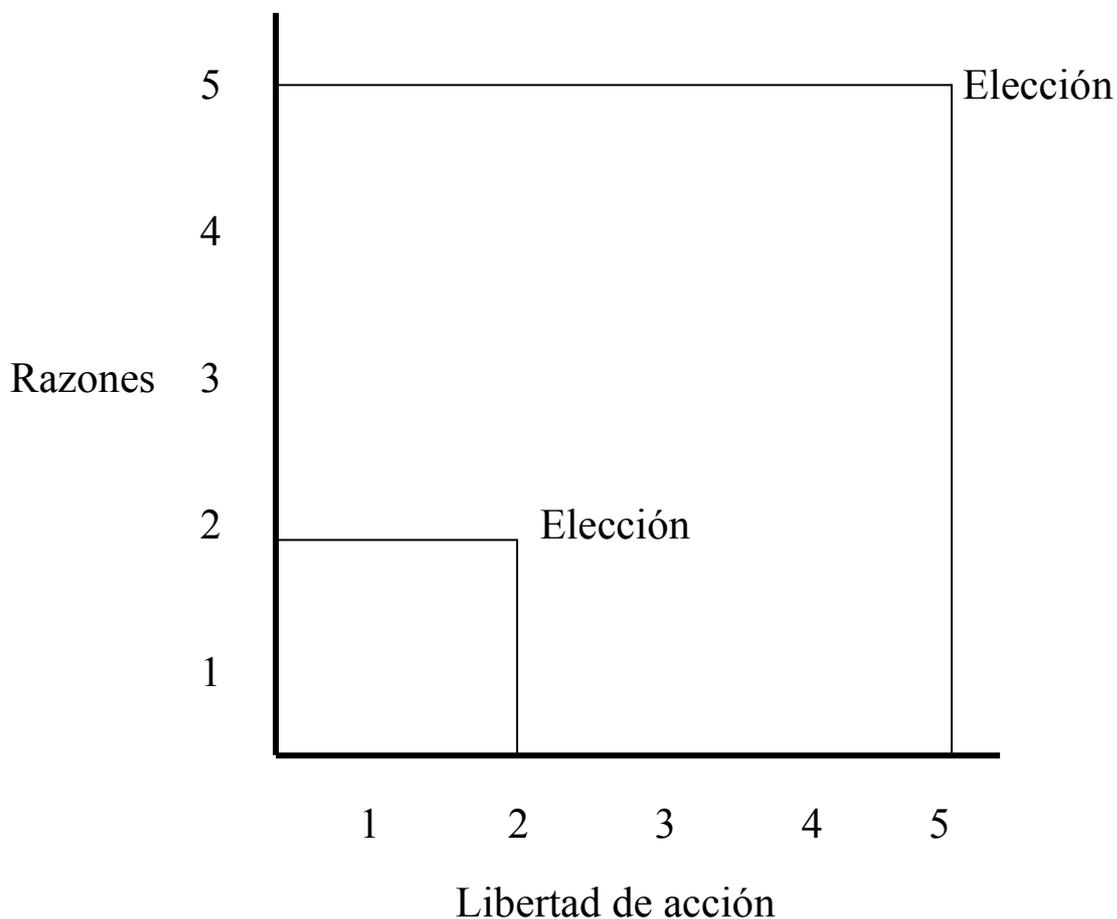
Otra manera de considerar un acto como libre implica diagnosticar que se tiene la capacidad de omitir aquello que se quiere hacer, o hacer aquello que se debía o podía omitir. Esta posición equivale a un juicio referido al hecho de haber podido actuar de otra manera. El haber podido actuar de otra manera – como omisión o negación de la acción – equivale a una acción de tipo contingente, por lo que “cada acción es, ipso facto, lógicamente contingente” VON WRIGHT (2002:58) La frase “podría haber actuado de otra manera” puede ser interpretada de distintas maneras considerando que la acción nace por la autodeterminación del agente:

1. El podría haber actuado de otra manera como acción u omisión cuya realización no es mas que una contingencia lógica
2. El podría haber actuado de otra manera como la capacidad de omitir la acción en dicha ocasión
3. El podría haber actuado de otra manera como la presencia o ausencia de razones en el agente que lo impulsan a actuar u omitir.

Ah de advertirse al respecto que en los casos donde la acción u omisión del agente opera por compulsión de razones, se dirá entonces que la libertad del agente fue restringida pues no tuvo la posibilidad de obrar de otra manera. En los casos donde el agente es obligado a actuar diremos que no media una razón sino una causa de la acción, situación que torna a la acción como acción no libre.

Cuando el agente es libre de actuar cuenta además con la libertad de elegir como actuar según razones; es decir puede elegir una razón para actuar. El número de razones con las que el agente cuenta para actuar le son dadas con antelación a la acción *v*, gr., una prohibición de actuar dada en una orden o permiso para llevar a cabo algo.

Las razones para actuar puesto que le están dadas de manera previa al agente le han sido dadas en su formación y educación; sin dejar de lado que vienen dadas además por el rol y expectativa comportamental que el conglomerado social espera de él; razón por la que la existencia de razones para que una persona actúe de determinadas maneras son hechos acerca de él VON WRIGHT (2002:75). Además las razones para la acción le son dadas al agente cuando éste ha sometido a consideración sus acciones pasadas, las cuales constituyen razones presentes para actuar. Siendo así la fórmula para la determinación de la libertad opera en la proporción latente entre el número de razones que se tenga a favor y en contra de las acciones; es decir a mayor cantidad de razones para actuar u omitir, mayor es la libertad de la acción pues se abren más espacios a la elección. A su vez un grado mayor de libertad por un número amplio de razones puede tornar tediosa la elección e inhibir la acción.



Una razón para la acción constituye un parámetro sobre el cual actuar resulta razonable. Las razones actúan como un requerimiento que se hace al agente y del cual se espera una respuesta. VON WRIGHT (2002:76). Pero dicho requerimiento se convierte en acción si y solo si el agente a quien se dirige el parámetro se da cuenta y entiende lo que significa el requerimiento; de tal manera que la razón como requerimiento o parámetro obliga a la comprensión por parte del agente.

Transfondo motivacional de la acción

En ciertas ocasiones tienden a confundirse los términos razones y motivos. Los motivos pueden ser irracionales y sin embargo pueden determinar a una persona hacia una actuación racional. Dentro de la clasificación de los motivos se encuentran las pasiones tales como el odio y el amor. Dichas pasiones pueden ser clasificadas como buenas o malas según los objetivos o fines últimos del agente; y aun así pueden constituir una razón – no determinadamente racional – para actuar. Al respecto considérese que las razones implican “comprender algo” y los motivos pueden ser ciegos, tales como el odio y el amor.

VON WRIGHT (2002:80) denomina “Transfondo motivacional” a las propiedades tales como razones y motivos que provocan la realización de la acción. Las acciones serán simples cuando han sido incitadas por una sola razón. Las acciones serán complejas si en la incitación de la acción concurren dos o más trasfondos motivacionales; por lo tanto “la complejidad puede ser cuestión de número o fuerza de las razones” VON WRIGHT (2002:80)

La complejidad de la motivación de la acción corresponde a aquellas acciones en donde por consecuencia de la libertad de elección hay razones a favor y en contra de la realización o ejecución de la acción. Al presentarse acciones complejas el agente se vera obligado a ponderar mediante operación aritmética las razones en contra y a favor de la acción. La manera según la que actúe el agente demostrará que razón tiene mayor peso en virtud de los fines últimos de éste. Cuando una razón sopesa sobre otra contraria, se dirá en tal caso que la razón predominante no es una razón compulsiva. Será compulsiva aquella razón que no se haya tenido que sopesar sobre otra razón contraria, pues simplemente esta nunca existió.

En el caso de la elección de razones para la acción puede ocurrir que la estimación del peso o fuerza de las acciones sea complejo, situación en donde las razones para la acción pueden ser determinantes en gran cantidad o inútiles sin importar el número, por lo que se dirá que la

acción se encontraba en aquel caso “sobredeterminada”. VON WRIGHT (2002:82). La determinación de existencia de razones puede variar según la perspectiva del agente y la del observador. Las razones que existen para el observador no se encuentran presentes para el agente.

Modalidades dinámicas como parámetro de la libertad

La oportunidad para la acción como ocasión se encuentra supeditada en la teoría de la acción a la posibilidad. De esta manera la oportunidad de ejecutar una acción implica dos posibilidades:

1. Una física que “son las oportunidades” para la acción que la naturaleza ofrece
2. Una humana que implica “la capacidad del agente”.

Ambas posibilidades se circunscriben en una posibilidad natural que a su vez parte de una posibilidad lógica dentro del acaecimiento de lo humanamente posible. Es de notar que la posibilidad física como posibilidad de oportunidades en mundos posibles se circunscribe inicialmente a una lógica modal alética – posible, imposible, necesario – pero tratándose de posibilidad humana como posibilidad de poder – habilidad y capacidad – Von Wright en LAGIER (1995:73) denomina a esta “modalidades dinámicas”.

Una persona es capaz si sabe como hacer aquello que quiere hacer, por lo que ser capaz consiste en dominar una técnica determinada VON WRIGHT (2002:66). Además un hombre es capaz de hacer algo si puede adquirir la habilidad o destreza necesaria para hacer dicha cosa”. De esta manera si la persona ha adquirido la habilidad para hacer determinada cosa entonces es una persona capaz; razón por la cual la habilidad y destreza se circunscriben a la capacidad del agente: al “puede”. Von Wright asemeja la capacidad con el hecho de ser libre.

Un aspecto de lo que es ser libre es que uno es capaz, puede, hacer cosas diversas”
VON WRIGHT (2002:57);

Este argumento sitúa la libertad humana en los parámetros de la capacidad e incapacidad humana.

La incapacidad como factor que dificulta la visión de ser hombres libres cuenta con diferentes modalidades:

1. No poder hacer una cosa por no haber adquirido nunca la destreza
2. No poder hacer una cosa por carencia de dinero
3. No poder hacer una cosa por prohibición expresa
4. No poder hacer una cosa al depender de la voluntad o autorización de otro
5. No poder hacer una cosa por falta de oportunidad
6. No poder hacer una cosa por temor
7. No poder hacer una cosa por incapacidades físicas

Si el agente no puede hacer una cosa por no haber adquirido la destreza, esta acción corresponde a una clase; acción que se denomina “acción genérica”. VON WRIGHT (2002:57)

Si por otro lado el agente no puede hacer una cosa por que se le ha impedido o no cuenta con los medios para hacerla, se dirá sin embargo que es capaz de hacerla ya que es una clase de acción que el agente puede hacer.

Incapacidad para realizar una acción individual presupone capacidad para realizar la correspondiente acción genérica” VON WRIGHT (2002:58)

Quiere decir esto recordando que las ocasiones operan como individualizadoras que lo que no ha de poder hacerse en una ocasión por carencia de oportunidad, por ejemplo cuando no se ha sido autorizado, puede ocurrir en alguna otra ocasión, considerando que las acciones genéricas se componen por un conjunto de acciones individuales, razón por la que la incapacidad de una acción individual no imposibilita las otras acciones individuales que corresponden a una acción genérica, o por que al cabo de un tiempo se ha adquirido la destreza y la incapacidad ha desaparecido.

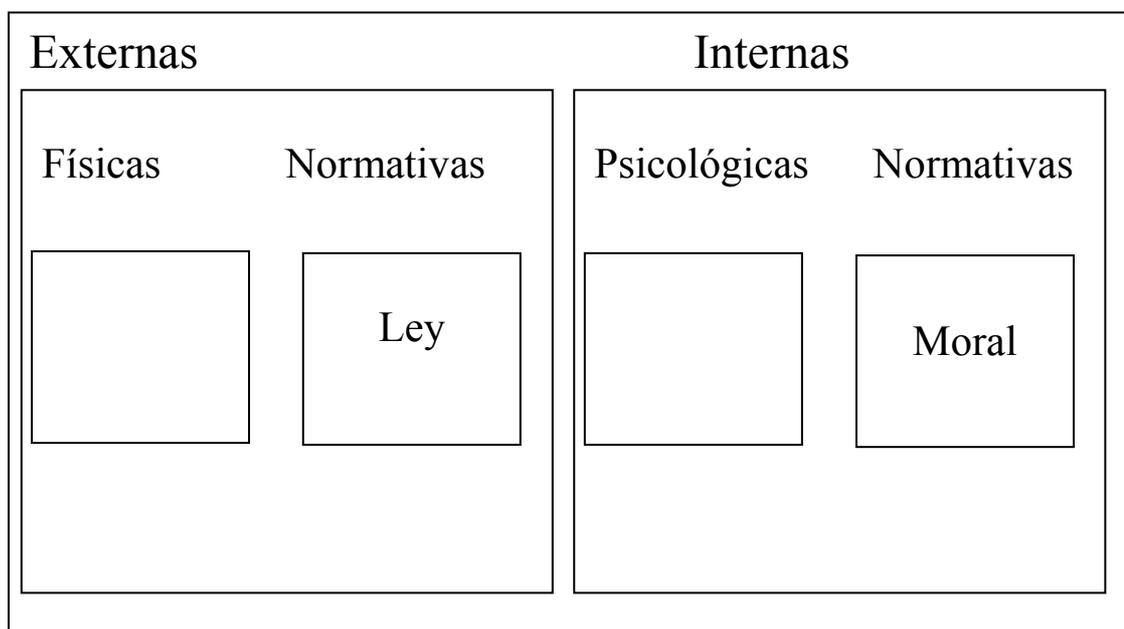
Toda acción que el agente es capaz de realizar puede a su vez ser omitida; es decir que la capacidad de omitir presupone la capacidad de hacer. Vale agregar que existen situaciones donde opera una incapacidad para omitir, por ejemplo la negativa de soportar dolores intensos; es decir aquella incapacidad para omitir en algunos casos opera cuando uno actúa bajo la influencia de un deseo irresistible o tentación, o bajo una amenaza temible VON

WRIGHT (2002:61). Otro caso de incapacidad de omitir ocurre cuando se tiene que hacer algo por que lo considera un deber; por ejemplo en los casos de delito de omisión de socorro.

La capacidad desde una lógica de la acción se entiende como un poder genérico del cual subyacen un sinnúmero de actos individuales. De esta manera el alcance de la libertad opera en proporción al número de tipos de acciones que sea capaz de hacer; capacidad que ha sido denominada “libertad potencial”. Por otro lado “libertad real” presupone la libertad o capacidad de hacer u omitir una acción. Recuérdese que la incapacidad de una acción individual presupone capacidad de una acción genérica por acaecimiento de restricciones. De este modo la libertad real es directamente proporcional al número de restricciones sobre la libertad potencial. Las restricciones a la libertad potencial pueden ser externas o internas que a su vez son impeditivas o compulsivas, de las cuales vale decir son interdefinibles. Las restricciones externas son físicas y normativas o “deonticas”. Las físicas ejemplifican impedimentos de carácter físico como encontrarse amarrado o encadenado a un poste; las normativas se encuentran en las prohibiciones de carácter general o moral VON WRIGHT (2002:63).

Las prohibiciones constituyen el núcleo de las restricciones normativas y aplican a las omisiones como obligaciones. Las restricciones internas a la libertad potencial pueden ser psicológicas y normativas o deónticas. Las psicológicas corresponden a fuerzas mentales que compelen o como un impedimento que aniquila la capacidad. Las restricciones normativas las constituyen aquellas prohibiciones que el agente cree debe cumplir.

Restricciones



Es cierto que constitucionalmente para el caso del derecho positivo colombiano se reconoce una libertad en su forma más genérica como autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad. Pero ante el deber de garantizar el derecho de los otros, surge la necesidad legal de reglamentar el ejercicio de una libertad sea mediante su permisión que puede ir acompañada de límites al ejercicio de ese derecho, o como prohibición de dicha libertad en cuestión. La Corte Constitucional de Colombia ha hecho el análisis de la necesidad de reglamentar el ejercicio de la dosis personal de sustancias psicoactivas como permisión dotada de límites al ejercicio de ésta actividad que desmiembra del libre desarrollo de la personalidad. Al respecto la Corte dice:

“El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige. Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales.”. Sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Una vez la corte constitucional toma la decisión, mediante regulación legal a través del congreso de la Republica de Colombia se determina la legalización de una dosis personal “dentro de un limite” cuantitativo. Siendo así la legislación colombiana ha creado un estatus deontico de permisión de la dosis personal dentro un campo de límites cuantitativos; es decir ha determinado una libertad bajo límites. Este es un caso complejo en donde opera una permisión de una libertad que a su vez se encuentra acompañada de una restricción externa y normativa plasmada en los límites cuantitativos de la dosis personal. Además ha de estimarse que la limitación al ejercicio de una libertad como anota la corte constitucional solo es legitima si se encuentra en armonía con el espíritu de la constitución; posición que corresponde al constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho.

El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. FERRAJOLI (20002:66)

A su vez la permisión restringida de una libertad vista como una libertad bajo límites obedece a lo que alguna vez HART (1998) propuso como el modelo de obediencia a estándares en donde el destinatario de la norma jurídica debía adecuar su conducta de tal manera que su acción no exceda el estándar descrito en la norma; es decir actúe autónomamente hasta donde los límites propuestos por la norma lo permiten. Por ejemplo en Colombia la Corte suprema de justicia se negó a juzgar a un joven que fue hallado con una dosis personal en cantidad superior a la permitida; pero éste alegó a su favor que era la dosis que consumiría durante el día; al respecto la corte sostuvo:

*“La máxima porción es lo que de modo usual y por una ocasión, puede satisfacer la necesidad del drogadicto sin exceder los **límites**”* Corte suprema de justicia de Colombia. Sentencia de casación del 08 de Julio de 2009. Proceso No 31531. M.P. Yesid Ramírez Bastidas

No hay derecho a la libertad

Ronald Dworkin (2002) en un aparte de un capítulo denominado ¿Qué derechos tenemos? Propone la no existencia del derecho a la libertad apoyado en los principios anti - utilitaristas y la libertad como derecho ligado al querer.

“Si la libertad de elegir la escuela a que se va, el empleado que se contrata o el barrio donde se vive es simplemente algo que todos queremos, como queremos tener aire acondicionado o comer langosta, entonces no tenemos derecho a aferrarnos a esas libertades frente a lo que concedemos que son los derechos de otros a compartir igualmente el respeto y uso de los recursos” DWORKIN (2002:381)

La posición de Dworkin plantea una subordinación del derecho a la igualdad sobre el derecho a la libertad; posición justificable desde la teoría del abuso del derecho, el respeto al derecho de los demás, el ejercicio de los derechos en igual forma y categoría y desde la fórmula del imperativo categórico Kantiano. Además la protección del derecho a la igualdad por requerir de leyes para su protección, afecta directamente la libertad humana. Este argumento es cierto pero ha de considerarse que la igualdad implica ambivalencia de derechos y obligaciones por parte de los destinatarios de la norma jurídica; razón por la que la libertad de X debería ser igual a la libertad de Y, pero puesto que la libertad se encuentra ceñida a la igualdad, la

libertad esta supeditada a condiciones que en muchas ocasiones derivan del nivel socio económico de la persona que quiere hacer algo.

El concepto tradicional de libertad propuesto por autores como Mill y Berlin opera en proporción al número de restricciones impuesta por un gobierno a lo que un hombre podría hacer si quisiera” DWORKIN (2002:382) Este concepto de libertad como ausencia de restricciones o “licencia” para hacer implica desde una posición liberalista una permisión de carácter general para todo aquello que el hombre quiera hacer, aun sin importar el interés general según Dworkin.

Dworkin sostiene que la libertad disminuye cuando se le impide hacer un acto o actividad al hombre como caminar; e inclusive se le restringe la libertad al hombre cuando se le impide asesinar a otros. Al respecto ha de considerarse que la prohibición de asesinar como restricción a la libertad tiene relevancia por tratarse de la protección de un derecho superior jerárquicamente a la libertad. Además debe considerarse a la prohibición como una razón para la no acción; es decir omitir asesinar.

Libertad y permisión

Un análisis adecuado de la libertad como derecho y prerrogativa, puesto que se ciñe a la acción humana, requiere de la explicación de la libertad mediante los operadores deónticos permitido, prohibido y obligatorio, a fin de determinar o intentar determinar cuales son las libertades básicas, y cuales son las libertades que son subclase de esas libertades básicas por ocasión de la determinación o no determinación de estatus deontico de una acción con respeto a una libertad; es decir la postura que aquí se adopta con respecto a la libertad es la de la enumeraron de libertades por parte de un gobierno, dejando al azar aquello no reglado.

El estatus deontico de las acciones corresponde a su correlativa solución normativa; es decir si el sistema de derecho determina para un caso su permisión o prohibición. A su vez la prescripción adquiere forma de mandamiento cuando se da para que algo tenga que ser hecho, adquiere forma de permiso si opera para que algo pueda ser hecho y adquiere forma de prohibición cuando algo no debe ser hecho.

Las normas permisivas cuentan con dos sentidos: un sentido fuerte y un sentido débil. El sentido fuerte de una permisión hace referencia a la determinación del estatus deontico

“permitido” de una acción inmerso positivamente dentro de una norma jurídica. El sentido débil de un permiso opera como una ficción en donde la norma jurídica al no determinar estatus deontico de una acción, se dirá que se encuentra permitida, en virtud del principio de prohibición que reza:

“Todo lo que no esta prohibido se encuentra permitido” ALCHOURRON (1974:177)

Quien otorga o concede un permiso ha de tener cierta capacidad para ordenar, o debe poseer cierta autoridad, sea esta como superioridad física, o bajo el concepto moderno de jurisdicción y competencia. La capacidad para permitir presupone la capacidad para ordenar.

“Cuando alguien permite algo es porque ese algo esta prohibido o hay una expectativa de que se le prohíba” NINO (2001:66)

La versión de permiso esbozada por Von Wright (1979) equivale al permiso como tolerancia. La tolerancia puede ser entendida de dos maneras para el caso de la permisión:

1. Tolerancia como la declaración de intención de la autoridad de no interferir en la ejecución del caso permitido
2. Tolerancia como promesa de no interferencia

Daniel Mendonca (2000) determina una serie de funciones predicables de las normas que otorgan permisos:

1. Función indicativa: indica las conductas consentidas por la autoridad; de ésta manera habrán actos humanos regulados y no regulados
2. Función Modificatoria: en relación con el principio de ley posterior las normas permisivas cancelan o derogan normas de obligación o prohibición
3. Función Restrictiva: la permisión puede operar como la restricción impuesta para las autoridades de inferior jerarquía de prohibir la norma que permite la conducta en un caso determinado
4. Función de clausura: la norma permisiva tiene la cualidad de clausurar los sistemas normativos.

Se es libre de hacer un acto si la libertad para hacer eso que se quiere hacer no se encuentra restringida por prohibición expresa de norma jurídica. Dicha libertad para hacer lo que se quiere en un caso, acción y ocasión concretos puede suceder por permisión en sentido fuerte; es decir la determinación normativa de la acción, o por permisión sentido débil por carencia de norma que prohíba hacer lo que se quiere de manera expresa. La permisión limitativa corresponde a una de las modalidades de la permisión que actúe bajo el parámetro del modelo de estándares propuesto por Hart.

Ahora surge una cuestión de necesaria consideración ¿Cuál es el catálogo de libertades básicas?

Responder la pregunta de manera exacta resulta inconsistente teniendo en cuenta la naturaleza indeterminada del contenido de los derechos fundamentales como el de la libertad y la no omnicompreñión por parte del sistema de todas las acciones del universo de acciones del universo del discurso. Lo que aquí se hará es apenas una propuesta de cómo clasificar el catálogo de libertades a las cuales tiene derecho todo humano.

Como hipótesis inicial el número de libertades de un ciudadano variará según el tipo de sistema que haya adoptado el país al cual se pertenece: sistema positivista o sistema costumbrista de precedente judicial. La propuesta a elaborar será aplicable a los sistemas de tipo positivista donde el estatus deontico de una acción se encuentre en las normas jurídicas.

Las libertades básicas pueden ser aquellas que tanto la legislación constitucional, como los sistemas penales, civiles y laborales reconocen positivamente a manera de permisión como norma jurídica expresa. Un ejemplo de libertad básica se encuentra en el artículo 16 de la Constitución política Colombiana que reza:

“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin mas limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”

Siendo así el modelo de libertades básicas ha de corresponder a aquellas libertades que han sido predeterminadas bajo el uso de permisos en sentido fuerte, sin importar si están sujetas a limitaciones. Al igual que con las acciones de las libertades básicas subyacen un subconjunto compuesto por las subclases de las libertades básicas, a las cuales denominaremos libertades derivadas que a su vez pueden encontrarse en el sistema por la determinación de permiso en sentido fuerte o por la no determinación de estatus deontico; es decir mediante un permiso en

sentido débil. Un ejemplo de libertad derivada mediante permiso fuerte lo constituye el derecho a la “dosis mínima” de consumo de sustancias psicoactivas, el cual es una subclase de el libre desarrollo de la personalidad como libertad básica. A su vez el derecho de la dosis mínima puesto que circunscribe a la libertad del arbitrio y puede llegar a afectar los derechos de los demás ha sido reglamentado bajo limitantes en el sistema del derecho penal, por lo que cuenta con determinación normativa expresa: permiso en sentido fuerte.

Como ejemplo de libertad derivada mediante el uso del permiso en sentido débil en Colombia se encuentra la prostitución en adultos como subclase del derecho al libre desarrollo de la personalidad que no se encuentra reglamentado ni tiene estatus deontico, pero su libertad de realización no se encuentra restringida ya que cada quien puede hacer con su cuerpo lo que le parezca.

De esta manera el modelo de catalogo de libertades que se propone desde los modelos de clasificación de acciones generales e individuales opera bajo el parámetro de los permisos en sentido fuerte y en sentido débil, y desde la clasificación de los casos como subclases de casos generales en lo concerniente a las libertades derivadas.

A manera de conclusión un estudio moderno acerca de la libertad humana debe hacerse desde modelos de lógica de la acción en consideración al acto humano como materialización de la libertad. La libertad humana no debe desentenderse del poder coercitivo del estado y de la naturaleza limitativa del ejercicio de las libertades como garantía del derecho de los otros en virtud del principio del abuso del derecho. Además el derecho en sentido estricto como anotaba Kant supone la posibilidad de la coexistencia del principio de coacción exterior junto con la libertad de cada uno según leyes universales.

Esta posición significa lo siguiente: el derecho no puede pensarse como compuesto de los elementos, es decir, de la obligación según la ley y de la facultad de aquel que obliga a los otros por su arbitrio de coaccionarles a ello, sino que podemos establecer inmediatamente el concepto de derecho sobre la posibilidad de conectar la coacción reciproca universal con la libertad de cada uno. KANT (1995:41)

La prohibición de una acción pese a que restringe el ejercicio de la libertad humana constituye una razón para la acción en donde le impone el deber al intérprete y agente de la acción de respetar un derecho en cuestión.

La clasificación de las libertades a las cuales tenemos o no derecho puede ser abordada desde el estudio de los operadores deonticos permitido y prohibido y sus versiones en sentido fuerte y débil a fin de determinar que libertades a través de acciones cuentan con estatus deontico expreso, y cuales con estatus deontico ficto.

En un modelo constitucional como nuevo paradigma del derecho el ejercicio, delimitación y legislación de los derechos obedece al modelo de jerarquía normativa donde tiene prelación la interpretación extensiva de la constitución a través de los derechos fundamentales que por reconocimiento del derecho a la igualdad cuentan con limites para su ejercicio; razón por la cual se es libre cuando se conocen sus propios limites.

BIBLIOGRAFIA

ALCHOURRON, Carlos. BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires. ASTREA. 1974

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Corte suprema de justicia de Colombia. Sentencia de casación del 08 de Julio de 2009. Proceso No 31531. M.P. Yesid Ramírez Bastidas

Constitución política de Colombia. Legis. Bogota 2007

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel. Barcelona 2002

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías la ley del mas débil*. Trotta. Madrid 2002.

GONZALEZ LAGIER, Daniel. *Acción y norma en Georg Henrik Von Wright*. Centro de estudios Constitucionales. Madrid 1995.

HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Abeledo – Perrot. Buenos Aires 1998

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts. Rei Andes Ltda. Bogotá 1995.

MENDONCA, Daniel. *Las claves del derecho*. ED Gedisa. Barcelona 2000

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Ariel. Barcelona 2001.

VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma y acción una investigación lógica*. Tecnos. Madrid 1979.

VON WRIGHT, Georg Henrik. *Sobre la libertad humana*. Ediciones Paidós. Barcelona 2002.

Nótulas acerca das virtualidades da Justiça Constitucional portuguesa: As virtualidades do sistema português

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira¹

RESUMO: O presente trabalho, diante da premência que o pensamento constitucionalista requer perante o *modus operandi* da ciência jurídica nos dias atuais, quer lançar luzes acerca da forma como o sistema jurídico português protege os Direitos Fundamentais, evidenciando suas peculiaridades e perscrutando acerca de sua legitimidade.

Palavras chave: Constituição, Sistema Português, Direitos Fundamentais.

RESUMEN: El present trabajo, delante a la premência en que el pensamiento constitucionalista requiere ante lo *modus operandi* de la ciencia jurídica en los dias actuales, quier arrojár luz acierca de la forma cómo lo sistema jurídico português protege los derechos fundamentales, destacando sus peculiaridades e mirando acierca de su legitimidad.

Palabras clave: Constitución; Sistema português. Derechos fundamentales.

1 – INTRODUÇÃO:

Diante da delimitação que o tema aqui proposto nos impõe, o trabalho que agora se apresenta não alcançará uma elucidação exaustiva do sistema da justiça constitucional em Portugal. No entanto, importante trazer palavras que mostrem o fundamento que suporta, por assim dizer, o ordenamento jurídico do Estado português.

