

# **Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito**

## **Editora:**

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

**Ano 5, nº 8, 2º semestre de 2013.**

## **Conselho Editorial:**

Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC-FDCL-FAM), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-FADIP), Prof. Mestre Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho(USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (FDCL), Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva (UNIPAC-FADIP), Prof. Doutor Joseli Magalhães (UFPI), Prof. Pablo Jiménez Serrano (UNIFOA-RJ); Prof. Mestre Ricardo Augusto de Araújo Teixeira (FDCL).

## **Editores Responsáveis:**

José Carlos Henriques, Ramon Mapa da Silva, Bernardo G. B. Nogueira.

## **Corpo de Pareceristas:**

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho(USP); Prof. Doutor Joseli Magalhães (UFPI); Prof. Pablo Jiménez Serrano (UNIFOA-RJ); Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC-FDCL-FAM), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-FADIP); Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva(UNIPAC-FADIP).

## **Linha Editorial**

Direito, Filosofia e Política.

**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 Acadêmico-Pedagógico:** 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; antunesdireito@gmail.com; diretoriaitabirito@unipac.br.

## SUMÁRIO

<b>EDITORIAL.....</b>	<b>3</b>
<i>Ramon Mapa da Silva</i>	
<b>A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO NA ARTE E NO DIREITO.....</b>	<b>4</b>
<i>João Vitor Martins</i> <i>Janaína Diniz Ferreira de Andrade</i>	
<b>BREVE ANÁLISE DA TEORIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN: o Direito como uma prática social interpretativa e a ideia de Integridade.....</b>	<b>15</b>
<i>Maria Antonieta Rigueira Leal Gurgel</i>	
<b>GNOSEOLOGIA DA BELEZA E DO PODER: Fortuna e Virtù em O Príncipe e na poesia de Maquiavel.....</b>	<b>25</b>
<i>Ramon Mapa da Silva</i> <i>Lays Cristiane de Oliveira</i>	
<b>A TEORIA DO APRENDIZADO SOCIAL E A QUESTÃO DO MENOR INFRATOR.....</b>	<b>38</b>
<i>Ricardo Augusto de Araújo Teixeira</i>	
<b>ASSIM FALOU ZARATUSTRA: JUSTIÇA DE TODOS E DE NINGUÉM.....</b>	<b>54</b>
<i>Ramon Mapa da Silva</i>	
<b>APRECIÇÃO DO MÉRITO NO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: UMA PROPOSTA.....</b>	<b>74</b>
<i>Lidiane Malagone Pimenta</i> <i>Tuanny Michele Braga</i>	
<b>ELEMENTOS COMPRENSIVOS LINGÜÍSTICOS DE UNA TEORÍA PRAGMÁTICA DEL DERECHO.....</b>	<b>88</b>
<i>Rubén Alberto Duarte Cuadros</i>	
<b>ELEMENTOS COMPRENSIVOS LINGÜÍSTICOS DE UMA TEORIA PRAGMÁTICA DO DIREITO.....</b>	<b>106</b>
<i>Rubén Alberto Duarte Cuadros</i> <i>Trad. Ramon Mapa da Silva, José Carlos Henriques</i>	
<b>TRÊS MODELOS NORMATIVOS DE DEMOCRACIA DE HABERMAS – RESENHA.....</b>	<b>123</b>
<i>Matheus Adolfo Gomes Quirino</i>	
<b>FUNCIONALISMO, CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO PENAL OBJETIVA.....</b>	<b>133</b>
<i>José Carlos Henriques</i>	
<b>HÁ ETHOS SEM MEDO?.....</b>	<b>154</b>
<i>Bernardo G.B. Nogueira</i>	

## EDITORIAL

Não se pode dizer que o direito é um saber afeito a mudanças. Na verdade, afirmar o contrário é, provavelmente, muito mais correto. O direito se desenvolveu como um instrumento de normalização do *status quo*. Não por acaso seu *corpus* teórico se mostra extremamente arredo a mudanças. Teorias novas, posturas críticas, problematizações, são coisas que demandam um tempo para se infiltrar e tomar forma no direito consideravelmente maior do que em outros saberes e práticas sociais.

Isso não retira a importância da pesquisa em direito. Ao contrário, reforça profundamente sua necessidade. Somente através da reflexão fundamentada e problematizante podemos encontrar brechas na carapaça que envolve o direito e torná-lo em algo mais próximo da realidade social. De todos os males que acometem o direito o pior é seu distanciamento daqueles que mais sofrem com sua aplicação. Para superar essa síndrome da “toga blindada” é preciso fazer com que o direito olhe para os próprios pés, que desenvolva uma consciência e uma preocupação com as consequências das próprias ações que parece não ter.

A pesquisa científica é um caminho para isso, mesmo em uma realidade que enxerga pouco valor no trabalho científico, como é a realidade brasileira. Mesmo nesse cenário pouco favorável é pela ciência que podemos criar um direito novo e melhor. Quando criamos a Revista Dikè essa era uma preocupação apenas de fundo, megalomânica demais para se tornar objeto da publicação que possuía problemas mais imediatos para lidar, como a manutenção de seu corpo editorial e de sua periodicidade. Tais preocupações persistem, e algumas até se agravaram. Publicar um periódico científico se mostra tão duro hoje quanto era oito edições atrás. Mas a qualidade do trabalho de nossos colaboradores permitiu que pudssemos desejar mais. Não queremos apenas expor o direito, mas problematizá-lo, refletir sobre ele, criticá-lo, desconstruí-lo.

A alta qualidade dos textos que compõem essa edição aponta o caminho que pretendemos seguir, rejeitando análises meramente formais e nos focando em um projeto de redimensionamento mais amplo do direito e de sua teorização. Um projeto que partilhamos com os leitores e só assim se torna possível. E, para vocês, leitores, encerramos esse editorial da forma que todo editorial deve se encerrar, com um agradecimento sincero.

Muito obrigado.

*Prof. Ramon Mapa da Silva*

# A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO NA ARTE E NO DIREITO

João Vítor Martins<sup>1</sup>

Janaína Diniz Ferreira de Andrade<sup>2</sup>

*Quando escrevo, repito o que já vivi antes. E para estas duas vidas, um léxico só não é suficiente* (GUIMARÃES ROSA, 1965).

## RESUMO

No presente artigo, pretende-se estabelecer uma crítica ao positivismo filosófico através da demonstração de uma possível relação entre a construção dos conceitos de arte e de direito. Para tanto, parte-se inicialmente de uma análise da obra *Fonte*, de Marcel Duchamp, passando pela análise do conceito de arte a partir de Pierre Bourdieu e finalizando com a discussão proposta por Gadamer em sua obra *Verdade e método* e absorvida por Dworkin em *O império do direito* e em *Justiça de toga*.

**PALAVRAS CHAVE:** Arte; Direito; Conceitos; Hermenêutica filosófica.

## THE CONSTRUCTION OF A CONCEPT IN ART AND IN LAW

### ABSTRACT

In this article, we intend to establish a critique of philosophical positivism by showing a possible link between the construction of the concepts of art and law. Therefore, it was initially part of an analysis of the work *Fountain*, by Marcel Duchamp, through analysis of the concept of art from Pierre Bourdieu and ending with a discussion proposed by Gadamer in his *Truth and method* and absorbed by Dworkin in *Law's empire* and *Justice in robes*.

**KEYWORDS:** Art; Law; Concepts; Philosophical hermeneutic.

## 1. INTRODUÇÃO

Em 1917, Marcel Duchamp (1887-1968) apresentou ao público a sua obra de arte intitulada *Fonte*. Tratava-se de um vaso sanitário (ou urinol), sem que o objeto tivesse sofrido qualquer alteração estética. Puramente um vaso sanitário, colocado em posição invertida, acrescentado da assinatura: “R. Mutt, 1917”.

---

<sup>1</sup> Mestre em Teoria do Direito e Direito Constitucional (Bolsista CAPES/DEMANDA SOCIAL) pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Professor Adjunto da UNIPAC. Advogado. E-mail: joao\_victormartins@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito (PUC Minas). Professora Adjunta da FUNCESI. Advogada. E-mail: jdfandrade@hotmail.com.

A exposição daquela obra de arte provocou uma enorme discussão acerca do conceito de obra de arte e sobre a possibilidade e condições de sua formulação, pois, se um vaso sanitário pode ser considerado obra de arte, quais seriam, então, os parâmetros para a sua definição?

Pierre Bourdieu, em uma análise acerca da construção de um conceito de arte, afirma que a arte não parte simplesmente da obra em si, mas “o olho do espectador que constitui a obra de arte como tal” (BOURDIEU, 2007a, p. 10). Assim, de acordo com o sociólogo francês, a construção do conceito de arte está vinculado ao meio no qual ela está inserida e aos intérpretes que impõem a si mesmos o desafio de analisar o objeto e encontrar ali uma obra de arte (ou não).

Ainda segundo o próprio Duchamp, “o ato criador não é executado pelo artista sozinho; o espectador põe a obra em contato com o mundo externo ao decifrar e interpretar as suas qualificações internas e, assim, acrescenta sua contribuição ao ato criativo” (DUCHAMP, em palestra proferida na sessão sobre o ato criativo, Convenção da Federação Americana de Artes, Houston, Texas, abril de 1957).

Em uma análise bastante aproximada, Gadamer afirma que não seria possível a captura de um conceito de obra de arte deslocado de um contexto. Segundo Gadamer (2003, p. 63-64), a construção de um sentido só é possível dentro de um determinado horizonte histórico no qual estão inseridos os intérpretes que se propõem a formular um conceito de obra de arte (ou de direito).

Dworkin, absorvendo a teoria desenvolvida por Gadamer em sua hermenêutica filosófica, postula que concepções acerca do que vem a ser o direito são formuladas a partir de construções interpretativas. Isso porque os conceitos políticos (assim como os artísticos) não podem esperar descrever a estrutura ou a essência básica de um objeto de estudo, tal qual é realizado nas ciências naturais (DWORKIN, 2010b, p. 216-217). A busca por uma equiparação dos métodos das ciências naturais às ciências humanas (ou do espírito, como diria Gadamer), conforme postulado pelo Positivismo Filosófico, seria, assim, infundada.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende enfatizar a existência de uma possível relação entre a obra de arte e o direito, no que tange à possibilidade (ou não) de construção de um conceito que exprima os critérios segundo os quais é possível formular uma definição.

## **2. A ARTE DE DUCHAMP E A ANÁLISE DE BOURDIEU**

Quando enviada para exposição em 1917, a *Fonte* de Duchamp – um dos seus exemplares de *ready made* – não foi sequer aceita pelos árbitros do Salão dos Independentes de Nova York. Isso porque, segundo o parecer dos avaliadores, não havia qualquer apelo estético que fundamentasse a caracterização daquele urinol como obra de arte. Posteriormente, entretanto, na década de 1940, Duchamp enviou réplicas da obra a diversos museus, nos quais foram expostas e ganharam publicidade. Esse momento foi considerado por muitos críticos como a fundação da arte contemporânea (SCHWARZ, 1995).

A descaracterização inicial daquele urinol como obra de arte, foi, no entanto, o principal mote para o debate acerca da *Fonte*. Segundo Duchamp, a *Fonte* não possuía qualquer acepção metafórica que suscitasse a sua caracterização enquanto obra de arte no sentido até então atribuído ao termo. De fato, se tratava de uma atitude veementemente iconoclasta, que buscava desmitificar os parâmetros estabelecidos pelos críticos para a definição da arte através de uma estética padronizada. A arte deixava de ser “objetivamente” avaliada através de critérios formais e passava a emergir através de experiências estéticas intersubjetivas (SCHWARZ, 1995).

Para Duchamp, essa negação do deleite estético padronizado pelo meio artístico no século XIX significava o rompimento com uma caracterização da obra de arte enquanto representação do belo. Para Duchamp, a arte poderia ser arte apesar de toda ausência de bom ou mau gosto. Assim, apesar de vários críticos de arte e artistas defenderem a existência de um ou outro sentido imerso na *Fonte* – como a ideia da representação da imagem de Buda ou da representação do corpo feminino enquanto receptáculo do fluido masculino –, Duchamp sempre afirmou se tratar de um urinol, que dentro da perspectiva da *ready made*, possui beleza estética em seu próprio uso cotidiano e não apenas em representações metafóricas (SCHWARZ, 1995).

Bourdieu aborda a questão acerca da definição da arte em uma direção que parece ser a mesma pretendida por Duchamp. Inicialmente, Bourdieu tenta trazer à tona a influência provocada pelas condições sociais de produção da arte na busca por sua definição. Dentro dessa perspectiva, o sociólogo francês critica veementemente as instituições sociais e suas formas arbitrárias de busca por padronização.

Na medida em que produz uma cultura (no sentido de competência) que não passa da interiorização do arbítrio cultural, a educação familiar ou escolar tem por efeito mascarar de modo cada vez mais acabado, através da inculcação do arbitrário, o arbitrário da inculcação, ou seja, o arbitrário das significações inculcadas e das condições de sua inculcação (BOURDIEU, 2007a, p. 272).

Nesse sentido, para Bourdieu, a representação proposta por Duchamp é uma clara tentativa de subversão dos valores burgueses que padronizavam os métodos e critérios de definição de arte. Para Bourdieu, Duchamp busca uma independência do campo artístico, que conceda a igualdade a qualquer espectador de obra de artes, seja ele de qualquer classe, tendo em vista a “pureza” estética da arte (BOURDIEU, 2007a, p. 275).

Destarte, o modo de percepção propriamente estético é o produto – ou o subproduto – de uma transformação do modo de produção artístico: a ambição demiúrgica do artista capaz de aplicar a intenção pura de uma pesquisa artística a *qualquer* objeto, a exemplo de Marcel Duchamp que envia um urinol ao Salão dos Independentes de New York, requer a disponibilidade infinita do esteta capaz de apreender qualquer objeto, segundo uma intenção propriamente estética, tenha ele sido ou não produzido segundo tal intenção (BOURDIEU, 2007a, p. 274-275).

Assim, para Bourdieu, o movimento iniciado por Duchamp tinha como mote central a derrocada das instituições sociais que se autodenominavam competentes para estabelecer os padrões que vinham a definir o que é e o que não é arte. O objetivo seria dar fim à discriminação entre aqueles que detêm um “dom” para enxergar arte e aqueles que supostamente não têm.

Mas, se não é possível conceder a um determinado grupo a condição de definidores dos critérios para a diferenciação entre objetos que constituem obras de arte e objetos que não constituem obras de arte, como seria possível definir o que vem a ser arte? A arte seria, então, fruto de uma análise subjetiva de cada espectador?

De acordo com Bourdieu:

A apreensão e a apreciação da obra dependem tanto da intenção do espectador que, por sua vez, é função das normas convencionais que regem a relação com a obra de arte em uma dada situação histórica e social, como da aptidão do espectador em conformar-se a estas normas, vale dizer, de sua competência artística. Para escapar à aporia, a única maneira de tratar a percepção propriamente estética da obra de arte, ou seja, a percepção considerada a única legítima em uma dada sociedade, consiste em abordá-la como um fato social cuja necessidade deriva de “uma instituição arbitrária”, palavras de Leibniz ao traduzir o *ex intituto* da escolástica. Por não estar unido por qualquer espécie de relação interna com a “natureza das coisas” ou com uma “natureza humana”, o *ex instituto* não pode ser deduzido de qualquer princípio, seja físico ou biológico e, ademais, pelo fato de que sua existência e seu valor só se explicam em função de uma história particular, ele impõe-se não por uma necessidade lógica, universal, mas por uma necessidade sócio-lógica (BOURDIEU, 2007a, p. 271).