Assim, imperioso evidenciar, mesmo que sumariamente, as bases da ordem portuguesa, ou seja, funda-se no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais do homem. Portanto, e considerando a função que o Tribunal Constitucional possui, já aqui podemos marcar a impossibilidade de considerar que a existência deste, porventura, não viesse a privilegiar e respeitar tais preceitos fundamentais. O que nos permite dizer que as particularidades do sistema adotado não ferem ou mesmo estão em descompasso com a

¹ Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Especialização em Filosofia pela Universidade Federal de Ouro Preto. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Direito, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais da Universidade Presidente Antônio Carlos - Faculdade de Direito de Itabirito.

fundamentação primeira que perpassa o ordenamento jurídico de uma República soberana que firma seus alicerces na dignidade da pessoa humana. Vértice dos direitos fundamentais.¹

Argumentos que nos levam a refletir mais uma vez a importância dessa abordagem a título de evidenciar a atuação do Tribunal Constitucional no controle da garantia desses direitos, evidentemente e como se verá, não descuidando da função e finalidade que reveste este Tribunal.

Assim, neste trabalho, não se abarcará, como dito, o funcionamento da justiça constitucional portuguesa. Tratar-se-á, tão-somente, de buscar responder se a Justiça Constitucional em Portugal, atendendo a suas virtualidades, com sua metodologia e componentes, constitui-se em grau de atender aos reclames de controle e proteção dos direitos fundamentais²?

Desde já, ressaltamos que o que dá essência a este Tribunal é o controle normativo, encenadas claramente em palavras de CARDOSO DA COSTA:

“O Tribunal Constitucional português é concebido essencialmente como órgão jurisdicional de controlo normativo – de controlo da constitucionalidade e da legalidade [...] essa é sua competência característica e nuclear e a que ditou a sua criação, assumindo as demais um relevo claramente secundário, não obstante a importância de que se revestem.”³

¹ Como nos ensina VIEIRA DE ANDRADE, “aquilo a que se chama ou a que é lícito chamar direitos fundamentais pode, afinal, ser considerado por diversas perspectivas [...] tanto podem ser vistos como direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares [...] como podem ser referidos aos direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados [...] como ainda podem ser considerados direitos essenciais das pessoas num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo.” In, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição, (2ª Reimpressão da edição de 2004), Almedina, pág. 15.

² Destacamos à partida a importância de tratar desses direitos no âmbito da justiça constitucional, apoiados pelos dizeres de ALVES CORREIA, “A protecção dos direitos fundamentais pela justiça constitucional vem sendo destacada pela doutrina, que a considera como um dos eixos fundamentais (a par da garantia da observância do princípio da separação dos poderes, nas suas múltiplas e diversas manifestações), em termos de se poder afirmar que ela é, hoje, a vertente preponderante, sob os pontos de vista qualitativo e quantitativo da jurisdição constitucional, apresentando-se esta, em larga medida, como uma “jurisdição dos direitos fundamentais” In, CORREIA, Fernando Alves, *Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Efectiva*, in, Boletim da Faculdade de Direito, VOL. LXXIX, Coimbra, 2003, pág.68.

³ COSTA, José Manuel M. Cardoso da, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3ª edição, Revista e actualizada, Almedina, pág. 29. Esta atuação possui em jurisprudência já afirmada seu entendimento sobre normas, como nos fala ALVES CORREIA: “essencialmente como *objecto* normas jurídicas, isto é, como vem referindo o Tribunal Constitucional, em jurisprudência uniforme e constante, qualquer acto de poder público que contiver uma “regra de conduta” para os particulares e para a Administração, um “critério de decisão” para esta última ou para o juiz ou, em geral, um “padrão de valoração de comportamento [...] que não abrange somente preceitos de natureza *geral e abstracta*, antes inclui quaisquer normas públicas, de eficácia externa, independentemente do seu carácter geral e abstracto e individual e concreto e, bem assim, de possuírem, neste

2 – PECULIARIDADES DO SISTEMA PORTUGUÊS:

Faz-se mister ressaltar uma importante diferença do sistema português em face dos ordenamentos de outros países da Europa, que, diferentemente deste, possuem mecanismos processuais que permitem de forma direta e específica o pleito desses direitos fundamentais. Sobre estas possibilidades nos ensina CARDOSO DA COSTA, “do tipo do *Verfassungsbeschwerde*, do direito alemão, austríaco e suíço, ou do instituto do «recurso de amparo», do direito espanhol.”¹ O que avulta entre alguns juristas, críticas ferrenhas ao modelo português.

Este ponto é aqui ressaltado para evidenciar a peculiaridade do sistema que envolve o Tribunal Constitucional português perante os demais sistemas europeus, inclusive ao modelo americano². A significar que o sistema português ampara, em sua atuação, uma característica que o conforma tanto com o modelo de repartição como ao modelo de concentração. Como afirma LÚCIA AMARAL,

último caso, eficácia consumptiva (isto é, quando seja indispensável um acto de aplicação).” In, CORREIA, Fernando Alves, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., pág.65.

¹ COSTA, José Manuel M. Cardoso da, *A Hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos Direitos Fundamentais*, in, Boletim do Ministério da Justiça – n.º 396 – MAIO – 1990, pág. 9. A respeito da forma de atuação do Tribunal Constitucional português nos ensina esse mesmo autor, “a garantia pelo Tribunal Constitucional português dos direitos fundamentais – e prescindindo aqui da relação aos direitos de participação eleitoral, a que o Tribunal pode ser chamado no exercício das suas várias competências contenciosas nessa área – respeitará basicamente à observância desses direitos pelo legislador (lato sensu), operando, pois, ao nível das leis e regulamentos (ou ainda, eventualmente, de outros actos normativos públicos) e traduzindo-se, em primeira linha, na negação de eficácia a normas desses diplomas infraconstitucionais que contrariem os mesmos direitos.”In, ibidem, págs. 9-10. Enfatizando essa diferença: “Inexistência de um mecanismo específico de protecção dos direitos fundamentais. Ao contrário do que acontece com a «queixa constitucional» - *Verfassungsbeschwerde*, *staatsrechtlich Beschwerde*, *Bescheidbeschwerde* – dos direitos alemão, austríaco e suíço, e com o «recurso de amparo» do direito espanhol e hispano-americano, não há em Portugal um mecanismo específico de protecção dos direitos fundamentais. A protecção dos direitos fundamentais não constitui, pois, uma competência a se do TC português.” In, NABAIS, José Casalta, *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in, Boletim da Faculdade de Direito, VOL. LXV, 1989, págs. 61-62. E também VIEIRA DE ANDRADE, “No ordenamento constitucional português, os particulares não gozam, em regra, de um direito autónomo de acção, nas jurisdições ordinárias ou na jurisdição constitucional, contra a violação dos seus direitos, liberdades e garantias por actos normativos ou por actos das autoridades públicas não administrativas – ao contrário do que acontece noutros países dotados de uma jurisdição constitucional autónoma, em que se admite um «recurso de amparo» (nos países sul-americanos e Espanha) ou uma «queixa constitucional» (na Alemanha, Áustria e Suíça) perante os respectivos tribunais constitucionais.” In, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., pág. 373

² “O regime de controlo concreto da constitucionalidade adoptado em Portugal vem a assumir, assim, um carácter misto, e bastante original, não se reconduzindo inteiramente ao figurino de qualquer dos dois modelos clássicos – o do controlo difuso, de inspiração americana, e o do controlo concentrado, hoje dominante no direito constitucional europeu.”In, COSTA, José Manuel M. Cardoso da, *A Jurisdição Constitucional...*, op. cit., pág. 42. “Difuso na base, porque todos os juízes têm o poder-dever de fiscalizar a constitucionalidade das normas jurídicas convocáveis pelos casos que tiverem de decidir [...] Concentrado no topo, porque a “palavra final” em matéria de constitucionalidade cabe (*rectius*, pode vir a caber) ao Tribunal Constitucional.”In, CORREIA, Fernando Alves, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., pág.67.

“A absoluta singularidade do sistema português de fiscalização da constitucionalidade das normas – singularidade absoluta [...] decorre do facto de, entre nós, a figura do reenvio prejudicial ter sido substituída pela do recurso para o Tribunal Constitucional [...] em Portugal, a *judicial review* não se estrutura nem em torno do princípio da unidade nem em torno do princípio da separação. A leitura conjunta dos artigos 204º e 221º da CRP prova-o. Por um lado, “[n] os feitos submetidos ao julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados”. (artigo 204). O princípio que vai aqui consagrado é, como se sabe, o da unidade, que funda a prática americana do controlo difuso. Mas, por outro lado, e porque “[o] Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional” (artigo 221) a CRP acaba por consagrar, também, o princípio da separação, que estrutura e dá coerência o modelo Kelseniano.”(AMARAL:2005)

Em face de apreciação relativa à atuação do Tribunal Constitucional, mais uma vez evidenciamos sua natureza “misturada,” em que aos juízes comuns é dada a possibilidade e dever de arguir sobre inconstitucionalidade, não sendo característica específica dos juízes do Tribunal, como noutros sistemas.¹ Além, a peculiaridade aparece também, quando percebemos a atuação dos juízes do Tribunal atuando na interpretação de matérias de direito infraconstitucional, assim nos ensina LÚCIA AMARAL,

“Como, em Portugal, todos os juízes detêm o poder-dever de emitir juízos de inconstitucionalidade (artigo 204º da CRP), nem o Tribunal Constitucional português detém o monopólio das funções de interpretação da Constituição nem os juízes comuns detêm apenas o monopólio da interpretação do direito infraconstitucional. Daqui resulta o carácter singularmente bifronte do nosso juiz

¹ “Na verdade, não obstante a instituição de uma jurisdição constitucional autónoma, manteve-se na Constituição de 1976, mesmo depois de revista, o princípio vindo das Constituições anteriores (cfr. Supra I), segundo o qual todos os tribunais podem e devem, não só verificar a conformidade constitucional das normas aplicadas aos feitos em juízo, como recusar a aplicação das que considerem inconstitucionais (ainda que se trate de normas constantes duma lei formal). Este *allgemeinen richterlichen Prüfungs- und Verwerfungsrecht* encontra-se consagrado expressamente no art. 204º CR, e com o reconhecimento dele a Constituição vigente permanece fiel ao princípio tradicional e característico do direito constitucional português, do «acesso» direito dos tribunais à Constituição...”, in, COSTA, José Manuel M. Cardoso da, *A Jurisdição Constitucional...*, op. cit., pág. 40-41, e notas 43-44, onde há vasta bibliografia sobre o assunto. BLANCO DE MORAIS resolve com breves e claras palavras a questão do isolamento que um modelo misto poderia possuir: “Daí que, para além da sua expressão concreta noutros Estados do universo lusófono (como é o caso de Angola), pode-se dizer que o sistema “misto” de fiscalização não se reduz a um modelo português, mas sim a um paradigma dos principais estados de língua portuguesa, os quais abarcam uma população superior a duzentos milhões de pessoas[...] Em síntese, não é possível falar num crescente isolamento do sistema português de controlo de constitucionalidade, seja em termos gerais (já que se reconduz aos traços dominantes do modelo que impera nos principais Estados de língua portuguesa), seja mesmo em termos europeus, onde existe uma dúzia de sistemas pautados por particularidades que não encaixam na moldura do modelo predominante e, dentro destes, três outros que colhem igualmente um sistema misto, com uma componente difusa e outra concentrada [...] Finalmente, outros ainda, depois de um exame detido ao sistema e aos dados estatísticos inerentes ao controlo de constitucionalidade na ordem jurídica portuguesa, consideram que o sistema português se reconduz a “um fundo comum europeu” e que os elementos de especificidade que determinam sua originalidade, “longe de prejudicarem a homogeneidade do sistema, deram, pese a sua complexidade, prova, para, na prática, de bom funcionamento, o que sugere que se assumam como modelo ou paradigma para os sistemas mais novos de justiça constitucional” In, MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional Tomo II – O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra Editora, 2005, págs. 994-996.

constitucional, que é, ao mesmo tempo, *juiz dos juizes e juiz do legislador*” (IBDEM)

3 - CRÍTICAS AO SISTEMA PORTUGUÊS:

Neste diapasão, somos invocados a buscar os «mecanismos» que as «virtualidades do sistema português» permitem aos cidadãos em face dos direitos fundamentais. Características que, no pensamento de alguns juristas, encontram forte relutância.¹

Esta relutância está inserida numa crítica a respeito da atuação do Tribunal Constitucional, por conta sua especificidade de controle de normas, o que para alguns juristas não reveste de garantia os direitos fundamentais, os quais ficam “à mercê” de inconstitucionalidades cometidas por outras vias, a saber, e com palavras de REIS NOVAIS,

“na medida em que o sistema está exclusivamente dirigido à fiscalização de normas, ficam desde logo teoricamente subtraídas à intervenção garantística do Tribunal Constitucional todas as inconstitucionalidades actuadas, não por normas, mas através de decisões e actos individuais e concretos, sejam eles praticados pelos titulares do poder político, pela Administração ou pelo poder judicial.” (REIS NOVAIS: 2005)

A posição de REIS NOVAIS é fortemente crítica ao sistema de virtualidades que o sistema português possui. Para esse autor as possibilidades e o específico controle de normas pelo Tribunal Constitucional não possui a abrangência necessária, na medida em que os direitos fundamentais requerem para si um maior controle de inconstitucionalidades que o feito pela fiscalização normativa.

Esse autor dirige a sua crítica no sentido de afirmar que a violação dos direitos fundamentais enquadra-se sob outras formas, que não aquela peculiar à fiscalização do Tribunal Constitucional. “Esse domínio, isto é, o da violação pontual e concreta dos direitos fundamentais sem que na base e na causa do acto lesivo esteja uma norma inconstitucional é, com segurança, aquele em que se verifica a esmagadora maioria das situações reais de lesão inconstitucional dos direitos fundamentais.” (IBDEM, pág. 95)

¹ Nesse sentido palavras de crítica como as de REIS NOVAIS, quando nos diz: “revela-se deficitário e com desequilíbrios dificilmente superáveis num quadro de manutenção integral do modelo em vigor.” In, NOVAIS, Jorge Reis, Em defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta de constitucionalidade), *in*, THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano VI – Nº. 10 – 2005, pág. 92.

O jurista mencionado, firma sua posição crítica quando traz a impossibilidade de acesso do particular, por exemplo, no caso de violação do princípio da igualdade, e “alarga” sua crítica explorando posições firmadas pelo Tribunal Constitucional:

“Se a Administração ou os tribunais praticam actos que restringem excessiva ou injustificadamente os direitos fundamentais dos particulares se lesam nessa actuação princípios tão essenciais [...] o particular não pode pura e simplesmente aceder e invocar tal violação no Tribunal Constitucional. Se a Administração ou os tribunais procedem a ponderações erróneas entre os direitos fundamentais e outros valores, se sacrificam injustificadamente os direitos fundamentais a outros bens, o acesso ao Tribunal Constitucional, continua vedado aos particulares. Podem, é certo, recorrer e esgotar a cadeia hierárquica dos tribunais comuns, mas, se a violação persiste esgotados que sejam esses recursos, não podem aceder ao Tribunal Constitucional a não ser que tenham a possibilidade de invocar a aplicação judicial, no caso concreto, de uma norma inconstitucional [...] estão igualmente excluídas de acesso ao Tribunal Constitucional, por definição, as intervenções restritivas nos direitos fundamentais que resultem, não de acção, mas de uma omissão da parte dos poderes constituídos, o que, em geral, afecta a parte mais substancial das lesões verificáveis nos direitos a prestações fácticas ou normativas.” (IBDEM, pág. 98)

Ainda em face das críticas deste jurista, fala-nos de um aparente “descontrole” na abertura que é fornecida ao particular em se tratando da possibilidade de arguição durante o processo de uma inconstitucionalidade,

“o sistema não distingue, para efeitos de recurso para o Tribunal Constitucional, entre tipos de inconstitucionalidade: seja material, formal ou orgânica, seja muito pouco ou nada significativa, recente ou com dezenas de anos, tenha como efeito de eventual julgamento de inconstitucionalidade a inexistência, a nulidade, a anulabilidade ou a mera irregularidade, toda a inconstitucionalidade é arguível entre nós e a todo o tempo, qualquer que seja a relação entre inconstitucionalidade invocada e violação dos direitos ou interesses do particular.” (IBDEM, pág. 101)

Nesse sentido, afirma que o que se percebe é uma possibilidade de interposição de recursos meramente dilatórios, que não privilegiam o verdadeiro controle dos direitos fundamentais, base do sistema constitucional, assim: “Em grande medida, o Tribunal Constitucional acaba sequestrado por tarefas substancialmente estranhas às suas funções essenciais de defesa da Constituição e dos direitos fundamentais.”(IBDEM, pág. 103)

Exemplifica com a possibilidade de arguição de uma norma a muito editada com a impossibilidade de o particular suscitar ao Tribunal um caso de evidente violação de direitos fundamentais por parte de um juiz ordinário.

O autor a que vimos seguindo os argumentos, responde negativamente à questão proposta e fala de um estado em que não há a necessária precisão que delimite e evidencie as

possibilidades em que a atuação do Tribunal Constitucional se mostra. Com isso, fala que uma

“imprecisão acaba por deixar nas mãos dos juizes do Tribunal Constitucional, praticamente sem limites objectivos pré-definidos, o saber, de quando é ou não é possível recorrer. A insegurança jurídica, o subjectivismo, os riscos de tratamento desigual dos cidadãos e o potenciar dos conflitos entre jurisdição constitucional e tribunais comuns, são as consequências inevitáveis de um tal estado de coisas.” (IBDEM, pág. 105)

Afirmando assim, e mais uma vez, uma forte crítica ao amparo que as virtualidades do sistema português permitem ao particular.

Mais argumentos são levados a lume para “combater” o sistema português de controle normativo, nomeadamente, sobre as questões de direitos fundamentais. O que se levanta agora é a questão concernente à atuação de admissibilidade de recursos, ou seja, o autor a que convocamos e ouvimos essas críticas nos fala de uma mera questão argumentativa para separar as questões que serão ou não apreciadas no Tribunal, remetendo a um puro “eruditismo”, por que não “académico”, quando da discussão sobre a aceitação dos recursos.

Para esse ponto, deixemos este autor com suas palavras próprias,

“em inúmeras situações as decisões de não-admissibilidade de um recurso por não estar em causa a inconstitucionalidade de uma norma, mas sim de uma decisão, podiam facilmente, com um pequeno esforço de reformulação argumentativa, ser reconvertidas em decisões de admissibilidade.” (IBDEM, pág. 106)

Além das críticas acima aludidas trazemos dizeres a respeito da inexistência do «recurso de amparo» que é para uma parte da doutrina, componente que macula o sistema português de ineficiência na proteção dos direitos fundamentais, assim:

“Paralelamente à ausência da previsão de um recurso de amparo sempre se poderá associar o indesejável efeito de uma menos completa tutela dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, decorrente de um menor grau cobertura jurisdicional da actividade do Estado” (ARAÚJO/PEREIRA: 2005)

4 - A DEFESA DO MODELO PORTUGUÊS:

A par das peculiaridades suscitadas, e das críticas¹ que recebe o sistema português, privilegiaremos as possibilidades que o Tribunal Constitucional enreda para a defesa dos

¹ Em detrimento do controle concentrado na base, o modelo difuso português permite uma condição mais actuante do juiz *a quo*, o que não nos parece ocorrer na situação em que se privilegia aquele modelo, por exemplo: “ Parece, deste modo, evidente, que uma hipotética transição do actual sistema português, para o

direitos fundamentais. Ao que, não nos parece ser ineficiente e restritiva, principalmente se relevamos que essas possibilidades se encontram tanto no controle concreto como abstrato.

Assim, antes de nos lançarmos às especificidades do sistema português, busquemos entender as motivações que “obstacularizam” e até mesmo se mostram “desnecessárias” de reformulação para a adoção de mecanismos de regulação direta dos direitos fundamentais.¹

Quanto ao *recurso de amparo*, entendemos junto com ALVES CORREIA, no sentido de que seria quantitativamente desinteressante, dada a possibilidade que o Tribunal Constitucional possui de emitir de juízos diferentes do que fora antes dado pelo tribunal ordinário. Significaria possibilitar “(que) este órgão jurisdicional emiti (sse) um juízo de constitucionalidade diferente da que foi feita pelo Tribunal *a quo* e impor que a norma seja aplicada no processo em causa com a interpretação feita pelo Tribunal Constitucional” (IBDEM, pág.72, itálico nosso). Assim, e atentos à enorme quantidade de ações que versam sobre essa matéria, haveria, como dito, uma «dificuldade de harmonização» entre aquele instituto ou similar e o funcionamento do ordenamento português.²

modelo do controlo concreto concentrado, expropriaria o juiz do tribunal “a quo” do mais importante dos poderes que lhe assistem na administração da justiça relativamente a um incidente de inconstitucionalidade e que consiste em decidir sobre a validade do direito aplicável ao caso “*sub iudicio*” [...] O “juiz decisor” consagrado pelo actual sistema seria, na hipótese de uma transição operada no sistema de fiscalização, reduzido ao “status” de juiz-porteiro relativamente ao julgamento de questões de inconstitucionalidade pelo tribunal constitucional.”In, MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional Tomo II...*, *op. cit.*, pág. 1009. Encontramos na obra citada, outros contundentes e válidos argumentos que seguem em defesa do modelo português.

¹ ALVES CORREIA nos auxilia com informações que corroboram o nosso entendimento quando mostra a existência frustrada de tentativas de adição ao ordenamento português de mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, “No contexto da Revisão Constitucional de 1989, foi amplamente discutida, em Portugal, quer na Comissão Eventual constituída para o efeito, quer no Plenário da Assembleia da República, uma proposta de criação de uma “acção constitucional de defesa” perante o Tribunal Constitucional contra actos ou omissões dos poderes públicos que lesem directamente direitos, liberdades e garantias, quando não sejam susceptíveis de impugnação juntos dos demais tribunais, e de um “recurso constitucional de defesa” contra actos ou omissões dos tribunais, de natureza processual, que, de forma autónoma, violem os mesmos direitos, liberdades e garantias, após esgotamento dos recursos ordinários[...] não logrou a maioria dos dois terços necessária para sua aprovação. Também no âmbito do processo de revisão constitucional que desembocou na publicação da Lei n.º 1/97, de 20 de Setembro, foram apresentados projectos com vista à introdução de uma “acção constitucional de defesa”, de um “recurso de amparo” ou de um “recurso constitucional” no sistema português de justiça constitucional. Tais projecções não obtiveram, no entanto, o consenso necessário para a consagração de uma tal reforma.”In, CORREIA, Fernando Alves, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pág.71.

² Sem demais, expomos o que fundamenta essa impossibilidade: “É esta a razão pela qual, sob o ponto de vista quantitativo, a percentagem das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional português no âmbito dos recursos concretos de constitucionalidade, no cômputo geral das decisões proferidas por aquele Tribunal, atinge um valor muito elevado, o que demonstra que é enorme a desproporção que se verifica entre o recurso à jurisdição constitucional como forma de tutela dos direitos e o recurso à mesma jurisdição para outros fins. Assim, em Portugal, das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, nos anos de 1993 a 1996, cerca de 90% disseram respeito a recursos concretos de constitucionalidade. Por sua vez, nos anos de 1998 a 2002, a

No diapasão dessas complicações, encontramos no princípio constitucional de acesso aos tribunais - que vem resguardado no seu artigo 20º e para além de todos os preceitos que nele estão guardados -, alusão à não exclusividade da justiça constitucional para a defesa dos direitos fundamentais, ou seja,

“os cidadãos que se julguem lesados nos seus direitos fundamentais podem invocar uma tal lesão em todos os tribunais, mas é sobretudo nos tribunais administrativos que a mesma deve ser, em princípio, suscitada, na medida em que são eles os componentes para reconhecer da legalidade dos actos e omissões provenientes de autoridades públicas.” (IBDEM, pág. 74)

No entanto, a limitação ao querer levar esse pleito ao Tribunal Constitucional aparece também quando encontramos a autonomia reconhecida constitucionalmente da justiça administrativa: “é aos tribunais administrativos que está reservado um papel determinante na protecção dos referidos direitos” (IBDEM, pag.76)

E na pegada desse mesmo jurista,

“a referida garantia de tutela jurisdicional efectiva dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos em face da Administração (onde se incluem, naturalmente, os direitos fundamentais) preenche [...] uma boa parte dos fins que justificariam a adopção do “recurso de amparo.” (IBDEM, pág.75)

Evitar uma provável sobrecarga processual nesta matéria - que comprometeria o funcionamento do Tribunal Constitucional - e o temor de conflitos entre este e os demais tribunais em sede do «recurso de amparo» (quando o objeto do recurso fosse a «própria decisão judicial»), são outros argumentos que reforçam a ideia de que a adição desse não seria razoável ao desenvolvimento da justiça constitucional em Portugal.

Passemos às formas que justificam a posição de que o Tribunal Constitucional, dentro de sua atuação, trata com destreza o cumprimento dos direitos fundamentais.

Essas formas são explícitas em palavras de CARDOSO DA COSTA:

“Particular importância, do ponto de vista de uma garantia directa dos cidadãos, assume aqui, no entanto, o controlo normativo concreto, ou seja, aquele que é levado a cabo no contexto dum pleito ou controvérsia jurídica submetida a decisão judicial: é que - tal como sucede noutros ordenamentos – o direito português não confere aos cidadãos em geral a possibilidade de desencadear o controlo abstracto duma norma jurídica pelo Tribunal Constitucional, reservando a legitimidade para tanto a certas entidades públicas (as referidas nos artigos 278º e 281º da Constituição); mas

percentagem das decisões respeitantes ao mesmo tipo de processos de fiscalização da constitucionalidade foi de 88%, 87%, 79% e 85%, respectivamente.” *In, ibidem*, págs. 72-73.

já precisamente lhes concede a possibilidade de perante qualquer tribunal (os quais dispõem, em Portugal, duma competência genérica de *judicial review*, nos termos do artigo 207º da Constituição) impugnarem a constitucionalidade de uma qualquer norma, por violação de um seu direito fundamental, o que dará, ou poderá dar lugar em seguida, a uma decisão final do Tribunal Constitucional, em via de recurso (seja recurso obrigatório, no caso de a decisão judicial anterior ser no sentido da inconstitucionalidade da norma legal impugnada, seja recurso do interessado, uma vez esgotados os recursos ordinários, quando aquele tenha visto desatendida pelo tribunal da causa a impugnação da norma – tudo conforme o artigo 280.º da Constituição e nos artigos 70.º a 72.º da Lei do Tribunal Constitucional)” (CARDOSO DA COSTA:1990)

A atuação do Tribunal, em regra, não permite o acesso direto do particular, mas, encontramos virtualidades que permitem a “defesa” desses direitos de forma concisa e que permitem dizer positiva em relação às críticas acima trazidas. E apoiamo-nos em palavras de ALVES CORREIA, a nos ensinar sobre a atuação do Tribunal Constitucional português com a clareza que necessitamos:

“Em que não existem instrumentos específicos de protecção jurisdicional dos direitos fundamentais, da competência do Tribunal Constitucional, este desempenha uma importante função de defesa dos direitos fundamentais. Através do controlo abstracto, mas sobretudo através do recurso concreto de constitucionalidade da norma, *tal como foi interpretada* pela decisão recorrida ou na *dimensão interpretativa* constante da decisão jurisdicional impugnada -, aquele órgão jurisdicional tem a oportunidade de aplicar as regras e princípios constitucionais relativos aos direitos fundamentais, assegurando, pela via da negação da eficácia às normas infra-constitucionais que contrariam os mesmos, o seu respeito e a sua efectivação.” (ALVES CORREIA: 2003)

4.1 - AS VIRTUALIDADES DO SISTEMA PORTUGUÊS:

Assim, de maneira algo mais detida tratemos dos mecanismos que o Tribunal Constitucional português utiliza para a protecção dos direitos fundamentais. Destacando a possibilidade do instituto do *habeas corpus*, inserido no ordenamento português, nomeadamente no artigo 31º da Carta Magna, como instrumento específico no âmbito dos direitos fundamentais.

Em sede de controle concreto, como já mencionado, cabe recurso ao Tribunal Constitucional em casos em que tenha havido aplicação normativa por um determinado tribunal, em processo no qual a parte já havia suscitado a inconstitucionalidade da norma.¹

¹ Ressaltamos que a questão de haver suscitado a inconstitucionalidade requer algum rigor pelo Tribunal Constitucional, ou seja, “A expressão «durante o processo», utilizada no art. 280º, n.º 1, alínea b), da Constituição (e no art. 70º, n.º1, alínea b), da LTC), tem sido entendida pelo TC com algum rigor. Nas palavras do próprio TC: « o pressuposto da invocação prévia da inconstitucionalidade ‘durante o processo’ ...deve ser tomado ‘não num sentido puramente formal (tal que a inconstitucionalidade pudesse ser suscitada até à extinção da instância)’, mas num ‘sentido funcional’ tal que ‘ essa invocação haverá de ter sido feita em momento em que o tribunal a quo ainda pudesse conhecer a questão’» (Ac. 450/87). Desse modo, ainda é durante o processo a arguição da inconstitucionalidade feita nos recursos ordinários (v. Ac. 2/87), na reclamação para o presidente de

Pelo que vimos explicitando acerca da impossibilidade de acesso direto do particular ao Tribunal Constitucional, faz-se necessário explicar mais um recurso que oferece a justiça constitucional portuguesa em face da lesão a direitos fundamentais.