Assim, para o sociólogo francês, a definição de arte se dará em uma determinada época e dentro de um determinado contexto histórico, tendo em vista o código social criado por aquela sociedade para fazer alusão àquilo que vem a ser arte (BOURDIEU, 2007a, p. 293). Esses códigos são inevitavelmente mutáveis e sofrem pressões constantes, o que faz

com que novas correntes artísticas tentem superá-los. Inicialmente as obras de arte pertencentes a essas novas correntes são vistas a partir do código contra o qual elas próprias se revoltam. Somente após se firmarem, seu paradigma se estabelece e um novo código social começa a ser instaurado.

Como é possível observar, portanto, a caracterização de algo como arte, para Bourdieu, é essencialmente dependente da história e do contexto social.

### **3. DIREITO E ARTE: DWORKIN E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA GADAMERIANA**

Gadamer, há muito já abordava a questão da relevância do contexto histórico-social para a construção de um sentido. Segundo Gadamer, não existe a possibilidade de produção de um conhecimento absoluto sobre algo (seja uma obra de arte ou não), senão de um conhecimento fruto das experiências vividas pelo intérprete e que, conseqüentemente, está condicionado às possibilidades do horizonte histórico de sentido deste intérprete. Este horizonte histórico de sentido do intérprete é necessariamente formado por suas pré-compreensões, ou seja, pelo contexto histórico no qual foi possível se desenvolver (GADAMER, 1999).

O filósofo alemão sustenta, em seu *Verdade e método*, a impossibilidade do conhecimento de uma determinada obra de arte e a sua descrição não estarem conectados às pré-compreensões do intérprete, ou seja, do espectador. “Todo compreender é interpretar, e toda interpretação se desenvolve por meio de uma linguagem que pretende deixar falar ao objeto e é ao mesmo tempo a linguagem própria do seu intérprete”<sup>3</sup> (GADAMER, 1999, p. 467, tradução nossa). Nesse sentido, Gadamer fala na formação de um círculo (ou giro) hermenêutico: um intérprete lança mão, ainda que involuntariamente, das suas pré-compreensões para interpretar uma obra de arte, obra esta que irá influenciar nas suas compreensões acerca de futuros objetos de estudo e na própria análise daquela obra de arte.

A referência ao texto não pode ser comparada de acordo com este ponto de vista fixo, imóvel e obstinado, que somente surgiu a quem intenta compreender a questão única de como pôde o outro chegar a uma opinião tão absurda. Neste sentido, a compreensão seguramente não é uma compreensão histórica que reconstrua a gênese do texto. O que se entende é que está se está compreendendo o texto mesmo. Mas isso significa que na ressurreição do sentido do texto já se encontram sempre implicadas as próprias ideias do intérprete. O horizonte deste resulta, assim, sempre determinante, mas não pode ser compreendido, por sua vez, como um ponto de vista

---

<sup>3</sup> Todo comprender es interpretar, y toda interpretación se desarrolla en el medio de um lenguaje que pretende dejar hablar al objeto y es al mismo tiempo el lenguaje propio de su intérprete.

próprio que se mantém ou impõe, mas sim como uma opinião e uma possibilidade que se põe em jogo e que o ajudará verdadeiramente a apropriar-se do que diz o texto. Mais acima descrevemos isso como uma fusão de horizontes. Agora podemos reconhecer nele a realização da conversação, na qual um sujeito acede à sua expressão não em qualidade de coisa sua ou de seu autor, mas como coisa comum a ambos (GADAMER, 1999, p. 466-467, tradução nossa).<sup>4</sup>

Conforme ressalta Fernandes (2008, p. 192), Gadamer enfatiza a necessidade de se levar em consideração a historicidade do ser. Não seria possível afastar a cognoscibilidade de um intérprete do seu conjunto de pré-compreensões. “Cada pessoa tem diante de si um horizonte, principalmente um *horizonte histórico*, que atua não como elemento limitador, mas como ‘condição de possibilidade’ de nossa compreensão” (FERNANDES, 2008, p. 192). Daí a relevância da “consciência do ser histórico” conforme propõe Gadamer. A interpretação de um fato só pode se dar através da ação de um ser que é inevitavelmente histórico e, conseqüentemente, influenciado pelo meio que deu forma às suas compreensões. De acordo com Gadamer:

(...) a intenção autêntica da compreensão é a seguinte: ao lermos um texto, queremos compreendê-lo; nossa expectativa é sempre que o texto *informe* sobre alguma coisa. Um consciência formada pela autêntica atitude hermenêutica é sempre receptiva às origens e características totalmente estranhas de tudo aquilo que lhe vem de fora. Em todo caso, tal receptividade não se adquire por meio de uma “neutralidade” objetivista: não é nem possível nem necessário nem desejável que nos coloquemos entre parênteses. A atitude hermenêutica supõe uma tomada de consciência com relação às nossas opiniões e preconceitos que, ao qualifica-los como tais, retira-lhes o caráter extremado. É ao realizarmos tal atitude que damos ao texto a possibilidade de aparecer em sua diferença e de manifestar a sua verdade própria em contraste com as ideias preconcebidas que lhe impúnhamos antecipadamente (GADAMER, 2003, p. 63/64).

Nessa perspectiva, a compreensão se dá, portanto, através da interpretação que o sujeito confere ao objeto de estudo dentro do seu horizonte histórico – formado por suas pré-compreensões. “Onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível” (OLIVEIRA, 2001, p. 228). Por esse motivo Gadamer sustenta que o conhecimento se dá através de um círculo hermenêutico, posto que “(...) a compreensão se faz a partir de uma

---

<sup>4</sup> La referencia del texto no se puede comparar según esto con un punto de vista fijo, inamovible y obstinado, que solo planteara al que intenta comprenderlo la cuestión única de cómo ha podido el otro llegar a una opinión tan absurda. En este sentido la comprensión no es seguramente una comprensión histórica que reconstruya la génesis del texto. Lo que uno entiende es que está comprendiendo el texto mismo. Pero esto quiere decir que en la resurrección del sentido del texto se encuentran ya siempre implicadas las ideas propias del intérprete. El horizonte de éste resulta de este modo siempre determinante, pero tampoco él puede entenderse a su vez como un punto de vista propio que se mantiene o impone, sino mas bien como una opinión y posibilidad que uno pone en juego y que ayudará a apropiarse de verdad lo que dice el texto. Más arriba hemos descrito esto como fusión de horizontes. Ahora podemos reconocer en ello la forma de realización de la conversación, en la que un tema accede a su expresión no en calidad de cosa mia o de mi autor sino de la cosa comun a ambos.

imersão em determinada tradição, operando de maneira circular, condicionada à revisão sempre constante das pré-compreensões do indivíduo” (FERNANDES, 2008, p. 193/194).

Conforme relembra Oliveira:

Daí o caráter circular de toda compreensão: ela sempre se realiza a partir de uma pré-compreensão, que é procedente de nosso próprio mundo de experiência e de compreensão, mas essa pré-compreensão pode enriquecer-se por meio da captação de conteúdos novos. Precisamente o enraizamento da compreensão no campo do objeto é a expressão desse círculo inevitável em que se dá qualquer compreensão. Por essa razão, a reflexão hermenêutica é essencialmente uma reflexão sobre a influência da história, ou seja, uma reflexão que tem como tarefa tematizar a realidade da “história agindo” em qualquer compreensão. Numa palavra, a hermenêutica desvela a mediação histórica tanto do objeto da compreensão como da própria situacionalidade do que compreende (OLIVEIRA, 2001, p. 230).

Dentro da perspectiva gadameriana, portanto, a construção de um conceito para a arte, que busque identificar os padrões segundo os quais se terá a possibilidade de definir algo como arte ou não depende necessariamente do contexto histórico no qual está imerso tanto o objeto em debate, quanto o artista e ainda o intérprete. Por isso, pode-se explicar porque a obra de Duchamp não foi considerada arte em um determinado momento e, posteriormente, o foi. A construção de um conceito artístico assim como a caracterização de um objeto como arte, para Gadamer, está necessariamente ligado a um contexto histórico, ao contexto do artista e ao contexto de cada intérprete.

Não implica isso que a obra de arte só tem seu verdadeiro significado ali onde está a sua origem? Não é a compreensão de seu significado uma espécie de reconstrução do originário? Se se compreende e reconhece que a obra de arte não é um objeto atemporal da vivência estética, senão que pertence a um mundo e que somente este acaba de determinar o seu significado, parece inevitável concluir que o verdadeiro significado da obra de arte só se pode compreender a partir deste mundo, portanto, a partir de sua origem e de sua gênese (GADAMER, 1999, p. 219, tradução nossa).<sup>5</sup>

Neste momento é perfeitamente cabível, então, a pergunta acerca da relação entre a construção do conceito para a arte e para o direito, pois até o momento somente foi abordada a perspectiva das obras de arte. Gadamer, entretanto, parte da análise da interpretação das obras de arte para construir uma hermenêutica aplicável a todas as ciências do espírito – ou ciências humanas conforme comumente referidas. Dworkin assumiu a incumbência de aplicar a abordagem de Gadamer das artes (e das ciências do espírito) ao campo específico do direito.

---

<sup>5</sup> No implica esto que la obra de arte sólo tiene su verdadero significado allí donde estuvo en origen? No es la comprensión de su significado una especie de reconstrucción de lo originario? Si se comprende y reconoce que la obra de arte no es un objeto intemporal de la vivencia estética, sino que pertenece a un mundo y que sólo éste acaba de determinar su significado, parece ineludible concluir que el verdadero significado de la obra de arte sólo se puede comprender a partir de éste mundo, por lo tanto, a partir de su origen y de su genesis.

Em sua obra *O império do direito*, Dworkin atesta, em uma nota de rodapé, que a sua tese se funda na hermenêutica gadameriana. De fato, a proposta de Dworkin é aplicar a tese da interpretação construtiva ao direito.

Nas páginas seguintes avalio o pressuposto de que a interpretação criativa deve ser interpretação conversacional, sobretudo ao discutir uma ideia familiar aos teóricos da literatura: de que interpretar uma obra literária significa recapturar as intenções de seu autor. Mas esse pressuposto tem uma base mais geral na literatura filosófica da interpretação. Wilhelm Dilthey, um filósofo alemão que foi especialmente influente em dar forma ao debate sobre a objetividade nas ciências sociais, usou a palavra *verstehen* para descrever especificamente o tipo de entendimento que adquirimos ao saber o que outra pessoa quer dizer com a qual que diz (poderíamos dizer que esse é um sentido da compreensão no qual entender alguém implica chegar a um entendimento com tal pessoa), em vez de descrever todas as possíveis maneiras ou modalidades de entender seu comportamento ou sua vida mental. (...) Gadamer acha que a solução de Dilthey pressupõe o aparato hegeliano que Dilthey ansiava por exorcisar. (Ver H. G. Gadamer, *Truth and Method*, em particular PP. 192-214 (...)). Acredita que a consciência histórica arquimediana que Dilthey imaginou possível, livre daquilo que Gadamer chama, no sentido especial que dá ao termo, de preconceitos, é impossível, que o máximo que podemos esperar alcançar é uma “consciência histórica efetiva” que pretende ver a história não a partir de nenhum ponto de vista específico, mas sim compreender como nosso próprio ponto de vista é influenciado pelo mundo que desejamos interpretar. (DWORKIN, 2010a, p. 62-63).

Em sua obra, Dworkin procura estabelecer que o direito – enquanto uma prática social, assim como a arte – tem seus conceitos criados sempre a partir de uma interpretação construtiva, ou seja, por uma busca dos intérpretes de demonstrar a melhor concepção acerca do objeto de estudo, à luz do que foi imposto pelo autor e, inevitavelmente, à luz das suas próprias pré-compreensões. Assim, os conceitos jurídicos seriam fruto de um emaranhado de divergências teóricas suscitadas pelos intérpretes que têm diferentes concepções acerca do que foi imposto pelo legislador.

Dessa forma, cabe ressaltar a estreita semelhança na construção dos conceitos na arte e no direito, tendo em vista que ambos se tratam de práticas sociais que serão interpretadas de maneira construtiva. Assim, da mesma forma que a *Fonte* de Duchamp que não era arte passou a ser, uma prática social que era considerada ilegal – como o concubinato – deixa de ser, tendo em vista a interpretação daquela prática social à luz de um novo contexto histórico.

A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as

interpretações disponíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto. (DWORKIN, 2010a, p. 63-64).

Portanto, para Dworkin, tanto a arte como o direito são frutos da constante interpretação de práticas sociais. Interpretação esta que é construtiva, no sentido em que busca a intenção inicial, mas inevitavelmente sofre a influência do contexto do seu intérprete, porque “(...) a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis deste último (...)” (2010a, p.64), “segundo esse ponto de vista, um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica” (2010a, p. 64).

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Através de toda a reflexão exposta, procurou-se demonstrar e exemplificar a existência de uma relação entre a construção dos conceitos na arte e no direito. Mas essa discussão tem um pano de fundo de relevância ainda maior. Gadamer trouxe à tona, através de sua hermenêutica filosófica, uma denúncia contra o positivismo filosófico: os métodos importados das ciências exatas e naturais pelos positivistas para as ciências do espírito não têm o condão de assegurar a certeza dos conceitos no campo das ciências do espírito. Os conceitos formulados no âmbito das ciências do espírito são interpretativos, tendo em vista que postulam defender concepções acerca de práticas sociais. A busca pela certeza objetiva dos positivistas sofria uma dura crítica.

Dworkin, ao seu tempo, aplicou essa crítica ao campo específico do direito. As teses do positivismo jurídico que tentavam a qualquer custo obter a segurança jurídica foram o alvo central. A busca por uma segurança jurídica através da descrição dos critérios objetivos e universais para a definição do direito encontrou um obstáculo intransponível: todos os critérios criados para a definição do direito não são nada mais do que concepções acerca de uma prática social fruto de uma interpretação construtiva.

Dworkin demonstra, portanto, que os conceitos criados no âmbito das ciências que estudam práticas sociais não podem fixar certezas objetivas universais e atemporais. O direito, assim como a arte e as demais ciências humanas, é fruto de um constante debate no qual são questionadas interpretações acerca de uma prática social. Essas interpretações são, inevitavelmente, influenciadas pelas pré-compreensões do indivíduo que as constrói e,

portanto, podem corresponder à melhor interpretação que pode ser feita por aquele indivíduo, mas não ao que deve ser, objetivamente, o correto a ser interpretado.

Os objetos de estudo do direito, da arte e das demais ciências humanas, portanto, não podem ser conceituados de maneira universal, definitiva e atemporal, já que não contém uma substância comum, um material genético, uma natureza. Os conceitos, nesse âmbito, devem ser construídos argumentativamente e sempre serão alterados em virtude do seu contexto histórico.