De fato, o particular não possui o acesso direto ao Tribunal. Mas, por via de um caso concreto, no qual a norma que julga ter infringido seus direitos, neste caso, os direitos fundamentais, poderá suscitar essa questão e invocar a inconstitucionalidade dessa norma. Esse mecanismo permite ao particular uma garantia à proteção de seus direitos lesados, ou seja, se a decisão do tribunal *a quo* não se mostrar de acordo com seu pleito, o particular, após findados os recursos ordinários, poderá remeter a questão ao Tribunal Constitucional que então apreciará a questão e, se julgada favorável à parte, será ordenado por este Tribunal que se proceda à reforma da decisão ordinária. Salvaguardando assim, o direito fundamental do cidadão.¹

O controle abstrato não é modalidade a que o particular pode se lançar. A justiça constitucional portuguesa permite apenas a algumas entidades essa possibilidade, a saber (artigo 281º, n.º1, alínea *a*): O Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro Ministro, Provedor de Justiça, Procurador Geral da Republica, 1/10 dos Deputados, e, em determinados casos, as assembléias das regiões autónomas.²

No entanto, se o particular não lança mão do controle concreto da norma, tem a possibilidade indireta de pleitear: exercendo o direito de petição que vem resguardado no artigo 52º, n.º 1 da Constituição, ou mesmo o de recurso ao Provedor de Justiça, que também

um tribunal superior (que, para o efeito, é equiparada a um recurso ordinário [...])Excepcionalmente, porém, o TC admite que a inconstitucionalidade seja suscitada mesmo após a sentença nos seguintes casos: 1) antes da sentença ter sido arguida a incompetência absoluta do tribunal (v. Ac. 3/83); 2) relativamente a pessoas que não tenham tido qualquer possibilidade de intervir no processo a que a referida sentença põe termo (v. Ac. 136/85); 3) questionar-se a inconstitucionalidade de uma norma que haja sido aplicada na sentença, mas publicada já depois da última intervenção processual da parte interessada na inconstitucionalidade (v. Ac. 94/88).” *In*, NABAIS, José Casalta, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, págs. 65-66, nota 11.

¹ Esta informação encontra-se evidente em VIEIRA DE ANDRADE, que não nos deixa sem a luminosidade total, necessária para o entendimento completo dessa possibilidade afirmativa de cobertura da justiça constitucional, em face dos direitos pleiteados pelos particulares. “O particular tem, portanto, o direito de suscitar o incidente da inconstitucionalidade ou de recorrer para o Tribunal Constitucional, embora, em qualquer dos casos, obtenha apenas a não aplicação da lei (norma) no caso concreto m juízo. Contudo, se os tribunais atenderem favoravelmente a pretensão do particular e desaplicarem uma lei (ou um decreto-lei, uma convenção internacional ou um decreto-regulamentar), o Ministério Público deverá obrigatoriamente recorrer ao Tribunal Constitucional, a fim de que este se pronuncie sobre a questão da inconstitucionalidade (artigo 280.º, n.º 2).” *In*, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pág. 374.

² Acompanhamos de perto as indicações de CASALTA NABAIS, *in*, NABAIS, José Casalta, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pág. 64.

encontra guarida na Constituição em seu artigo 23º, n.º 1. Desta forma, estará atrelado a essas entidades para que possam acionar o Tribunal Constitucional e assim desencadear o processo de controle abstrato da inconstitucionalidade da norma, o que mais uma vez, se assim considerada, resguardará os direitos fundamentais do particular.

Por essa via indireta o particular também possui o direito de peticionar - petição política - e acionar as entidades já referidas em sede de um controle de direitos, porventura violados, por omissões legislativas.

Diante das questões levantadas, pensamos poder reconhecer ao Tribunal Constitucional, inserido no âmbito de sua atuação, o cumprimento da tarefa de atender aos reclames de inconstitucionalidade que ferem os direitos fundamentais.

Assim, a par das tentativas que buscam mostrar a necessidade da adição de recursos como a «queixa constitucional» e do «recurso de amparo» ao sistema português, percebemos que em acordo com os atuais mecanismos da justiça constitucional portuguesa, não há a necessidade de convocação dos mesmos, ora, este Tribunal e a justiça constitucional portuguesa, atendidas a sua formação histórica e atual composição, atuam de forma eficiente na defesa e controle dos direitos fundamentais. Isto é o que nos diz REIS NOVAIS, ressalte-se, um de seus maiores críticos, quando qualifica como positiva a atuação global do Tribunal Constitucional português. (REIS NOVAIS:2005)

5 – BIBLIOGRAFIA:

AMARAL, Maria Lúcia, *Justiça Constitucional e Trinta anos de Constituição*, in, THEMIS – Revista da Faculdade de Direitos da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial, 2006.

_____, *Problemas da Judicial Review em Portugal*, in, THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano VI – Nº. 10 – 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição, (2ª Reimpressão da edição de 2004), Almedina.

ARAÚJO, António de; PEREIRA, J.A. Teles, *A justiça Constitucional Portuguesa nos 30 anos da Constituição Portuguesa: Notas para uma aproximação Ibérica*, in, *Jurisprudência Constitucional* – nº6, Abril-Junho – 2005.

CORREIA, Fernando Alves, *Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Efectiva*, in, *Boletim da Faculdade de Direito*, VOL. LXXIX, Coimbra, 2003.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da, *A Hierarquia das Normas Constitucionais e a sua função na protecção dos Direitos Fundamentais*, in, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 396 – Maio – 1990.

_____, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3ª edição, Revista e actualizada, Almedina.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional Tomo II – O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra Editora, 2005.

NABAIS, José Casalta, *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in, *Boletim da Faculdade de Direito*, VOL. LXV, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis, *Em defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta de constitucionalidade)*, in, *THEMIS* – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano VI – N.º. 10 – 2005.

**LAS NORMAS FUNDAMENTALES EN LOS SISTEMAS LÓGICOS MAESTROS:
El Caso del derecho a la Salud y el estudio de la Conexidad de los Derechos
Fundamentales**

Jorge Enrique León Molina¹
Universidad Católica de Colombia

RESUMEN: El presente escrito tiene la misión de presentar dos tesis: en primer lugar, pretende demostrar como la lógica de conjuntos, base estructural de los sistemas maestros es perfectamente plausible en una situación judicial determinada; y en segundo lugar, que con la ejemplificación del derecho fundamental a la salud, se pretende no solo cumplir el primer objetivo antes enunciado, sino formular apreciaciones jurídicamente validas expresadas en formulas lógicas que no solo abogan por la unidad estructural del sistema, sino que permiten un acoplamiento estructural de las sentencias constitucionales a los sistemas jurídicos maestros.

Palabras Clave: Conexidad, Norma Fundamental, Grundnorm, Regla de Reconocimiento, Metalenguaje, Conjuntos Modelo, Sistemas Maestros.

ABSTRACT: The present writing have the mission to present two arguments: first, aims to demonstrate how the logic of joint structural base of the master systems is perfectly plausible in a particular legal situation, and secondly, that the exemplification of the fundamental right health, is to not only meet the first objective set out above, but make legally valid assessments expressed in logical formulas that not only advocate the structural unit of the system, but allow a structural coupling, in this case, constitutional sentences to the master legal systems.

Key Words: Connectedness, Fundamental Norm, Grundnorm, Rule of Recognition, Meta language, Sets Model, Masters Systems.

INTRODUCCION

En virtud del siguiente pronunciamiento del juez constitucional en Colombia:

“En el evento en que la atención a la salud y la protección de la vida humana se vinculan de tal forma que una y otra protección no pueden escindirse, el derecho fundamental subsume al derecho de prestación, porque lo que importa entonces es la defensa inmediata de la vida, que es un derecho supremo, que conlleva por contera la protección de la salud. No es que el derecho a la salud haya mutado su naturaleza, sino que por las circunstancias extraordinarias dentro de las cuales puede desenvolverse, debe recibir también un tratamiento extraordinario como el que se le otorga al derecho a la vida, es decir como fundamental” Sentencia T-102 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹ Abogado de la Universidad Católica de Colombia e investigador adscrito al semillero de investigación “Teoría del Derecho, Lógica Jurídica y Lógica Deóntica” Universidad Católica de Colombia; adscrito también al Grupo de Estudios Legales y sociales “Phronesis” http://201.234.78.173:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001358094. Teléfonos: 6884052 – 3003383010 - 3125197787, E-mail: león_0904@hotmail.com, Bogotá DC. República de Colombia.

El Derecho Fundamental a la Salud, comprendido en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, es fundamental en proporción a su conexidad con un derecho fundamental de carácter supremo: el derecho a la Vida, consagrado en el Artículo 11 de la Constitución Nacional¹. Entonces, el ámbito de la conexidad de derechos enmarca así, tanto la transferencia de validez de una norma fundamental a otra, que posteriormente adquiere esa condición, como la categorización de un derecho, en principio común y corriente², como fundamental en un determinado ordenamiento jurídico.

Tomando un derecho fundamental como ejemplo, Nos compete comenzar el presente estudio haciendo referencia a los diversos conceptos acerca de norma fundamental, su funcionalidad en el ordenamiento, para llegar a hacer un breve estudio lógico tanto de las normas fundamentales, como de relaciones de conexidad de Derechos, con la finalidad de estructurar metalenguajes lógicos y estructuras propias de los Sistemas Maestros a la actividad judicial de las decisiones de constitucionalidad tomadas por la Corte Constitucional.

1. CONCEPTOS DE NORMAS DE CARÁCTER FUNDAMENTAL

A lo largo de la historia de la filosofía del Derecho, se han plasmado diversos conceptos acerca de lo que llamamos “Normas Fundamentales”, que varían de acuerdo a la concepción de cada autor, como a la tradición filosófica que maneja, trataremos unos cuantos conceptos como marco teórico para ubicar la problemática de la lógica de los derechos fundamentales y los derechos fundamentales conexos en los Sistemas Maestros, veamos:

1.1. LA “GRUNDNORM” DE KELSEN

Kelsen entiende como “Grundnorm” o Norma Fundante Básica a toda norma cuya validez no puede derivarse de una norma superior, pues no existe norma superior por encima de esta; por lo tanto, se colige que esta norma es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Esta norma es la que constituye la unidad de multiplicidad de normas; ya que representa el fundamento de la validez de todas las normas

¹ *CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, ARTÍCULO 11*. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

² Al respecto, la Corte Constitucional de la República de Colombia afirma que “*El Derecho a la salud es también ubicable dentro de la categoría de los denominados derechos de prestación que, por su naturaleza, no son de exigencia inmediata a través de la vía judicial, y requieren para su efectividad el desarrollo legal, el arbitrio de los recursos y la provisión de la pertinente estructura que los actualice*”. Sentencia T-271/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero

pertencientes al orden jurídico¹. Entonces, se deriva que todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un determinado sistema normativo².

Esta *Grundnorm* es válida porque es la piedra angular del principio dinámico del sistema Jurídico, dado que la Norma Fundamental desde la perspectiva de la lógica de los sistemas maestros existe como un axioma fundante del sistema, del cual se pueden desprender todas las demás formas presentes en el sistema jurídico. Su validez es hipotética, ya que no es posible determinar su validez de otra norma, ni mucho menos, por razones de contenido. Kelsen justifica así la “*Grundnorm*” como una “*Suposición vacía de contenido que no impone condiciones sobre el contenido de la legislación*”³.

Así las cosas, la Articulación de la “*Grundnorm*” al Sistema de da de la siguiente manera: para Kelsen el Sistema Jurídico se compone de 3 niveles o estratos que son Constitución, Legislación y Jurisdicción, las relaciones existentes entre estos estratos depende del punto de vista que sea empleado; entre cada uno de estos estratos existe un límite material que puede ser interpretado de un modo meramente formal, por lo cual, estos límites se expresan así: Entre Constitución y Legislación la forma de las normas determina a cuál de ellas pertenece una norma tal; mientras que entre Legislación y Jurisdicción, los criterios tanto formales como materiales imponen límites en igual medida a la producción de normas. Como ejemplo Kelsen habla de las normas Jurídicas Generales producidas por la Constitución, que determinan tanto el órgano y procedimiento de aplicación como el contenido de las normas individuales que expresan tanto las sentencias judiciales, como las resoluciones de carácter administrativo que se den en el sistema⁴.

Kelsen trata entonces la constitución como una mera forma procedimental, concibiendo los derechos como limitaciones de carácter formal que han de ser superados por el legislador a la hora de realizar su labor; así las cosas, en el sistema, las normas de inferior categoría deben adecuarse a las normas de superior categoría, tanto en las formas, dado el modo en virtud del cual la autoridad expresa su voluntad positiva, y en virtud de esto, al nexo

¹ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Editorial Porrúa S.A. México. 1998. Décima Edición. P 202.

² Ibid. P201. *Las normas por cuyo fundamento de validez se pregunta, siempre provienen de una autoridad superior; es decir, de alguien que tiene la capacidad o es competente para establecer normas válidas. Y en base a esa autoridad, la competencia de dictar normas válidas radica en una norma que faculte a esa autoridad a enunciar normas válidas. Es por esto que la validez de la norma superior (Grundnorm) debe ser presupuesta. Es decir, no es derivada de la validez de una norma superior, con el fin que la ampliación de normas superiores no llegue, en un determinado momento, al infinito.*

³ PEREZ BERMEJO, Juan Manuel. Coherencia y Sistema Jurídico. Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons S.A. Madrid. 2006. P 66

⁴ Ibid. P 68.

que posee con la norma fundamental vacía de contenido; como en los contenidos expresados. Por estas razones, Kelsen determina que los límites formales de las normas son contingentes y subordinados a la voluntad del legislados; siendo así el sistema dinámico en lo referente a la validez de las normas que lo componen, y a su vez, dinámico en su esencia.

1.2. LA “REGLA DE RECONOCIMIENTO” DE HART

H.L.A Hart asegura que en un Sistema Jurídico moderno, en el que existen gran variedad de fuentes de derecho, la “*Regla de Reconocimiento*” consiste en criterios para identificar el derecho; dichos criterios incluyen: una constitución escrita, la sanción por unja legislatura y los precedentes judiciales, Criterios que son clasificados en orden de subordinación y derivación. Así las cosas, en la mayor parte de los casos, la “*Regla de Reconocimiento*” no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares sean identificadas por el operador jurídico¹.

La “*Regla de Reconocimiento*” que tiene la función de suministrar los criterios necesarios para determinar la validez de otras reglas del sistema, es denominada “*Regla Ultima*”; y cuando existen varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacía relativas, uno de ellos es “*Supremo*”. Entonces, un determinado criterio de validez jurídica es *Supremo* si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como “*Reglas del Sistema*”², aun cuando contradigan reglas identificadas por referencia a otros criterios; y no son reconocidas como “*Reglas del Sistema*” si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo.

En cuanto a las denominadas “*Normas Particulares*”, los enunciados de validez jurídica de “*Reglas Particulares*”³, son enunciados internos de derecho que sirven para expresar el punto de vista de quienes aceptan la “*Regla de Reconocimiento*” del sistema, y como tales, dejan sin expresar mucho que podría ser expresado en enunciados externos de hecho acerca del sistema. Lo anterior consiste en dos cosas a saber:

1. Cuando se afirma la validez de una *Regla de Derecho*, por ejemplo, una determinada ley, se usa una determinada “*Regla de Reconocimiento*” que se acepta como adecuada para identificar el Derecho.

¹ H.L.A. HART. El Concepto de Derecho. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1992. P130.

² Ibid. P 132

³ Ibid. P 135. Las denominadas “*Reglas Particulares*” son todos aquellos hechos cotidianos en un determinado sistema, desarrollados por Jueces, Abogados o Ciudadanos Ordinarios, que traen implícitas ciertas presuposiciones de validez jurídica.

2. Esta “*Regla de Reconocimiento*”, apreciada desde la óptica de la validez de una “*Norma Particular*”, no es aceptada solo por esa “*Norma Particular*”, sino que es la “*Regla de Reconocimiento*” efectivamente aceptada y empleada en el funcionamiento general del Sistema.

Entonces, según Hart, solo se necesita la palabra “*Validez*” para resolver las diversas cuestiones que surgen dentro de un sistema jurídico, donde el status de una regla como miembro del sistema depende que se satisfagan los criterios suministrados por la “*Regla de Reconocimiento*”.

1.3. LAS “NORMAS FUNDAMENTALES” DE GUASTINI

Las Normas Fundamentales son aquellas normas presentes en todo ordenamiento jurídico que, en palabras de Guastini¹, son por lo menos las siguientes:

1. Las Normas que se encargan de regular la organización del Estado, y del ejercicio del poder del estado, es decir, en cuanto a su función Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Además, en este grupo se incluyen las normas respecto a la conformación de los órganos que ejercen dichas funciones; es decir, las normas que enuncian la conformación del Congreso, Gobierno Nacional y todo lo atinente al Poder Judicial.
2. Aquellas Normas que regulan las relaciones entre el Estado y los Ciudadanos. En este punto, Guastini Se refiere concretamente a las normas que reconocen ciertas libertades a los ciudadanos en forma de Derechos².
3. Las Normas que regulan la legislación; es decir, aquellas Normas que facultan al órgano competente de crear Normas, a crear Normas Jurídicas para el Sistema.
4. Aquellas Normas que Enuncian los principios fundantes de todo el ordenamiento Jurídico; ya sean escritas o consuetudinarias.

Mas, según Guastini, también se puede llegar a consenso al definir las normas fundamentales presentes en todo ordenamiento; y estas serian, en este caso, las siguientes:

- Las Normas que determinan la forma del Estado,
- Las Normas que determinan la forma de Gobierno

¹ GUASTINI, Riccardo. Estudios de Teoría Constitucional. Editorial Fontanamara S.A. México D.F. 2001. P 30

² Ibid. P 31

- Las Normas que regulan la producción de Normas por el órgano competente

En virtud de lo anterior, el conjunto de “*Normas Fundamentales*” presente en un determinado Sistema Jurídico, se denomina *Constitución*.¹ Esta Constitución puede serlo en virtud de dos sentidos: Material o Sustancial. En virtud del sentido material se derivan a su vez los conceptos de materia Constitucional y Norma Materialmente Constitucional. Las *Normas Materialmente Constitucionales* son las normas fundamentales del sistema Jurídico, mientras que la *Materia Constitucional* son el conjunto de objetos que habitualmente están regulados por las Normas Materialmente Constitucionales.

Entonces, una *Constitución* es una totalidad coherente y conexas de valores ético – políticos; esto quiere decir que la identidad material o axiológica de una determinada constitución descansa en el conjunto de valores, entendidos como principios supremos, que caracterizan y distinguen una determinada *Constitución* de otra, y así, por ende, un Sistema de otro.

2. LOGICA DE LAS NORMAS FUNDAMENTALES EN LOS SISTEMAS JURIDICOS MAESTROS

De acuerdo al análisis anteriormente planteado de los presupuestos filosóficos acerca de las *Normas Fundamentales* en Kelsen, Hart y Guastini, se afirma que Las *Normas Fundamentales* son como expresaron Alchourrón y Bulygin, la base axiomática del Sistema², es decir que constituyen las bases propias del Sistema Jurídico Maestro, como axiomas de los cuales se deducen los teoremas que constituyen el cuerpo de dicho sistema. Así las cosas, en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, por mandato de la Constitución de 1991, se instituye que dicho Libro Maestro es tanto la base del ordenamiento, en virtud del cual se desarrolla todo el Sistema tanto Jurídico como Político y Social Colombiano³; así como reconoce la

¹ *Ibíd.* P 32. Guastini afirma que “*todo Estado, necesariamente tiene una Constitución, que es un conjunto de Normas Escritas o Consuetudinarias, en un sentido políticamente “Neutro”. Por lo tanto, el concepto Constitución tiene independencia de contenido Político, es decir, que la constitución puede ser liberal, iliberal, democrática, autocrática, etcétera.*”

² PEREZ BERMEJO. *Óp. Cit.* P 77

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. ARTICULO 2o. “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*”

Constitución como “*Norma de Normas*”¹ y además, la primacía de los derechos fundamentales de la persona humana². De estos axiomas, desarrollaremos el tercero, el destinado a los Derechos fundamentales de la persona Humana.

En el Ordenamiento Jurídico Colombiano, se conoce como “*Derecho Fundamental*” a todo derecho que emana de valores y principios de carácter constitucional, es decir, que emana directamente de principios Constitucionales además, al tenor de la sentencia T-406 de 1992,

*“debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una “textura abierta”, como por ejemplo las que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales.”*³ Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

2.1. LENGUAJE LOGICO Y OPERATIVIDAD

Habiendo determinado someramente esta definición, afirmamos que todo Derecho fundamental, al ser completamente operativo solo al momento de presentarse una vulneración al mismo, y al derivar de un principio axiológico del sistema, planteamos el siguiente metalenguaje para su análisis lógico; teniendo como modelo la notación polaca de Jan Lukasiewicz y la notación de lógica de conjuntos de Jaako Hintikka⁴, de la siguiente forma:

1. $\alpha, \beta \dots$ Representan proposiciones bien formadas dentro del sistema, es decir, circunstancias fácticas que den lugar a la vulneración de derechos
2. $\lambda, \mu, \nu, \nu_1, \nu_2 \dots$ Representan los Derechos vulnerados

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

¹ CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. ARTICULO 4o. “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*”

² CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. ARTICULO 5o. “*El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona*”

³ “*los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. De aquí se deriva el hecho de que toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir del hilo conductor de los principios. La movilidad del sentido de una norma se encuentra limitada por una interpretación acorde con los principios constitucionales*”

⁴ SCHMILL, Ulises. Derecho y Lógica. Consideraciones semánticas sobre lógica deóntica con especial referencia a la Jurisprudencia. ED. Fontanamara. Año 2001. P 51.

3. Las relaciones de pertenencia (\in) y de no pertenencia (\notin) a un determinado conjunto modelo
4. Ω . Esta letra hace referencia a un Conjunto no vacío de varios Conjuntos Modelo. Es decir que puede contener varios Sistemas Maestros dentro de un Sistema Maestro derivado de los sistemas que compone.
5. G . esta letra expresa Conjuntos Modelo que pertenecen a Ω , y que son iguales al Conjunto Modelo Fijo.
6. H . Esta letra expresa una relación de Alternatividad, que se puede presentar entre 2 Conjuntos Modelo. Como relación de alternatividad se entiende la relación entre 2 o más lugares, variables, constantes o Conjuntos Modelo.

Tomemos un ejemplo, de la sentencia T-102 de 1998, de la siguiente manera: Del análisis de los hechos se puede extraer que se violaron los derechos fundamentales a la vida y a la salud. Por ahora, expresaremos el derecho a la vida con la letra γ , y axiomatizaremos lógicamente los mismos de la siguiente forma:

“1. Los hechos. (De la referida sentencia)

1.1 La señora Nora Consuelo Alvarez, se afilió dentro del Plan Obligatorio de Salud -POS- a la promotora de salud “Coomeva E.P.S.”, Desde hace aproximadamente un año.”

Gráficamente, podríamos expresarlo de la siguiente forma:

1. $(\alpha) \in (\mu)t$

“1.2 Hace mas de dos años la demandante padece de frecuentes dolores de espalda ocasionados por una “Cifosis Dorsal”, cuyo origen, según diagnóstico de los ortopedistas adscritos a la entidad accionada, obedece en buena medida al peso excesivo de sus senos prominentes, circunstancia que movió a dichos especialistas a recomendar la práctica de una “mamoplastia” reductiva con miras a mejorar la sintomatología de la enfermedad.”

Gráficamente, podríamos expresarlo de la siguiente forma:

2. $((\beta) \alpha = \delta)t$

“1.3 “Coomeva E.P.S.”, se negó a autorizar la cirugía por considerar que la intervención es de carácter estético y encontrarse, por lo mismo, comprendida dentro de las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud.”

Gráficamente, podríamos expresarlo de la siguiente forma:

$$3. ((\mu) \neg \gamma) \in \lambda \neq 0$$

De esta última fórmula, fijese la parte de la negación de γ ($\neg \gamma$), que agrupa la totalidad de los derechos fundamentales violados.

Este ejercicio práctico de poner punto por punto el metalenguaje del análisis jurisprudencial es muy engorroso en la medida que supondría la creación y designación de variables para cada situación presente tanto en el o bíter dicta, como en la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad. Así que solo empleamos este análisis para mostrar ejemplos del uso del metalenguaje.

En cuanto a la operatividad del sistema respecto a las sentencias de constitucionalidad, surgen dos tipos de relaciones lógicas: las de *Necesidad* y de *Posibilidad*, dependiendo de las necesidades prácticas de la ratio decidendi de la sentencia determinada. Así pues, las relaciones se expresan de la siguiente forma:

En cuanto a la Necesidad, el metalenguaje expresa que es necesario que se tome una determinada acción en un momento determinado si y solo si se presenta una circunstancia en un momento. Gráficamente, se expresa de la siguiente forma:

$$(L\alpha) \in \mu \in \Omega \text{ ssi } \Pi \lambda \in C \text{ H } \lambda \mu (\alpha) \in \lambda(C.L)$$

Cuya interpretación es la siguiente: “es necesario α ” y se lee de la siguiente manera: es necesario el Conjunto Modelo α dentro del Sistema Modelo μ que pertenece al Conjunto de Conjuntos Modelo Ω si y solo si para todo Conjunto Modelo λ : si el Conjunto modelo λ es Alternativo al Conjunto Modelo μ , entonces el Conjunto Modelo α pertenece al Conjunto Modelo λ ¹. Es importante anotar que La necesidad supone que la condición es verdadera en todas las circunstancias posibles.

¹ Ibid. P53.

En la sentencia sometida a estudio, se aplica la formula antes expresada de la siguiente forma: si es necesario que a la demandante se le practique el procedimiento quirúrgico que solicita, dado que los dolores en la espalda que sufre son terribles y vulneran tanto su vida en comunidad, como su vida en sentido orgánico, y mas, su libre desarrollo como persona, entonces al tener una circunstancia tan apremiante en su cuerpo, y una negativa de la entidad promotora de salud de practicarle el procedimiento, la corte estima que es necesario que a la demandada le sea practicado el procedimiento que le fue negado¹.

En cuanto a la posibilidad, el metalenguaje expresa que es posible que se realice una determinada acción si y solo si puede realizarse al menos una vez más. Gráficamente, se expresa de la siguiente forma:

$$(M\alpha) \in \mu \in \Omega \text{ ssi } \Sigma \lambda \text{ K H}\lambda\mu (\alpha) \in \lambda \text{ (C.M)}$$

Cuya interpretación es la Siguiente: $(M\alpha)$ puede leerse “es Posible α ”. Establece una relación de Posibilidad (M) de pertenencia de un conjunto α a un Sistema Modelo μ , que pertenece al Conjunto de Conjuntos Modelo Ω , si y solo si:

- Existe un Conjunto de Sentencias (Σ) contenidas en el Conjunto Modelo λ
- El Conjunto Modelo λ es Alternativo (H) al Conjunto Modelo μ ; y
- El Conjunto Modelo α pertenece al Conjunto Modelo λ .

Es decir, que la conjunción establece la pertenencia del Conjunto Modelo α en el Conjunto Modelo λ para que, bajo el Bicondicional, sea posible que pertenezca también tanto al Conjunto Modelo μ , como al Conjunto de Conjuntos Modelo Ω .

En la sentencia sometida a estudio, se expresa que es posible realizar el procedimiento quirúrgico necesario por la demandante si y solo si este procedimiento hace parte del POS, entonces, supedita la decisión de aprobar las pretensiones de la demandante al advenimiento

¹ Sentencia T-499 de 92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. *"Una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana..."*

de dos estados de cosas: un daño y que la suspensión de dicho daño este explícita en el POS de la demandante¹.

En virtud de este análisis lógico hemos expresado las dos tesis preponderantes en la sentencia T-102 de 1998, que es el objeto de estudio del presente artículo; se han presentado así, mediante un metalenguaje determinado, las dos tesis presentes en dicho pronunciamiento judicial.

1.3. LA LOGICA DE LA CONEXIDAD DE DERECHOS

En virtud del análisis realizado a la sentencia objeto de estudio,

“En el evento en que la atención a la salud y la protección de la vida humana se vinculan de tal forma que una y otra protección no pueden escindirse, el derecho fundamental subsume al derecho de prestación, porque lo que importa entonces es la defensa inmediata de la vida, que es un derecho supremo, que conlleva por contera la protección de la salud. No es que el derecho a la salud haya mutado su naturaleza, sino que por las circunstancias extraordinarias dentro de las cuales puede desenvolverse, debe recibir también un tratamiento extraordinario como el que se le otorga al derecho a la vida, es decir como fundamental.”. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

Se habla de conexidad de derechos en los casos en que un determinado derecho, que en principio puede no tener rango fundamental, lo es en virtud de su aplicación; es decir, en la vulneración de tales derechos, se afectan otros que son inherentes a la persona humana, y que tienen rango constitucional; los cuales subsumen en su esencia tales circunstancias, y transfieren su validez de fundamentales a estos derechos.

De acuerdo a nuestro metalenguaje, podríamos expresar la conexidad de la siguiente forma:

$$Cx = ((\alpha) \subset \mu) \in \Omega$$

Según la fórmula antes mencionada, la conexidad es toda aquella circunstancia en virtud de la cual un determinado derecho, por razones de su ámbito de ejecución, se incluye propiamente en el ámbito de aplicación de un derecho de carácter fundamental; ambos derechos pertenecientes a un orden jurídico determinado.

¹ El artículo 15 del decreto 1938 del 5 de agosto de 1994, que regula las exclusiones y limitaciones en el Plan Obligatorio de Salud, expresa lo siguiente: *“El Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquéllos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquéllos que expresamente se definen por El Consejo nacional de Seguridad Social en Salud, más los que se describen a continuación:*
a) Cirugía estética o confines de embellecimiento.....”

Su vinculación a las relaciones de Necesidad y Posibilidad, se dan en virtud de las siguientes relaciones lógicas, a saber:

1. Si la relación empleada por la corte es de necesidad, la conexidad se aplica de la siguiente forma:

$$[Cx = ((\alpha) \subset \mu) \in \Omega] \in \Pi$$

En donde se especifica que la conexidad pertenece al conjunto de conjuntos modelo jurisprudenciales que especifica que para toda relación de alternatividad, en donde todas las circunstancias sean posibles.

2. Si la relación empleada es de Posibilidad, la conexidad se aplica de la siguiente forma:

$$[Cx = ((\alpha) \subset \mu) \in \Omega] \in \Sigma$$

En donde se especifica que la conexidad pertenece al conjunto de situaciones fácticas que inciden en un determinado conjunto modelo, donde la circunstancia que le dio origen a la conexidad se da al menos una vez.