Conforme Dworkin:

Os conceitos políticos de democracia, liberdade, igualdade etc. serão assim? Esses conceitos descrevem, senão espécies naturais, pelo menos espécies políticas que, como no caso das naturais, se pode pensar que tenham uma estrutura ou essência básica inerente? Ou, pelo menos, uma estrutura que seja passível de descoberta mediante algum processo totalmente científico, descritivo, não normativo? Os filósofos podem esperar descobrir o que a igualdade ou a legalidade realmente é por meio de algo semelhante ao DNA ou à análise química? Não. Isso é absurdo.

(...)

Portanto, não se pode demonstrar que a análise filosófica dos conceitos políticos seja descritiva nos moldes da investigação científica das espécies naturais. A liberdade não tem DNA. (DWORKIN, 2010b, p. 216-217).

## **REFERÊNCIAS:**

BOURDIEU, Pierre. *Economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2007a.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007b.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

DWORKIN, Ronal. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Trad. Ana Agud Aparício e Rafael de Agapito. Salamanca: Sigueme, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica* Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001.

REINALDO, Gabriela. *Uma cantiga de se fechar os olhos: mito e música em Guimarães Rosa*. São Paulo: Annablume, 2005.

SCHWARZ, Arturo. *The complete Works of Marcel Duchamp*. New York: Delano Greenidge Editions, 1995.

## **BREVE ANÁLISE DA TEORIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN: o Direito como uma prática social interpretativa e a ideia de Integridade**

*Maria Antonieta Rigueira Leal Gurgel\**

**RESUMO:** O presente artigo pretende abordar os fundamentos da teorização proposta por Ronald Dworkin, com o objetivo de delimitar e compreender seus pontos centrais, tendo como ponto de partida a crítica ao positivismo hartiano até aportar na mitológica figura do Juiz Hércules e na construção do Direito como prática social interpretativa e na ideia de integridade.

**Palavras-chave:** Dworkin –Direito – Prática social interpretativa – Casos difíceis - Hércules – Integridade.

### **SHORT ANALYSIS OF RONALD DWORKIN'S THEORY OF LAW: The Law as social interpretative practice and the idea of integrity**

**ABSTRACT:** The present paper aim to analyze the foundations of the theory proposed by Ronald Dworkin, with the aim of understand his central points, choosing as start point the critique to hartian positivism, until came in the mythological figure of the Hercules Judge and in the construction of Law as social interpretative practice and in the idea of integrity.

**Keywords:** Dworkin, Law, Social interpretive practice, hard cases, Hercules, Integrity.

## **INTRODUÇÃO**

É comum, até mesmo no meio acadêmico, certa confusão entre a Filosofia do Direito, a Introdução ao estudo do Direito e a Teoria do Direito. Entretanto, tais disciplinas são absolutamente distintas entre si, possuindo objetos de estudo e métodos de investigação diferentes.

As preocupações da Teoria do Direito dizem respeito às indagações sobre o que é a norma, o que fornece unidade a um conjunto normativo e o que fundamenta, essencialmente, uma decisão judicial.

Nesta linha de estudos, vários autores se destacaram e são considerados clássicos da Teoria do Direito, tendo em conta as suas inegáveis contribuições para este ramo da ciência jurídica.

O presente ensaio tem como foco os fundamentos da teorização proposta por Ronald Dworkin, com o objetivo de delimitar e compreender seus principais aspectos.

---

\* Defensora Pública do Estado de Minas Gerais, mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/Rio e Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal da UNIVICOSA e da Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga, em Ponte Nova/MG.

Ronald Myles Dworkin é americano e nasceu no dia 11 de dezembro de 1931 em Worcester, Massachusetts. Estudou Direito na Universidade de Oxford e Harvard. Concluída sua graduação, atuou como assistente do juiz Learned Hand entre os anos de 1957 e 1958 e também chegou a exercer a advocacia em uma firma de Nova Iorque de 1958 a 1962. Após tal período, iniciou sua carreira universitária em Yale, lá permanecendo até 1969. Foi sucessor de Herbert Hart (de quem foi aluno), a partir do ano de 1969, como professor de *Jurisprudence* na Universidade de Oxford, onde permaneceu até o ano de 1998. Lecionou na School da New York University, onde ingressou em 1975, sendo um dos principais autores da teoria jurídica anglo-saxônica. Também foi professor visitante da Universidade de Londres a partir de 1984<sup>1</sup>, e faleceu em 14 de fevereiro de 2013, na capital britânica.

Em sua fase inicial, Dworkin escreveu uma série de ensaios e artigos, vários deles depois reunidos pelo próprio autor em *Levando os direitos a sério*, lançado em 1977. Deve ser dado destaque para o Modelo de Regras I e II, nos quais Dworkin desenvolve duras críticas ao Positivismo Jurídico, tendo como alvo principal a construção hartiana, apontando a insuficiência da regra de reconhecimento como critério de identidade do Direito, aproximando o Direito da Moral, por intermédio dos princípios e defendendo a tese da única resposta correta.

Em 1985, *Uma Questão de Princípios* (outra coletânea de artigos de Dworkin) foi lançada, avançando nas críticas aos positivistas, respondendo àquelas que lhe foram lançadas e aprofundando as ideias de sua obra anterior. *O Império Do Direito*, projeto que já nasceu como um livro (1986), representou uma maturação da sua teoria jurídica, passando a desenvolver a ideia do Direito como uma prática social interpretativa, culminando com o desenvolvimento do ideal de Integridade. A produção acadêmica de Ronald Dworkin não se encerra neste ponto, tendo lançado diversos outros livros<sup>2</sup> e produzido vários outros ensaios sobre direito, política, inclusive sobre os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 e as recentes guerras no Afeganistão e no Iraque.

O fato é que é possível detectar a existência de dois Ronald Dworkin distintos: aquele de *Levando os direitos a sério*, que propugnava a defesa de uma única resposta correta na decisão dos “*hard cases*” pelos juízes e o Dworkin de *O Império do Direito*, que busca a “melhor resposta”, assumindo a possibilidade de existirem outras.

---

<sup>1</sup> SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>2</sup> Dentre eles podemos citar Domínio da vida (*Life's dominion: an argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*), de 1993.

Muitos críticos de sua teoria limitam-se a rotulá-lo de “crítico do positivismo”, “apologista do sistema americano” ou “neojusnaturalista”. Entretanto, inegável é a contribuição do autor para os estudos da Teoria do Direito e o objetivo do presente ensaio, sem pretender esgotar a amplitude e a complexidade das concepções dworkinianas, é adentrar em seus principais pontos, explicitando-os e procurando delimitar o marco evolutivo das ideias lançadas em *Levando os Direitos a sério* e maturadas em *O Império Do Direito*.

## 1- AS CRÍTICAS AO POSITIVISMO HARTIANO

Apesar de Herbert Hart poder ser considerado um herdeiro de Jonh Austin, ele é também um grande crítico de sua concepção, por acreditar que a mesma faz algumas confusões, principalmente no que toca à ideia de soberania ilimitada e a ideia de obediência à norma.

O autor acredita ser uma verdadeira tolice histórica a busca no próprio vocábulo “Direito” a sua definição<sup>3</sup>. Para Hart, tal palavra encerra inúmeros significados, daí advindo os freqüentes erros nas tentativas de defini-lo. Seria necessário o reconhecimento de que há muitos sentidos e jogos de linguagem possíveis e o teórico precisaria identificá-los para demarcar sua significação.

Paradoxalmente, apesar do título da principal obra de Hart ser *O conceito de Direito* não há nela sequer um deles, por pretender desconstruir a ideia de que é possível uma universalização deste conceito e explicar, da melhor maneira possível, como o Direito funciona.

Faz algumas oposições a Jonh Austin, dentre as quais podem ser citadas a insuficiência da definição do Direito, tendo em conta apenas ordens baseadas em ameaças, do critério de soberano como a chave do Direito e da formulação de soberania ilimitada.

A partir de tais críticas, Hart constrói seu modelo no qual suas normas são diferenciadas entre regras primárias (comando – sanção) e secundárias (regras de competência), rejeitando a ideia de que regras sejam ordens que obrigam sob a ameaça de uma sanção. Para ele, dois são os parâmetros que permitem reconhecer a autoridade de uma regra: uma prática social aceita como padrão de conduta e sua promulgação segundo os critérios da regra secundária. Traduzindo: ou uma regra é obrigatória porque é aceita ou é

---

<sup>3</sup> Hart foi seguidor das ideias de Wittgenstein para quem as palavras são instrumentos dos jogos de poder e que foi um dos teóricos que forneceu uma grande contribuição para o desenvolvimento da Teoria da Linguagem.

aceita porque é válida. A regra de reconhecimento é a prática social de que as regras jurídicas são reconhecíveis e aceitas de determinada forma.

Tanto Austin quanto Hart são expoentes do Positivismo jurídico, cujos postulados podem ser resumidos, de forma bastante simplista, nos seguintes: 1) o Direito é um conjunto de regras, identificáveis por uma regra superior, que distingue proposições espúrias e normas de natureza metajurídica; 2) as regras e os direitos são interdependentes, já que, não havendo mais regras, não há mais direitos e a partir daí a solução de um caso concreto depende da autoridade de um agente público e 3) afirmar que um determinado sujeito tem direitos é dizer que seu caso enquadra-se em uma regra jurídica válida, posto que sem regra válida não há obrigação.

Ronald Dworkin lança suas flechas contra o modelo proposto por Hart, concentrando seus ataques em dois pontos específicos: a separação entre Direito e moral e a questão da regra de reconhecimento, como decorrência da necessidade de identificação das normas como pertencentes a um dado ordenamento jurídico. Ademais, critica o critério interpretativo insatisfatório fornecido por Hart, que faz com que os Juízes criem um Direito novo, diante dos casos difíceis.

Para o autor, o modelo positivista só leva em conta as normas, deixando de fora de sua análise os princípios e as políticas (diretrizes). Afirma que o teste de origem é adequado caso se reconheça que o direito é um conjunto de normas. Entretanto, pretende demonstrar que tal visão é incompleta, partindo para a construção acerca do modelo de regras e princípios.

## **2- A DISTINÇÃO ENTRE AS REGRAS E OS PRINCÍPIOS**

Dworkin sustenta que o Direito é um sistema coerente, composto por regras e princípios, e a eles não pode ser aplicado o mesmo critério das regras (critério de validade), mas sim o de ponderação.

A partir daí, é traçada uma relevante distinção entre regras e princípios, estando estes últimos inseridos na categoria maior de normas jurídicas, assim como também aquelas. Tal diferenciação considera que as regras não têm importância diferenciada dentro do sistema jurídico, posto que se conflitarem, uma delas irá afastar completamente a incidência da outra. Com os princípios, a operação se dá de forma diversa. Em um caso de conflito de princípios,

diante do caso concreto, um deles será aplicado, devido ao seu maior peso, mas tal escolha não acarreta a perda da eficácia daquele que não foi eleito, face a outros casos específicos.<sup>4</sup>

A teoria de Dworkin fundamenta-se na principiologia, entendida esta como um grande instrumento de interpretação e aplicação do Direito. Os princípios são considerados *standards*, elementos que conferem coerência ao ordenamento jurídico e possuem função norteadora da regra, já que refletem valores existentes na sociedade, inspiradores da criação das normas, das ações estatais e das decisões judiciais.

SGARBI (2006, p.154) sintetizando as principais teses de Dworkin acerca dos princípios e das regras, afirma:

1) O direito é um fenômeno complexo bem mais articulado do que retrata o positivismo jurídico; 2) os elementos que compõem o direito são vários (regras e princípios); 3) os princípios não operam no mesmo canal de verificação que as regras, portanto a regra do pedigree é inútil para identificá-los; 4) como os princípios são referências valorativas de correção, a separação entre direito e moral passa a ser entendida como divisão artificial.

### **3- OS “CASOS DIFÍCEIS”, A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E O JUIZ HÉRCULES**

Como já dito, o modelo positivista hartiano, no entender de Dworkin, não consegue explicar toda a complexidade do Direito. Para testar as teses positivistas, trabalha com a questão da função e da discricionariedade judicial. Isto porque Hart afirma que, em não havendo uma norma legal perfeitamente aplicável àquele caso concreto, o juiz irá decidir de forma discricionária.

Para sustentar sua contraposição, Dworkin apresenta os chamados “casos difíceis”, aqueles casos dilemáticos, de difícil resolução, já que não se identifica, *a priori*, a regra que possa solucioná-los ou sequer se esta regra realmente existe.

Diante destes “casos difíceis” é que Dworkin apresenta as suas concepções de discricionariedade judicial, para afirmar que só existe uma resposta correta para solucioná-los e que, independentemente da existência ou não de uma regra aplicável, a parte que tem razão deve ganhar a causa e a tarefa do juiz é descobrir e revelar esse direito.

---

<sup>4</sup> Dworkin, em *Levando os direitos a sério*, afirma que as regras são aplicadas na forma do tudo ou nada, já que a regra é ou não é válida. Os princípios não operam nesta mesma lógica, sendo o critério a eles aplicável o do peso ou da importância.

A discricionariedade pode ser entendida em um sentido fraco e em um sentido forte. No sentido fraco, discricionariedade é aquela situação em que alguém é chamado a decidir, mas não possui toda a informação, daí ser necessário um certo grau de discernimento. Também pode caracterizar aquela situação na qual alguém tem o poder de tomar uma decisão definitiva. No sentido forte, indica as situações nas quais as decisões a serem tomadas não estão vinculadas a nenhum critério ou padrão de autoridade.<sup>5</sup>

Assim, Dworkin entende existir apenas uma resposta correta para os casos apresentados ao juiz, fundada em princípios, devendo o juiz estabelecer o conteúdo moral de sua decisão e não apenas fazer subsumir, de forma mecânica, a lei ao fato concreto. Com tais considerações, refuta nitidamente o modelo positivista-silogístico da decisão judicial.

Neste ponto, novamente está criticando Hart, que pouco valoriza os princípios e não acredita na única resposta correta, já que entende possuir o juiz possui ampla discricionariedade para solucionar os casos trazidos à sua apreciação.

Reforçando suas teses, Dworkin idealiza o personagem Hércules, um juiz imaginário, criterioso, metódico, de capacidade e paciência sobre-humanas. É o magistrado que tem diante de si todos os fatos para julgar e que tudo vê e tudo sabe. Sua principal tarefa é decidilos, sem criar um direito novo, mas sim aplicar princípios já existentes no direito vigente, que reflitam a consciência daquela determinada coletividade.

Desta forma, Dworkin ressalta que no momento de aplicação do direito chegar-se-á a uma única resposta correta revelada, preexistente no ordenamento jurídico, bastando uma interpretação aguçada, para ser encontrada.

O juiz Hércules<sup>6</sup> conhece todos os princípios numa visão integral e, por tal característica, o direito é igualmente coerente, justificado e passível de somente uma resposta correta. Assim, ela só será encontrada por uma apurada técnica de interpretação, dominadora do subjetivismo judicial e coerente com as decisões jurisdicionais anteriormente proferidas, bem como com a doutrina, ressaltando que casos semelhantes exigem decisões igualmente semelhantes.

As decisões não podem ser arbitrárias e muito menos conterem valorações subjetivas do julgador; ao contrário, elas devem ser técnicas e principiológicas, considerando o todo do

---

<sup>5</sup> A este ponto é que SGARBI (2006, p.159) faz uma interessante observação: “Deve-se notar que a compreensão de discricionariedade de Dworkin é muito própria a ele. Para se notar isso, basta acentuar que “discricionariedade” significa, em acepção usual, “poder de escolha” a partir de certos critérios.”