Esta fórmula se desarrolla en la medida en que se necesite estudiar la conexidad de uno o varios derechos con uno o varios derechos de carácter fundamental; así, con esta regla lógica, se puede axiomatizar lógicamente el estudio de dichas circunstancias,

CONCLUSION

Este trabajo sirvió como campo de pruebas para demostrar varias situaciones a saber: primero Se demostró que se podían aplicar conceptos de lógica de conjuntos a situaciones claves en el análisis jurisprudencial de los derechos fundamentales; segundo, se aplicaron conceptos importantes y fundantes de los sistemas maestros para lograr construir un lenguaje lógico tanto para desarrollar dos axiomas standart en la actividad judicial constitucional, como para desarrollar una formula lógica en cuanto a el problema de la conexidad que sirva para interpretar con mayor facilidad este problema habitual en el ejercicio del derecho, sobretodo, en el estudio de derechos de carácter fundamental; y tercero, mediante el uso de formulaciones lógicas como las que se han planteado, es posible mantener una coherencia y estabilidad en un sistema maestro determinado.

La conclusión más importante, a saber, es que se demostró que los conceptos lógicos que se tienen se pueden aterrizar y son plausibles en el mundo jurídico; mejor, judicial al que como abogados estamos habituados.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALCHOURRON, Carlos. En la revista Isonomía N° 13. de Octubre 2000, Cuyo título es “Derecho Y Lógica”.
2. FUENTES LOPEZ, Carlos. El Racionalismo Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Serie Doctrina Jurídica. Número 141. México 2003.
3. GUASTINI, Riccardo. Estudios de Teoría Constitucional. Editorial Fontanamara S.A. México D.F. 2001.
4. H.L.A. HART. El Concepto de Derecho. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1992.
5. KALINOWSKY, Georges. Lógica del Discurso Normativo. Ed. Tecnos Estructura y Función. Madrid. 1975.
6. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Editorial Porrúa S.A. México. 1998. Décima Edición.
7. PEREZ BERMEJO, Juan Manuel. Coherencia y Sistema Jurídico. Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons S.A. Madrid. 2006.
8. SCHMILL, Ulises. Derecho y Lógica. Consideraciones semánticas sobre lógica deóntica con especial referencia a la Jurisprudencia. ED. Fontanamara. Año 2001.

**BREVE ESTUDO DAS FONTES DO DIREITO:
REFLEXÕES EM TORNO DE UM FALSO CONSENSO¹**
*BRIEF STUDY OF LAW SOURCES:
REFLECTIONS ABOUT A FALSE CONSENSUS*

Hermundes Souza Flores de Mendonça²

“Na superfície desse minúsculo grão de areia vive um rebanho de animais atordoados, rastejando uns por entre os outros, pretensamente inteligentes, e que por um instante inventaram o conhecimento” (Martin Heidegger)

RESUMO: Em torno do problema das fontes do direito, em geral, gravita um consenso. Contudo, um olhar mais adequado, que tem em vista a perspectiva de compreensão da juridicidade a orientar o jurista que enfrenta a questão, sugere indagar qual a origem deste consenso, qual o seu porquê, para só então compreendê-lo, e dele discordar ou concordar.

Palavras chaves: fontes do direito.

ABSTRACT: The subject of this paper is a problem about law sources. Usually there is a consensus that gravitates around it. However, for an appropriate understanding is necessary to comprehend the point of view of the jurist in case. So, it allows the reader to question where did this consensus come from, why there is a consensus, and than analyze this consensus agreeing or disagreeing on it.

Key-words: law sources.

Sumário: 1 Prólogo; 2 A problema das fontes; 2.1 Intróito; 2.2 O pensamento tradicional; 2.3 Sobre a normatividade das fontes (superando o consenso); 2.4 A doutrina das fontes no pensamento realcano; 3 Considerações finais;

1 Prólogo

Quais são as fontes do direito? Do calouro ao jurista experimentado, toda gente é capaz de responder prontamente a esta indagação. Salvo pequenas variações, a resposta muito

¹ Este pequeno trabalho tem como principal *fonte* de inspiração as idéias amadurecidas em torno do processo de codificação do direito privado brasileiro, com os quais tomamos contato especialmente no período de investigação para a elaboração da Dissertação de Mestrado pela Universidade de Coimbra “A prescrição legislativa de cânones metodológicos: uma reflexão acerca do artigo 4º do Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942 Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro de 1916”, sob orientação de Fernando José Couto Pinto Bronze. A partir dos quais se ampliou as discussões para as perspectivas de compreensão do direito (filosófica e metodologicamente) naqueles debates pressupostas, com vistas à uma adequada compreensão da doutrina das fontes.

² Docente nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito na Faculdade Pitágoras-MG. Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra.

freqüentemente contempla a *lei*, os *costumes* e a *jurisprudência*. Estas, segundo a classificação “tradicional” compõem o grupo das fontes *formais*¹. De outro lado estão as fontes *materiais*, em relação às quais, segundo aquela mesma doutrina, não cumpre à Ciência do Direito estudar, sendo afetas às investigações de cunho histórico ou sociológico.

Perante esta (pretensa) “definição”(?) há pelo menos duas possíveis posturas: I) aproblematicamente aceitá-la como suficiente-adequada assumindo um comportamento aderente ao (aparente) consenso de que ela goza, ou; II) esforçar-se para compreender os fundamentos de tal concepção na tentativa de encontrar a filosofia que pressupõe bem como a metodologia que lhe subjaz e assim, conscientemente, com ele (o consenso) concordar ou discordar, tendo em vista as contemporâneas perspectivas de compreensão da juridicidade.

Nas linhas que se seguem não se deparará o leitor com a indicação “imparcial” de teorias alinhadas a uma ou outra postura como se estas se equivalessem. O que se pretende, por outro lado, é argumentativamente (como argumentativa é a *iures prudentia*) por em relevo reflexões que são latentes no seio do pensamento jurídico contemporâneo as quais, no mínimo, põem “em xeque” a idéia de consenso que não raras vezes orbita em torno da doutrina das fontes. Aqui já se revela nossa primeira *intentio*: as duas possíveis posturas de que se dá conta não se equivalem... E ainda, ao se dirigir um olhar (adequado) ao problema das fontes, vale dizer, quando se reflete acerca da doutrina das fontes como questão que tem a ver com o problema (metodológico) da realização do direito, como disciplina reveladora da perspectiva de compreensão da juridicidade que orienta o jurista, percebe-se que, ao contrário de um “consenso”, caminha-se para o absoluto dissenso². O que deve motivar uma postura integradora, mas não necessariamente “consensualista”³, no sentido de se construir uma doutrina que – sem perder de vista o *prius* do direito, vale dizer, a solução do caso concreto por meio de um procedimento metodologicamente orientado para a consecução da Justiça – enfrente o problema que ora nos ocupa sem olvidar do contexto (jurídico-filosófico) no qual a doutrina das fontes emerge e se desenvolve.

¹ Na doutrina tradicional os *costumes* podem ser compreendidos como fonte formal na medida em que sua vinculatividade tem a exata medida que a lei o concede.

² Não custa dizer que também não é nosso objetivo mergulhar no oceano de perspectivas que conformam o pensamento jurídico contemporâneo a culminar na tendente desintegração. Antes, o que se propõe é trazer à lume algumas reflexões que problematizam o tema [a desconstruir a (falsa) idéia de consenso] ao mesmo tempo que se sugere uma resposta (solução?) para o que se afirma problemático.

³ Mobiliza-se o neologismo “consensualista” para fazer referência àquela postura que se conforma com a idéia (falsa) de um *consenso* em torno da concepção de fontes do direito.

Esta a contribuição que se pretende dar à doutrina das fontes, não sem antes fazer duas pequenas notas. Até aqui não se negou a qualidade de fontes do direito à lei, aos costumes e à jurisprudência, nem tampouco se fará. O que importa é perceber que há diferentes modos de compreender estas fontes, e que este *modus* muda consoante mude a perspectiva de compreensão da juridicidade que ilumina o olhar do jurista. Assim, a forma com que se compreende essas fontes deve ser coerente com o modo de compreensão do próprio direito (tanto em termos filosóficos quanto em termos metodológicos) que se pressupõe ao enfrentar este problema. Para ser coerente com a perspectiva de compreensão da juridicidade que orienta este trabalho as reflexões propostas serão perspectivadas no caso, ou seja, trata-se aqui das fontes de normatividade que vinculam a atividade do jurista enquanto tal, empenhado na solução do caso concreto.

Para se cumprir o objetivo proposto os desenvolvimentos adiante observarão um raciocínio dialógico por meio do qual se confrontarão concepções que se pretende desbordar mobilizando-se pontos de vistas que julgamos mais (filosófico-metodologicamente) adequados com vistas à elaboração de sínteses integrantes¹ no momento em que se enfrenta cada questão. O problema das fontes especificamente enfrentar-se-á na seção a seguir.

2 – A problema das fontes

2.1 Intróito

Antes de problematizar as *fontes* diretamente, convém fazer algumas reflexões com fins de caracterizar a referida concepção tradicional que se pretende superar, oportunidade na qual se convocarão reflexões que são comuns à doutrina das fontes como um todo. As idéias neste momento desenvolvidas serão úteis para o correto entendimento dos debates propostos nas seções vindouras.

¹ Com o termo “integrante” quer-se convocar dois sentidos. Um primeiro, que tem a ver com a coerência do discurso que neste trabalho se pretende construir, neste sentido a expressão mobilizada quer significar a intenção de se fazer deste trabalho um todo coerente, e não meramente retalhos teóricos artificialmente alinhavados, ou seja, no sentido de integração do próprio texto; e num, ainda mais importante, segundo sentido que está relacionado à responsabilidade que entendemos dever assumir qualquer trabalho doutrinário, qual seja, o de sempre, ao menos se inspirar, em uma missão integradora do próprio direito, não apenas oferecendo mais uma teoria eticamente equivalente às pré-existentes mas que, de outro lado, se comprometa em tentar respostas que de alguma forma contribuam para a consecução de uma teleologia que ao direito é tão cara, a saber, a realização da justiça no caso concreto.

A concepção de fontes¹ cunhada na doutrina tradicional tem suas raízes no pensamento normativista-legalista do século XIX (BEVILAQUA, 1929, p. 9) e está intimamente relacionada à idéia da *completude* lógica do ordenamento jurídico, o que se lograria por um raciocínio de auto-integração² cada vez que o juiz não encontrasse a solução do caso diretamente na *rainha das fontes*, a lei. A respeito disso convém dedicar ao menos algumas palavras.

Já a doutrina tradicional, conquanto eleja a lei como a fonte hierarquicamente privilegiada, reconhece a prática impossibilidade de ela a tudo prever. Não sendo possível a específica previsão de todos os casos particulares suscitados pela complexidade da vida social, defende que se estabeleçam critérios para o jurista decidir no caso de omissões legais. Esta resposta é o próprio sistema (*legal*) que fornece, ainda para os casos omissos a resposta está no sistema, de onde se deduz a solução (ESPÍNOLA, 1918, p. 34).

A concepção tradicional do modo como o direito se realiza está pressuposta neste movimento de auto-integração, em que o direito é perspectivado da lei para o caso.

ESPÍNOLA, com apoio em FERRARA, HELWIG e CHIOVENDA, evidencia esse *modus* como a doutrina tradicional entende a atividade do juiz, reduzida a três estágios: 1) investigar acerca da existência do direito pleiteado pelas partes; 2) uma vez encontrado este direito em uma norma legal, delimitar o seu sentido; 3) decidir sobre a aplicabilidade desta norma ao caso apresentado (ESPÍNOLA; ESPÍNOLA FILHO, 1999, p. 89).

Nesta concepção a interpretação intervém principalmente no segundo momento, oportunidade em que o sentido da norma é determinado. Há visivelmente um raciocínio (dedutivo) partindo-se do sistema (geral e abstrato, premissa maior) para o caso (particular e concreto, premissa menor) tendo a sentença como consequência, no qual o exercício de

¹ Principalmente no que tange à idéia de que existem “fontes formais” às quais se atribui a exclusividade na formação da juridicidade. Desde os gregos até as revoluções burguesas o direito sempre admitiu fontes heterônomas de normatividade. Ao lado do direito do rei sempre coexistiu a figura do direito subsidiário. Portanto a idéia de direito ser sinônimo de direito estatal é especialmente moderna.

² Há aqui um paradoxo insuperável. Algo que é completo e fechado prescinde de qualquer enriquecimento. No início do século XX já se tinha consciência no pensamento jurídico brasileiro da não completude do ordenamento jurídico (vide CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 40). Contudo, ainda não se havia amadurecido suficientemente a doutrina para se elaborar uma proposta argumentativamente consistente acerca da questão da integração. Ao mesmo tempo em que a experiência impingia o reconhecimento da incompletude do ordenamento, a “solução” para aquela, ou seja, as “técnicas de integração” que se ofereciam, no limite, pressupunham a completude do ordenamento.

interpretação é feito em termos abstratos. Neste ensejo, quando no processo de procura pela solução para um problema que bate às portas do judiciário o juiz não encontra resposta, a própria lei (fonte principal) *dita* o caminho a percorrer (RODRIGUES, 1994, p. 25; LIMA, 1977, p. 31-35) ¹.

Assim, a interpretação é concebida em dois níveis: se a norma é clara, cumpre-lhe apenas declarar seu conteúdo e sentido; por outro lado, se a norma é obscura, existe, mas se omite em relação ao caso apresentado, ou se não há norma para o problema em questão, a interpretação é vista em um nível mais amplo, e que passa pelo problema das fontes (*formais e não formais*) com vista à integração do direito positivo (ESPINOLA; ESPINOLA FILHO, 1999, p. 90). A doutrina das fontes será abordada mais frontalmente, sob esta perspectiva, na seção seguinte.

2.2 O pensamento tradicional

“A fonte imediata do direito é a lei”, BEVILAQUA (1929, p. 26) é categórico ao afirmá-lo²; a lei, nestes termos, é fonte privilegiada de toda a juridicidade, é ela fonte por excelência, de tal sorte que todas as demais exercem um papel secundário (o de socorrer o jurista quando a lei por si só já não prever a solução). Portanto, quando um problema se apresenta como juridicamente relevante, o primeiro olhar do jurista em busca da solução deve ser para ela. Contudo, dada a impossibilidade prática de esta, por mais que se generalize, prever todas as situações da vida, é necessário, nas omissões que esta apresentar, subsidiariamente recorrer a outras fontes (como os costumes), além de adotar expedientes lógicos [como analogia e a interpretação, “para que os seus dispositivos (dispositivos da lei) adquiram a necessária extensão e flexibilidade”³] (ESPINOLA, 1999, p 27).

¹ Embora no pensamento jurídico contemporâneo se vislumbre uma forte tendência para a superação desta concepção de racionalidade jurídica, para a qual contribuíram, por exemplo RONALD DWORKIN, ALEXY, MIGUEL REALE, CASTANHEIRA NEVES, BRONZE, LINHARES, KAUFMANN, FIKENTSCHER, apenas para citar alguns exemplos, o positivismo ao qual subjaz a racionalidade lógico-dedutiva-substantiva acompanhada da plenitude lógica do sistema jurídico, ainda se mostra vivo. O referido *consenso* anteriormente mencionado é um reluzente sinal do que se acaba de afirmar.

² Neste mesmo sentido, ESPINOLA (1999, p. 35): “Como em todos os países modernos, também entre nós é a lei a fonte por excelência do direito objectivo.”

³ A especial dimensão da lei enquanto fonte maior de direito, mesmo em termos materiais, decorre do pensamento segundo o qual cumpre ao Estado, através do poder legislativo, legitimamente constituído para tal, e, portanto, com *auctoritas* jurídica para produzir o direito, exclusividade normativa. Nesta linha, invocando o princípio da separação dos poderes, ao jurista prático cumpriria tão-somente *aplicar*. (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 39).

Nesta “escala” de preferência defendida por BEVILAQUA os *costumes* aparecem em primeiro lugar. Quando a lei for omissa recorrerá o jurista primeiramente a eles. Esta concepção, que já constava nas Ordenações¹, foi consagrada na Introdução do projeto de Código Civil de BEVILAQUA², vindo também a figurar na LICC/1916, publicada em 1942³, que revogou aquela Introdução, e mantém-se nos projetos que tramitam no Congresso Nacional Brasileiro que pretendem substituir o vigente Decreto Lei 4.657/1942⁴.

Ensina o autor do Código de 1916, que na falta do instituto dos assentos⁵, os *costumes* passaram a ser a principal fonte subsidiária. Nestes termos, o *costume jurídico* é identificado por dois elementos, sendo um “externo”, que é a “observância constante”, e um outro “interno”, a saber, a “*opinio necessitatis*”, que se trata da convicção de que a tal norma

¹ A Ord. 3, 64 prescrevia que nos casos de omissões da lei o julgador deveria recorrer aos estilos da Corte, com ênfase nos da Casa de Suplicação. Os estilos da Corte consubstanciavam um instituto muito semelhante ao que hoje se conhece por súmula vinculante. A casa da suplicação quando decidia em determinado sentido de forma reiterada materializava esta decisão em forma de assento, os assentos tinham força de lei (BEVILAQUA, 1919, p. 27). O instituto dos assentos, que há muito foi recusado pelos portugueses dada a ilegitimidade dos órgãos julgadores para produzir normas jurídicas gerais e abstratas foi por nós brasileiros recuperado, embora com nova roupagem. Na essência a súmula vinculante é exatamente igual ao instituto dos assentos.

² Os costumes como fonte (subsidiária) já figuravam no projeto elaborado por BEVILAQUA. Conforme ensina ESPINOLA (1918, p. 33), que convoca as palavras do próprio BEVILAQUA, o fato de o Código não remeter diretamente o intérprete à subsidiariedade do costume como fonte (na altura da citada publicação ainda vigorava a Introdução originária, antes, portanto, da edição da LICC/1916 que revogou a primeira), havia um consenso quanto à sua primazia em relação à analogia (*analogia legis*) e aos princípios gerais de direito (*analogia iuris*) enquanto técnica de integração de lacuna.

³ Tanto no projeto primitivo quanto no diploma aprovado pelo Congresso Nacional não há menção aos costumes como fonte subsidiária, sendo que a redação original da Introdução aprovada junto ao código é a seguinte: “Art. 7º. Aplicam-se nos casos omissos, as disposições concernentes aos casos analogos, e, não as havendo, os princípios geraes de direito”. Em 1942 a Introdução originária foi revogada pelo conhecido Decreto-Lei 4.657 que instituiu a ainda vigente Lei de Introdução ao Código Civil, cujo Art. 4º tem a seguinte redação: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁴ Artigo 7º §2º do Projeto de Lei do Senado nº 243 de 2002 e Artigo 3º do Projeto de Lei do Senado nº 269 de 2004.

⁵ O Supremo Tribunal de Justiça, por prescrição dos Decretos de 23 de outubro de 1875 e de 10 de Março de 1876, sucedeu à Casa da Suplicação quanto à função de firmar *assentos* com o intuito de dirimir dúvidas que surgissem na aplicação das leis, função por sua vez não atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Até a chegada da Família Real Portuguesa o órgão máximo da organização judiciária no Brasil, ainda colônia, era a Relação do Rio de Janeiro, instituída em 13 de outubro de 1751 por alvará de D. José I, neste período os agravos ordinários e as apelações eram remetidas à Casa de Suplicação de Lisboa. Contudo, com as invasões napoleônicas e a conseqüente transferência da administração do Reino para o Brasil, o referido expediente tornou-se impraticável. Desta feita, em 10 de maio de 1808, por alvará de D. João, a Relação do Rio de Janeiro foi elevada à Casa de Suplicação do Brasil, tornando-se a última instância judiciária. Após a Independência, a Constituição de 1828 ordenou a criação de um Supremo Tribunal de Justiça a funcionar na capital do Império, o que foi cumprido por meio da Lei de 18 de setembro de 1828, sob o governo do Imperador D. Pedro I. Com o advento da República, cumprindo preceito da nova Constituição, em 1891 foi instalado o Supremo Tribunal Federal. (disponível em <www.stf.jus.br>, acesso: 14 de abr. de 2009).

reiteradamente observada “funciona como lei”¹. Esta convicção implica o dever de solucionar o problema de que ela trata tal qual manda o costume².

Malgrado seja lícito afirmar que estes dois elementos constituem a essência da concepção de costume como fonte jurídica para BEVILAQUA (1919, p. 27), não dizer mais nada nos deixaria com uma idéia incompleta do seu pensamento e da concepção que predominou em sua época³. Em BEVILAQUA percebe-se um grande esforço de ultrapassar o sentido tradicional de costume⁴, buscando elevar o papel da vivência histórica em comunidade na construção do direito, em uma tentativa de atribuir uma normatividade própria ao direito que emana das relações sociais e não apenas a normatividade que a lei lhe confere.

Os romanos, especialmente JULIANO, defendiam que, tal qual a lei – que se faz direito devido à vontade do povo que a aprova expressamente por meio de seus representantes⁵ – a juridicidade do direito costumeiro decorre da aprovação tácita do povo, nestes termos, também tem sua origem em uma *vontade geral*. PUCHTA e SAVIGNY, de outro lado, entendiam que o costume era a “revelação espontânea imediata da consciência jurídica do povo” (BEVILAQUA, 1919, p. 29). Já BEVILAQUA, numa clara tentativa de superação destas concepções entendia ser mais plausível a idéia segundo a qual a normatividade do direito costumeiro reside na consonância entre este e o reclame social que atende. Assim, asseverava que tanto a lei quanto o costume (que para ele são as duas principais formas de manifestação do direito) ocorrem justamente pela necessidade de se regulamentar as relações humanas em sociedade, e, de certa forma, ambos espelham uma certa *consciência coletiva*. Contudo,

¹ Nesta linha VICENTE RÁO: “A regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica” (VICENTE RÁO *apud* RODRIGUES, 1994, p. 24).

²No mesmo sentido ESPINOLA: “O costume jurídico apresenta-se como um fato, ou um conjunto de fatos; a sua repetição, aliada à convicção de que se aplica uma norma de direito (*opinio necessitatis*), é que lhe dá força obrigatória.” (ESPINOLA; ESPINOLA FILHO, 1999, p. 93).

³ Neste sentido, a lição de MIGUEL REALE (1978, p. 417): da “grande linha que de Teixeira de Freitas vem a Clóvis Bevilacqua assinala a convergência de múltiplas solicitações e influências, sem resultarem afetadas as raízes lusitanas e os ensinamentos romanísticos. Mais apegados aos textos legais uns, mais preocupados outros com as circunstâncias histórico-sociais, não se pode negar aos nossos melhores juristas um vivo senso de concreção e de equidade, mal interpretado pelos mediocres como preferência pelo casuismo, que é a arteriosclerose da Ciência Jurídica”.

⁴ “Esta forma jurídica [o costume] tem provocado estudos demorados e aprofundados de jurisconsultos notabilíssimos [cita HERMANN POST, SUMNER MAINE, KOHLER, LAMBERT, WINDSCHEID, DERNBURG, BONFANTE, ARRIGO CAVAGLIERI, CANDIDO DE OLIVEIRA], porém, infelizmente, nem sempre com os resultados, que eram de esperar, talvez porque idéias preconcebidas os desviassem do alvo”. (BEVILAQUA, 1919, p.28)

⁵ BEVILAQUA (1919, p. 29) concorda que os pareceres dos jurisconsultos romanos, que compunham o direito consuetudinário, deviam guardar conformidade com as crenças e opinião dominante no seio do povo, conquanto recuse a presença do elemento volitivo (a consentimento do povo) na formação do costume.

enquanto o direito legal é declarado por um órgão específico e dotado de poder legítimo para produzir direito, o costume jurídico forma-se por outros órgãos, os quais o revelam de forma meditada (e não espontaneamente) (BEVILAQUA, 1919, p. 29). Entre estes órgãos reveladores do costume jurídico a *jurisprudência dos tribunais* é posta em destaque (neste ponto faz referência a KOHLER); imediatamente após, na ordem de preferência, está a *doutrina dos escritores*. Deste modo, quando um determinado juiz se depara com uma lei obscura, ou a indicar um caminho que levaria à decisão injusta, diante das necessidades sociais e do estágio de evolução cultural do momento, o julgador se vê impelido a pesquisar no conjunto dos ensinamentos acadêmicos e da experiência de vida, apoiando-se, por vezes, em dogmas hermenêuticos, noutras, quando estes não forem suficientes, em princípios gerais de direito e até mesmo no patrimônio cultural, para proferir a sentença, a qual constitui-se como ponto de partida para a formação de um costume jurídico quando tem a ventura de ser imitada em decisões ulteriores (de tal sorte que, nesta situação, o juiz age como legislador). De modo semelhante a doutrina funciona como fonte do costume, com as seguintes palavras BEVILAQUA (1919, p. 32-34) sintetiza:

O escriptor apresenta uma interpretação da lei ou uma solução para um caso não previsto na lei, e vê o seu pensamento, acceito pelos contemporâneos, fixar-se na doutrina, que irá inspirar os julgamentos dos tribunaes”.

Estas duas principais fontes de revelação dos costumes jurídicos são complementadas pela força dos interessados através dos contratos.

BEVILAQUA (1919, p. 37) critica o pensamento hermético que surgiu logo após as primeiras codificações pós-revolucionárias que proclamaram a auto-suficiência da lei em detrimento do costume na formação do direito e na regulamentação da vida social. Mantém igual opinião em relação às primeiras alusões aos costumes como fonte, como é o caso do Código Civil italiano de 1865, que seguem a doutrina consoante a qual a força obrigatória do costume é na exata medida que o código lhe atribui. Portanto, embora façam referência aos costumes, a força enquanto fonte jurídica é tão-somente aquela que a lei lhe confere (seguiram nesta linha os códigos latino-americanos oitocentistas do Uruguai, Art. 9, e da Argentina, Art. 17). Esta posição crítica aponta para a tentativa de elaboração de um pensamento que rompa com a concepção tradicional que, diante da necessidade de segurança jurídica após a queda do Antigo Regime, pleiteou a completude do ordenamento jurídico legal externado no código, no sentido de conferir uma certa autonomia normativa ao costume.

Este esforço, embora não tenha logrado a mencionada autonomia, porque em aspectos essenciais ainda estava presa a concepções normativistas-legalistas herdadas do pensamento do século XIX (tema que será abordado a seguir), representa importante passo para a construção da concepção que julgamos mais adequada, segundo a qual as diversas fontes interrelacionam-se (não hierarquicamente) de forma autônoma, cada qual com um grau próprio de vinculatividade.

2.3 Sobre a normatividade das fontes (superando o consenso)

Segundo a proposta pela qual advogamos, uma reflexão ajustada acerca do problema das fontes leva em consideração que o direito não é tão-somente norma positivada nem tampouco exclusivamente intenção. O direito, para o ser, requer um *modo-de-ser* específico que vincula a *praxis* humana, vinculação que se não admite sem que a fundamente uma validade, que vai implicada no sentido do direito, em seu plano intencional. Destarte, quando se convoca o termo *fontes* referimo-nos ao modo (específico) pelo qual o direito se manifesta (ou se constitui) objetivamente. A questão que se coloca é, portanto, de saber como aquela normatividade (no plano do sentido normativo-intencional) se transfaz em direito positivo. A procura pela resposta desta indagação suscita uma reflexão adequada acerca do problema das fontes o qual não pode ser bem compreendido sem ter em conta a concepção de direito que orienta o pensador (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 7-8). Nesta esteira, a resposta dada por uma concepção positivista não será a mesma daquela oferecida pelo jusnaturalismo, nem tampouco pelo jurisprudencialismo¹ etc.

Costume jurídico, segundo a resposta dada pelo pensamento com o qual comungamos, é entendido como o “comportamento socialmente estabilizado”, ou seja, perene e reiterado, de caráter impessoal e anônimo, tanto em termos da prática social na vida em comunidade como decisórios, em que “a normatividade jurídica é o sentido de uma certa prática social e nessa mesma prática social se sustenta e manifesta esse sentido de normatividade jurídica” (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 17-18). Dualidade esta que não retira

¹ A corrente jurisprudencialista, em sentido amplo, açambarca uma variedade de propostas que têm como ponto de confluência o fato de conceberem o direito como *iuris prudentia* na tentativa de superação do cognitivismo positivista. Característica marcante desta proposta é o resgate do caso-problema como prioridade metodológica (em oposição ao lugar de destaque dado ao sistema de normas no modelo normativista-legalista). É neste sentido que mobilizamos o termo neste momento. Este termo pode receber uma acepção específica para se identificar a proposta de compreensão da juridicidade construída pelo Catedrático de Filosofia do Direito da Escola de Coimbra Castanheira Neves.

o caráter originariamente problemático do direito consuetudinário. No fundo, o costume jurídico se constitui a partir de uma conduta (ou juízo) tomada (embora não explicitamente) em referência a uma constituenda validade normativa de uma determinada comunidade em um dado momento histórico, a qual, por respeitar os princípios (normativos) com esteio nos quais aquele agrupamento humano distingue o justo do injusto, o válido do inválido etc., é (intuitivamente) tomado como exemplo a ser seguido. Neste passo, a normatividade constituída pela prática social só é reconhecida como direito (e não como mera factualidade empiricamente constatável) porque referida (ainda que não por uma resolução racional) ao sentido de validade do direito, sentido e validade adquiridos pela repetição daquele comportamento. Esta reconhecida dualidade adequadamente explicitada por CASTANHEIRA NEVES, em referência a RADBRUCH, põe em xeque a tradicional e também dual distinção que a doutrina comumente faz dos costumes jurídicos indicando sua constituição pela conjugação de um elemento material (comportamento repetido e constante) e um outro ideal (a convicção acerca da obrigatoriedade desse comportamento), haja vista que não pode a normatividade constituir-se a partir da mera constatação factual de que o comportamento em questão é vinculante, ou seja, o jurista quando se depara com um problema juridicamente relevante não admite um comportamento social como constituinte de um *dever-ser* pelo simples reconhecimento sociológico de que tal conduta obriga a comunidade na qual o costume se manifesta, por outro lado, é aquele comportamento social um reconhecimento da normatividade inerente ao valor que está na base da conduta (“Pelo que, com a mesma lógica com que se diz que no costume jurídico o direito deriva do facto, se poderia dizer que o facto deriva do direito”) (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 22-23).