<sup>6</sup> Hércules conhece toda a legislação, a moral da comunidade e todos os precedentes aplicáveis à solução do caso e argumenta, criando uma “teia inconsútil”, apontando qual é a resposta correta. O nome escolhido para o juiz deve-se, provavelmente ao fato de que sua tarefa é realmente hercúlea.

sistema normativo. Aí reside a importância da ilustração do juiz Hércules. É inegável que ele não existe, mas a sua figura deve servir de parâmetro e espelho para os juízes no desempenho da atividade jurisdicional, para buscarem os fundamentos fáticos e principiológicos que proporcionem o encontro com a única resposta correta aplicável ao caso.

#### **4- O DIREITO COMO PRÁTICA SOCIAL INTERPRETATIVA E A IDEIA DE INTEGRIDADE**

Conforme já dito anteriormente, a primeira fase da obra de Ronald Dworkin, foi dedicada às críticas ao positivismo hartiano, sendo que em “Levando os direitos a sério”, tal propósito fica absolutamente nítido, mormente se for colocada em foco a tese da única resposta correta face à discricionariedade judicial, propugnada por Hart.

Em uma segunda fase, marcada pelo livro “O Império do Direito”, percebe-se que Dworkin deixou para trás a tese da “única resposta correta” e parte para a “melhor resposta”, amadurecendo algumas ideias lançadas nos textos anteriores, e abandonando outras, apesar de tal objetivo não ter sido explicitado pelo autor.

Os princípios, até então, estavam afetos à atividade jurisdicional, mas agora o Poder Legislativo também está colocado no todo coerente do Direito. Dworkin parte de dois termos de grande importância para a compreensão de seu pensamento: conceito e concepção<sup>7</sup>. Assim, um conceito só pode ser tido como verdadeiro ou falso dentro de uma mesma concepção. A pretensão do autor é fornecer uma concepção que daria ao teórico uma forma de pensar o Direito como ele não havia sido pensado antes.

A partir daí, é que Dworkin desenvolve a tese do agulhão semântico, que é a armadilha que faz com que o Direito seja vista a partir dos conceitos e não da concepção, o que dá ensejo a todos os problemas, já que o contrário é que deve ser feito: partir da concepção para chegar até os conceitos. Estar preso no agulhão é não entender a real extensão e complexidade do problema posto.

A este ponto, é que Dworkin afirma que o Direito é uma prática social<sup>8</sup> interpretativa e que os problemas jurídicos estão localizados na questão da interpretação. Para tal formulação,

---

<sup>7</sup> Concepção significa tudo aquilo que está informando o olhar, é o ponto de partida do teórico e conceito é a ideia que surge a partir de uma concepção, o seu resultado.

<sup>8</sup> Assim, para se analisar o direito de uma determinada sociedade, é necessário observar os papéis desempenhados por todos os participantes da atividade jurídica (advogados, partes, legisladores, cidadãos, etc), mas Dworkin ressalta que os juízes são os protagonistas.

dois aspectos são de suma importância: a “interpretação construtiva” e o “romance em cadeia”.

Para explicar sua ideia de interpretação construtiva, o autor estabelece etapas na atividade interpretativa: a pré-interpretativa (momento de entender o problema com todas as suas características); a interpretativa (na qual efetivamente se realiza a interpretação) e a pós-interpretativa (no qual o intérprete irá vislumbrar o trabalho e perceber se há ou não unidade; é o momento dos ajustes e das correções).

O romance em cadeia (ou novela escrita por várias mãos) é a expressão utilizada por Dworkin para descrever a atitude interpretativa na perspectiva do juiz que é o protagonista de sua teoria. A metáfora do romance em cadeia quer demonstrar que o juiz é alguém que vai escrever um capítulo de uma história que está sendo continuamente escrita. Para tanto, ele deve ler e interpretar os capítulos já escritos e escrever os futuros, da melhor forma possível, seguindo os critérios de adequação e de interpretação<sup>9</sup>.

O que Dworkin está buscando com a formulação de sua concepção em “O Império do Direito” é justificar a utilização da força, de forma legítima pelo Direito, que detém seu monopólio.

O autor compreende o Direito como um conceito interpretativo e argumentativo, cuja teoria deve calcar-se na prática social. Destarte, os juízes, na atitude de decidir qual é o direito aplicável, devem interpretá-lo, relevando consideravelmente as decisões anteriores, podendo-se afirmar que interpretar seria uma prática social historicista, que apresentaria o Direito como uma atitude contestadora e construtiva, de espírito interpretativo e fraterno.

O cerne de sua teoria perpassa pela afirmação do Direito como “Integridade”, um todo coerente e harmônico de Justiça e Equidade, sendo compreendida em dois momentos: na legislação e no julgamento.

Assim, na fase de elaboração, o legislador, ao criar o direito, deve fazê-lo de forma coerente, observando os princípios e a moralidade existentes e na fase de decisão, os juízes deverão enxergar o direito como um todo, considerando as decisões passadas, de extrema relevância e não como uma série de decisões distintas e pulverizadas.

O direito como integridade implica ser congruente e coerente com as exigências dos princípios derivados da Moral e que oferecem a melhor interpretação da prática social interpretativa.

---

<sup>9</sup> O critério da adequação prescreve que o romance deve ser continuado em sua totalidade e sem adotar uma leitura que nenhum outro escritor adotaria e o critério da interpretação quer dizer que o escritor deve adicionar ao romance, dentre as leituras possíveis, aquela que mais se ajusta a ele.

## CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi dito, pode-se afirmar a existência de duas fases distintas na obra do teórico norte-americano Ronald Dworkin. A primeira, na qual ele concentra seus esforços na crítica ao Positivismo Jurídico, estabelecendo para tanto a distinção entre os princípios e as regras e a separação apenas artificial entre o Direito e a Moral. Em uma segunda fase, em um projeto concebido como livro, Dworkin desenvolve a noção do Direito como prática social interpretativa, culminando no que ele chamou de Integridade.

A teoria do Direito de Ronald Dworkin não conseguiu livrar-se das críticas que foram lançadas inicialmente contra a pessoa do próprio autor, chamado de americanófilo e neojusnaturalista. Sua teoria criou algo inverificável e os objetivos das metáforas nela utilizados eram de tentar encobrir suas inconsistências.

É fato que Ronald Dworkin nasceu, cresceu, estudou, viveu e morreu em países de tradição do “Common Law” e, portanto, a prática judicial inegavelmente exerceu sobre sua teoria uma grande influência.

No entanto, sua contribuição na teoria da decisão judicial, que refutou o modelo silogístico-positivista de alguns de seus antecessores, representou um avanço na consideração dos princípios como uma parcela dotada de grande importância no ordenamento jurídico, além de negar qualquer poder político ao juiz, que não poderia criar um direito novo, sendo tal constatação absolutamente condizente com o postulado da separação dos poderes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**DWORKIN**, Ronald. *Levando os direitos a sério*. [Tradução por Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

**DWORKIN**, Ronald. *Uma questão de princípio*. [Tradução por Luís Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

**DWORKIN**, Ronald. *O Império do Direito*. [Tradução Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

**HART**, H.L.A. *O conceito de Direito*. 2.ed. [Tradução de A. Ribeiro Mendes] Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

**SGARBI**, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

**GNOSEOLOGIA DA BELEZA E DO PODER:  
Fortuna e Virtù em *O Príncipe* e na poesia de Maquiavel**

*Ramon Mapa da Silva*

*Mestre em Teoria do Direito pela PUC-MG*

*Professor da UNIPAC-Itabirito*

*Lays Cristiane de Oliveira*

*Acadêmica do curso de Direito da UNIPAC-Itabirito*

**RESUMO:** A obra política de Maquiavel é bem conhecida e estudada, contudo, não se pode dizer o mesmo de sua obra estética. O presente trabalho pretende analisar as categorias políticas de Maquiavel também em sua obra estética, dando enfoque à relação entre Fortuna e *virtù*, como bases para uma teoria da ação política na obra do autor italiano.

**Palavras-chave:** Maquiavel, Fortuna, *virtù*.

**GNOSEOLOGY OF BEAUTY AND POWER:  
Fortune and Virtù in *The Prince* and the poetry of Machiavelli**

**ABSTRACT:** The political work of Machiavelli is very known and very studied, but one can't say the same of his esthetical work. The present paper aims to analyze the political categories of Machiavelli also in his esthetical work, focusing in the relationship between Fortune and *virtù*, as foundations for a political action theory in the work of the Italian author.

**Keywords:** Machiavelli, Fortune, *virtù*.

**1. Introdução.**

Apesar de ter sido pensada para solucionar problemas de sua época, *O Príncipe* de Maquiavel se tornou uma obra de importância eterna. Objeto das mais variadas interpretações, ainda provoca a admiração e a repulsa de muitos. De seu autor, Niccolò Machiavelli, cidadão florentino que vivenciou o auge e a decadência da Renascença na sua Itália, já foi dito que era um grande republicano (Rousseau) e também que escrevera com o “dedo do demônio” (a frase é do Cardeal Reginal Pole, citada por MORRISON, 2006, p.90). Em muitos sentidos *O Príncipe* segue a tradição da época como um livro de conselhos. Livros que traziam máximas

e orientações para todos os tipos de pessoas – nobres, religiosos, homens comuns – eram um sucesso relativo em finais da Idade Média e início da Modernidade. Contudo, o livro de Maquiavel traz reflexões metafísicas que o distanciam dos demais livros de conselho de sua época. Por seu caráter essencialmente prático, livros de conselho se limitavam a tratar da realidade de sua época, evitando entrar em discussões metafísicas. A tradição humanista italiana tinha como preocupação central o desenvolvimento de uma pragmática das relações sociais, o que a afastava das considerações mais abstratas. E Maquiavel não deixa de seguir essa tradição em seu trabalho. A maior parte de *O Príncipe* é composta por conselhos e estratégias para bem governar e manter o poder durante o maior tempo possível. Mas Maquiavel também trata de profundas questões metafísicas em seu trabalho, e foi isso o que garantiu sua perenidade. Enquanto livro de estratégias as maiores qualidades de *O Príncipe* só possuem sentido para a época de sua redação e para o contexto histórico que o viu nascer, marcado por uma profunda instabilidade política e pela constante ameaça da guerra. Enquanto livro que trata de questões como a liberdade humana, o papel do homem em uma realidade comandada pelo acaso, o desenvolvimento das virtudes, é um trabalho eterno.

O objetivo desse trabalho é investigar como os conceitos de Fortuna e Virtù, trabalhados por Maquiavel, são fundamentais para a compreensão das suas ideias políticas. Pretendemos demonstrar que a dialética entre Fortuna e Virtù forma parte de uma sofisticada fundamentação para uma teoria da ação que envolve discussões sobre a liberdade humana em confronto com a mais cruel necessidade e os revezes do acaso. Para isso faremos uma pequena análise do desenvolvimento desses dois conceitos ao longo da história. Ao final analisaremos também a obra poética de Maquiavel tratando-a como substrato para uma gnoseologia do poder no pensamento do autor florentino.

## **2. – Antiguidade e medievo.**

As divindades gêmeas Virtus e Fortuna eram idolatradas pelos romanos como filhas do próprio Júpiter. Vistas como princípios opostos, a Virtus representava o domínio do homem sobre os acontecimentos a partir de seu próprio esforço e cultivo da honra e da nobreza. A Fortuna representava o acaso, o aleatório, mas, não raramente, era vista como uma deusa benfazeja, que poderia trazer a qualquer um riqueza e saúde. Na iconografia aparece controlando uma roda que representa o destino humano. À medida que a roda fosse girando o homem poderia passar da mais sublime felicidade a mais atroz miséria. Era vista como uma deusa justa, uma vez que distribuía seus bens ou suas cargas para todos sem distinção de

classe social ou nascimento. Aos homens competia cultivar suas virtudes para resistir à inconstância da Fortuna. A vida humana se desenrolava no eterno drama do conflito entre Virtus e Fortuna.

Com o fortalecimento do cristianismo o estatuto da Fortuna vai se modificando. De deusa benfazeja justa passa a alvo de repúdio ou indiferença. A concepção cristã de um Deus que controlava todos os aspectos da realidade se opunha ferrenhamente à ideia da força do acaso. Deus se torna um princípio de razão que regula todo o universo, o que afasta a possibilidade de um culto a uma força irracional como a Fortuna.

O destino nas mãos de Deus, esta era a metafísica cristã que reinou no medievo. Tudo tinha seu lugar no cosmo, vivia-se sob a condenação do pecado original e a esperança da vida eterna, polos de treva e luz como disse MORRISON (2006). De Deus às coisas inanimadas tudo tinha o seu devido lugar hierárquico, o cosmos era regido pela harmonia, equilíbrio e unidade, MORRISON (2006) chama de visão elizabethana do universo. Agir moralmente e dentro de sua posição hierárquica contribuía para a harmonia natural do cosmos e se teria a recompensa na eternidade. Entretanto, ao analisar a realidade presente e histórica Maquiavel constataria que os cosmos não tinha equilíbrio natural, um indivíduo moralmente correto poderia ser surpreendido por uma doença, ou perder tudo enquanto um imoral goza de plena saúde e riqueza. Mas no medievo a Providência Divina e a visão elizabethana de mundo imperavam.

No século VI da era cristã essa postura já era relativamente forte. Em *A Consolação da Filosofia*, Boécio, em seu diálogo com a deusa Filosofia, já apontava Deus como o sumo governante do mundo:

E ela disse: “Achas que este mundo é conduzido por fatos acidentais e governado pela Fortuna, ou achas que é governado por uma Razão?” Eu respondi: “Seria impossível crer que um universo tão bem ordenado fosse movido pelo cego acaso: sei que Deus preside aos destinados à Sua obra, e nunca me desapegarei dessa verdade.” “Pois bem”, disse ela, “em verdade ainda há pouco exprimiste em versos tua convicção. Deploravas que os homens fossem excluídos da solicitude divina, mas não punhas em dúvida que o resto da criação era governado por uma inteligência divina.” (BOÉCIO, 1998, p.20)

Boécio ainda reconhece um papel subalterno à Fortuna, destacando-a como uma força justa, que afeta a todos indistintamente e que age como uma ministra de Deus na distribuição dos bens do mundo. Seu jogo faz parte do plano maior da Razão divina. Colocando-se como a própria Fortuna, a Filosofia apresenta os seguintes argumentos:

Mas gostaria de discutir um pouco contigo colocando-me no lugar da Fortuna. Vê se sua causa não é justa. “Por que, ó homem, te obstinas em me acusar e me perseguir com tuas inumeráveis queixas? Que mal te fiz? Acaso me apossei de algo que era

teu? Debate comigo diante de qualquer tribunal a propriedade de quaisquer bens ou honrarias e, se conseguires demonstrar que aquilo é próprio de algum mortal, eu admitirei que aquilo que reivindicas é mesmo teu. Quando a Natureza te fez sair do ventre de tua mãe, estavas totalmente nu e não tinhas nada. Fui eu quem te acolheu, tratou com o maior cuidado e, se não me suportas mais, é porque te elevei muito, dedicando-me muito à sua causa, e fui excessivamente pródiga em relação a ti. Mas agora decidi retirar minha mão de teu ombro. Tu deverias agradecer-me o usufruto de bens que não te pertencem e não tens o direito de te queixares como se tivesse perdido os teus próprios. Por que então essas lamentações? Não foste agredido de nenhum modo por mim! A riqueza, as honras e os outros bens da sorte são minha propriedade. Esses bens estão sob as minhas ordens e me reconhecem como rainha; eles chegam ao mesmo tempo que eu e partem quando me vou. Chego mesmo a afirmar com certeza que, se tu fosses proprietário daquilo que reclamas, tu não o terias perdido. Seria eu a única a declinar de meus direitos? O Céu tem o direito de oferecer dias plenos de luz e depois fazê-los desaparecer nas trevas da noite. O Ano tem o direito de cobrir por um período a terra de flores e frutas, e depois torná-la irreconhecível enviando chuvas e geadas. O Mar tem o direito de um dia ser amável, apresentando uma superfície calma, e noutro de agitar as ondas sublevadas pela tempestade. E, quanto a mim, é o desejo sempre insatisfeito dos homens que pretende me obrigar a fazer prova de uma constância incompatível com minha própria natureza! Minha natureza, o jogo interminável que jogo é este: virar a Roda (da Fortuna) incessantemente, ter prazer em fazer descer o que está no alto e erguer o que está embaixo. Sobes se tiveres vontade, mas com uma condição: que não consideres injusto descer, quando assim ditarem as regras do jogo.” (BOÉCIO, 1998, p.29)

Mas mesmo essa visão da Fortuna como parte do plano divino seria suplantada por uma concepção bem menos favorável. Como parte de seu projeto de desacreditar tudo o que é pagão, Santo Agostinho opõe a Fortuna à Divina Providência em sua *Cidade de Deus*. O santo conclui que a crença em qualquer influência da Fortuna na vida humana é incompatível com a fé cristã, uma vez que tudo o que ocorre, ocorre pela Providência de Deus. (SKINNER, 2000, p.116). Da mesma forma a crença em uma *virtù* a ser desenvolvida e que traria recompensas seria falsa. Cabe a Deus, e somente a Deus, conferir ao homem seu quinhão de bens e males.