A concepção de *costume* proposta por BEVILAQUA é o defendido pelo pensamento ainda hodiernamente predominante, cujas raízes estão no positivismo jurídico. A aceitação acrítica por parte da doutrina majoritária de que o costume jurídico constitui-se de um *abstractum* (constância e repetição) e de um *animus* (convicção de obrigatoriedade) – o que implica a consideração da conduta social como fonte de juridicidade desvinculadamente do problema da normativa validade fundamentante do direito enquanto tal – guarda íntima relação com uma concepção construída pelo pensamento moderno e que constitui um outro dualismo, a saber: no normativismo o problema da normatividade jurídica é visto no contexto da auto-suficiência do direito como sistema de normas gerais e abstratas independente e preexistentemente ao mundo dos fatos, a implicar, segundo o método lógico-dedutivo-subsumtivo, uma autonomia problemática entre a questão dos fatos e a questão do direito

(CASTANHEIRA NEVES, 1996, p. 130). A alusão a este paradigma explica o porquê de uma concepção tão-somente factual dos costumes como fonte de direito ao mesmo tempo que revela o seu problema insuperável, que é este: o costume é visto como mera factualidade empiricamente demonstrável, se quisermos, cientificamente comprovável (nos termos da razão moderna), mas a ele se tenta atribuir – para instrumentalmente superar a omissão da lei – uma natureza constitutiva que só se admite para o sistema (legal) de normas. Trata-se de uma invencível dicotomia porquanto se tenta ultrapassar a inconcludência do pensamento positivista conciliando-o, sem a pretensão de superá-lo, com algo que o paradigma (normativista) essencialmente recusa. Nesta linha, a admissão do costume como fonte do direito (entendido o costume no sentido tradicional) é uma tentativa de compreender a normatividade jurídica implícita na conduta social e simultaneamente negar que essa mesma normatividade possa ser constituída historicamente fruto da co-existência humana em referência ao pressuposto, mas também constituindo, sentido do direito.

Neste sentido, sempre que o jurista se deparar com a prescrição legal de que na omissão da lei recorrer-se-á aos costumes, é preciso ter em conta qual a concepção (filosófica e metodológica) a partir de que se compreende a juridicidade. Porque se está o jurista impregnado daquele conceito normativista-legalista comprometido será a sua compreensão de *costume* como fonte por encerrar em si aquele paradoxo fundamental acima aludido.

Já se fez na seção anterior alguma menção ao papel da *jurisprudência* enquanto fonte do direito atribuído pela doutrina tradicional, momento em que se dedicou especial atenção à doutrina de BEVILAQUA, para quem a jurisprudência funciona como reveladora do costume. Para não perder de vista a idéia de *consenso*, não é nenhuma novidade o fato de que na comunidade jurídica, mesmo no âmbito de sistemas de legislação como o nosso, todos reconhecem um certo grau de normatividade à jurisprudência dos tribunais, resta saber o porquê, qual é o elemento constitutivo desta vinculação normativa. Entendemos ser insatisfatória a resposta encontrada na doutrina tradicional, assim, em busca do adequado fundamento desta vinculatividade, ou, “da índole exacta da sua juridicidade positiva” (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 83), dedicaremos a próximas linhas.

No sentido desta superação merece destaque a contribuição de DWORKIN, (2005, p. 236), para quem o juiz deve se colocar na posição de um autor que escreverá um capítulo no projeto de um romance em cadeia. Tal qual o romancista em cadeia o juiz “precisa ler tudo o

que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então”, de tal sorte que ao tomar uma decisão deve estar consciente de que a solução que dará ao caso faz parte de um todo ao qual deve ajustar-se – o direito como integridade (“*law as integrity*”) cuja grande ambição é ser uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2005, p. 291). Assim, o juiz, ao proferir o veredicto (conclusões *pós-interpretativas*¹) deve extraí-lo de “uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique” (DWORKIN, 2005, p. 286). Todavia, a integração entre adequação e justificação é tarefa extremamente complexa haja vista depender do delicado equilíbrio entre diferentes convicções políticas, fato que exigirá do jurista algumas qualidades, todas elas reunidas exemplarmente em um modelo de juiz proposto pelo autor estadunidense² (o “*Juiz Hércules*”). No momento de dar o veredicto, fase *pós-interpretativa*, será muito importante a *opinião* de Hércules sobre qual dos princípios oferece melhor interpretação dos casos precedentes (DWORKIN, 2005, p. 289). Segundo DWORKIN (2005, p. 395) as convicções pessoais do juiz influirão sobre qual das interpretações é a mais adequada e ajustada para se decidir o caso em consonância com a prática jurídica como um todo. Conquanto, estas convicções sofrem limitações, ou seja, devem ser “aceitáveis” se confrontadas com o conjunto de princípios que integra a comunidade”.

Ainda que, do ponto de vista metodológico, o raciocínio do jurista estadunidense seja passível de críticas pelo fato de nele a validade da solução não ser aferida pela justeza problemático-normativa entre a norma e o problema pressuposto no caso, mas pela possibilidade do juízo decisório se integrar na coerência da prática considerada como um

¹ Os três estágios interpretativos porque passa o julgador no ato de solucionar o caso no modelo proposto por DWORKIN, são: “*pré-interpretativo*”, “*interpretativo*” e “*pós-interpretativo*”. O primeiro estágio da interpretação é destinado a encontrar regras e padrões relevantes, tal identificação resulta de um consenso da comunidade interpretativa (“*community of readers*”), ainda que dependente de um mínimo de regras de interpretação. O segundo momento, por seu turno, concerne em atingir a normatividade jurídica dos elementos (“*main elements*”) identificados no estágio pré-interpretativo em sua projeção *prática* por uma justificante referência aos princípios, sem que com isso o julgador invente uma nova prática, mas sim interprete uma pré-existente - nota que diferencia o estágio pré-interpretativo da fase interpretativa em sentido estrito, sem, contudo, excluir a dupla responsabilidade do juiz de *interpretar* e *criar*, numa verdadeira “*interpretação construtiva*”. Por fim, o terceiro estágio, denominado *pós-interpretativo*, ou estágio de revisão. Neste momento o intérprete, após identificar o sentido normativo pela *mediação dos critérios positivos (expediente observado na fase de interpretação em sentido estrito)*, “*visa o que na sua global concepção normativa a prática ‘realmente requer’*” que é verdadeiramente fazer daquela prática jurídica a melhor possível de tal sorte que aquela decisão seja o melhor exemplo se confrontado com as práticas precedentes. (CASTANHEIRA NEVES, 2003, p. 355-356). Neste ponto percebe-se um papel corretivo dos erros porventura identificados nas práticas anteriores, ocasião em que se revela robusta a natureza construtiva desta interpretação (DWORKIN, 2005, p. 276-277)

² “Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade. Vamos chamá-lo de Hércules.” (DWORKIN, 2005, p. 287)

todo¹, além de vincular a perfeita aceitabilidade das convicções pessoais a adjetivos encontrados tão-somente em um juiz sobre-humano, há que se reconhecer nela um avanço, especialmente no que tange à doutrina das fontes, que é justamente o de atribuir à jurisprudência uma constutividade própria. Fica afastada a idéia da jurisprudência como reveladora dos costumes ou mesmo descobridora da vontade do legislador de tal sorte que, ao resgatar a perspectiva do direito como *juris prudentia*, põe o caso em destaque e atribui à interpretação uma função não apenas hermenêutica, mas também normativa. Esta é uma nota fundamental para se entender adequadamente a jurisprudência como fonte, sobre o que dedicaremos uma última palavra.

Os reconhecidos limites que o direito-lei apresenta, limites mesmo *normativos* (CASTANHEIRA NEVES), já dão uma pista acerca do necessário caráter construtivo do julgador. Se o direito não se apresenta previamente pronto e acabado para o julgador, há portanto um *algo* por construir quando o jurista se empenha em solucionar o caso, é exatamente neste *algo* que, do ponto de vista normativo, em que o caso concreto *acresce ao direito*, é que se encontrará os contornos da jurisprudência como fonte, que, a propósito, é específica, como específica é a racionalidade por meio da qual o direito se realiza. A *auctoritas* que em geral se atribui no momento de se decidir ao conjunto das decisões anteriores é fato constatável em toda a história do direito, falta-nos, contudo a exata compreensão de como este olhar qualificado que o jurista enquanto tal dirige à jurisprudência se objetiva, e passa a compor o ordenamento jurídico como norma (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 91), num sistema de *civil law* como o nosso no qual institucional e formalmente os precedentes não são necessariamente vinculantes².

¹ “Seria esse afinal o sentido da interpretação jurídica e por esse sentido ela se justificaria – ou encontraria nele a sua validade metodológico-jurídica.” (DWORKIN, 2005, p. 361- 362).

² Acerca do sistema jurídico brasileiro, especialmente na comunidade dos processualistas, já se notam ventos no sentido de “repensar-requalificar” a natureza do nosso ordenamento. Ora, que compomos um sistema de legislação é fato, malgrado, com a “injeção” de “remédios” importados, tais quais as súmulas vinculante (Emenda Constitucional nº 45, Art. 103-A da CR/1988) e impeditiva de recurso (Art. 518 do CPC, redação dada pela Lei 11.276/2006), em geral entendidos como mecanismos excepcionais (estranhos à natureza de nosso sistema), já se começa a admitir a possibilidade de tais instrumentos virem a modificar a própria natureza de nosso ordenamento, notadamente no âmbito do direito processual. Esta é uma idéia muito nova, que pode ou não vir a ganhar força. De todo modo, vale como reflexão ao mesmo tempo que revela a riqueza do debate doutrinário que o tema “jurisprudência como fonte” suscita. Contudo, para o cumprimento do objetivo deste trabalho, nos contentaremos em admitir a prevalência da regra geral, do que, ainda constitui a essência de qualquer sistema oriundo da família romano-germânica, vale dizer, o da não-vinculatividade formal dos precedentes.

Na verdade, os contornos (práticos) da normatividade do ordenamento pressuposto somente são alcançados pelo labor jurisprudencial. Por outro lado, a atividade do jurista *tal quale*, vale dizer, do jurista empenhando na solução do caso concreto, só faz sentido se se pressupõe um ordenamento que no mínimo permita a elaboração do problema que reclama solução. Assim, num movimento dialético, a jurisprudência para o *ser* pressupõe uma normatividade a qual, no seu *ser*, contribui para constituir, de tal sorte que é a interferência da jurisprudência como fonte está exatamente neste “contribuir para constituir” que tem a ver mais com a “*valoração-compreensão*”(CASTANHEIRA NEVES) em si que conjuntamente a jurisprudência dá à normatividade pressuposta do que propriamente de uma objetivação formal da sua atividade (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 93).

Por fim, para ser coerente com a proposta deste trabalho – partiu-se da doutrina tradicional das *fontes* com destino à compreensão de sua superação – abordaremos na seção seguinte a proposta de MIGUEL REALE, modelo exemplar do rompimento com o pensamento clássico.

2.4 A doutrina das fontes no pensamento realeano.

Na defesa que faz da natureza tridimensional do direito MIGUEL REALE nega uma separação rigorosa entre fatos, valores e normas, separação esta que ampara o pensamento jusnaturalista segundo o qual há duas ordens estanques, uma ideal (*dever ser*, direito natural) outra real (*ser*, o direito positivo), mas também refuta a absoluta unidade entre estes elementos, o que implicaria um reducionismo positivista. A concepção realeana de fontes guarda ainda profunda relação com a idéia do direito como *experiência*. É preciso, contudo, ter em conta que pensar o direito como experiência cultural, que se vai construindo em sua própria realização histórica, não implica como defendeu GÉNY, apontar a realidade social como primordial fonte material a qual o direito objetivado positivamente (com contribuição da ciência) cumpre tão somente revelar em termos formais. Na proposta de GÉNY, embora seja louvável a tentativa de superação do formalismo que identificava o direito com a lei e remetia a constituição da normatividade ao poder do Estado, equivoca-se quando perspectiva tão-somente em termos científicos a positivação do direito, preterindo a problematidade inerente à constituição da normatividade, de tal sorte que ao criticar a estanque dualização positivista “norma *versus* fatos” defende uma identidade radical entre ambos (polarizando a

constituição da normatividade no segundo), desprezando o processo problemático¹ de constituição da normatividade a qual, malgrado decorra no seio da realidade social (na coexistência humana) sendo condicionada por esta, não é rigorosamente com ela coincidente. Na lição de CASTANHEIRA NEVES (1976, p. 147-148, 180), com o momento material, no processo de constituição da normatividade, concorrem outros três momentos, a saber: de validade, constitutivo e de objetivação. Ou seja, se por um lado possa se considerar o direito como a (1) *objetivação* da histórica (2) *convivência humana* no mundo, não se pode confundir a primeira com a segunda porquanto para se lograr a referida objetivação outros pressupostos devem ser convocados. Nestes termos, a experiência humana em comunidade não forja diretamente o direito, mas sim, condiciona a constituição de sua normatividade em uma relação dialética entre cujos pólos não se admite um hiato e tampouco uma unidade absoluta. Há verdadeiramente, na lição de MIGUEL REALE (2003, p. 217-218), uma correlatividade em que se por um lado o termo *fonte* relaciona-se com o plano de validade (em uma acepção de harmonia com o ordenamento jurídico como um todo segundo a axiologia que o orienta), os modelos jurídicos, que dão conteúdo às fontes, relacionam-se mais intimamente com o plano de eficácia, ou seja, da projeção das fontes no mundo dos fatos como “*dever ser normativo*”, sendo que entre ambos há uma relação dialética de complementariedade.

Seguindo esta linha, REALE (2003, p. 216), conquanto admita o importante papel da experiência (do fato) na formação do direito, entende que no estudo das fontes o jurista dedicado à reflexão sobre o direito *qua tale* não direciona o seu olhar à vida social dando-a por fonte material, o que reduziria o direito à espécie do género Sociologia. Ao jurista enquanto tal interessa o conteúdo material objetivado e dotado de obrigatoriedade. Neste carácter prescritivo que caracteriza a fonte, segundo o pensamento realeano, já vai implicado um elemento essencial para caracterização de uma fonte, a saber, o *poder de decidir* (que ampara a obrigatoriedade do preceito, dotando-o de prescritibilidade). Assim, somente quando se identifica a prescritibilidade é lícito afirmar ser uma fonte, cujas espécies, para REALE são quatro, vale dizer: *legal* (decorrente do poder *de decidir* estatal), *consuetudinária* (enquanto expressão do *poder social*), *jurisdicional* (emanada do *Poder Judiciário*); e finalmente *negocial* (decorrente da *vontade humana* em se obrigar por meio de contratos)². Além da

¹ “Cada solução normativa positivada representa o superamento de uma tensão fático-axiológica, numa estrutura que, ao mesmo tempo em que torna objetiva a certeza do direito, garante situações e formas de agir aos elementos que dela participem, preservando-se o valor de cada um deles e o do todo” (REALE, 1968, p. 162).

² REALE (2003, p. 223-224) atribuiu um importante papel à doutrina tanto no processo de objetivação do direito quanto na revelação dos modelos jurídicos, explicitando formas inovadoras da realização do Direito atenta a

obrigatoriedade, REALE aponta a *processualidade* (que consiste no processo específico que deve ser observado na formação da norma o qual, se harmonioso com o ordenamento jurídico visto como um todo, garantirá validade à norma); e a *historicidade* (os elementos constitutivos de uma norma bem como as fontes das quais ela emana são inseparáveis da vida social e dos valores construídos na co-existência no seio do qual o direito emerge, relacionando-se, inclusive, com os valores adquiridos após a prescrição de determinada norma) (REALE, 2003, p. 231, 234). No último elemento citado vai implicado o caráter prospectivo da norma, aspecto que cumpre sobrelevar.

O pensamento jurídico tradicional, como bem lembra REALE, é marcado por um olhar retrospectivo da norma, as teorias subjetivistas que proclamaram a descoberta da vontade do legislador como método de integração por excelência, bem como a já aludida defesa da completude lógica do sistema legal, são evidências daquele olhar (ao intérprete cumpria olhar para a norma como comando completo e estático elaborado no passado para se aplicar no presente, toda a normatividade já estava constituída). Na teoria tridimensional, por seu turno, o olhar dirigido à norma é prospectivo. A norma, o que vale para o direito como um todo, é um projeto de futuro. Nestes termos, à segurança jurídica (sobrevalorizada nas codificações pós-revolucionárias) opõe-se dialeticamente a liberdade¹, a exigir, nas palavras de REALE (2003, p. 234), “uma *ordenação jurídica aberta e flexível*”.

Para REALE (2003, p. 239) a autônoma e objetiva validade das normas jurídicas, seja qual for a fonte da qual emanam, bem como o sentido prospectivo das fontes constituem-se argumentos favoráveis a seu pensamento segundo o qual o problema das fontes somente pode ser adequadamente compreendido se pensado em termos de *modelos jurídicos* que não são necessariamente coincidentes às fontes, mas dão conteúdo a estas, em que as fontes figuram como estruturas normativas. O modelo jurídico geralmente “resulta de uma pluralidade de normas entre si articuladas compondo um todo irreduzível às suas partes componentes”. Assim, cumpre ao jurista, diante de um caso a resolver, trazer à colação os fatos e valores em vigor no momento em que se interpreta o conteúdo da norma (REALE, 2003, p. 240). REALE (1968, p. 167-173) localiza a questão do *conteúdo* da fonte no âmbito da

fatos e valores supervenientes ao nascimento de normas provenientes das diversas fontes. Destarte, sem lhe tirar relevância, não a admite como fonte, visto que desprovida, segundo ele, de obrigatoriedade.

¹ A *liberdade* aqui não pode ser vista no sentido moderno-iluminista do homem sujeito de direito livre para contratar. A idéia de liberdade no pensamento de Reale tem íntima ligação com a concepção de homem que pressupõe, a saber, do homem-pessoa, ente dotado de dignidade, autônomo, livre neste sentido, portanto.

efetividade (normativa), ou seja, afasta-o do simples enunciado lógico pretérito a ser “aplicado” no presente, e sim como *dever ser* que se concretiza na co-existência humana em relação a exigências fáticas e valorativas historicamente situadas. Destarte, o “modelo é um dever que se concretiza na experiência social, ligada com fatos e exigências valorativas”, decorrente de uma série de fatores histórico-sociais de natureza valorativa e normativa¹.

O modelo, *conteúdo* da fonte, é entendido como algo desacoplado das intenções originárias dos agentes envolvidos na constituição da norma. Neste raciocínio o conteúdo normativo, o sentido da prescritibilidade da norma, em uma visão prospectiva, é alcançado condicionadamente à axiologia e aos fatos do momento em que se interpreta (REALE, 1968, p. 167-173). Assim, na visão do mestre do Largo de São Francisco (REALE, 2003, p. 241):

“só a compreensão do *conteúdo* das fontes de direito em termos de *modelo jurídico* tem a virtude de torná-lo susceptível de realizar-se ou efetivar-se na plenitude de sua *potencial validade*, não somente possibilitando que a regra jurídica seja vista como *algo objetivo e válido de per si* (independentemente da intenção originária de que a pôs *in esse*) e também que ela se *efective* em todo o leque de suas virtualidades, até que surja imperiosa necessidade da revogação da norma vigente para dar lugar a novo processo normativo”.

Nestes termos, tal qual a cultura no que tange à história, os valores exercem um importante papel de conservação em relação às normas jurídicas. Assim, se na doutrina de REALE uma fonte só pode ser assim considerada se atender ao específico processo que lhe garante validade, deve ser o seu conteúdo harmonioso com o momento histórico em que ela surge (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 32).

3 Considerações finais

O trabalho a que nos propusemos não permite “conclusão”, as idéias que aqui se defendem, sem prescindir de comandos normativos que em determinado momento histórico e em dada comunidade humana se estabilizam, pressupõem uma concepção de direito vivo, assim, com NIETZSCHE, relembramos que não se define aquilo que tem história, de modo que não nos seria lícito arriscar definições. Contudo, em um raciocínio de segundo grau, é nos permitido dizer mais alguma coisa sobre o que foi dito, com o que pretendemos destacar alguma lição.

¹ Veja que não se pode confundir a idéia de *modelo* proposta por Reale com o tradicional *instituto jurídico*. O que marca a discrepância é o caráter prospectivo inerente ao primeiro e a natureza estática, estabilizada, que caracteriza o segundo (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 31-32).

No decorrer destas breves reflexões, em que se dialogou com diferentes correntes de pensamentos, procurou-se marcar pelo menos duas perspectivas de compreensão das fontes, a partir de um olhar qualificado através do qual se pretendeu ver para além do “consenso” que paira em torno de uma classificação. Na primeira perspectiva (“tradicional”), vislumbra-se o primado da lei como fonte da juridicidade em que se relega a interpretação para um segundo plano, a qual aparece como elemento acessório, enquanto instrumento convocado quando a lei não é suficientemente clara na constituição do direito e na solução do problema. Já na segunda perspectiva não se percebe mais aquela visão “escalonada” do direito, é o caso-problema o centro das atenções, de tal sorte que o direito é visto como um valor que se vai construindo historicamente com vista à solução do caso, sempre pressupondo, para não se tornar um mero casuísmo, um (constituendo) sistema jurídico, formado por estratos entre os quais não há hierarquia. Neste modelo, em que o raciocínio analógico ocupa posição de destaque (BRONZE, 2006, p. 608-612), quando o jurista se depara com um caso, ao mobilizar um critério legal, cuja intencionalidade problemática procura comparar com o problema que o caso encerra, mobiliza também os princípios normativos, a doutrina, e também as respostas dadas em casos semelhantes anteriores, tendo sempre como norte o sentido do próprio direito. Neste raciocínio, a interpretação permeia todo o processo de realização do direito, é, destarte, não um mero instrumento acessório, mas verdadeiramente momento da própria realização do direito. Tudo isso a tornar completamente despropositada qualquer “classificação” que hierarquize as fontes de constituição da juridicidade rotulando umas de principais e outras de subsidiárias. Vemos o costume, portanto, não como uma fonte subsidiária do direito, mas sim como uma evidência de que o jurídico é fruto da própria história humana e nesta historicidade encontra diversas formas de manifestação, entre as quais, malgrado haja diferentes tipos de vinculação, não há hierarquia ou relação de acessório-principal que permita qualquer hierarquização. Quanto à jurisprudência, mais do que um instrumento para a manifestação dos costumes ou fonte complementar ao já na lei “definido” revela o *modus* como o direito se realiza e se constitui, é, nestes termos, fonte qualificada porquanto no decorrer do tempo, na medida em que casos vão sendo resolvidos vai se densificando o sentido normativo do direito, seja ele legal ou costumeiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro-Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1929

BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CASTANHEIRA NEVES, António. «As fontes do direito e o problema da positividade jurídica», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LII. Coimbra: Coimbra Editora, 1976

_____ «Fontes do direito – contributo para a revisão de seu problema», *Digesta, Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____ «Matéria de Facto-Matéria de Direito», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 129º. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____ «O actual problema metodológico da interpretação jurídica». Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003

ESPINOLA, Eduardo. *Breves anotações ao Código Civil Brasileiro*. Bahia: Joaquim Ribeiro e Co., 1918

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Atual. José da Silva Pacheco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *O direito como experiência (Introdução à Epistemologia Jurídica)*. São Paulo: Saraiva, 1968

_____ *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____ *Teoria tridimensional do direito; Teoria da Justiça; Fontes e Modelos do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003.

RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil: parte geral*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1994

SITIO ELETRÔNICO: www.stf.jus.br

O PRINCÍPIO TORQUEMADA: Ou como extrair confissões de uma terra torturada

Ramon Mapa da Silva¹

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar o discurso científico da modernidade como um legitimador do trato exploratório do homem com a natureza, relacionando o discurso científico com formas de dominação da natureza.

Palavras-Chave: modernidade, natureza, dominação.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the scientific discourse of modernity like a way of legitimate the exploratory relationship of the man with the nature, linking the scientific discourse with forms of domination of nature.

Keywords: modernity, nature, domination

Introdução

A afirmação de que a discussão ambiental foi durante muito tempo colocada ao largo das considerações acerca dos problemas sociais pode soar estranha a muitos ouvidos. Afinal, a premência da questão ambiental, hoje, chega a ser sufocante. A consciência de que nossas atitudes mais rotineiras e pretensamente insignificantes têm uma repercussão global parece contornar e abarcar todas as demais questões como partes de um problema bem maior. Por mais que exista uma verdade nessa impressão é preciso ressaltar que o problema ambiental é, em primeira instância, um problema social, que corta sagitalmente não só as relações do homem com a natureza, mas do homem com outros homens. Nessa perspectiva a estraneidade da afirmação inicial permanece, uma vez que nos acostumamos, a partir da modernidade, a enxergar nossa relação com a natureza como uma relação quase abstrata, baseada em números e cálculos de demanda, oferta e escassez.

Essa lógica se apóia na nossa forma de atribuição de valor, forma essa estruturada em torno da conversão da realidade em mercadoria, e em um último momento, em capital. A propriedade se configura a partir do capitalismo pela lógica do capital. Passamos a considerar algo como nosso a partir do momento em que atribuímos valor monetário a esse algo. Em outras

¹ Mestrando em Teoria do Direito pela PUC-MG, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIPAC, professor do curso de Direito da UNIPAC de Itabirito e da Faculdade Dinâmica de Ponte Nova.

palavras, nossa maneira de identificação da realidade perpassa profundamente por uma lógica de reificação dessa mesma realidade.¹

Marx e Engels destacam na Ideologia Alemã essa forma de conversão da realidade em “ideia”, como um dos pressupostos da forma capitalista de apreensão dessa mesma realidade:

No direito privado, exprimem-se as relações de propriedade existentes como sendo o resultado de uma vontade geral. O próprio *jus utendi e abutendi* exprime, por um lado, o fato de que a propriedade privada se tornou completamente independente da comunidade e, por outro lado, a ilusão de que essa propriedade privada repousa sobre a simples vontade privada, sobre a livre disposição das coisas. Na prática, o *abuti* tem limites econômicos bem determinados para o proprietário privado, se este não quiser ver sua propriedade, e com ela seu *jus abutendi*, passar para outras mãos; pois, afinal de contas, a coisa, considerada unicamente em suas relações com a vontade, não é absolutamente nada, mas somente no comércio, e independentemente do direito, torna-se uma coisa, uma propriedade real (uma *relação*, aquilo que os filósofos chamam uma idéia)²

A forma ocidental moderna de se relacionar com o mundo natural, baseada numa separação entre natureza e cultura, e numa pretensa ‘eleição’ da espécie humana como os destinados a governar a terra, como informa a mitologia judaico-cristã, se soma a essa perspectiva reificante, em que o olhar humano se torna uma fonte de atribuição de valor, de conversão do mundo em capital, em uma balança cujo peso padrão é a possibilidade de lucro. Na mitologia judaico-cristã o homem se acredita o dono da terra, com o capitalismo ele se assume como tal pondo um preço a ela.

Nesse viés o retorno à afirmação inicial faz cada vez mais sentido. As discussões acerca da preservação ambiental perpassam, quase que exclusivamente, a questão sobre como manter essa forma de ver o mundo, ou em termos mais práticos, o nível de aquisição de lucro pelo capital, sem destruir o mundo pra isso. Ou seja, o valor do ambiente continua sendo relativizado sob a perspectiva da utilidade do mesmo para a manutenção dessa realidade essencialmente exploratória em que vivemos. Nega-se à natureza um valor intrínseco, reconhece-se somente um sentido enquanto possibilitadora da vida humana nos moldes que conhecemos. O valor da natureza, portanto, reside na sua utilidade.

¹ “(...) Porque a propriedade privada converteu os homens em indivíduos tão estúpidos e enviesados, que apenas vêem um objeto como “seu” quando o possuem, quando existe para eles como capital”. ALTVATER, Elmar, Existe um marxismo ecológico? In A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas/compilado por Atilio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina González – 1ª Ed. – Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007, pág. 330.

² MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, A ideologia alemã, Martins Fontes, São Paulo, SP: 1998. pág. 76.

Essa redução da natureza à sua utilidade anda de par com o reducionismo da realidade ao cálculo, próprio da concepção ocidental do mundo e que se reforça na estrutura do capitalismo e na modernidade das luzes. Baseado nas concepções partilhadas pelos povos do Livro acerca de uma pretensa eleição da espécie humana sobre o mundo, bem como em um dualismo entre o material e o espiritual o reducionismo ao cálculo atende às necessidades da forma econômica e da quantificação reificante do mundo.

Esse distanciamento do homem da natureza se mostra como uma verdadeira obsessão da ciência moderna, que pretende, através do conhecimento, dominar a natureza, libertando o homem de seus “arbítrios”.¹ Obliterada pelo mito da eficiência e do cálculo a ciência não se questiona sobre as conseqüências do que descobre ou manipula, respondendo unicamente à deidade moderna do progresso.

A feição moderna do progresso prometia o fim das mazelas materiais da humanidade, através do domínio da natureza, da produção industrial massificada, da agricultura independente das condições climáticas, ou seja, de uma produção material que atendesse às necessidades e vontades do homem. Tal concepção ignorava os limites da natureza em nos fornecer os recursos necessários a essa empreitada. Em verdade enxergava o mundo humano como radicalmente separado do mundo natural, capaz de se construir e se determinar independente de sua relação com o mundo à sua volta.