A concepção agostiniana se tornaria central para toda a Idade Média, lançando as bases para um novo contexto político que via na Vontade de Deus a justificação para todo poder. O cenário de instabilidade política se explica uma vez que é “graças a Deus que os poderosos são derrubados e os fracos levantados” (LATINI *in* SKINNER, 2000, p. 117). E mesmo o sucesso imperial romano não se explica por seu poderio militar, já que aceitar essa explicação seria menosprezar “as marcas convincentes da providência divina” (DANTE *in* SKINNER, 2000, p.117).

A partir daí se consolida uma visão do mundo como uma realidade essencialmente causal, controlado pela Vontade Divina. Para garantir que a Providência lhes sorria, devem os homens agir de acordo com os mandamentos de Deus. O cultivo da *virtù* fora substituído pelo

respeito à moral religiosa. E qualquer acontecimento que parecesse desafiar essa visão causal era encarado como um ato da Providência Divina.

Ainda que esse fortalecimento da ideia da Providência Divina tenha terminado por marginalizar como pagãs as crenças no poder da Fortuna ou no cultivo de uma *virtù*, essas crenças não foram suplantadas de todo. De fato, a instabilidade social e a insegurança que persistiu durante todo o período medieval tornavam a crença em um poder aleatório, regente do universo, cada vez mais sedutora. Num mundo em que pestes, guerras e fome eram uma realidade constante e opressiva, a crença em uma divindade providente parecia ser um luxo para ingênuos. Ainda que a nobreza com ligações mais estreitas com a Igreja Católica insistisse em substituir a crença na Fortuna pela crença na Providência Divina e o cultivo da *virtù* pelo cultivo da obediência a Deus, as camadas mais populares viam suas desgraças e aflições como consequência do girar da roda da Fortuna.

Um conjunto de textos do século XIII, descobertos no século XIX e musicados por Carl Orff, escritos em latim vulgar, alemão arcaico, francês e grego, reunidos sob o nome de *Carmina Burana* demonstram bem o poder dessa crença popular. A primeira parte da cantata possui o nome de *Fortuna Imperatrix Mundi* e trata da volatilidade da vida, da felicidade como algo vão e a situação do homem como de permanente inconstância, pois ele está submetido ao poder da Fortuna. Essa é retratada como inconstante e perversa. Nos primeiros versos se destaca sua instabilidade comparando-a à Lua:

Ó Fortuna  
és como a Lua  
mutável,  
sempre aumentas  
e diminuis;  
a detestável vida  
ora escurece  
e ora clareia  
por brincadeira a mente;  
miséria,  
poder,  
ela os funde como gelo.<sup>1</sup>

Os textos intercalam profundas lamentações contra as “feridas da Fortuna” e a comemoração pela vinda da primavera e da boa sorte, alegria rapidamente interrompida pela lembrança da presença inarredável da Fortuna. Há um resgate da visão política da Fortuna também em *Carmina Burana*. Ao rei se admoesta para que fique atento ao girar da “roda volúvel”:

A roda da Fortuna girou:

---

<sup>1</sup> O Fortuna/velut luna/statu variabilis,/semper crescis/aut decrescis/.vita detestabilis,/nunc obdurat/et tunc curat;/ludo mentis aciem,/egestatem,/potestatem/dissolvit ut glaciem.

desço aviltado;  
um outro foi guindado ao alto;  
desmensuradamente exaltado  
o rei senta-se no vertice –  
precavenha-se contra a ruína!  
porque no eixo se lê  
rainha Hécuba<sup>2</sup>.

Maquiavel também elencaria a prevenção como importante arma contra a Fortuna. Hécuba é lembrada nos versos por ser o exemplo perfeito do infortúnio. Esposa do Rei de Tróia, Príamo, vê sua cidade ser massacrada e seus filhos mortos. Tornada escrava na Trácia, mata dois filhos do rei, auxiliada por outras troianas escravizadas. Condenada à morte por lapidação começa a atacar quem a atingia com mordidas e termina transformada em uma cadela que assustava a todos com seus uivos horripilantes.

No século XIII, quando da redação original da cantata, não só a crença na Fortuna retomara espaço, mas a importância de um cultivo da *virtù* também se fortalece. O *vir virtus*, o homem virtuoso, que se espelha no exemplo dos antigos romanos e busca desenvolver as virtudes masculinas como fortitude e coragem, se transforma em um modelo. Às virtudes ditas cristãs, como o amor, a piedade e o temor a Deus se somam às virtudes do mundo antigo, e surgem diversos livros de conselho tratando disso. Tais obras traziam ensinamentos para os homens dos mais variados estamentos, buscando seu aprimoramento pessoal. Eram livros essencialmente técnicos e estratégicos, distantes de quaisquer especulações metafísicas, por isso o tema da Fortuna dificilmente era abordado. O *Príncipe* de Maquiavel se desenvolve nessa tradição dos livros de conselho, mas se afasta radicalmente dela.

### 3 – Fortuna e *Virtù* em *O Príncipe*

O desenvolvimento econômico da Itália renascentista encontrava par apenas na sua instabilidade política. Uma vez que era dividido em principados, o futuro Estado italiano amargava a substituição constante dos *signori*, governantes desses espaços políticos. Ademais, os principados e cidades que não possuíam exércitos se viam sempre às voltas com *Condottieri*, chefes mercenários que comandavam companhias de homens livres e que se vendiam a quem pagasse mais. Histórias de *Condottieri* que mudavam de lado em plena batalha não eram raras, e o próprio Maquiavel alertaria contra a dependência de companhias mercenárias. Essa situação de pesada instabilidade vitimou o próprio Maquiavel, dispensado

---

<sup>2</sup> Fortune rota volvitur;/descendo minoratus;/alter in altum tollitur;/nimis exaltatus/rex sedet in vertice/caveat ruinam!/nam sub axe legimus/Hecubam reginam.

de seu cargo de agente diplomático após as mudanças de poder que elevaram os Médici à condição de *Signori* de Florença. O afastamento do serviço público foi justamente o que possibilitou ao florentino se dedicar aos seus livros, entre eles *O Príncipe*, o livro de conselhos escrito na tentativa de conquistar os favores dos Médici e voltar ao posto perdido.

Como já dito, as técnicas para bem governar que Maquiavel reúne em *O Príncipe* possuem sua efetividade e sentido atrelados à sua época. Já a reflexão sobre o papel da Fortuna e da *virtù* na vida humana repercutem como uma análise da própria liberdade humana em um universo que se pretende essencialmente caótico e aleatório. O capítulo XXV de *O Príncipe* se inicia por mostrar que a crença comum, dividida entre a posição agostiniana de uma realidade causal e a crença no poder da Fortuna desaguava em uma impotência do homem perante os acontecimentos do mundo, uma vez que ninguém poderia prever tais acontecimentos. Maquiavel deixa claro que, em sua visão, apenas metade dos atos humanos estão à mercê da Fortuna, ficando a outra parte a cargo do livre arbítrio. E é nesse espaço de liberdade que o cultivo da *virtù* de acontecer, para impedir que os males causados pelo girar da roda volúvel cause danos irreparáveis. Maquiavel compara a Fortuna a um desses rios destruidores, “que, quando se enfurecem, alagam as planícies, destroem árvores e edifícios, arrastam terras, levam-nas para outra parte; todos fogem diante deles, todos cedem a seu ímpeto, sem poder opor-lhes qualquer obstáculo”. (MAQUIAVEL, 2008, p.178).

Em oposição a *virtù* é comparada aos diques e represas que os homens constroem durante os tempos tranquilos em que o rios permanecem em suas margens e têm o poder de minorar os estragos das enchentes destruidoras. O fato é que a Fortuna só “mostra seu poder onde não encontra resistência, que volve seus ímpetos para onde não foram feitos diques e proteções” (MAQUIAVEL, 2008, p. 178). O homem virtuoso, o *vir virtù* se prepara para a contingência que é a vida, inclusive no aspecto político, onde o príncipe ou rei, que se senta no vértice da roda da Fortuna, deve se preparar porque em seu eixo se lê o nome Hécuba. Como a Fortuna é representada como uma deusa, uma figura feminina com um roda, a *virtù* é descrita por Maquiavel como o conjunto de virtudes viris cultivadas pelos romanos: a força, a previsão, a coragem. Melhor então é “ser impetuoso que prudente” (MAQUIAVEL, 2008, p.183), porque a Fortuna é mulher e “é necessário, para dominá-la, bater-lhe e agredi-la. Vê-se que ela se deixa vencer mais por estes, que por aqueles que procedem friamente, mas, sempre, como mulher, é amiga dos jovens, porque são menos prudentes, mais agressivos e a dominam com mais audácia”. (MAQUIAVEL, 2008, p.183)

Em uma realidade aleatória cabe ao homem ser forte e agressivo contra os caprichos da sorte. Por insistir na ideia do contingente e do acidental acaba por defender a necessidade

da força e da coragem. Ao príncipe, sobretudo, compete estar disposto e preparado para realizar tudo o que for necessário para manter o poder diante dos males da Fortuna. Assim aconselhava Maquiavel, em *O Príncipe*: deve se conhecer em seu contexto os infortúnios da fortuna, se preparando para possíveis contratempos, agir conforme o tempo e ser impetuoso ou cauteloso quando for necessário. Dessa maneira deve agir o príncipe para evitar abalos em seu principado e para que não o perca. Os efeitos da sorte podem ser assim amenizados ou até evitados em decorrência da *virtù* do governante. A fortuna pode ser cruel e é imprevisível e inconstante, o príncipe de *virtù* deve agir em conformidade com a necessidade. É comum ler Maquiavel como o primeiro autor a separar política de moral (ainda que isso não seja absolutamente correto), devido ao fato de que a política, mais do que outros aspectos da vida humana, parece ser para ele o reino da necessidade:

*O radicalismo de Maquiavel encontra-se no fato de ele ter, simbolicamente, reduzido Deus à fortuna (ou ao acaso), que se assemelha a um inimigo a ser conquistado. Como Leo Strauss interpretou sua mensagem (Thoughts on Machiavelli, 1958:218-23) a natureza se torna mais ou menos o equivalente a uma ordem misteriosa à qual só podemos nos referir como fortuna. É impossível conquistá-la, mas o homem sábio aprecia seu caráter. Strauss argumenta que Maquiavel “abandonou a concepção teleológica da natureza e da necessidade natural, substituindo-a pela compreensão alternativa. Refere-se com muita frequência a “acidentes”, mas nunca a “substâncias”. Portanto, Maquiavel adverte que, embora o homem moderno deseje colocar o cosmo sobre controle humano, a natureza do cosmo é imprevisível; assim, precisamos aprender a viver com “o acaso compreendido como uma necessidade não teleológica que cede espaço à escolha e à prudência e, por este motivo, ao acaso compreendido como causa de acidentes simplesmente imprevisíveis.” (MORRISON, 2006, p.90, nota.3)*

Ao afirmar que a fortuna instaura o caos não somente em principado, mas no cosmos como um todo e aconselhar os príncipes a buscarem a *virtù* a fim de evitarem a instalação do caos em seus principados, Maquiavel determina sua visão política como instauração da ordem, manutenção do poder e unificação dos principados, e conclama pela formação de um Estado Nacional, pelo uso da violência e da *virtù*. Diante de um contexto de instabilidade política Maquiavel pretendeu com suas obras discorrer sobre o que fazer para a efetivação de um Estado estável na Itália (Aranha, 1994 p. 41-48).

Maquiavel rompe com política ligada à ordem moral cristã, de que tudo era regido pelos desígnios divinos e que as ações dos súditos e governantes devem obedecer aos preceitos cristãos, o que já era uma tendência renascentista de secularização da consciência. Assim ele torna a política autônoma desvinculada não somente do pensamento medieval, mas também da política normativa dos gregos, que abordava como deve ser o “bom governo” e quais devem ser as virtudes do “bom governante” e do “bom cidadão”, política que era pautada na busca pelo bem comum. Sua abordagem política se interessava em observar a ação

efetiva dos governantes e seus súditos. A política segundo Maquiavel se referia à “análise do jogo efetivo das forças em circunstâncias muito específicas” (Aranha, 1994 p. 41-48). O pensamento de Maquiavel se funda na realidade

A Fortuna ora eleva injustos, ora derruba os justos, suas ações não são pautadas pela moral, então a realidade não segue uma moral. Assim para se adaptar às mudanças dos tempos pode-se precisar de meios amorais. Althusser (2007, p. 241-247) ao interpretar as obras de Maquiavel estabeleceu três figuras de Fortuna em um movimento dialético. A tese, ou a figura da Fortuna é uma “figura da espontaneidade insondável, imprevisível e negativa da Fortuna: a Fortuna como transbordamento dos rios”. Diante desta figura da Fortuna a *virtù* auxilia o homem a atingir a ordem, numa “instauração da necessidade histórica”. A *virtù* constrói essa necessidade, e não o contrário. Ela dá forma à continuidade histórica e à ação humana. Sua função é “fazer que a história se torne um rio que corre entre os diques humanos da ação e da previsão”.

A segunda figura de Fortuna – antítese - é positiva, mas dissimuladora. Nessa acepção a Fortuna persegue os homens segundo seus próprios fins. A Fortuna suscita a *virtù*, sendo a segunda um fenômeno da primeira. Assim escreveu Althusser: “... a necessidade não é produto da *virtù*, mas a *virtù* é produto da necessidade”. São identificadas em O Príncipe duas acepções antagônicas da Fortuna, uma negativa e outra positiva. A terceira acepção de Fortuna supõe resolver o problema antagônico.