Por mais radicalmente ingênua que essa concepção pareça aos nossos ouvidos, é necessário ressaltar sua predominância nos círculos científicos até pouco tempo atrás, e lembrar que todo o pensamento científico a partir de Descartes orbita essa crença. As primeiras décadas do século passado ainda cantavam hinos ao progresso-divindade² e mesmo alguns dos discursos

¹ “Mas essa idéia simples nos permanece difícil de compreender, pois nossas categorias de pensamento opõem o corpo ao espírito, o ‘materialismo’ ao ‘espiritualismo’. Fomentadas pelos progressos das ciências e das técnicas, essas dicotomias nos levam a crer, de um lado, que o Homem poderá ser explicado como um objeto natural qualquer, que não há nada sobre ele que as ciências naturais não possam um dia nos revelar e nos permitir manipular; e, do outro, que o Homem, assim tornado transparente a si mesmo, poderia libertar-se um dia de toda determinação natural: escolher seu sexo, deixar de ser atingido pela idade, vencer a doença e, porque não, a própria morte. Olhar o homem como um puro objeto ou olhá-lo como um puro espírito são as duas faces de um mesmo delírio.” SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*, 1ed. Martins Fontes, São Paulo: SP: 2007 pág X.

² “Nós cantaremos as grandes multidões excitadas pelo trabalho, pelo prazer e pela sublevação; nós cantaremos as marés multicoloridas e polifônicas da revolução nas capitais modernas; nós cantaremos o fervor noturno dos arsenais e dos estaleiros resplandecendo sob violentas luas elétricas; gulosas estações ferroviárias que devoram serpentes emplumadas de fumo; fábricas suspensas nas nuvens pelos cordéis enrolados de suas fumaças; nuvens que cavalgam os rios como ginastas gigantescos, brilhando ao sol com uma cintilação de facas; vapores

pretensamente ecológicos somente conseguiam conceber a destruição ambiental como uma face deformada do progresso real, desejável e factível.

A convergência entre a racionalidade moderna e o capitalismo¹ gera uma nova forma de se tratar a questão ecológica. Até então a humanidade carecia de instrumentos e técnicas capazes de alterar profundamente o meio ambiente à sua volta, permanecendo sujeita ainda às alterações climáticas, bem como à quantidade de recursos capaz de extrair com a tecnologia existente. As relações de produção nascidas com a moderna indústria pretenderam alterar tal realidade, evocando a ideia de produção massificada e emancipação dos determinismos naturais. Tais relações encontram uma serva benevolente na ciência moderna, fortemente preocupada em se libertar das condicionantes sensoriais do conhecimento, bem como em quantificar a realidade, convertendo sua representação em equações matemáticas.

A ciência se converte então em força produtiva, impondo uma forma de pensar a realidade através do que pode ser manipulado e quantificado.² A lógica do mercado e do laboratório, baseada na eficácia e na eficiência se tornam a base epistemológica dos séculos XVIII e XIX. Tal lógica, para funcionar, necessita abstrair de suas considerações os limites da realidade em que se acha inserida, pensando a mesma como capaz de prover recursos infinitamente, recursos que devem ser considerados somente nos cálculos dos meios necessários para sua aplicação mais eficaz:

Ao lado da conquista política da terra havia aparecido outra conquista, que desta vez referia-se a cada um dos componentes da terra ainda por conquistar. A ação mercantil, por um lado, e o método das ciências empíricas, por outro, incluíram todos os fatos e processos parciais a um conceito de eficiência que consiste

aventureiros (...) locomotivas de peito proeminente (...) e a luz insinuante dos aeroplanos (etc.).” MARINETTI. F. T. *The Founding and Manifesto of Futurism*, 1909, cit. *In* BERMAN, Marshall, *Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*, São Paulo: SP, Companhia das Letras, 1986, pág. 24.

¹ Considerado enquanto forma de produção o comunismo é fruto da modernidade tanto quanto o capitalismo, entretanto não se prende à busca incessante pelo lucro, o que gera diferenças sensíveis no trato do homem com a realidade. A natureza se apresenta ainda como ambiente humanizado, mas numa relação, chamada por Marx (*A ideologia alemã*, Martins Fontes, São Paulo, SP: 1998) de humanismo plenamente realizado, em que haveria uma reconciliação entre homem e natureza. Alguns autores, entre eles Berman (*Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*, São Paulo: SP, Companhia das Letras, 1986), chamam atenção para a dificuldade ou mesmo impossibilidade dessa reconciliação, uma vez que o comunismo defende uma ideia de progresso técnico científica muito parecida com a defendida pelo capitalismo. Entretanto é necessário considerar que o progresso passa a ser simplesmente uma ferramenta para o lucro dentro do capitalismo, se afastando da ideia inicial de libertador do homem de suas necessidades materiais. O progresso para o comunismo mantém ainda o sentido de garantir a cada um o essencial para suprir suas necessidades materiais, numa relação que se pretende harmoniosa com a natureza.

² “(...) Promovidos pela rápida conversão da ciência em força produtiva, os critérios científicos de eficiência e eficácia logo se tornaram hegemônicos, ao ponto de colonizarem gradualmente os critérios racionais de outras lógicas emancipatórias.” SANTOS, Boaventura de Sousa, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, 6ed. São Paulo, SP, Cortez editora, 2007, pág. 51

precisamente na abstração desta globalização da vida real, isto é, abstração das condições de possibilidade da vida humana. O mercado e o laboratório fazem abstração da globalidade da vida humana, para efetuar sua ação. Fazem abstração da redondeza da terra, do fato de que nosso planeta é um globo. Sua imagem da terra é a de uma planície infinita na qual se destrói uma parte para passar a outra, sem ter nunca um problema do globo. É uma imagem pré-ptolomaica. Somente por isso pode desenvolver uma ação – seja científica, seja mercantil – que entenda os meios e os fins como elementos parciais de uma ação a ser calculada. Abstraem o fato de que a realidade é condição de possibilidade da vida humana. Logo, o sujeito desse método científico é um observador – *res cogitans* frente à *res extensa* – e o sujeito da ação mercantil é um ator reduzido ao cálculo das utilidades a partir de fins específicos. Nessas teorias da ação não cabe uma finalidade como a condição de possibilidade da vida humana. Falam da produção de produtos segundo a racionalidade meio-fim, sem falar nem da reprodução do produtor que produz estes produtos, nem da natureza, da qual se extraem as matérias-primas para a sua produção.¹

Tal abstração é clara na linguagem econômica predominante no trato com a natureza. Os danos ambientais são classificados sob a expressão “externalidades”, como se fossem uma realidade exógena à produção e que não cabem no “cálculo” da eficiência produtiva. Para que a produção capitalista persista é fundamental que insista na ideia de que ela reside em outro mundo, outra realidade². A mera “internalização” dessas “externalidades” em realidade, não confere nenhum auxílio substancial à natureza, uma vez que ela se daria de forma inteiramente econômica, ou seja, os danos ambientais se converteriam em um problema de ordem monetária, problema esse que, dentro da forma de mercado que conhecemos, seria repassado ao consumidor para continuar garantindo o lucro da produção. Dizer que um produto ficou x% mais caro devido ao desmatamento de uma floresta virgem não faz as árvores renascerem. Em última instância, a “internalização” do cálculo das “externalidades” só seria ecologicamente benéfica se o montante calculado fosse tão considerável que desestimulasse a atuação em determinada esfera produtiva³. Mas essa ideia está condicionada

¹ HINKELAMMERT, Franz, A globalidade da terra e a estratégia da globalização, *in* A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas/compilado por Atilio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina González – 1ª Ed. – Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007, pág. 356

² A natureza funciona como um meio de intercâmbio de externalidades que levam esse nome de externas porque não podem ser reguladas pelos mecanismos de mercado. Esta aporia fundamental da teoria clássica e neoclássica só pode superar-se excluindo o tempo e o espaço, quer dizer, a dimensão da natureza de seu corpo teórico (Altvater 1989). É necessário conceber a economia como um empreendimento mais à frente do tempo e do espaço históricos, porque de outra maneira a teoria deve admitir que as transformações econômicas (o consumo da energia e matéria) têm um efeito irreversível na natureza seja pelo fato das externalidades serem internalizadas ou não. ALTVATER, Elmar, Existe um marxismo ecológico? *In* A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas/compilado por Atilio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina González – 1ª Ed. – Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007, pág. 337.

³ Por exemplo: a pecuária extensiva é uma das atividades mais danosas ao ambiente. Se tal dano pudesse ser calculado e inserido nos custos de produção, o preço dos alimentos retirados dessa cultura seriam extremamente elevados, desestimulando o mercado consumidor e conseqüentemente os investimentos em produção.

a um determinismo econômico que não tem lugar dentro do capitalismo. Muito provavelmente esse desestímulo seria passageiro, uma vez que, numa realidade em que tudo se transforma em mercadoria é preciso a constante renovação e criação de mercados consumidores. Por maior que seja o custo de produção ou o preço do produto muito provavelmente existiria alguém para produzi-lo e alguém para consumi-lo, abstraindo, novamente, das consequências de sua produção.

O pensamento tradicional sobre a produção não é capaz, portanto, de compreender as consequências ambientais das atividades humanas. Tal déficit na capacidade de previsão é uma característica da ciência moderna convertida em força de produção. A ciência moderna se mostra como uma teoria da ação:

A ciência e a tecnologia aumentaram a nossa capacidade de acção de uma forma sem precedentes, e, com isso, fizeram expandir a dimensão espaço-temporal dos nossos actos. Enquanto anteriormente os actos sociais partilhavam a mesma dimensão espaço-temporal das suas consequências, hoje em dia a intervenção tecnológica pode prolongar as consequências, no tempo e no espaço, muito para além da dimensão do próprio acto através de nexos de causalidade cada vez mais complexos e opacos. (...) A expansão da capacidade de acção ainda não se fez acompanhar de uma expansão semelhante da capacidade de previsão, e, por isso, a previsão das consequências da acção científica é necessariamente muito menos científica que a acção científica em si mesma. Esta assimetria tanto pode ser considerada um excesso como um déficit: a capacidade de acção é excessiva relativamente à capacidade de previsão das consequências do acto em si ou, pelo contrário, a capacidade de prever as consequências é deficitária relativamente à capacidade de as produzir. Estas duas leituras não são intermutáveis, dado que se referem a processos distintos e evidenciam preocupações diferentes. A primeira põe em causa a noção de progresso científico e a segunda limita-se a exigir mais progresso científico.¹

A previsão das consequências da acção científica não é somente considerada como pouco científica. Dentro do paradigma da ciência dominante tal previsão não é trabalho do cientista, não deve ser nem mesmo parte de suas preocupações. Qualquer tipo de preocupação nesse sentido seria considerado um “juízo de valor”, algo inaceitável dentro da ciência moderna e mais propriamente após a teoria de ação criada por Max Weber.²

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, 6ed. São Paulo, SP, Cortez editora, 2007, pág. 58.

² “A teoria da ação mais conhecida ainda hoje é a de Max Weber, a qual considera tais conhecimentos como ‘juízo de valor’, dos que sustentam que a ciência não os pode e não os deve efetuar. Quando Weber fala da ética da responsabilidade, postula a responsabilidade do cientista e do homem do mercado de não se deixar levar por considerações do tipo das que fizemos acerca da globalização do mundo real. Por isso, o que Weber chama de ética da responsabilidade é, de fato, uma ética da irresponsabilidade mais absoluta.” HINKELAMMERT, Franz, *A globalidade da terra e a estratégia da globalização*, in *A teoria marxista hoje: problemas e*

Não é de se admirar que o primeiro predicado das ditas ciências naturais que as ciências humanas pretenderam adaptar tenha sido a neutralidade na lida com seus respectivos objetos. Essa neutralidade, em realidade inalcançável, trabalha como um escudo, que protege o “cientista” das obrigações éticas geradas pelas consequências de sua ação científica. A semelhança entre algumas metodologias científicas e de alguns métodos de produção como o Fordismo e o Taylorismo é, muitas vezes, assustadora, uma vez que são baseadas somente na administração de aspectos da realidade, considerados como objetos (*res extensa*). A ação deve ser realizada, independente das consequências geradas pela manipulação dessa realidade e, não cabe ao cientista, assim como não cabe ao administrador, se questionar se os resultados obtidos acarretam consequências indesejadas. Se essas consequências não alteram a produção, tanto do resultado científico, como da linha de produção, serão meras “externalidades”.

As íris do inquisidor

Utilizamos critérios de cientificidade que nascem da necessidade de eficiência e eficácia dos laboratórios e mercados. Tais critérios agem dentro de uma lógica de quantificação e reificação da realidade que é incompatível com a preservação real da natureza, uma vez que a própria análise da natureza se mostra como sua conversão em objeto. A antropologia levantou esse problema na análise de comunidades “primitivas”. A conversão da tribo em objeto de análise, assim como a presença do observador, adulterava inevitavelmente o comportamento tribal, que não poderia mais ser considerado primitivo. A análise do objeto destrói o objeto analisado. Descobrir se esse é um problema da ciência moderna, ou da ciência como força produtiva, ultrapassa os objetivos desse texto. Mas podemos afirmar que os critérios científicos utilizados, baseados em critérios de produção e de administração de meios e fins, contribuem seriamente para tal realidade.

A lógica do capital e da administração científica da realidade leva essa mesma realidade a um ponto limite, a uma crise que se eterniza e que promete engolir tudo a qualquer momento. O limite parece cada vez mais claro, mais próximo, e também parece que caminhamos até ele, com o fito único de ultrapassá-lo, com uma assombrosa convicção.

As ciências naturais se inscreveram como uma forma de fazer falar a natureza silenciosa, numa vivisseção contínua que pretende tornar os dados, as equações e as medidas nos verbos que entregam a nós os segredos do mundo natural. Em um mundo estruturado e entendido como razão, o silêncio do mundo natural, assim como o riso do louco, é ofensivo e deve ser traduzido a uma linguagem manipulável, que faça sentido aos nossos ouvidos. Mas o silêncio não se rompe facilmente, assim como o torturado, o natural quando inquirido só fala no limite do suportável, prestes a se perder.¹

O limite da resistência, incapaz de deter a mão do torturador já que este é incapaz de prevê-lo, esse limite, no que tange ao planeta, talvez já tenha sido ultrapassado:

Finalmente, a promessa da dominação da natureza foi cumprida de modo perverso sob a forma de destruição da natureza e da crise ecológica. Apenas dois exemplos. Nos últimos 50 anos o mundo perdeu cerca de um terço da sua cobertura florestal. Apesar de a floresta tropical fornecer 42% da biomassa vegetal e do oxigênio, 600.000 hectares de floresta mexicana são destruídos anualmente. As empresas multinacionais detêm hoje direitos de abate de árvores em 12 milhões de hectares da floresta amazônica. A desertificação e a falta de água são os problemas que mais vão afectar os países do Terceiro Mundo na próxima década. Um quinto da humanidade já não tem hoje acesso à água potável.²

Essa catástrofe, chocante em sua irracionalidade e, mais ainda, na irreversibilidade de suas consequências, é por nós “vivenciada” como algo quase “normal”. O choque em si não leva a nenhuma ação, nenhuma reação, nenhum conhecimento. Nossa concepção de mundo, que nos permite esse assombro diante de sua face, não nos permite nenhum movimento real, como a cabeça decepada de uma terrível górgone:

O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX ‘ainda’ sejam possíveis não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável.³

¹ “O general francês Massis dizia durante a guerra da Argélia: a tortura é eficaz; por conseguinte, é necessária. Do eficaz passa-se à afirmação da necessidade. Entretanto, a eficácia implica passar o limite. A tortura somente é eficaz se leva o torturado até o limite do suportável. É como quando fazemos a prova de um material. Leva-se o objeto ao limite antes que se quebre (*Materialzerreiβprobe*). Não obstante, o problema deste limite é que não se pode conhecer *ex ante*. Quando o material é quebrado sabe-se que seu limite foi ultrapassado, ou seja, *ex post*. No caso do material, sabe-se então até onde ele agüenta. No caso do torturador é diferente. Muitas vezes passa o limite. Porém o torturado está morto. A eficácia, entretanto, necessita deste conceito de limite, levar a prova até o limite.” HINKELAMMERT, Franz, A globalidade da terra e a estratégia da globalização, in A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas/compilado por Atilio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina González – 1ª Ed. – Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007, pág.359.

² SANTOS, Boaventura de Sousa, A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, 6ed. São Paulo, SP, Cortez editora, 2007, pág.24.

³ BENJAMIN, Walter, Obras escolhidas, São Paulo, SP, Editora Brasiliense, 1985.

Do sangue que goteja da cabeça dessa górgone não brotam cavalos alados, mas uma desesperança e uma brutalidade bem ctônicas, reais. Conscientes do fim as pessoas se perguntam porque devem renunciar à vida que levam, porque devem se responsabilizar pelo o que acontece em escala global, enfim, porque devem agir diferente do que agem se a condenação parece ser tão inevitável?

A própria ciência brutaliza, pois evita e até condena a responsabilidade no agir. Como se movimentava dentro da necessidade de fazer falar a terra, age como um instrumento de tortura extremamente eficiente, limpo, estéril, neutro.

Dizem que o inquisidor Torquemada fez a seguinte pergunta a Bacon: é lícito não torturar um herege? Bacon respondeu: “não é lícito não o torturar, porque desta maneira lhe roubaríamos a última oportunidade de salvar sua alma eterna.”¹ A ciência empírica, também segundo Bacon, não pode se eximir de questionar a natureza, inquiri-la, mesmo que tenha que forçá-la a dar respostas, como nas palavras de Kant:²

A razão deve acudir à Natureza levando em uma mão seus princípios, segundo os quais tão-somente os fenômenos concordantes podem ter o valor de leis, e na outra o experimento, pensando segundo aqueles princípios; assim conseguirá ser instruída pela Natureza, mas não em qualidade de discípulo que escuta tudo o que o Mestre quer, mas sim na de juiz autorizado que obriga as testemunhas a responder às perguntas que lhe fazem.

Pensando epistemologicamente o problema, o discurso de Bacon coloca a imagem do torturador no início da ciência moderna. Imagem tatuada que se recusa a abandonar a pele em que foi pregada. O cientista, o Grande Inquisidor, que tortura a terra para realizar o sonho da liberdade humana encena o grande drama fáustico da modernidade. Ele não destrói porque é mal, o faz por um bem maior, por uma criação que se pretende mais elevada.

¹ HINKELAMMERT, Franz, A globalidade da terra e a estratégia da globalização, *in* A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas/compilado por Atilio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina González – 1ª Ed. – Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007, pág.355.

² KANT, Immanuel, Crítica da Razão Pura, citado em HINKELAMMERT, Franz, A globalidade da terra e a estratégia da globalização, *in* A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas/compilado por Atilio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina González – 1ª Ed. – Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007, pág.355.

Fausto e o deserto particular

Assim como o diálogo entre Torquemada e Bacon, Fausto se inscreve como uma expressão das nossas concepções de mundo a partir da modernidade. Se colocássemos as palavras do Inquisidor e do Cientista nos lábios de Fausto e Mefistófeles provavelmente soaria extremamente natural.

Fausto representa como ninguém o espírito conflituoso da modernidade, ansioso por liberdade e emancipação, ao mesmo tempo em que é prisioneiro de promessas e necessidades que o lembram a todo instante de sua condição. O drama de Fausto deixa de ser um drama unicamente pessoal quando o personagem começa a alterar a realidade, dominando a natureza em nome de um progresso humano, idealizado por ele e que deixa o próprio Mefisto espantado.¹

Fausto pretende canalizar a energia produzida pela natureza para fatalmente libertar a humanidade, para torná-la livre para agir (*tägit-frei*). Ele não promete segurança, mas liberdade, atividade, a contemplação das forças anárquicas da natureza sendo domadas enfim, para que o homem possa agir liberto de suas contingências.

A ideia de libertação é fundamental aqui. O dualismo cartesiano reproduz a ideia platônica de que a alma é prisioneira do corpo, o espiritual prisioneiro do material, a cultura e o saber prisioneiros da natureza. A ideia fáustica é encerrar esse dualismo, não através de uma reconciliação entre seus pólos, mas pela dominação plena do aspecto material da realidade. Fazer a natureza se moldar à vontade humana, canalizar e inverter ondas e ventos, controlar e administrar o mundo natural como uma imensa fonte de energia. O objetivo de Fausto é transcender a condição humana, para ele presa dos caprichos naturais e levá-la a tal estado de progresso que ela se liberte desses caprichos. Interessante notar que Fausto se torna um entusiasta da ação dirigida, administrada. Concepção de ação que já comentamos e que se transformaria no paradigma do pensamento científico moderno. Interessante perceber também que Fausto acredita que a humanidade como um todo se beneficiará com sua nova visão. O

¹ “Fausto se ergue enraivecido: porque os homens tem que deixar as coisas serem como sempre têm sido? Não é já o momento do homem libertar-se da arrogante tirania da natureza, de enfrentar a natureza em nome do ‘livre espírito que protege todos os direitos’ (10202-05)? Fausto começa a usar uma linguagem política pós-1789 num contexto que até então ninguém havia encarado como político. E, prossegue: é um absurdo que, despendendo toda essa energia, o mar apenas se mova, para a frente e para trás, interminavelmente – ‘sem nada realizar!’. BERMAN, Marshall, Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade, São Paulo: SP, Companhia das Letras, 1986, pág. 61

importante é agir para construir a liberdade de agir, e até esse ponto não importa quais sacrifícios serão necessários. Todos serão realizados em nome de um progresso, de um bem maior, de uma causa maior do que toda a vida considerada individualmente. O pensamento de Fausto é iminente burguês, no sentido que Marx atribuiu à primeira forma de ação burguesa antes de sua busca voraz pelo lucro. No Manifesto Comunista Marx identifica um primeiro estágio da burguesia como uma classe de homens de ação, que derrubaram as antigas crenças e superstições humanas através da atividade construtora da realidade. O problema é que em nome do lucro abandonaram essa estratégia, deixando a ação para as massas trabalhadoras, e criando eles mesmos crenças e superstições para manter sua hegemonia, através da ideologia.¹

Outro aspecto de Fausto a se destacar é o fato de que ele compartilha a crença moderna de que a Terra é uma matéria a ser moldada, transformada para servir aos interesses humanos. O progresso se mostra na humanização do ambiente, visto como ferramenta para a libertação da humanidade.

Não existem considerações acerca dos resultados dessa ação sobre a natureza. Até esse momento Fausto enxerga a natureza como energia desperdiçada, sem um fim definido. Ele usará de todas as suas habilidades de administrador para converter essa energia em atividade em prol da humanidade.

Não é somente na administração científica da realidade que o homem moderno é fáustico. Sua tragédia se estende para além. O homem moderno enxerga o ambiente desumanizado como vazio, diáfano para seu olhar. Se o que dito pouco acima, de que só vemos algo como nosso quando atribuímos valor a esse algo, em uma relação de identificação, for verdade, todo ambiente onde essa identificação não existe é considerado vazio enquanto inumano, deserto enquanto natural.

A visão que Fausto tem da natureza, enquanto energia desperdiçada é um eco dessa forma de apreensão da realidade. O progresso não é só conformação da realidade à vontade humana, mas é preencher o deserto, humanizá-lo, completá-lo. Ao final da tragédia, ao preencher o deserto Fausto está esgotado, mas, sobretudo, vazio.

¹ Ver BERMAN, Marshall, Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade, São Paulo: SP, Companhia das Letras, 1986.

Berman¹ levanta a hipótese de que a terra vazia, quando transformada em um deslumbrante espaço físico e social é recriada no coração do fomentador dessa nova realidade. Se pensarmos que em termos físicos nada se perde, podemos imaginar que essa alegoria não tem simplesmente a força de uma metáfora. Ao reificar e enxergar a natureza como vazio, o olhar humano reifica o próprio ser humano. Não demora muito para que o olhar se volte para o fomentador, para que ele se enxergue na própria relação de brutalidade que ele criou.

Guatarri, nas Três Ecologias, chama atenção para o fato de que, nas discussões sobre a relação do homem com o meio ambiente degradado, não nos atentamos para o fato de que o próprio homem se degrada e se consome. Baudrillard² comenta que, no cinema, King Kong parece muito mais humano do que as pessoas que o aprisionam e o expõem num espetáculo. Da mesma forma que o vazio do deserto ambiental se reproduz no ser humano, sua humanidade esvaziada se desenvolve nesse vazio que ele abandona. A própria tecnologia acaba se humanizando, na obsessão da robótica em criar robôs que simulem ou até mesmo sintam emoções humanas. O robô-criança de Inteligência Artificial se mostra mais ingênuo e sensível do que os homens que o criaram. Mais do que formas ficcionais essas narrativas representam a visão do progresso material exaurido ao final da modernidade, e que se perde justamente por representar uma desumanização extremamente violenta do homem.

Para garantir novos mercados até as nanodimensões do DNA se convertem em mercadoria, em objeto de valor e especulação. O corpo convertido em mercadoria é apenas um momento da conversão do humano em mercadoria. Os pensamentos humanos, a psique, também se tornam peças no mercado. De qualquer forma, perdidos em uma dimensão em que valor e utilidade se tornam imperativos, o homem começa a adotar uma perspectiva inteiramente estratégica perante os outros e a realidade em que ele se insere. Assim como a natureza o outro perde qualquer valor intrínseco que um dia tenha possuído, passando a existir somente enquanto possibilidade de lucro ou benefício.

No drama fáustico do desenvolvimento, a humanidade inteira é vista como uma possibilitadora para um progresso, para um futuro em que os próprios homens serão livres, não importa o custo. A própria humanidade a quem o progresso deveria servir se torna sua

¹ BERMAN, Marshall, Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade, São Paulo: SP, Companhia das Letras, 1986, pág 67.

² BAUDRILLARD, Jean, Simulacro e Simulação, Editora Relógio D'água, Lisboa, 1997.

serva, sua ferramenta e muitos são sacrificados em seu nome, não só no livro de Goethe, mas também na realidade moderna. O limite que mencionamos se encontra perversamente com a promessa de liberdade que está na base da ciência moderna. Identifica-se com ele de forma sintomática, como diria Lacan. A libertação total só chegará no momento em que todo o espaço natural esteja humanizado, administrado, domado.

A adoção de uma ética da responsabilidade perante a natureza não é uma possibilidade dentro da atual concepção de mundo. Como o valor do ambiente se expressa em termos utilitários, entre uma floresta virgem e uma área reflorestada não existiria uma diferença real. Um posicionamento ético verdadeiro assumiria a radicalidade do valor próprio da natureza, não somente como fonte de recursos para a humanidade. O padrão de consumo dos países desenvolvidos é identificado como uma representação de seu desenvolvimento, desconsiderando o preço desse desenvolvimento. O monopólio dos recursos naturais permanece na mão desses países, afastando a ideia de que subdesenvolvimento e devastação ambiental são sinônimos. Reduzidos a fornecedores de produtos primários, os países subdesenvolvidos têm suas áreas naturais devastadas para manter o padrão de consumo dos países ricos.¹ Em verdade devastação ambiental é sinônimo de desigualdade social.

Novamente esbarramos no problema ético que envolve a questão ambiental. Uma ética ambiental verdadeira traria como pressuposto fundamental não só uma relação equilibrada entre homem e natureza, mas também uma relação de equilíbrio humano e social. Repensar a distribuição de recursos em termos sociais deixa de ser a exigência de muitos para se tornar a responsabilidade de todos. Numa união entre responsabilidade ética e utilidade, como bem descata HINKELAMMERT² meu comportamento não representa mais apenas uma escolha ética, mas a minha própria sobrevivência. O luxo de ações irresponsáveis não pode mais ser usufruído pelo ser humano. Contudo, continuamos partilhando a visão de mundo que transformou nossa realidade em um campo devastado. O fruto da poluição da atmosfera não foi um repensar da emissão de gases poluentes, mas a criação dos créditos de carbono. Ao ar é atribuído um valor econômico, ao ar poluído também. Voltamos ao início da casa de Astérion da visão moderna de atribuição de valores à realidade, de onde não podemos fugir porque não

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, 6ed. São Paulo, SP, Cortez editora, 2007.

² HINKELAMMERT, Franz, *A globalidade da terra e a estratégia da globalização*, in *A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas*/compilado por Atílio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina González – 1ª Ed. – Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007.

temos olhos para isso, ou não queremos tê-los. Como o homem sem orelhas de Cortázar, que não ouve porque não quer.

O direito ambiental, nesse sentido, é mais um dos tampões que usamos para não ver ou ouvir a realidade. O direito ambiental não desenvolve nenhuma função real de proteção do meio ambiente. Ao contrário, legitima a exploração da natureza, uma vez que simplesmente confere valor econômico, na forma de penas pecuniárias ou indenizações, aos danos ambientais causados. Não é preciso lembrar que a maioria das empresas prefere arcar com essas despesas a interromper suas atividades danosas. O problema social gerado pelo desemprego ocasionado pelo encerramento de atividades de uma empresa poluidora é um argumento constantemente utilizado para impedir que elas sejam punidas com o fechamento por suas ações poluidoras. Uma forma de chantagem legitimada pelas normas de direito ambiental.

Nossa incapacidade de agir diante de um paradigma tão preocupante é desoladora. Não sem razão alguns autores rotularam nossa época como a época da razão débil¹. Voltada exclusivamente para a instrumentalização do real ela nos torna inermes quando nossa obrigação é justamente “desinstrumentalizar” o real. Talvez por isso o virtual, o simulacro do real, acabe parecendo e se tornando mais real que o real, por ser mais instrumentalizável e mais acessível à debilidade de nossa razão. E, ainda por isso, nossa incapacidade de prever e de nos relacionarmos com as consequências de nossas ações permaneçam, uma vez que a responsabilidade é uma dimensão ética incapaz de ser apreendida por esse paradigma de racionalidade, como demonstramos no texto.