A Fortuna como síntese. A *virtù* como adaptação do homem aos diferentes tempos da Fortuna. A má Fortuna como a não percepção humana quanto à mudança dos tempos, quanto à mudança de sua necessidade. E a boa Fortuna é quando o homem é dotado desse novo conceito de *virtù*, como “compreensão da situação e adaptação à necessidade”. A volatilidade e caráter essencialmente contingente da Fortuna estariam ligados, então, à capacidade humana de antever os revezes da história. A boa ou má Fortuna dependeriam do cultivo e uso da *virtù*. A posição do homem na roda da Fortuna seria dada pelo próprio homem. Como o cumprimento galhofeiro de Rosencrantz e Guildenstern a Hamlet tende a ilustrar:

**HAMLET:** Excelentes amigos. Como está você, Guildenstern?

Ah, Rosencrantz! Como vão ambos, meus camaradões?

**ROSENCRANTZ:** Como os mais comuns filhos da Terra.

**GUILDENSTERN:** Felizes por não sermos excessivamente felizes. No barrete da fortuna nós não somos o penacho.

**HAMLET:** Nem a sola do sapato.

**ROSENCRANTZ:** Também, senhor!

**HAMLET:** Quer dizer, vocês vivem na cintura dela; bem ali, no botão de seus favores.

**GUILDENSTERN:** Sim, temos algumas intimidades.

**HAMLET:** Com as partes pudendas da Fortuna!

Ah, a velha rameira!  
(...) (SHAKESPEARE, 2010, p.53)

Essas três figuras da Fortuna demonstram a preocupação crescente de Maquiavel com o papel da vontade humana na formação da própria realidade. A dialética entre a Fortuna e a *virtù* terminam por ser a base de uma teoria da ação, que fundamentam o próprio conceito de continuidade histórica.

#### 4 – Gnoseologia da Beleza: A Fortuna nos poemas de Maquiavel.

A interpretação da Fortuna e da *virtù* como categorias políticas em *O Príncipe* é algo relativamente comum. Menos usual é a análise da obra estética de Maquiavel, sobretudo seus poemas, e, de como essas figuras são ali tratadas. Em dois poemas, *Di Fortuna e Dell'Occasione*, a Fortuna é retratada. Em *Di Fortuna*, o retrato que se pinta é de uma deusa má e impiedosa:

E a diva cruel volta no momento,  
Para mim seus olhos ferozes, e lê  
O que canto dela e de seu reino. (MAQUIAVEL, 2011, p. 239)

Entretanto a deusa possui duas faces distintas, como descrito no poema uma feroz e outra tranquila não possuindo piedade lei, ou razão. A única atitude a se esperar da Fortuna é a inconstância. Representada por uma mulher nunca se sabe para que lado ela girará a roda que traz nas mãos. Todos os homens estão sujeitos às suas mudanças e a seu reino violento, se uma grande *virtù* não a amortece. No entanto quanto maior a *virtù*, maior a força da Fortuna se opondo. Constata-se que, em *O Príncipe*, há uma visão mais otimista da relação entre Fortuna e *virtù* com a possibilidade de se erguerem diques a fim de amortecer seu impacto. Na obra política Maquiavel afirma acreditar que metade de nossas ações seja governada pela Fortuna e a outra metade nos caberia governar, o que não parece ser a mesma opinião em *Di Fortuna*.

Por ser inconstante, é da natureza da Fortuna ser ora benévola ora cruel e, paradoxalmente, a natureza humana é pautada pela constância e pela necessidade de um tempo histórico ordenado. Assim os homens que seguem sua natureza, ficam à mercê da mudança dos tempos pois não se opõem com suas ações às ações da fortuna. Por isso tanto no *Di Fortuna* quanto no em *O Príncipe* os que possuem audácia e juventude são os que melhores se adaptam aos tempos e, portanto, amortecem a ações da Fortuna (ARANOVICH, 2011). Em *Di Fortuna*:

Porque todo mal que vos ocorre  
se atribui à ela; e se algum bem o homem encontra,  
crê tê-lo adquirido por sua própria virtude “  
Entre aquela turba variada e nova  
Daqueles que naquele lugar se encontram encerrados,  
Audácia e Juventude são as que mais se destacam. (MAQUIAVEL, 2011, p.240)

O poema trata da Fortuna como possuidora de um reino de “coisas humanas”, um reino sedutor para quem possui ambição e desejo. Nele, tudo se apresenta como variável e aberto, fazendo crer que a entrada no reino garantirá prêmios dos mais valiosos. Mas isso não é o que ocorre:

Os homens aproximam-se e reúnem-se ao redor da Fortuna por ambição e desejo, pois ela lhes mostra coisas novas. A entrada em seu reino é sempre aberta e ele é representado como um palácio aberto por todos os lados, onde há sempre coisas novas e variação. Desta forma, seduzidos e na tentativa de obter os bens da Fortuna, os homens são atraídos a seu Reino. Mas há uma advertência: se a entrada é fácil, a saída é incerta, se ela é benigna com quem quer entrar, com fúria barra aquele que deseja sair. (ARANOVICH, 2011, p.223)

Nesse ponto, o poema apresenta a Fortuna de uma forma mais cruel do que feito em *O Príncipe*. Enquanto no livro de conselhos a Fortuna era apresentada como a divinização da inconstância e da incerteza, mas uma força não necessariamente má, no poema ela surge como uma *Donna* mais sedutora e consciente de seu poder, interessada em atrair para seu reino os incautos e ali mantê-los, presos ao girar eterno de sua roda:

Sobre um palácio totalmente aberto  
se vê reinar, e a ninguém impede  
a entrada, mas o partir é incerto.  
Todo o mundo reúne-se ao seu redor,  
desejoso de ver coisas novas,  
cheio de ambições e de vontades.  
Ela permanece no topo, onde  
jamais recusa seu olhar a qualquer homem;  
mas, em pouco tempo, o desvia e move.  
E ela tem duas faces, esta antiga bruxa,  
uma feroz e a outra tranqüila; e, no momento em que a volta,  
ora não te vê, ora te ameaça, ora te convida.  
A quem quer que queira entrar, benigna ela escuta;  
mas, com quem quer sair depois, se ira,  
e, freqüentemente, impede a passagem.  
Dentro, são tantas rodas que se vêem rodar  
quão variado é o subir até aquelas coisas  
que cada um que vive tem em mira. (MAQUIAVEL, 2011, p. 235-237)

A *virtù* possui também um caráter levemente distinto do que o mostrado em *O Príncipe*. Ela é tratada mais como uma força necessária à sobrevivência em um reino tão inconstante. O poder mesmo está com a Fortuna, cuja mordida não se pode confiar (MAQUIAVEL, 2011, p.239).

## 5 – Conclusão

No ano de 2013, *O Príncipe* completa quinhentos anos. Cercado por uma miríade de outras obras políticas altamente relevantes o livro ainda se destaca. Não apenas porque Maquiavel enxergou antes de muitos o momento histórico que se desenhava com a formação dos Estados Nação. A proeminência e permanência da obra de Maquiavel se deram pela capacidade de conferir um caráter metafísico ao severo jogo político que o cercava e que se manteve por vários séculos depois de sua morte. Em seus poemas, essa metafísica se fortalece e se desenha de uma forma mais bem acabada. A análise do poema *Di Fortuna* auxilia na compreensão do problema do caos e da inconstância da realidade que Maquiavel via como justificadora das ações dos príncipes e dos poderosos. Como teoria da ação, Maquiavel funda suas ideias políticas na necessidade de manutenção da ordem e do poder perante um universo completamente aleatório.

É na dialética entre Fortuna e *virtù*, onde o fortalecimento de um representa o fortalecimento do outro, que os lances de dados do jogo político encontram o veludo onde rolar. E somente na compreensão da política como reino dos fins que podemos entender a obra de Maquiavel. Se boa parte do projeto racionalista da modernidade pós-renascentista se propunha a alterar isso, transformando a política em um espaço dos meios, através do fortalecimento do Estado legiferante, os momentos de necessidade trazem de volta a decisão, pura e incondicionada, e uma realidade como a pensada por Maquiavel, despida da presença de um Deus providente, auxilia na compreensão da própria decisão política. Se Maquiavel fosse contemporâneo de Dostoiévsky poderia parafrasear o autor russo que dizia que em um mundo sem Deus tudo é permitido. Maquiavel poderia responder sorrindo, em um mundo sem Deus, tudo é necessário.

## 6 – BIBLIOGRAFIA

**ALTHUSER**, Louis. *Política e História: de Maquiavel a Marx*. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2007.

**ARANOVITCH**, Patrícia Fontoura. *Di Fortuna e a Fortuna em Maquiavel*. in *Cadernos de Ética e Filosofia Política 18*, Editora Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 221-230.

**BOÉCIO.** *A Consolação da Filosofia*, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1998.

**MAQUIAVEL,** Nicolau. *Di Fortuna e Dell'Ocassione di Niccolò Machiavelli*, trad. Patrícia Fontoura Aranovith. in *Cadernos de Ética e Filosofia Política 18*, Editora Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p.231-247.

**MORRISON,** Wayne. *Filosofia do Direito dos Gregos ao Pós-Modernismo*. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2006.

**SKINNER,** Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. Editora Companhia das Letras, São Paulo, 2000.

# A TEORIA DO APRENDIZADO SOCIAL E A QUESTÃO DO MENOR INFRATOR

*Ricardo Augusto de Araújo Teixeira\**

**RESUMO:** o presente artigo busca trazer a Criminologia para a discussão a respeito das penas e sanções destinadas aos infratores adolescentes. Em primeiro lugar há uma exposição das correntes que justificam a imposição de penas. Posteriormente apresentamos a Criminologia como ciência que pode ter impactos importantes em nossa compreensão do sistema punitivo estatal para, em seguida, apresentarmos a teoria do aprendizado social, que é marco teórico deste texto. Por fim, sugerimos as mudanças a que a execução infracional deveria ser submetida a fim de adequar-se às sugestões da corrente criminológica escolhida.

**Palavras-chave:** infratores adolescentes, criminologia, direito.

## THE SOCIAL LEARNING THEORY AND THE JUVENILE OFFENDER ISSUE

**ABSTRACT:** the current paper aims to bring Criminology to the debate of criminal sanctions and those sanctions oriented to juvenile offenders. First, there is an exposure of the ideological perspectives that justify the imposition of prison time. After that, we present Criminology as a science that could have important impacts in our understanding of public punitive system, and then we present the Social Learning Theory, which is our theoretical reference. In the end, we suggest some changes that juvenile offenders system should undergo so that it is suitable to the criminological perspective here adopted.

**Keywords:** juvenile offenders, criminology, law.

### 1. Introdução

O fim do século XX assistiu a um expressivo aumento da cobertura pela mídia do fenômeno criminoso. A popularização do crime, praticamente alçado à condição de espetáculo, tem criado uma sensação de insegurança decorrente de um volume aparentemente alto de crimes na sociedade brasileira contemporânea.

A ideia de sensação de insegurança, em que pese ser desproporcional à quantidade de delitos verificados, faz com que cheguem ao sistema político demandas por ações que resultem no incremento da segurança da população.

---

\* Doutor e Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Especialista em Ciências Penais pelo IEC. Professor Titular de Direito Penal da UNIPAC Itabirito.

Desta feita, um dos aspectos mais questionados é aquele que diz respeito ao tratamento legal das pessoas que se encontram abaixo da maioridade penal, vez que é um discurso frequente o de que a legislação específica – qual seja, Estatuto da Criança e do Adolescente, doravante, ECA – determina um tratamento por demais brando em tais casos.

Segundo tal linha de pensamento, se um menor realiza um ato infracional análogo a crime, não há motivo para que ele receba um tratamento tão menos grave do que aquele dado a um adulto que eventualmente tenha cometido um fato que tenha idêntica classificação jurídico-penal.

A proposta deste artigo é discutir novos caminhos para a questão do menor infrator, sugerindo que melhor que reduzir a maioridade penal é ampliar o sistema do ECA, vez que não se pode perder de vista as condições peculiares de desenvolvimento do menor.

A razão de ser da escolha desta linha é a notória incapacidade do sistema prisional tradicional de atingir quaisquer das supostas finalidades a que ele se destina. Tal constatação impõe como conclusão insuperável que a redução da maioridade penal não só não traria nenhum benefício à sociedade, como seria prejudicial ao infrator, ainda em formação física e moral.

O caminho aqui escolhido será, como já dito, o da ampliação do sistema do ECA, aplicando a tal proposta algumas conclusões decorrentes da vertente criminológica conhecida como *Social Learning Theory*.

Em princípio será feita uma breve apresentação a respeito da finalidade da sanção penal; na sequência serão apresentadas as peculiaridades do sistema criado pelo ECA e, então, será apresentada a supracitada corrente criminológica e suas aplicações ao sistema penal como um todo. Por fim, tentar-se-á propor modificações ao ECA a partir dos ganhos proporcionados pela criminologia, notadamente na perspectiva interacionista que é, aqui, referência.

## **2. Os Fins da Sanção Penal: teorias da pena**

Desde a racionalização do sistema penal verificada no Iluminismo, o abandono dos fundamentos religiosos do Direito teve como consequência a necessidade de se encontrar para ele novas bases. Isto se deu, dentre outras razões, pelo fato de a ideia geral acerca do Direito

Penal passou a ser de que ele deve ser uma proteção do cidadão contra o Estado, e não mais um instrumento de proteção do soberano, como era até aquele momento.

Para proteger a liberdade do cidadão contra tais ausência de direito e arbitrariedade, o Iluminismo exigiu a vinculação incondicional do juiz à lei. O postulado *nullum crimen, nulla poena sine lege* foi reconhecido pelas legislações dos anos 1800 e constitui desde então a base da moderna cultura do Direito Penal. (HIPPEL, 1932, p.71, trad. nossa<sup>1</sup>).

A partir daí, essencialmente duas linhas de fundamentação foram desenvolvidas. Em uma delas o foco está na proteção da sociedade. O indivíduo que violou o “contrato social” deve ser tirado de circulação, vez que oferece riscos à comunidade. Noutra vertente adota-se a ideia de que a sanção do sistema penal deve servir para prevenir a ocorrência de futuras violações à lei, seja por meio da ameaça generalizada de punição, seja por meio da recuperação daquele indivíduo que já violou alguma norma. Na síntese de von Hippel (1932), “a pena é um mal que deve ser imposto ao autor do fato, tendo por objetivo a satisfação da noção de certo e errado (retaliação) e a prevenção de eventos semelhantes no futuro (prevenção). (HIPPEL, 1932, p.403, trad. nossa<sup>2</sup>). Na sequência far-se-á uma breve apresentação de tais propostas.

## 2.1. Teorias da Pena: teoria absoluta.

Antes de iniciar a apresentação propriamente dita, é preciso salientar que existe enorme variedade de vertentes dentro da cada corrente. Assim, aqui será feita apenas uma apresentação geral, vez que uma apresentação detalhada fugiria do escopo deste trabalho.

As teorias absolutas são aquelas que não têm preocupação com uma finalidade a ser alcançada com a imposição da pena. A punição, aqui, justifica-se apenas pela violação à norma. Confira-se, por exemplo, a síntese de Walther Gropp (2001):

Absolutas são chamadas as teorias cujo sentido está desconectado das considerações sobre cada indivíduo ou finalidades sociais focando na retaliação pelo fato. A base da pena é a observância da proibição normativa mesma. Desta forma o peso da pena

---

1 **No original:** *Zum Schutz der Bürgerfreiheit gegen solche Rechtlosigkeit und Willkür fordert die Aufklärungszeit die unbedingte Bindung des Richters an das Gesetz. Der Grundsatz nullum crimen, nulla poena sine lege wird in den Gesetzgebungen um 1800 anerkannt und bildet seither die Grundlage des modernen Kulturstrafrechts.* (HIPPEL, 1932, p.71).

2 **No original:** *Strafe ist ein Übel, das wegen eines Unrechts über den Täter verhängt wird, zwecks Befriedigung des verletzten Rechtsbewußtseins (Vergeltung) und zwecks Verhütung ähnlicher Vorkommnisse für die Zukunft (Prävention).* (HIPPEL, 1932, p.403).

deve corresponder ao peso do fato. A pena deve ser compreendida como a justa compensação do fato. (...). (GROPP, 2001, p.32, trad. nossa<sup>3</sup>).

As bases das teorias absolutas encontram-se no idealismo alemão, notadamente em construções de Kant e Hegel. (TEIXEIRA, 2014). “Dentro das teorias absolutas a ideia de retaliação deve ser entendida de forma literal. A pena deve deixar claro que o desvio do autor do fato em relação à norma nenhum valor possui. Retaliar significa não atribuir validade”. (GROPP, 2001, p.32<sup>4</sup>). É preciso punir em razão da violação da norma, sendo desnecessária qualquer consideração outra, por exemplo, acerca de qual deve ser o objetivo da sanção imposta.

Esta forma de justificar a imposição de uma sanção pelo Direito Penal é, de alguma forma, parte da tradição ocidental, decorrente da tradição judaico-cristã, o que pode ser facilmente percebido pela noção comum de que quem faz algo de errado deve ser punido. É o popular “ter que pagar pelo que fez”.

É preciso, porém, refletir a respeito desta justificativa ser compatível e/ ou adequada ao estágio de evolução da sociedade e, especialmente, do sistema jurídico. Isto, pois sendo o Direito um sistema social cognitivamente aberto, mas operativamente fechado, sua tendência é produzir respostas cada vez mais sofisticadas às demandas que chegam até ele. Desta forma, uma justificativa compatível com o Direito Penal pré-iluminista dificilmente poderá ser compreendida como compatível com os sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. Dentre outras críticas, vale citar novamente Walther Gropp (2001), para quem

Contra as teorias absolutas foi levantada a objeção de que um Direito Penal moderno não pode nem quer aspirar a uma justiça/ igualdade absoluta, mas deve e pode apenas punir na medida necessária para a manutenção pacífica da ordem. (...). (GROPP, 2001, p.34, trad. nossa<sup>5</sup>).

Trata-se, em suma, de aceitar as limitações com as quais o sistema jurídico deve lidar hoje em dia.

---

3 **No original:** “Absolut” heißen die absoluten Straftheorien deswegen, weil sie den Sinn der Strafe losgelöst (lat.: absolutus) von jeder individuellen oder gesellschaftlichen Zweckerwägung in der Vergeltung der Tat sehen. Der Grund der Strafe ist die Achtung vor dem Verbot selbst. Dabei entspricht die Schwere der Strafe der Schwere der Tat. Die Strafe wird somit als gerechter Ausgleich der Tat verstanden. (...) (GROPP, 2001, p.32).

4 **No original:** Innerhalb der absoluten Straftheorien ist der Begriff der Vergeltung damit im wortwörtlichen Sinne zu verstehen. Dis Strafe soll deutlich machen, dass die Abweichung des Täters von der Norm keine Geltung besitzt. Vergelten bedeutet somit nicht gelten. (GROPP, 2001, p.32).

5 **No original:** Gegen die absoluten Straftheorien wird vor allem eingewandt, dass ein modernes Strafrecht nicht absolute Gerechtigkeit estreben kann und will, sondern nur so weit strafen kann und darf, als dies zur Aufrechterhaltung der Friedensordnung erforderlich ist. (...). (GROPP, 2001, p.34).

## 2.2. Teorias da Pena: teorias relativas

As chamadas teorias relativas da pena são aquelas que, considerando a insuficiência do “pune-se porque fez algo de errado”, buscam estabelecer funções para a sanção penal, de forma superar a fundamentação das teorias absolutas.

(...) Segundo as teorias relativas da pena, a sanção estatal deriva sua legitimidade da tarefa de proteger a sociedade por meio da evitação de futuros fatos criminosos. O objetivo da punição do indivíduo é concomitantemente a prevenção de crimes. A preocupação das teorias relativas pode ser trazida na forma curta: *punitur, ne peccetur*, deve-se apenar para que não erre novamente. (...). (GROPP, 2001, p.35, trad. nossa<sup>6</sup>).

O fato de haver uma finalidade para a pena, antes de satisfazer as exigências percebidas a partir das teorias absolutas, gerou a necessidade de identificar qual ou quais seriam os objetivos da sanção penal. Em linhas gerais, duas foram as propostas feitas quanto a esta questão. Uma advogava que a pena deveria buscar produzir um efeito de “prevenção geral”, outra, que ela deveria visar uma “prevenção especial.

Contrariamente às teorias absolutas, as teorias relativas são, com plena propriedade, teorias de fins. Também elas reconhecem que, em sua essência, a pena se traduz num mal para quem a sofre. Mas, como instrumento político-criminal destinado a actuar no mundo, não pode a pena bastar-se com essa característica, em si mesma destituída de sentido social positivo; para como tal se justificar tem de usar desse mal para alcançar a finalidade de toda a política criminal, a prevenção ou profilaxia criminal. (...). (DIAS, 2007, p.49).

A ideia da prevenção geral é, como o nome sugere, de que a pena deveria atuar sobre os membros de uma determinada coletividade como uma espécie de ameaça. Ela deveria ter uma atuação psíquica, evitando que os membros de uma determinada sociedade cometam crimes por meio de intimidação.

Segundo Walther Gropp (2001), o fundador da corrente da prevenção geral foi Anselm von Feuerbach que “defendia – como Kant – a concepção de que a sanção penal tem um fim, que é proteger simultaneamente a liberdade de todos os cidadãos”. (GROPP, 2001, p.35, trad. nossa<sup>7</sup>). Ele prossegue explicando o que hoje é conhecido como “teoria da coação psicológica

---

6 **No original:** (...) *Nach den relativen Straftheorien bezieht die staatliche Strafe ihre Legitimation aus der Aufgabe, die Gesellschaft durch Verhinderung zukünftiger Straftaten zu schützen. Zweck der Bestrafung des Einzelnen ist somit gleichzeitig die Verbrechensvorbeugung. Das Anliegen der relativen Straftheorien lässt sich auf die Kurzformel bringen: punitur, ne peccetur, es wird bestraft, damit nicht weiter gefehlt werde. (...).* (GROPP, 2001, p.35).

7 **No original:** *Feuerbach vertrat – wie Kant – die Auffassung, dass das Strafrecht das Ziel habe, die wechselseitige Freiheit aller Bürger zu schützen*”. (GROPP, 2001, p.35).

de Feuerbach” (*Theorie des psychologischen Zwanges*). “O conhecimento da submissão ao direito do objeto e da extensão da proibição impediria o cometimento do fato penal<sup>8</sup>.”

A ideia por trás da prevenção geral parece estar totalmente incorporada à cultura ocidental. No que toca ao objeto deste artigo – a resposta penal ao “menor infrator”-, é lugar comum a afirmação de que as “brandas punições” previstas do ECA são um incentivo à prática de atos infracionais análogos a crime. Este é, inclusive, um dos argumentos mais usuais daqueles de propugnam a redução da maioridade penal, conjecturando que, uma vez ameaçados com as penas nada brandas do Código Penal, os adolescentes não cometeriam crimes.

Em que pese a aparente logicidade do argumento, a pergunta inevitável é: se a gravidade das sanções do Código Penal impediriam a prática de delitos por adolescentes, por que não impedem estas mesmas práticas por parte de adultos? Ou será que alguém considera baixa – a ponto de valer a pena neste suposto cálculo de custo/ benefício – penas como a do crime de extorsão mediante sequestro com resultado morte<sup>9</sup>?

Os questionamentos acima levantados, somados aos dados que indicam o rápido crescimento do sistema prisional brasileiro, indicam que o mero cálculo de custo/ benefício por trás da ideia da prevenção geral não é suficiente para responder ao fenômeno criminoso em boa parte de sua extensão.

A ideia da prevenção especial diz respeito a uma individualização da prevenção geral. Enquanto esta objetiva intimidar a coletividade como um todo, ameaçando-a com uma sanção penal, a prevenção especial propõe-se a atuar especificamente sobre o autor de um fato penalmente relevante, mantendo-o afastado do cometimento de novos delitos. A prevenção especial, como é fácil de notar, pode seguir dois caminhos. No primeiro, ela impede a reiteração criminosa por parte de um agente por meio de sua neutralização física (prevenção especial negativa). No segundo, esta função é obtida por meio da “recuperação” do condenado (prevenção especial positiva). Eis a precisa síntese de Günther Jakobs (2009):

O efeito sobre o agente deve-se dar de forma que ele seja mantido afastado de outros crimes mediante força física ou, então, que seja levado, por sua própria vontade, a não praticar mais nenhum crime. Este último se dá pela via da reabilitação do agente, seja essa via a da educação, ou a do adestramento, ou a da intervenção física, ou então, a via da intimidação por meio de uma pena admonitória. (...). (JAKOBS, 2009, p.46).

---

8 **No original:** *Die Kenntnis der Rechtsunterworfenen über Gegenstand und Umfang des Verbotenen würde davon abhalten, Straftaten zu begehen.* (GROPP, 2001, p.35).

9 Trata-se do delito com a sanção mais pesada do sistema penal brasileiro, com pena cominada de 24 a 30 anos.

Ambas as vertentes da prevenção especial são objeto de críticas de difícil superação. Na prevenção especial negativa há o problema de que a norma penal acaba funcionando quase que exclusivamente como método de proteção da sociedade contra o indivíduo, algo que contraria os preceitos gerais do direito ocidental pós II Guerra, o qual, inspirado em valores kantianos, afirmam que dentre os fins do Direito deve prevalecer o de dar adequado tratamento às pessoas, independente do que elas tenham feito. Há aqui, em alguma medida, um retorno à ideia da defesa social, ou, em termos atualizados pelo funcionalismo teleológico de Claus Roxin (2012), uma prevalência das funções político-criminais da sanção penal.

Já a prevenção especial positiva enfrenta problemas de duas ordens, uma ideológica e uma sistêmica, embora, como será visto adiante, seja ela a mais adequada às propostas decorrentes da *social learning theory*.

A crítica de ordem ideológica vem questionar a legitimidade do Estado para “reeducar” o indivíduo. A ideia é simples: sendo o Direito um instrumento de manutenção do *status quo*, e sendo hoje de conhecimento geral que as normas jurídicas são erguidas sobre uma estrutura ideológica determinada pelos detentores dos poderes econômico e político, “reeducar” um cidadão para que ele torne-se alguém mais adaptado à ideologia dominante configuraria uma arbitrariedade/ imposição à beira da incompatibilidade com a noção de pluralismo ideológico que permeia o moderno Estado Democrático de Direito.

Além disso, a chamada *criminologia crítica*<sup>10</sup> ainda sugere que, sem se discutir a legitimidade do Direito posto, interferir na liberdade de alguém para que essa pessoa possa se comportar de forma “aceitável” caracterizaria uma subversão da ideia de que o Direito é um instrumento de garantia das liberdades individuais.

---

10 “Adeptos da criminologia crítica usualmente advogam algum nível de engajamento social direto no âmbito de injustiças sociais tão vividamente exposto por suas análises, e a aplicação da teoria na prática. Todas as diferentes linhas da criminologia crítica sustentam a possibilidade de efetivação de reformas fundamentais ou transformações dentro da sociedade, que promoveriam maior igualdade e maior qualidade de vida para os despossuídos e desprivilegiados, e não apenas para os membros privilegiados da sociedade, além de uma sociedade mais humana e autêntica para todos. As formas dominantes de controle social – das práticas de vigilância às políticas criminais – são alvo comum das críticas como sendo centrais para a perpetuação das injustiças, não introjetadas quando contraproduativas em termos de alcance de mudanças positivas em indivíduos, bem como nas condições sociais”. (FRIEDRICHS, 2009, p.210, trad. nossa). **No original:** *Critical criminologists tend to advocate some level of direct engagement with the range of social injustices só vividly exposed by their analysis and the application of theory to action, or praxis. All the different strains of critical criminology hold forth the possibility of effecting fundamental reforms or transformations within the society that promote greater equality and a higher quality of life for the disadvantaged and the disfranchised, not just the privileged members of society, and a more humane, authentic society for all. The dominant forms of social control – from policing practices to penal polices – are a common target of criticism as central to perpetuating injustices, as profoundly biased, and as counterproductive in terms of achieving positive changes in individuals as well as social conditions.* (FRIEDRICHS, 2009, p.210).

Talvez ainda mais determinante seja a crítica sistêmica. Ser o Direito um sistema social cognitivamente aberto, mas operativamente fechado, significa que sua atuação deve manter-se dentro dos limites estabelecidos pela observância de um código binário, no caso, lícito/ ilícito. Considerando que um sistema produz comunicação sempre respeitando seu próprio código, uma demanda por “reeducação” não poderia ser levada ao sistema jurídico-penal, pois, enquanto sistema, ele tem funções específicas, dentre as quais, por coerência, não pode ser incluída a função de reparar falhas de outros sistemas sociais – no caso, o educacional.

É preciso considerar, porém, que quanto à situação do menor infrator, o subsistema acionado ainda é o da infância e juventude, e não o penal. Isso é relevante vez que, tal como compreendemos, é suficiente para afastar a crítica sistêmica, afinal, a própria legislação especial diz que a educação e a profissionalização são direitos do adolescente privado de sua liberdade. Neste sentido caminham os artigos 120, §1º (que estabelece normas para o regime de semiliberdade) e 124, XI (que regula a internação) do Estatuto<sup>11</sup>. Ou seja, a maleabilidade do sistema do ECA é consideravelmente maior que o do sistema penal, sendo este mais um motivo para não se reduzir a maioria em nosso ordenamento.

Assim sendo, parece-nos coerente que medidas de reeducação sejam direcionadas ao subsistema jurídico específico que é o da infância e juventude.

Tudo considerado, é preciso conhecer a “teoria do aprendizado social” (*social learning theory*).

### **3. Criminologia: introdução e perspectiva interacionista**

A criminologia, tal como hoje se apresenta, pode ser definida como a ciência que estuda o crime enquanto fenômeno social. O termo “criminologia” foi cunhado por Paul Topinard, que o utilizou pela primeira vez em 1889, num seminário sobre o estudo antropológico da criminalidade. (MILLER, 2009). Trata-se, verdadeiramente, de uma ciência social que, em seus primórdios, era vista como o ramo da sociologia que se interessava pelo estudo do crime, notadamente suas causas e natureza, em contraste com a “justiça criminal” (*criminal justice*), cujo objeto era a resposta ao crime.