Conclusão

O progresso foi ressaltado, durante séculos, em seu aspecto heróico e libertador. Distante de sua dimensão destrutiva, era visto como uma forma de “humanização” da realidade, que ocasionaria a libertação humana dos caprichos anárquicos dos elementos. Os invernos não trariam mais fome, as secas não gerariam escassez, as distâncias se reduziriam e as doenças se tornariam lembranças de um passado próximo da barbárie. Entretanto, quanto mais avançados nos tornamos em termos tecnológicos, parece que mais perdemos em termos civilizatórios. Nunca tantas pessoas padeceram de fome e doenças como em nossa época, nunca tantos

¹ SOUZA, Ricardo Timm de, A ordem dos tempos – por uma crítica da razão opaca, *in* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol I, nº 5, IHJ, Porto Alegre, 2007.

estiveram privados do mínimo necessário para a sobrevivência. Isso ameaça a própria vida humana em escala global. A voraz desumanização do homem caminha no mesmo passo da humanização voraz do ambiente, levando a convivência entre os próprios homens ao limite do suportável:

O desmoronamento das relações humanas que está em curso afeta a própria possibilidade de convivência. Quanto mais aparece a exclusão crescente de setores da população humana, o comportamento inumano inevitável em relação a estes excluídos generaliza-se e é assimilado no comportamento mútuo entre os incluídos. Não aparece uma polarização entre os incluídos, que mantém a capacidade de convivência, frente aos excluídos, que a perdem, mas sim que a perda transforma-se em perda geral. O pólo dos incluídos dissolve sua capacidade de convivência em um grau quiçá maior que o pólo dos excluídos. Trata-se da última ameaça global, que ao final pode resultar pior, porque incapacita frente à necessidade de enfrentar as outras.¹

A consciência do mundo como um globo deveria gerar a consciência de sua finitude. Infelizmente sua conversão em mercado e fonte de matérias-primas cria um véu que promove uma falsa infinitude e nos autoriza a protelar nossa responsabilidade pela manutenção e preservação desse mundo em prol da manutenção de nossa atitude exploratória e consumista da realidade.

Infelizmente, e, novamente infelizmente, os indícios de mudança são poucos e, no mais das vezes, acabam sendo fagocitados pela mesma lógica de mercado e laboratório que deveriam combater. Encontramos-nos no centro da encruzilhada onde a humanização da natureza se cruza com a desumanização do homem. Impossível afastar qualquer um deles de seu caminho sem afastarmos o outro. Se persistirmos na ilusão de que o centro da encruzilhada é uma zona neutra em que administramos somente a passagem dos que atravessam seremos engolidos pelas consequências de nossa própria irresponsabilidade.

Talvez precisemos desenvolver a coragem de voltar atrás para seguirmos adiante, de encararmos com medo nossas possibilidades enquanto “donos” da terra. Desenvolver a coragem de nos omitirmos de ações que prometem um desenvolvimento material ao preço da destruição da natureza. Mas, sobretudo, a coragem de nos arriscarmos a criar uma nova relação com a realidade, concebida não só como o mundo material, mas como nossa forma de vermos e de nos vermos nesse mundo. (Re)pensar o mundo e nós mesmos além de uma

¹ HINKELAMMERT, Franz, A globalidade da terra e a estratégia da globalização, *in* A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas/compilado por Atilio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina González – 1ª Ed. – Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007, pág.354.

postura estratégica, além dos cálculos de utilidade, efetividade e eficácia. Além do princípio Torquemada.

BIBLIOGRAFIA

ALTVATER, Elmar, *Existe um marxismo ecológico? In A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas/compilado por Atílio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina González – 1ª Ed. – Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007.*

BAUDRILLARD, Jean, *Simulacro e Simulação*, Editora Relógio D'água, Lisboa, 1997.

BENJAMIN, Walter, *Obras escolhidas*, São Paulo, SP, Editora Brasiliense, 1985.

BERMAN, Marshall, *Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*, São Paulo: SP, Companhia das Letras, 1986.

HINKELAMMERT, Franz, *A globalidade da terra e a estratégia da globalização*, in *A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas/compilado por Atílio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina González – 1ª Ed. – Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales –*

CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *A ideologia alemã*, Martins Fontes, São Paulo, SP: 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, 6ed. São Paulo, SP, Cortez editora, 2007.

SOUZA, Ricardo Timm de, *A ordem dos tempos – por uma crítica da razão opaca*, in *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol I, nº 5, IHJ, Porto Alegre, 2007.

SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*, 1ed. Martins Fontes, São Paulo: SP: 2007.

**ENTRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A NÃO-CULPABILIDADE:
uma proposta de adequação terminológica para mais adequada expressão
do princípio previsto no art. 5º, LVII, da CF**

Domingos Barroso da Costa¹

Geraldo Felizberto Egg²

RESUMO: Doutrina e jurisprudência ainda não alcançaram um consenso quanto à expressão mais adequada para identificar o princípio insculpido no art. 5º, LVII, da CF. Enquanto alguns preferem o termo *presunção de inocência*, outros optam por *presunção de não-culpabilidade*, havendo quem prefira *estado de inocência*, dentre outras expressões que entendem melhor resumir o princípio segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” Com o presente trabalho, propõe-se que o princípio sob análise expresse-se por *presunção de inocência*, quando incide na fase pré-processual, sendo designado como *presunção de não-culpabilidade*, quando aplicado à persecução penal em juízo. Conforme se sustenta, a divisão proposta é o que melhor expressa a condição do indivíduo submetido à persecução penal, frente ao diferenciado peso dos elementos de convicção acusatória próprios à fase investigativa e à fase judicial.

Palavras-chave: Constituição, processo penal, princípios, *presunção de inocência*, *presunção de não-culpabilidade*.

ABSTRACT: Doctrine and jurisprudence have not yet reached a consensus on the most appropriate expression to identify the principle in sculptured art. 5, LVII, CF. While some prefer the term *presumption of innocence*, others opt for *presumption of non-guilt*, there are those who prefer a *state of innocence*, among other expressions which they understand best summarize the principle that "no one shall be considered guilty until a final and unappealable criminal sentence condemnatory." With this work, we propose that the principle under examination to express itself by *presumed innocent*, when it focuses on pre-trial, being designated as *presumption of non-guilt*, when applied to criminal prosecution in court. As stands, the proposal is the division that best expresses the condition of the individual subject to criminal prosecution, against the weight of the different elements of conviction to own accusatory investigative phase and the trial stage.

Key-words: Constitution, criminal procedure, principles, *presumption of innocence*, *presumption of non-guilt*.

¹ Graduado em Direito pela UFMG; Especialista em Direito Público e Criminologia; Mestre em Psicologia pela PUC-Minas; Assessor judiciário e professor universitário

² Acadêmico em Direito (UNIPAC/Itabirito – MG).

1. Introdução

Como introdução a este trabalho, mostra-se interessante uma breve abordagem acerca do giro hermenêutico determinado pela Constituição de 1988, em especial no que tange ao Processo Penal. Pode-se afirmar que, após o advento da carta constitucional de 1988, a interpretação das leis ganhou uma nova referência, qual seja, a dignidade humana, a contradizer o Estado autoritário imposto à nação durante o regime militar que vigorou no Brasil por mais de vinte anos, a partir da segunda metade do século passado.

Em seu art. 1º, III, a CF/88 traz a dignidade da pessoa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, sob os influxos da Declaração de 1948, pode-se verificar que o constituinte preocupou-se em colocar o ser humano como referência e medida dos direitos e garantias inscritos na Constituição. Em suma, destacou o ser humano enquanto princípio do ordenamento jurídico, a orientar os valores e regras que se instrumentalizam na preservação e promoção de sua dignidade.

Ainda no art.5º, LVII, a Constituição Federal prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, com o que alicerça uma ordem garantista, a qual se sedimenta através de outras limitações impostas ao poder punitivo estatal. É o caso, por exemplo, do disposto no inciso LII do mencionado artigo, que garante ao cidadão ser processado exclusivamente por autoridade competente; enquanto o inciso LIV assegura ao indivíduo que ele não será privado de sua liberdade sem o devido processo legal. De se destacarem, ainda, as garantias referentes ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV, da CF), bem como a inscrita no art. 5º, LXI, da CF, que prevê – e limita – as possibilidades de prisão no Brasil.

Tratando do percurso histórico que conduziu à realidade constitucional acima descrita, ensina Scarance Fernandes:

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais, tendo o Brasil, segundo José Afonso da Silva, sido o primeiro a introduzir em seu texto normas desse teor. Além disso, principalmente após as

guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo (FERNANDES, 2002, p. 13).

Após uma primeira e breve análise, já se pode afirmar que o ordenamento constitucional brasileiro, em termos processuais-penais, marca-se por conferir ao indivíduo um feixe de garantias, com que procura assegurá-lo contra eventuais abusos por parte do Estado e seus agentes. Ou seja, no contexto do Estado Democrático de Direito fundado na CF/88, mais que instrumento que viabiliza a punição, apresenta-se o processo penal como verdadeira garantia do sujeito, que, para ser legitimamente punido¹, deverá antes ter assegurada a oportunidade de defender-se pessoal e tecnicamente, sendo a dúvida decisiva em favor de sua liberdade, da qual só pode ser privado a partir de um juízo de máxima certeza, extraída de provas produzidas em atenção aos princípios constitucionais e determinações legais. E, até que se alcance tal juízo de certeza necessário à condenação, em nome da preservação geral da liberdade, o investigado ou acusado não pode ser considerado culpado, o que ganha especial relevância no presente estudo, que se desenvolve a partir da análise de uma das mais básicas garantias que acompanham o sujeito ao longo de toda *persecutio criminis*, dizendo-se, pois, do princípio da presunção de inocência – ou da presunção de não-culpabilidade.

2. Entre a presunção de inocência e a não-culpabilidade: a garantia prevista no art. 5º, LVII, da CF

De fato, a controvérsia quanto à mais adequada denominação a ser conferida ao princípio previsto no art. 5º, LVII, da CF tem marcado doutrina e jurisprudência. Enquanto alguns optam por dizer de uma *presunção de inocência*², outros preferem *estado de inocência*³. Há também quem afirme uma *presunção de não-culpabilidade*⁴ ou, ainda, se refira a uma

¹ “À medida que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assume o monopólio da justiça, ocorrendo não só a revisão da natureza contratual do processo, como também a proibição expressa para os particulares de tomar a justiça por suas próprias mãos. Frente à violação de um bem juridicamente protegido, não cabe outra atividade que não a invocação da devida tutela jurisdicional. Impõe-se a necessária utilização da estrutura preestabelecida pelo Estado – o *processo judicial* – em que, mediante a atuação de um terceiro imparcial, cuja designação não corresponde à vontade das partes e resulta da imposição da estrutura institucional, será apurada a existência do delito e sancionado o autor. O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena. Isso porque o Direito Penal é despido de coerção direta e, ao contrário do direito privado, **não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente**” (LOPES JUNIOR, 2010, ps. 02-03).

² Por todos: Luigi Ferrajoli (2010), Aury Lopes Jr. (2010), Alexandre de Moraes (2007) e Ada Pellegrini Grinover (2006).

³ Por todos: Julio Fabbrini Mirabete (2001) e Eugênio Pacelli de Oliveira (2006).

⁴ Por todos: Gilmar Ferreira Mendes (2009).

*proteção dos inocentes*¹, mencionando-se, por fim, os que entendem equivalentes as expressões *presunção de inocência* e *presunção de não-culpabilidade*².

E a dúvida se justifica tendo em vista, dentre tantas outras, questões como: “se é presumidamente inocente, o que justificaria a prisão cautelar³?” Ou: “se há um estado de inocência ou de uma não-culpabilidade presumida, por que se falar de liberdade *provisória*?” Enfim, as perguntas são muitas e, não raro, descortinam querelas de mera forma e pouca essência juridicamente relevante. Contudo, descartados os excessos, observa-se que a correta adequação entre as expressões e o que significam é bastante salutar, principalmente quando se tem em vista a sedimentação de uma cultura jurídica, a partir de terminologias que melhor refletem o ordenamento e seus *standards*.

Destaque-se que tal consideração ganha ainda mais importância na medida em que se toma consciência da relevância do princípio da presunção de inocência – ou da não-culpabilidade – na fundação de uma ordem processual-penal garantista, em que o *status libertatis* apresenta-se como a regra, só podendo ser restringida a partir de um juízo de certeza, cujo alcance depende exclusivamente de um encargo probatório atribuído à acusação.

Segundo Pacelli:

Afirma-se freqüentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou *estado* ou *situação jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada (PACELLI, 2006, p. 32).

¹ Por todos: Paulo Cláudio Tovo e João Batista Marques Tovo (2008).

² Por todos: Nestor Távora e Rosmar A. R. C. de Alencar (2009), além de Denilson Feitoza (2010).

³ Sobre o tema, digna de nota a instigante observação de Zaffaroni:

“Ainda que existam outras posições processualistas que tendem a negar o caráter punitivo para reduzir seu âmbito de aplicação, elas não podem impedir o inevitável dano ao princípio da inocência violado por todo o sistema penal cautelar. Ademais, até agora elas parecem não ter tido êxito no seu propósito de reduzir sua amplitude. Também não é levado em conta, por outro lado, que ao desconhecer a natureza penal do confinamento cautelar e ao procurar racionalizar a patente violação ao princípio da inocência que inevitavelmente acarreta, elas, na realidade, o legitimam.

“O drama do confinamento cautelar se localiza no fato de que sua legitimação implica um problema sem solução, uma *quadratura do círculo*, da qual só é possível sair assumindo com sinceridade o reconhecimento de sua natureza punitiva e sua conseqüente ilegitimidade” (ZAFFARONI, p. 113, 2007).

Ou seja, do princípio sob análise irradia toda uma ordem que se manifesta pela contenção do poder punitivo estatal em nome do indivíduo a ele submetido, numa proteção máxima dos inocentes frente a possíveis e eventuais abusos do Estado, enquanto detentor do monopólio da coerção. Nos dizeres de Ferrajoli:

Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. “Basta ao corpo social que os culpados sejam *geralmente* punidos”, escreveu Lauzé di Peret, “pois é seu maior interesse que todos os inocentes *sem exceção* sejam protegidos”. É sobre essa opção que Montesquieu fundou o nexo entre *liberdade* e *segurança* dos cidadãos: “a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na convicção que se tem da própria segurança”, e “essa segurança nunca é posta em perigo maior do que nas acusações públicas e privadas”; de modo que, “quando a inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco o é a liberdade” (FERRAJOLI, p. 506, 2010).

E prossegue, em seu elucidativo raciocínio:

Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica ‘segurança’ fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica ‘defesa’ destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam (FERRAJOLI, 2010, p. 506).

O que muitos¹ não levam em conta ao criticarem a base garantista de nosso Estado de Direito é o movimento cíclico caracterizador da história, que oscila entre ordens estatais que tendem ao totalitarismo e outras que tendem ao definhamento do poder público, fazendo-se necessárias as garantias para que, tendendo a formas totais, o poder punitivo estatal não infunda um medo generalizado na população, maior até mesmo que o infligido pela própria criminalidade. E, sendo o Estado detentor do monopólio da coerção – por isso mesmo sempre mais forte, ainda que minimizado –, é o seu poder que requer controle, sob pena de esmagamento dos indivíduos a ele submetidos.

Como ensina Zaffaroni, acerca da dialética entre o Estado de direito e o poder punitivo, os “Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de polícia, penosamente

¹ Em geral, leigos, impulsionados pelo apelo punitivo midiático, gerador de grandes lucros.

conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto” (ZAFFARONI, 2007, p. 169).

Ou seja:

É por isso que o modelo ideal do Estado de direito, no qual *todos estão submetidos da mesma forma perante a lei*, embora seja indispensável como farol do poder jurídico, não é nada além de um elemento orientador para o aperfeiçoamento dos Estados de direito históricos ou reais, mas que nunca se realiza plenamente no mundo. Sabe-se, outrossim, que a realização desse ideal será sempre impedida pelas pulsões que atuam para que *todos estejamos simplesmente submetidos à vontade arbitrária de quem manda*, que é a regra do Estado de polícia, permanentemente tentado a chegar ao Estado absoluto, ou seja, à sua máxima realização (ZAFFARONI, 2007, ps. 169-170).

Depois de todas essas considerações acerca da necessidade de se presumir a inocência ou a não-culpabilidade do sujeito frente ao Estado e seu poder punitivo, cabe agora focar a latitude do princípio em tela, que resguarda o indivíduo ao longo de toda a persecução penal. Aliás, não menos legítima é a afirmação no sentido de que o princípio inscrito no art. 5º, LVII, da CF acompanha o sujeito mesmo após o trânsito em julgado de sua condenação, consideradas as hipóteses ensejadoras da revisão criminal (CPP 621), que indicam sua latência e aptidão para produzir efeitos capazes inclusive de desconstituir a coisa julgada, em salvaguarda à liberdade e à preservação da inocência.

Assim, atendo-se à aplicação do princípio no decorrer da *persecutio criminis*, passa-se a analisar sua incidência no transcurso da fase pré-processual e da instrução penal em juízo, com o fim de se sugerir a adoção de uma terminologia mais adequada à sua expressão em cada uma dessas etapas.

2.1. O art. 5º, LVII, da CF e o inquérito policial

Apesar de sua natureza administrativa, que não comporta, por exemplo, a incidência de princípios como o do contraditório e da ampla defesa¹, não há dúvida de que a norma inculpada no art. 5º, LVII, da CF também se aplica ao inquérito policial. Nesse sentido, sustenta Pacelli:

¹ É claro que mesmo aos investigados são assegurados os direitos de ser assistido por um advogado (art. 5º, LXIII, da CF, arts. 14 e 306 do CPP, art. 7º, III, IV, VI, *b*, e XIV, da Lei 8.906 e Súmula Vinculante nº 14) e de autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF e art. 14 do CPP), o que não equivale à ampla defesa garantida na fase judicial, em que estão à disposição em toda sua efetividade todos os instrumentos necessários à tutela dos interesses do réu.

Até mesmo para o ato de *indiciamento*, que vem a ser uma formalização da situação do *investigado* em inquérito policial, é possível reclamar-se a presença de *justa causa*, que logo veremos tratar-se, ou poder tratar-se, de uma condição da ação penal. É que também o indiciamento impõe uma carga significativa e socialmente onerosa à situação jurídica do inocente. Vai nesse sentido a decisão do STF, que, embora relativa a indiciamento de deputado federal – feito pelo Procurador-Geral da República –, pode ser aplicada em relação a qualquer outro acusado (Inq. n. 2.041/MG, Rel. Celso de Mello, em 6.10.2003). Aliás, a rigor, o indiciamento somente deveria ser realizado *após* a conclusão das investigações da autoridade policial, para fins da elaboração do relatório final acerca do material indiciário recolhido, consoante se pode extrair da leitura do art. 6º, V, do CPP (oitiva do indiciado após a coleta de toda a prova disponível) (PACCELI, 2007, p. 32).

Ou seja, para o respeitado autor, mesmo o indiciamento administrativo – ao final do inquérito – reclama uma *justa causa*, não sendo legítimo se não apoiado em lastro mínimo de elementos que indiquem a autoria e demonstrem a materialidade quanto ao ato delitivo em apuração.

Nesse contexto – e justamente pelo fato de no curso do inquérito não incidirem princípios como o do contraditório e da ampla defesa, tratando-se de procedimento marcado pelo sigilo –, pensa-se que é nessa fase que incide com mais vigor a norma constitucional em questão, aqui, sim, podendo-se dizer de um princípio da presunção de inocência. Ou seja, por se tratar de fase investigatória, que precede mesmo à acusação formal, despida de outras garantias que são próprias à fase judicial da *persecutio criminis*, é no curso do inquérito que o sujeito deve ser presumido inocente, dada a inexistência de qualquer juízo de certeza suficiente à sua condenação, que só se legitimará após ser-lhe garantida a plena ciência do que contra si é alegado, além da oportunidade de participar do processo de convencimento do juiz competente para apreciação e julgamento da causa em que figura como réu.

Na contraface do exposto, se pela falta de maiores garantias que lhe preservem no curso do inquérito o investigado deve ser presumido inocente, verifica-se que na fase judicial o raciocínio deve ser outro, como se defenderá a seguir.

2.2. O art. 5º, LVII, da CF e a persecução penal em juízo

Diferentemente do que se observa durante o inquérito policial – na fase pré-processual, portanto –, no curso da fase judicial da persecução penal o já agora acusado goza de muito mais efetivas garantias, com destaque para o contraditório e a ampla defesa. E isso ocorre justamente no momento a partir do qual quem era simples suspeito ou investigado alcança o *status* de acusado ou réu. Frise-se que essa mudança de *status* justifica-se precisamente pelo

fato de o Estado-juiz constatar um lastro mínimo de provas (justa causa) a demonstrar que o crime existiu e que o investigado pode ser seu autor, o que se dá com o recebimento da denúncia.

Ou seja, o que se verifica é, sem sombra de dúvidas, um avanço quanto à probabilidade de *culpa* do réu, que, inclusive, terá garantidos instrumentos de defesa e participação no processo ao cabo do qual poderá ser penalmente condenado.

É de se concluir, portanto, que, após o recebimento da denúncia, o acusado já não é presumidamente inocente, mas presumidamente não-culpável, considerando-se que contra si já pesam indícios consistentes de autoria e provas efetivas quanto à existência da prática delitativa que lhe é imputada. Tal afirmação ganha ainda mais força e coerência sistêmica quando analisada frente ao que dispõem os ainda recentes arts. 396 a 397 do CPP¹, os quais, além de ampliarem a força da resposta à acusação, determinaram ao magistrado a análise quanto à possibilidade de absolver sumariamente o acusado antes de proceder ao juízo definitivo de recebimento da denúncia. Verifica-se, dessa forma, um incremento das garantias dos indivíduos quanto à própria instauração do processo penal. No reverso dessa situação, desvela-se um processo cuja deflagração só se legitima se presentes consideráveis elementos de convicção quanto à existência da infração penal, os quais também se mostrem suficientes a autorizar que se acuse formalmente o réu pela autoria de conduta criminosa.

¹ “Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

IV - extinta a punibilidade do agente. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm).

Em suma, o ingresso na fase judicial da persecução penal pressupõe uma carga considerável de elementos acusatórios, suficientes a superar as garantias previstas nos arts. 396 a 397 do CPP. Isso leva à conclusão no sentido de que, nesse momento, o réu já não é presumidamente inocente, mas, ainda contando com garantias que se fortalecem no sentido de preservá-lo contra arbitrariedades, tem a seu favor a presunção de não-culpabilidade, que só se elidirá diante de um juízo de certeza que arrime a convicção condenatória.

3. Considerações finais

Considerados os graus de incidência da garantia insculpida no art. 5º, LVII, da CF, conclui-se que sua expressão mais adequada informa uma *presunção de inocência* na fase pré-processual, dizendo de uma *presunção de não-culpabilidade* quando da fase judicial da persecução penal. Sustenta-se, portanto, que, no revés das garantias que encerra, deve-se também levar em conta o *peso* da acusação que recai sobre o indivíduo submetido à persecução penal, com o que se visa ao alcance de uma terminologia mais completa e adequada na expressão do princípio previsto no mencionado dispositivo constitucional.

Se para o início de um inquérito basta a notícia de um crime¹ – não se podendo dizer de qualquer certeza quanto à existência do delito ou sua autoria, cuja apuração ainda dependerá de investigações –, a deflagração do processo, com o recebimento da denúncia, já pressupõe um lastro mínimo de elementos de convicção a indicarem o acusado como autor de uma prática criminosa, máxime em se considerando as novas disposições constantes dos arts. 396, 396-A e 397 do CPP. Assim, se submetido ao inquérito – ou a qualquer procedimento de investigação – o sujeito é presumidamente inocente, após ter contra si judicialmente admitida uma denúncia – ou uma queixa-crime, é claro – passa a ser presumidamente não-culpável, o que implica uma mudança de *status*, mas não uma quebra de garantias.

Seja albergado pela *presunção de inocência*, seja pela *não-culpabilidade*, enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença condenatória, qualquer constrição à liberdade de

¹ Admite-se, inclusive, a chamada denúncia anônima, como bem destacam Nestor Távora e Rosmar de Alencar: “A chamada **delação apócrifa** ou *notitia criminis inqualificada* é o que vulgarmente chamamos de denúncia anônima, podendo dar ensejo à instauração do inquérito policial, devendo, contudo, a autoridade proceder com a cautela devida para evitar eventual arbitrariedade. Em que pese a Constituição Federal consagrar a livre manifestação do pensamento, vedando o anonimato (art. 5º, IV), certo é que a polícia deve acautelar-se diante da notícia anônima, e proceder às investigações com cuidado redobrado, porém não deixando de atuar” (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 83).

quem estiver submetido à persecução penal depende de adequada motivação, devidamente arriada nas hipóteses que legalmente autorizem a prisão provisória. Daí porque, dentre outras garantias, não mais se admitir a obrigatoriedade do recolhimento do réu para interposição de recurso, com o que, por vias principiológicas, acabou se atribuindo efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário.

Destaque-se que a proposta terminológica que aqui se apresenta não viola a essência garantista do processo penal brasileiro. Funda-se, entretanto, em diferenciações determinadas pelo próprio ordenamento processual-penal, que, muitas vezes, acabam embaciadas pelos *excessos garantistas* tão em moda¹. Em síntese, impossível não se admitir a diferença de *status* entre quem é investigado – e nem mesmo pode ser considerado um acusado, gozando de uma *presunção de inocência* – e quem já tem contra si uma acusação formal, admitida em juízo a partir de elementos de convicção que impõem o exercício de sua defesa², elidindo a *presunção de inocência* sem privá-lo, contudo, da *presunção de não-culpabilidade*, pela qual fora de um juízo de certeza não há condenação, no que se coloca sob o pálio da dúvida a liberdade do réu. E isso, vale destacar, não é pouco, podendo-se concluir, portanto, que o art. 5º, LVII, da CF abriga tanto a *presunção de inocência*, quanto a *presunção de não-culpabilidade*, cada uma em seu momento. Têm-se, pelo exposto, duas expressões que, devidamente distinguidas, melhor significam a garantia ampla e una de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Referências Bibliográficas

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. Ed. Niterói: Impetus, 2010. 1198p.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2010. 925p.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2002. 381p.

¹ Frise-se que tais excessos e modismos acabam por enfraquecer a tão importante doutrina garantista, banalizando-a na medida em que a evocam inclusive para legitimar abusos defensivos, com o que a esvaziam em vulgar caricatura.

² Súmula nº 523 do STF: “**No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta**, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. (destaque nosso)

GRINOVER, Ada Pellegrini in FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. 1085p.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. 1. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 729p.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 298p.

MIRABETE, Julio Fabrinni. *Processo penal*. 12. ed. Atlas, 2001. 784p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 1012p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 759p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. C. de. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2009. 926p.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. *Princípios de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 155p.

VADE MECUM RT. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2010. 2204p.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 222p.

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: APONTAMENTOS SOB A PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY

Márcio Rodrigues Oliveira

José Carlos Henriques¹

RESUMO: Com modificações e adaptações, este artigo faz parte da monografia apresentada em 2009 como requisito para a graduação do curso de Direito pela FDCL cujo título é: **CONSIDERAÇÕES SOBRE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO A OBRA: TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY**. Este artigo versa acerca da problemática da fundamentação dos discursos jurídicos sob o pensamento de Robert Alexy o qual desenvolve uma Teoria da Argumentação Jurídica levantando diversas questões que apontam para a necessidade da observância de regras indispensáveis para o alcance de uma maior articulação objetiva dos juízos de valor presentes nos discursos jurídicos.

PALAVRAS-CHAVES: Fundamentação Jurídica; Racionalização das Decisões Judiciais;

ABSTRACT: With modifications and adaptations, this article is part of the thesis presented in 2009 as a requirement for graduation from law school by FDCL titled: **CONSIDERATIONS LEGAL ARGUMENT BY WORK: THEORY OF LEGAL ARGUMENTS ROBERT ALEXY**. This article focuses on the problem of legal reasoning of the speeches in the thinking of Robert Alexy which develops a Theory of Legal Argumentation raising several issues which indicate the necessity of observing rules

¹ O presente texto, em sua quase totalidade, deve-se ao primeiro autor, Márcio Rodrigues de Oliveira, Bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. A contribuição do segundo autor, José Carlos Henriques, limita-se ao item 2, que trata do direito enquanto linguagem e da necessidade de uma teoria da interpretação para a sua adequada formulação e compreensão. A idéia da publicação surgiu por iniciativa do então aluno de direito Márcio, isto ao final de trabalho monográfico, elaborado para defesa em cumprimento de exigência para obtenção do título de bacharel em direito. A orientação do trabalho monográfico ficou a cargo do segundo autor que, prontamente, acolheu como promissora a idéia desta publicação, oferecendo-se para contribuir com uma parte, ainda que mínima, para a reflexão veiculada no trabalho monográfico, o que foi aceito. Assim deve ser narrada a história desta produção: um feliz encontro entre um discente interessado e um docente que, na medida de suas possibilidades, motivou e se esforçou para não deixar perecer um intento de pesquisa, que pode ainda resultar em progressos futuros, para um e/ou para outro. Ainda faz parte desta história o fato de que, como membro da banca examinadora, compareceu o professor Bernardo Gomes Barbosa Nogueira que, ainda aluno da mesma FDCL, no mesmo auditório, em tempos não muito distantes, ouvira os mesmos incentivos que, agora como professor já qualificado e examinador, proferiu ao então discente examinando, palavras de incentivo que, espero, venha a ter promissor futuro. Deste modo, o segundo autor participou das lutas do primeiro para gestar o texto da monografia, fazendo aqui e ali intervenções e indicações. Já quanto à ordenação do presente texto, como artigo científico, os méritos devem ser creditados, integralmente, ao autor Márcio.

necessary to achieve greater interaction objective of value judgments present in legal discourse.

KEYWORDS: Legal reasoning; Rationalization of judgments;

1. Introdução

“Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas” (ALEXY, 2008:34). Com essa afirmação, Robert Alexy inicia sua introdução à obra “Teoria da Argumentação Jurídica”, cujo objeto, qual seja, o problema da fundamentação das decisões jurídicas, tem sido um dos grandes temas da área jusfilosófica na atualidade.

Em busca de uma prestação jurisdicional eficiente que atenda aos anseios da sociedade, que observa os princípios Constitucionais da Celeridade processual, da proporcionalidade, e, sobretudo, da justiça e diante de um cenário de um Poder Judiciário deficiente desses valores, é inevitável a seguinte indagação: é possível construir meios mais adequados capazes de tornar o direito mais eficaz para as tarefas a que se propõe? Para tanto, se torna válido todo esforço no sentido de uma maior racionalização das decisões, da construção de sistemas que contribuem no aperfeiçoamento do processo argumentativo para a fundamentação das decisões tomadas na administração da justiça. Na tentativa de responder a essa problemática, a proposta de Alexy se apresenta como uma resposta, ainda que incipiente, ao investigar e elaborar critérios tendentes a tornar toda a atividade jurídica institucionalizada apta a promover uma racionalização das decisões judiciais, bem como toda forma de discurso jurídico.

O texto que se segue pretende abordar em linhas gerais o fenômeno da argumentação jurídica partindo do entendimento de que os discursos jurídicos, nos seus variados aspectos carecem da demonstração racional de suas afirmações. Porém a problemática da interpretação correta que se deve ter das normas e leis de modo geral, há que existir *sem prescindir da subsunção necessária entre estas e os ditames da Constituição*.

2. O direito como linguagem e a necessidade hermenêutica da argumentação.

O direito é fenômeno humano complexo que não pode ser compreendido sem referência ao horizonte da linguagem, enquanto mediação de uma possibilidade humana: a intersubjetividade.

Os textos normativos, os costumes, e tudo o mais que pode intervir na compreensão do direito, são carentes do dizer, das possibilidades da linguagem.

Aqui a linguagem deve ser encarada com a abrangência merecida: é a possibilidade da qual carece todo ato comunicativo, toda forma de interação e interrelação entre sujeitos. Ora, se o direito é uma solução humana para problemas humanos, uma pensada solução para convivência, como poderia ele sobreviver sem dizer-se, sem a exteriorização compreensível de si, sem a indicação das vias daquilo que ele mesmo é: linguagem?

Não que do direito se diga que possa se reduzir a textos, o que seria um reducionismo imperdoável. Mas o direito se insere em um contexto maior de compreensão das relações intersubjetivas mediadas, no contexto, todas elas, pela linguagem.

Se a expressão é fato do direito, enquanto fenômeno do conviver, a compreensão da expressão, que o constitui, deve ser objeto de apreço na ciência do direito. De fato, a palavra dita, de alguma maneira, já não é pertença de quem a disse, mas também há de creditar-se a quem a ouve. Assim, o sentido se produz neste encontro mediado pela linguagem: o dizer e o dito, em uma relação de abertura mais produtiva do que reprodutiva.

O encontro humano é problemático. Se, de um lado, pode ser firmada uma identidade, sempre é encontro humano, de outro, deve ser aceito algo inevitável como diferença: os interesses e individualidades humanas, em relação, podem não se harmonizar. Posto o conflito, posta está a possibilidade do engano, o que funda a hermenêutica e perseguição de métodos que orientem a compreensão do sentido.

Neste contexto da hermenêutica, da recomposição ou composição do sentido de forma orientada e ciente de si, impõe-se com inegável valia a argumentação. É pelo argumentar que posso, ao menos em tese, firmar para o outro um sentido que, anteriormente, já é meu. Meu não exatamente como propriedade, mas como convicção.

Ademais é a argumentação, explicitada, que permite o controle das decisões, que permite a discussão em torno dos fundamentos de uma decisão, de uma idéia ou conceito.

Mediados pela necessidade de argumentar, antecipamos, no dizer, o que não fora dito ainda por outrem, mas que permanece, contudo, como uma contradita possível e mesmo previsível.

Enfim, argumentar é, para o direito, sua sina e o lugar em que este pode encontrar os fundamentos de si mesmo, sustentando-se neles, de maneira auto-apropriada, convicta.

Talvez por isto mesmo as teorias da argumentação, as teorias do discurso, as tentativas de explorar a razão prática, tenham se revitalizado no século XX e atualmente: estavam então e estamos agora cientes de que um dizer do direito e sobre o direito, deve começar com isto mesmo que o funda: a expressão, que se dá pela linguagem.

Daí o esforço de autores contemporâneos para pensar a argumentação no contexto do direito, desvelando seu papel, seu estatuto e, como não poderia ser diverso, seus velamentos e inconsistências.

Robert Alexy, dentre outros, situa-se neste horizonte de interesse pelo direito enquanto construção discursiva. Suas tarefas, as de sempre: compreender o que é argumentar e, mais decisivamente, o que é argumentar no âmbito do direito. Evidente que um pensamento assim talhado pode se voltar para um dizer normativo sobre o que seja argumentar juridicamente. Em uma época como a nossa, já apelidada de pós-positivista, um discurso desta ordem pode ser proveitoso: se o discurso encontrar um lugar de referência obrigatória, um eidos, um paradigma de sustentação, a medida para uma compreensão correta do direito pode estar estabelecida. Em nossos tempos uma resposta tem sido dada: o paradigma de compreensão do direito é a Constituição. Os discursos neoconstitucionalistas o provam.

Medir a própria medida com que se medem tais discursos é tarefa de um pensamento que incursiona em direção ao problema do argumentar, sempre discursivamente.

A tarefa está posta: o direito é linguagem, que deve ser compreendida e, por isto, o dizer jurídico há de encontrar, ou ao menos procurar, sustentação argumentativa, controlável e, ela própria, controlada.

O mérito de Robert Alexy, dentre tantos outros, é articular-se em meio a esta problemática, rica e promissora. Daí se justificar o esforço por compreender suas propostas.

3. O Caráter Problemático da Interpretação Jurídica e a Procura por Cânones Formadores do Sentido.

O que é interpretar juridicamente? O que significa produzir argumentos? É possível uma fundamentação racional das decisões jurídicas?

Importa a Robert Alexy, em sua obra “Teoria da Argumentação Jurídica”, apontar para a possibilidade e a validade de uma fundamentação racional do discurso jurídico. Dito de

outro modo, Alexy procura responder a tais indagações ao elaborar sua teoria da argumentação jurídica, à qual é objeto deste artigo.

No contexto da obra acima mencionada, Alexy desenvolve um trabalho marcado em sua base pelo discurso prático geral, o qual fora desenvolvido por outros autores tais como Austin, Stevenson e notadamente Habermas. Ele elabora uma teoria da argumentação jurídica demonstrando a integração obrigatória entre o discurso prático racional e o discurso jurídico.

“O discurso se é voltado para o agir humano é prático, e se busca sua orientação, é normativo” (ALEXY, 2008:18). A sua construção argumentativa se dá de modo a alcançar o resultado correto.

“A existência de um ordenamento jurídico organizado, base para um Estado Democrático de Direito, é o que gera a institucionalização do discurso jurídico, delimitando a discussão em seu objeto, participante e situação espaço-temporal” (ALEXY, 2008:23). O interesse de Alexy na confecção da “Teoria da Argumentação Jurídica” se pauta na demonstração de viabilidade de um discurso racional na fundamentação jurídica, ou seja, é fundado na procedimentalidade com a formulação lógica das regras discursivas.

Vale destacar aqui o seu pensamento: *“o que é justo é o que é racional, o que é discursivamente correto, uma correção obtida argumentativamente pelo cumprimento das regras formadoras da lógica do discurso.” (ALEXY, 2008:26).* Isto é, importa ao autor a análise do caráter racional do ordenamento jurídico vigente sob o prisma discursivo, mediante o procedimento controlador das regras da argumentação prática racional. Desse modo, pretende demonstrar a necessidade de o enunciado jurídico afirmado (em tese ou concretamente) ser ele próprio *formalmente racional* e também *racional no contexto do direito* vigente. Essa é precisamente a teoria do discurso jurídico.

Quando a sociedade se depara com determinados casos em que a lei e as normas vigentes não se mostram suficientemente adequadas para a sua correta solução, instala-se a insegurança jurídica. Isso porque há muitos conflitos cuja solução nem sempre surge de uma *subsunção lógica*, tal como se vê nas práticas institucionais da administração da justiça, qual seja, fato verificado mais norma abstrata é igual à decisão justa. Isso faz entender que nem sempre um enunciado normativo singular advém logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõem vigentes, juntamente com enunciados empíricos, ou seja, fatos considerados verdadeiros.

A razão dessa deficiência no exercício da justiça, segundo Alexy, numa tentativa doutrinária de classificação de motivos, assim os expõe:

- *A imprecisão da linguagem do Direito;*
- *A possibilidade de conflitos entre as normas;*
- *A possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente (esse motivo é mais conhecido);*
- *A possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma. (ALEXY, 2008:33).*

Para a solução destes problemas relativos aos pontos mencionados, o autor apresenta uma resposta que se insere no campo da metodologia da interpretação, ou seja, critérios que são utilizados para sanar o problema das fundamentações jurídicas no contexto de uma decisão de um litígio.

Tais critérios são denominados *cânones de interpretação*, que variam em número e qualidade conforme o autor. Nesse sentido:

Assim, Savigny distingue o elemento gramatical, lógico, histórico, e sistemático da interpretação. Segundo Larenz, existem cinco critérios de interpretação: o sentido literal, o significado da lei segundo o contexto, as intenções e metas normativas do legislador histórico, os critérios objetivo-teleológicos e o mandamento de interpretação conforme a constituição. Wolff, para mencionar outro exemplo cita as interpretações filológicas, lógica, sistemática, histórica, comparativa, genética e teleológica (ALEXY 2008:34-35).

Há, porém, problemas relacionados a esses cânones: os problemas do *número de cânones* bem como o problema de sua *ordem hierárquica*. *Cânones distintos* podem conduzir o intérprete a resultados igualmente diferentes, conforme o autor deixa claro. E ainda mais: outra problemática é a sua *imprecisão*. Dependendo da finalidade que o intérprete considere que a norma suporta, pode levar a resultados até mesmo antagônicos conforme a concepção dos intérpretes.

Diante da debilidade contida nestes cânones, o autor preconiza que devam ser excluídos para a possibilidade de utilizá-los como regras suficientes por si mesmas para a fundamentação de decisões jurídicas.

Em face desta dificuldade acima, o autor discorre da seguinte maneira:

Poder-se-ia então desistir de buscar um sistema de regras de fundamentação e, em vez disso, estabelecer um sistema de enunciados, dos quais se possam deduzir as premissas normativas que faltam e que são necessárias para a fundamentação. Tal fundamentação a partir de um sistema apenas seria concludente para qualquer caso se esse sistema estiver composto unicamente de enunciados dedutíveis das normas pressupostas. (ALEXY, 2008:36).

Aqui Alexy fala de um sistema de princípios:

Se por outro lado, se entende por sistema – tal como Canaris – o conjunto de princípios gerais de um ordenamento jurídico, (sistema axiológico-teleológico), surge imediatamente a questão de como se podem obter esses princípios, já que eles não se seguem logicamente das normas pressupostas. Problemática também é a aplicação desses princípios para fundamentar decisões jurídicas. “Os princípios permitem exceções e podem entrar em conflito ou contradição; eles não têm pretensão de exclusividade; seu significado real só se desenvolve através de um processo tanto de complementação quanto de limitação recíprocas e eles precisam de princípios subordinados e valorações particulares com conteúdo material independente para sua realização concreta.” (ALEXY, 2008:36).

No entanto, segundo o autor, essa constatação não conduz a afirmação de que não seja possível construir fundamentações a partir de sistemas, tais como esse dito *axiológico-teleológico*. Para a ciência do direito, bem como na práxis judicial os argumentos elaborados a partir de sistemas se revelam de suma importância. Porém, vale destacar que os argumentos sob a perspectiva de sistemas estão longe de serem concludentes.

Assim, visto que a procura por cânones interpretativos não os encontra fixos, capazes de fundar um único sentido correto para as normas e, ainda, que os princípios condutores de uma interpretação sistêmica são abertos, deve-se concluir pelo *caráter problemático do ato interpretativo*. Daí a necessidade de prosseguir, enveredando pela pesquisa do raciocínio prático no qual o raciocínio jurídico constitui um significativo caso particular, com elementos peculiares, paradigmático.

3 . Fundamentações Jurídicas e Valorações

Na atuação judicial do intérprete (juiz de direito) ocorre não com pouca frequência, dado a complexidade do caso que lhe é apresentado, a diligência da escolha. Terá de decidir entre várias perspectivas. Vejamos o que diz a esse respeito Alexy:

Quando ocorre de a decisão de um caso singular não se seguir logicamente nem das normas pressupostas nem de enunciados solidamente fundamentados de um sistema qualquer, nem poder ser fundamentada definitivamente com a ajuda das regras da metodologia jurídica, então resta ao intérprete um campo de ação em que tem de escolher entre várias soluções, a partir de normas jurídicas, regras metodológicas e enunciados de sistemas jurídicos não determinados ulteriormente. (ALEXY, 2008:37).

Nesse exercício que ocorre a todo o momento da atividade do intérprete, está o ato da escolha do melhor em algum sentido, caracterizando este ato como de *juízo de valor ou valoração*. Vale destacar nesta reflexão que é justamente na direção do ato de escolher que se orienta o estudioso de teorias da argumentação visando uma maior legitimação das decisões judiciais e dos enunciados normativos afirmados por meio delas. Corroborando esse entendimento, Alexy recorre a Larenz o qual fala do *reconhecimento de que a aplicação da lei não se esgota na subsunção, mas exige em grande medida valorações do aplicador* (Alexy, 2008:38).

Robert Alexy aponta para o fato de que estas constatações apenas identificam o problema, sem indicar possíveis soluções. A pergunta fundamental, segundo o autor é:

“Onde e em que medida são necessárias valorações, como deve ser determinada a relação dessas com os métodos da interpretação jurídica e com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica, e como podem ser racionalmente fundamentadas ou justificadas essas valorações?”(ALEXY, 2008:38).

As respostas a essas indagações, vão ao encontro de um esforço dos teóricos de legitimar as decisões judiciais, contribuindo para o caráter científico da jurisprudência. A resposta a esses questionamentos possui relevância teórica e prática. O entendimento sobre o caráter científico da jurisprudência passa pelo saneamento destas problemáticas, de tal sorte que a legitimidade da regulação dos conflitos sociais mediante as decisões judiciais configura-se a partir do esclarecimento destas questões.

Alexy discorre a respeito desses problemas ao longo da obra, como a seguir:

As perguntas onde e em que medida são necessárias valorações, como atuam essas valorações nos argumentos qualificados como especificamente jurídicos e se tais

valorações são passíveis de fundamentação racional não podem ser respondidas de antemão nessa introdução. Elas são o objeto central deste exame. (ALEXY, 2008:39).

Vale aqui dizer que a hipótese de que a Ciência do Direito, bem como a Jurisprudência não se concebem sem a participação de juízos de valor (valorações) não leva a entender necessariamente que não existam casos em que não compareça nenhuma dúvida e divergência sobre o modo de se decidir, seja em razão das normas vigentes pressupostas, seja por referência a proposições da dogmática ou a precedentes. Há casos sim.

No entanto, segundo Alexy: *na literatura especializada, sugere-se às vezes que as valorações necessárias nas decisões jurídicas devem-se considerar como morais. (ALEXY, 2008: 40).*

4. Idéias Fundamentais Acerca do Problema da Argumentação

A investigação que se dedica sobre o problema da argumentação se revela uma atividade lingüística. Ocupada da correção dos enunciados, essa atividade deve ter um sentido, todavia a ser bem delineado. O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.

O discurso jurídico pode ser visto sob várias perspectivas. Assim tais podem ser empíricas, analíticas ou normativas.

Sob a ótica empírica Alexy enumera alguns objetos de estudo:

A perspectiva é empírica se nela se descrevem ou se explicam, para citar apenas alguns exemplos, a freqüência de determinados argumentos, a correlação entre determinados grupos de falantes, situações lingüísticas, e o uso de determinados argumentos, o efeito dos argumentos, a motivação para o uso de determinados argumentos ou as concepções dominantes em determinados grupos sobre a validade dos argumentos. Uma teoria desse tipo é parte de uma teoria do atuar jurídico, especialmente do judicial, a ser desenvolvido com o método das ciências sociais. (ALEXY, 2008:45).

A perspectiva é analítica como quando se investiga a estrutura lógica dos argumentos. E se apresenta como normativa como quando se ocupa de estabelecer critérios para a racionalidade do discurso jurídico.

No caminho percorrido tradicionalmente pela atividade jurídica mesclam-se essas três perspectivas. Isso não é um defeito, já que existem entre elas realmente muitas relações. Desse modo, a empírica presume uma classificação em linhas gerais, dos diferentes argumentos. A normativa se ocupa do caráter lógico a que se obrigam os possíveis argumentos.

E Alexy assevera:

De importância central para isso é a idéia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O que os discursos jurídicos têm em comum com os discursos prático geral consiste em que, em ambas as formas de discurso, trata-se da correção de enunciados normativos. (ALEXY, 2008:46).

Ora, não é verdade de que toda afirmação, seja de que natureza for jurídica, científica, filosófica, possui em seu núcleo uma pretensão de correção? Dito de outro modo, todo tipo de argumento que pronuncia uma afirmação sobre algo, carrega em si a intenção de ser verdadeiro, creditado de correção, que, não obstante questionável, como todo argumento o é em última análise, pelo menos que seja convencível. Nos discursos jurídicos, trata-se de um caso especial, porque a argumentação jurídica seda sob diversas condições *limitadoras*. Entre essas, devem-se mencionar especialmente a observância da lei, a importância dos precedentes, de acordo com o caso concreto, seu ajustamento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito e as limitações dos preceitos do ordenamento processual.

O que se espera, portanto de um enunciado jurídico é de que ele seja racionalmente fundamentável dentro dos limites mencionados acima. Essa pretensão de fundamentação corresponde no postulado consagrado pela Constituição da República do Brasil no seu art. 93, inciso IX, das decisões dos juizes conforme a seguir transcrita: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões,...”

A questão é: o que significa racionalmente fundamentável no limite dessas condições? O que é uma proposição normativa racionalmente fundamentável?

Para obter respostas Robert Alexy se utiliza de diversas teorias culminando em um capítulo de sua obra denominado de “*esboço de uma teoria do discurso prático*”. De acordo com Alexy, o núcleo dessa teoria é formado por cinco grupos de um total de vinte e duas regras, explicitamente formuladas, assim como um quadro de seis formas de argumentos.

Discorrendo a respeito Alexy:

A formulação explícita dessas regras e formas podem parecer pedante, supérflua ou, mesmo, inadequada. Seu objetivo mais importante consiste talvez em fazer aparecer mais claramente seus defeitos. Tais defeitos podem referir-se tanto ao conteúdo das regras, à incompletude de sua enumeração, ao caráter supérfluo de algumas regras e formas e também à insuficiente precisão de sua formulação. Tais defeitos não tornam tais regras e fórmulas absolutamente sem sentido, mas elas se transformam em um certo código da razão prática. (ALEXY, 2008:46).

E, mais adiante:

Pode-se dizer que as regras do discurso definem um processo de decisão em que não está determinado o que se deve tomar como base da decisão e em que nem todos os passos estão prescritos. Isso é, por um lado, um defeito, e por outro, uma vantagem. E defeito é evidente. A vantagem consiste em que a base da decisão e uma série de passos concretos dessa não são determinados por qualquer teórico da decisão, que, por sua vez, teria de partir de suas próprias concepções, mas são construídos pelo afetado. Pode-se considerar como tarefa da Teoria do Discurso precisamente a de propor regras que, de um lado, sejam tão fracas, isto é, tenham tão pouco conteúdo normativo que pessoas com concepções normativas totalmente diferentes possam estar de acordo com elas, que por outro lado, sejam tão fortes que uma discussão pautada nelas possa ser qualificada como racional. (ALEXY, 2008:47).

5. Esboço de Uma Teoria do Discurso Prático Racional Geral

Voltando a falar das teorias de discurso analíticos, normativos e empíricos, Alexy deixa bem claro a natureza de cada uma delas. A empírica é representada por aquelas que interessam apenas em descrever um fenômeno, o emprego de determinados argumentos, etc. a analítica se ocupa em demonstrar a estrutura lógica que sustenta os argumentos realmente utilizados e dos possíveis. Finalmente, é normativa como quando se definam e fundamentam critérios para a racionalidade do discurso.

6. As Regras Fundamentais

Existem determinadas regras segundo as quais Alexy denomina de *regras fundamentais* para qualquer discurso prático, ou seja, que tem aplicação prática, no qual o discurso jurídico se insere, como caso especial. Vale aqui transcrevê-las:

- 1.1 *Nenhum falante pode contradizer-se.*
- 1.2 *Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.*
- 1.3 *Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.*
- 1.4 *Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados. (ALEXY, 2008: 191).*

De acordo com Alexy, estas regras criam condição de possibilidade para todo tipo de comunicação em que há pretensão de correção.

7. Uma Teoria da Argumentação Jurídica

Existem diversas formas de discursos jurídicos. Nesse sentido:

Podem-se distinguir assim as discussões da Ciência do direito (dogmática), as deliberações dos juizes, os debates nos tribunais, o tratamento de questões jurídicas nos órgãos legislativos, em comissões e em comitês, a discussão de questões jurídicas (por exemplo, entre estudantes, entre advogados e entre juristas da administração ou de empresas), bem como a discussão sobre problemas jurídicos nos meios de comunicação em que surjam argumentos jurídicos. (ALEXY, 2008:209).

Há muitas características em comum entre essas maneiras de discussão jurídicas que nos permitem distingui-las das discussões práticas que não são jurídicas. O aspecto em comum que sobressai e que dita, portanto, a natureza destas discussões dentro do contexto jurídico está justamente no fato de todas elas se utilizarem de *argumentos jurídicos*, que possuem por sua vez, *limitações específicas idônea a enquadrá-las no âmbito do direito*.

8. A Pretensão de Correção e a Sua Análise Crítica

Embora se verifique na leitura da obra a seriedade do pensamento de Alexy, este não ficou à margem de um processo crítico, discursivo, natural a toda teoria ou enunciado teórico. Nesse sentido, vale aqui mencionar algumas observações críticas incidentes sobre o seu pensamento.

No tocante à pretensão de correção presente nas argumentações dentro de um processo judicial, analisando a presença desta intenção de correção, vemos que é mais observável e, por conseguinte, mais aceitável a existência da pretensão de correção em determinadas “categorias” de argumentação do que em outras.

Nesse sentido, Atienza:

É onde é mais duvidoso que ocorra essa pretensão é na argumentação empreendida pelas partes num processo. Não se trata apenas de haver, nessa situação, uma distribuição assimétrica de papéis e limitações de caráter temporal e de objeto (que significaria infringir as regras de razão), e sim que, além disso, o que em geral parece motivar a conduta das partes não é tanto que o julgamento seja justo ou correto, e sim que o resultado a que se chegue lhe seja vantajoso; (ATIENZA, 2002: 291).

Desse modo, nem todo momento se pode assegurar, à rigor da boa razão, que a pretensão de correção se manifeste, comprometendo assim o discurso no tocante à sua pretensão de correção e qualificação como caso especial do discurso prático geral. Não obstante, Alexy considera que tal fato não retira uma possível conceitualização do discurso compreendido como um caso especial do discurso prático geral.

9. Uma adequação da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy e o ordenamento jurídico brasileiro: é possível?

Diante do fenômeno da justificação de decisões e da necessidade de critérios objetivos que possam tornar tais decisões mais legítimas e racionais, surge inevitavelmente a seguinte indagação: a proposta de Alexy seria aplicável dentro do contexto do ordenamento jurídico brasileiro?

Para um Estado autoritário ou essencialmente injusto a teoria de Robert Alexy serviria para quase nada, pois a fim de fazê-la funcionar é necessário a *institucionalização do princípio Democrático e do Estado de Direito*. No caso brasileiro, à luz da Constituição da República de 88, as regras da argumentação defendidas por Alexy carregam em si consonância com normas constitucionais diretamente aplicáveis. Especialmente na tão criticada pretensão de correção. Nesse sentido, vejamos o que assevera Bustamante:

As tão controvertidas críticas à “pretensão de correção”, por exemplo, são, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, irrelevantes. Já no Preâmbulo da Constituição de 1988, fica claro que a liberdade, a segurança, a igualdade e justiça (dentre outros) constituem os valores supremos da República Federativa do Brasil. De igual forma, o art. 3º, I da Constituição da República dispõe que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária. Como se vê, a pretensão de correção alexiana - via de acesso à tese do caso especial e à tese da conexão necessária entre o direito à moral está enunciada no coração da Constituição brasileira. (BUSTAMANTE, 2005:129-130.)

O imperativo de justiça ocupa, portanto, um lugar supremo na Constituição. Com efeito, sua força obrigatória incide-se em todos os atos institucionais do Estado, seja nos atos de produção de textos jurídicos, nos atos administrativos ou nas decisões judiciais, de tal sorte que à Constituição do Brasil se ajusta perfeitamente o imperativo da pretensão de correção preconizada por Alexy.

10. Conclusão

Em face da investigação aqui exposta, verifica-se como claro e inequívoco que é possível e necessário falar de uma correção dos argumentos jurídicos. Através da riqueza teórica do trabalho de Alexy percebe-se que para esta correção não se exige uma resposta correta, porém cada vez mais racional satisfatória para as decisões.

As diversas teorias da argumentação, - entre as quais se destaca como uma das mais completas, a desenvolvida por Alexy, - embora possuam o escopo comum de sistematizar o conhecimento em torno da argumentação e buscar uma resposta mais justificável e racional para as decisões, elas estão longe de fazer desaparecer em absoluto as irracionalidades e arbitrariedades. No entanto, isso não reduz a relevância das teorias. Mas mostra certamente que a adoção de determinadas regras e procedimentos de ordem racional contribuem sensivelmente para diminuir a incidência de elementos irracionais, arbitrários nas decisões, bem como a insegurança e a imprevisibilidade nas fundamentações.

Importa aqui ressaltar que modelos ou parâmetros propostos para o julgador não são uma via de mão única, levando-se sempre a um determinado destino. Mas antes uma referência no sentido da redução de arbitrariedades. Quando o judiciário se vale de elementos que atuam para aperfeiçoar o processo de fundamentação toda a sociedade ganha com isso. O ideal de justiça querido por todos passa necessariamente por decisões justas imbuídas de

racionalidade e justificação plausíveis. Assim está solidificado o entendimento segundo o qual não é possível obter uma decisão correta para cada caso que é apresentado ao judiciário. Respostas razoáveis, mais bem aceitas, isso sim não só possível como viável e necessário.

11. Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002.

BRASIL; **Constituição Federal**, 1988.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação Contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos *mais* difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRANZINOLI, Cássio Murilo Monteiro. **Interpretação e Argumentação Jurídica: Uma contribuição para a fundamentação e justificação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Chamada de artigos

A pesquisa acadêmica não é só um dos pilares da educação universitária, mas uma forma de promoção da reflexão crítica e do desenvolvimento científico. Em épocas em que a dicotomia entre o público e o privado parece recrudescer e o trabalho do jurista é colocado em xeque, uma vez que a postura tradicional como legitimador do status quo ou “boca da lei” não mais preenche as necessidades da sociedade e dos jurisdicionados a pesquisa jurídica se apresenta como fundamental e urgente.

Com o escopo de fomentar a discussão acadêmica sobre o Estado Democrático de Direito e das bases filosóficas, jurídicas e políticas da sociedade plural que atravessamos, bem como a crítica das posições doutrinárias e jurisprudenciais que movimentam o fazer jurídico no Brasil, o curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito, anuncia chamada para artigos para **Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito, ISSN: 2178-3519**, sob as seguintes regras:

Normas para os colaboradores da

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Para inclusão na próxima edição, os artigos devem ser enviados por correio eletrônico aos e-mails: ramon_mapa@yahoo.com.br, jcarloshen@yahoo.com.br, bernardogbn@yahoo.com.br, até o dia 20 de maio de 2011. A Revista será publicada por meio eletrônico, estando disponível em endereço da World Wide Web que será repassado aos outros. Outras formas de publicação e divulgação que porventura se desenvolvam também serão repassados aos autores.

Devem-se seguir, obrigatoriamente, as seguintes normas de publicação:

- Os artigos enviados deverão ser inéditos. Artigos já publicados não serão submetidos ao Conselho Editorial nem serão objeto de parecer.
- Todo e qualquer artigo enviado à Revista será submetido ao Conselho Editorial.
- Os artigos deverão conter obrigatoriamente no cabeçalho: a) título em português e em uma língua estrangeira; b) resumo de no máximo 250 palavras em português e na mesma língua estrangeira do título; e c) no máximo 7 palavras-chave em português e na mesma língua estrangeira do título
- Os artigos devem ser elaborados em Word, com texto digitado em espaçamento 1,5, em *Times New Roman*, corpo 12, formatados em folha A4, com margens (esquerda, direita, superior e inferior) de 2 centímetros.

- As notas explicativas devem ser postas no rodapé do texto, numeradas em seqüência e em corpo 10 (justificado). A primeira nota deve trazer um breve currículo do autor, ligando-se ao seu nome no cabeçalho do texto.

- Citações: se menores que três linhas, serem inseridas diretamente no texto, entre aspas, com indicação do autor, ano e página (modelo autor/data); se maiores que três linhas, devem ser destacadas com recuo à esquerda com 4 centímetros, em corpo 10, com indicação do autor, ano e página. (modelo autor/data)

- As referências bibliográficas ou outras deverão vir no final do texto, de acordo com as normas da ABNT. As referências serão compostas pelos textos efetivamente citados no artigo. Demais referências devem ser colocadas sob o título “bibliografia”.

- A Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito se reserva o direito de alterar formalmente os originais a fim de adaptá-los às normas acima elencadas, bem como proceder à revisão ortográfica e gramatical necessária, sem prévio aviso. Artigos que precisarem de adequações de conteúdo serão reencaminhados aos autores para correção, que deve se realizar no prazo impreterível de 3 (três) dias.

- A publicação da Revista se dará por meio eletrônico

- Os textos são de inteira responsabilidade dos seus autores, não refletindo a opinião do Conselho Editorial, do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito e nem da própria instituição, de modo que a Revista e os seus Conselheiros não assumem qualquer responsabilidade pelas opiniões presentes nos artigos.

A Revista agradece aos seus colaboradores e coloca-se à disposição para sanar quaisquer dúvidas através dos e-mails elencados acima.

Itabirito, 23 de novembro de 2010.