Hoje, todavia, a Criminologia é entendida como uma ciência autônoma, e seus

---

11 Art. 120, §1º, ECA: É obrigatória a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade. Art.124, XI, ECA: São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: receber escolarização e profissionalização.

diversos ramos lidam com todos os aspectos do fenômeno criminoso, e não apenas suas causas.

(...) Consequentemente, a criminologia é hoje vista de uma forma dicotômica, com a criminologia teórica ou sociológica focada na causação do crime ou em sua etiologia, e a criminologia aplicada focada num trabalho de prevenção, reafirmação (*enforcement*), ou tratamento orientado. (MILLER, 2009, p.3, trad. nossa<sup>12</sup>).

Ao longo do século XX diversos foram os caminhos percorridos pelos criminólogos, notadamente em razão da capacidade/ necessidade de considerar em suas pesquisas argumentos e dados produzidos pelas mais diversas ciências. Assim, a criminologia enquanto ciência<sup>13</sup> se vale de dados e leituras produzidas não apenas por ela própria, mas também por juristas, psicólogos, economistas, antropólogos etc.

A fim de estabelecer uma linha evolutiva, é possível identificar na clássica *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria, como uma das obras fundantes da Criminologia. “Beccaria visava reformar o sistema de justiça criminal para fazê-lo mais humano e justo. Ele argumentava a favor de punições outras além da pena corporal e da pena capital, por meio da inclusão do sistema punitivo em um sistema legal ‘iluminado’<sup>14</sup>”. (WELLFORD, 2009, p. 10, trad. nossa<sup>15</sup>).

A análise feita na referida obra estabeleceu a noção de custo/ benefício que até hoje domina o imaginário popular, além de ser a única referência criminológica de boa parte – talvez da maioria – dos operadores do sistema penal. Influenciado pelo “cálculo moral” de Bentham, Beccaria sugeriu que o crime era uma escolha, que poderia ser evitada se o custo do cometimento do crime fosse maior do que sua possível recompensa. (WELLFORD, 2009).

Quase um século depois, outro italiano, Cesare Lombroso, inauguraria outra linha de explicação do crime, com foco nas características pessoais do criminoso, criando a vertente que receberia a denominação de “explicações bioantropológicas”. Ele buscou identificar

---

12 **No original:** (...) *Consequently, criminology today is viewed somewhat dichotomously, with theoretical or sociological criminology denoting a focus on crime causation or the etiology of crime and applied criminology denoting work that is prevention, enforcement, or treatment oriented.* (MILLER, 2009, p.03).

13 “Caracterizar uma teoria como ciência significa que as exigências de inferência sobre relações (as correlações observadas) podem ser falseadas. Pesquisa exige coleta de dados de acordo com o processo de operacionalização, de forma que a teoria seja delimitada para uma observação sistemática de causa e efeito”. (MILLER, 2009, p.07, trad. nossa). **No original:** *Characterizing theory as scientific means that inferential claims about relationships (the observed correlations) can be falsified. Research entails gathering data according to the operationalization process so that the theory is framed for systematic observation of cause and effect.* (MILLER, 2009, p.07).

14 [N.T.] Trata-se de um trocadilho, no original, com o termo *enlightened*, que quer significar, no contexto, aquilo que está de acordo com o Iluminismo.

15 **No original:** *Beccaria sought to reform the criminal justice system to make it more humane and fair. He argued for punishments other than corporal punishment and death by embedding punishment in an enlightened legal system.* (WELLFORD, 2009, p.10).

aspectos físicos que capacitariam um observador condicionado a identificar fisicamente um criminoso. “A tradição da criminologia inaugurada por Lombroso – a busca das causas do crime – foi o foco da criminologia até a última metade do século XX”. (WELLFORD, 2009, p.12, trad. nossa<sup>16</sup>).

Nas décadas de 1960 e 1960 ocorreu um rompimento no pensamento criminológico com a ascensão da chamada perspectiva interacionista<sup>17</sup>, que buscava romper com o método tradicional, que considerava o fenômeno criminoso, em geral, como alguma espécie de patologia. (TIERNEY, 2006).

O interacionismo marcou um importante rompimento com a tradicional abordagem causal-corretiva da criminologia, em que o crime era investigado e explicado dentro de um contexto de política social e processos legais e penais. Na criminologia ortodoxa anteriormente examinada, crime e desvio usualmente eram conceituados em termos de patologia, de acordo com algum padrão de comportamento socialmente aceitável, e a busca por causas (de uma natureza mais ou menos positivista) era ligada à erradicação do comportamento criminoso ou desviante. (...). (TIERNEY, 2006, p.139, trad. nossa<sup>18</sup>).

Dentre as diversas linhas que compõe a perspectiva acima identificada, duas têm tido maior repercussão, a “teoria do etiquetamento” (*Labeling approach*) e a teoria do aprendizado social (*Social Learning Theory*).

A corrente que aqui interessa mais foi “uma tentativa de fundir a abordagem sociológica de Sutherland, com sua teoria da associação diferencial, e princípios de psicologia behaviorista”. (AKERS; JENNINGS, 2009, p.323, trad. nossa<sup>19</sup>).

A *Social Learning Theory* é, como boa parte das vertentes da perspectiva interacionista, uma linhagem criminológica com fortes influências da psicologia. A própria

---

16 **No original:** (...) *the tradition of criminology begun by Lombroso – the search for the causes of crime – was the focus of criminology until the last half of the 20th century.* (WELLFORD, 2009, p. 12).

17 “(...) A chamada perspectiva interacionista, ou *labeling approach* refere-se ao fato de que as ações humanas não são criminosas em si mesmas, mas que este significado acontece por meio de um processo de atribuição feito pelas instâncias formais de controle. Quando alguém subtrai alguma coisa de outra pessoa, isto será um furto se as leis e a justiça etiquetarem este comportamento como criminoso. A “criminalidade” do comportamento está não nele mesmo, mas na valoração por meio das instâncias de controle. (...). (LAUE, 2010, p.6, trad. nossa) . **No original:** (...) *Der sog. interaktionistische Ansatz oder labeling approach verweist darauf, dass menschliches Handeln nicht von sich aus kriminell sei, sondern dass diese Deutung erst durch die Instanzen der formellen Sozialkontrolle in einem Zuschreibungsprozess geschehe. Wenn ein Mensch einem andere eine Sache wegnimmt, so ist dies erst dann ein Diebstahl, wenn Gesetze und Justiz dieses nicht in dieser selbst, sondern in einer Bewertung durch Kontrollinstanzen.* (...). (LAUE, 2010, p.6).

18 **No original:** *Interactionism marked an important break with the causal-corrective approach of traditional criminology, where crime was investigated and explained within the context of social policy and legal and penal processes. In the orthodox criminology looked at earlier, crime and deviance tended to be conceptualised in terms of pathology, according to some assumed yardstick of acceptable behaviour, and the search for causes (of a more or less positivistic nature) was linked to the eradication of the criminal or deviant behaviour.* (...). (TIERNEY, 2006, p.139).

19 **No original:** (...) *was an effort to meld Sutherland's (1947) sociological approach in his differential association theory and principles of behavioral psychology.* (AKERS; JENNINGS, 2009, p.323).

ideia de aprendizado social a que seu nome diz respeito vem de lá, de forma que aqui podemos adotar, conceitualmente, a breve, mas precisa, definição de Peter Gray, quando afirma que “o termo aprendizado é usado de variados modos por diferentes psicólogos para referirem-se a diversos fenômenos. Para nossos propósitos, contudo, podemos defini-lo como qualquer processo por meio do qual uma experiência em um momento pode afetar o comportamento do indivíduo no futuro”. (GRAY, 2007, p.91, trad. nossa<sup>20</sup>).

Vale aqui reproduzir um sucinto resumo da proposta de Sutherland, a fim de compreendermos a base da corrente criminológica objeto deste estudo:

(...) De acordo com Sutherland, um indivíduo aprende dois tipos de definições em relação ao cometimento de um comportamento em particular. Ele pode tanto aprender definições favoráveis de outras pessoas, que aumentariam a probabilidade de que ele irá realizar aquele comportamento, ou ele poderia aprender definições desfavoráveis, que diminuiriam a probabilidade de ele se engajar em um comportamento em particular. Colocado em termos de envolvimento criminal, quando um indivíduo aprende definições favoráveis à violação da lei em maior quantidade que as desfavoráveis à violação da lei, aquele indivíduo é mais **propenso** a cometer atos criminosos. (AKERS; JENNINGS, 2009, p.234, trad. nossa<sup>21</sup>). (*Grifo nosso*).

Em suma, a proposta era que não apenas o meio social, mas as experiências particulares de cada indivíduo são determinantes para seu comportamento futuro. A linha inaugurada por Sutherland, ainda na década de 1940, foi chamada “Teoria da Associação Diferencial” (*Differential Association Theory*).

É importante destacar que não se trata de uma tese determinista, isto é, o fato de um indivíduo ser submetido a uma grande quantidade de influências favoráveis à violação da lei não significa que ele irremediavelmente violará a lei, mas apenas que ele é mais propenso a isso do que alguém que ao longo do tempo recebeu mais incentivos para respeitar a lei. Outra razão para que uma concepção determinista seja repudiada é que a psicologia já afastou a ideia de que o ser humano nasce como uma “folha em branco”, de forma que todo seu conteúdo/ comportamento seria moldado ao longo da vida<sup>22</sup>.

---

20 **No original:** *The term learning is used in various ways by different psychologists to refer to a wide variety of phenomena. For our purposes, however, we can define it broadly as any process through which experience at one time can alter an individual's behaviour at a future time.* (GRAY, 2007, p.91).

21 **No original:** *(...) According to Sutherland, an individual learns two types of definitions toward committing a particular behavior. He can either learn favorable definitions from others that would likely increase the probability that he will commit the behavior, or he can learn unfavorable definitions that would likely decrease the probability that he would engage in a particular behavior. Stated in terms of criminal involvement, when an individual learns favorable definitions toward violations of the law, that individual is more likely to commit the criminal act(s).* (AKERS, JENNINGS, 2009, p.234).

22 “Recém-nascidos são completamente dependentes de seus cuidadores para sobrevivência, mas, de acordo com a teoria de Bowlby, eles não são dependentes passivos. Eles entram no mundo biologicamente preparados para aprender quem são seus cuidadores e para obter deles a ajuda de que precisam. No momento de

Na década de 1960 a teoria da associação diferencial havia recebido considerável atenção por parte dos pesquisadores, todavia, alguns consideravam que ela carecia de aprofundamentos teóricos bem como de comprovações empíricas. (AKERS; JENNINGS, 2009).

Com o propósito de continuar o desenvolvimento da teoria da Sutherland, Burgess e Akers propuseram, em 1966, alguns princípios que indicariam as alterações e aprofundamentos necessários. A esta construção foi dado o nome de teoria do aprendizado social (*Social Learning Theory*). Um panorama da proposta nos é dado pelo próprio Ronald Akers (1998):

A premissa básica na teoria do aprendizado social é que o mesmo processo de aprendizagem em um contexto de estrutura social, interação e situação, produz tanto comportamentos desviantes quanto comportamentos conformados. A diferença está na direção...do equilíbrio das influências no comportamento.

A probabilidade de que a pessoa vá se engajar em comportamentos criminosos e desviantes é aumentada e a probabilidade de ela conformar-se com as normas é diminuída quando ela se associa diferencialmente com outros que cometem crimes e apoiam definições favoráveis a isso, são relativamente mais expostas pessoalmente ou simbolicamente a modelos salientes desviantes ou criminosos, definem tal comportamento como desejável ou justificado em uma situação discriminatória daquele comportamento, e receberam no passado e esperam atualmente ou no futuro maior recompensa do que punição por aquele comportamento. (AKERS, 1998, p.50, trad. nossa<sup>23</sup>).

A proposta nos parece em alguma medida ratificar a ideia do cálculo de custo/benefício de Beccaria, todavia reduzindo-o a um dentre vários fatores concorrentes para a violação da lei.

---

seu nascimento, bebês já preferem a voz de sua própria mãe do que outras vozes, e pouco depois também preferem o cheiro e a imagem de sua própria mãe. Recém-nascidos demonstram insatisfação com insistência ou choro. Com três meses de idade, expressam claramente e efetivamente seu interesse, alegria, tristeza e raiva por meio de expressões faciais, e respondem diferentemente a tais expressões vindas de outras pessoas. (...)"'. (GRAY, 2007, p.424). **No original:** *Human infants are completely dependent on caregivers for survival, but, consistent with Bowlby's theory, they are not passively dependent. They enter the world biologically prepared to learn who their caregivers are and to elicit from them the help they need. By the time they are born, babies already prefer the voices of their own mothers over other voices, and shortly thereafter they also prefer the smell and sight of their own mothers. Newborns signal distress through fussing or crying. By the time they are 3 month old, they express clearly and effectively their interest, joy, sadness, and anger through their facial expressions, and they respond differentially to such expressions in others. (...).*(GRAY, 2007, p.424).

23 **No original:** *The basic assumption in social learning theory is that the same learning process in a context of social structure, interaction and situation, produces both conforming and deviant behavior. The difference lies in the direction...[of] the balance of influences on behavior. The probability that persons will engage in criminal and deviant behavior is increased and the probability of their conforming to the norm is decreased when they differentially associate with others who commit criminal behavior and espouse definitions favorable to it, are relatively more exposed in-person or symbolically to salient criminal/ deviant models, define it as desirable or justified in a situation discriminative for the behavior, and have received in the past and anticipate in the current or future situation relatively greater reward than punishment for the behavior.* (AKERS, 1998, p.50).

É importante destacar que, o fato anteriormente destacado de que o ser humano já nasce com algum nível de programação e preferências, é útil para que se perceba que ainda que uma pessoa seja submetida a uma maior quantidade de influências negativas, ela poderá não optar por seguir tais modelos de comportamento, pois ela, por diversos motivos, dá maior peso à influência de algumas outras pessoas, que, se a influenciarem de forma positiva, provavelmente afastarão a chance de ela optar por comportamentos desviantes.

Em suma, a ideia central desta corrente criminológica está no âmbito da probabilidade. Quanto maiores as influências para um comportamento desviante ou criminoso, maior a chance de isso ocorrer. Feitas todas as ressalvas anteriores, o argumento central soa bastante aceitável, até porque ele trata o comportamento desviante como qualquer outro comportamento. Ou seja, em geral as pessoas comportam-se de acordo com o que é culturalmente aceito ou incentivado no seu círculo social mais próximo, havendo exceções para todos os lados, o que não desmerece a ideia central. Afinal, uma “regra” deve dar conta de lidar com o que é o normal, e não com o que é excepcional.

O passo seguinte é analisar quais as decorrências em sede de execução de medidas sócio-educativas de se assumir como corretos os pressupostos da *Social Learning Theory*.

#### **4. A *Social Learning Theory* aplicada à Execução Infracional**

Chamaremos de “execução infracional” o que seria a “execução penal para atos infracionais análogos a crime”. Uma breve leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente junto a uma da Lei de Execuções Penais já seria suficiente para indicar que, de um ponto de vista teórico, a execução infracional é informada por algumas das ideias que são centrais à *Social Learning Theory*. É possível fazer tal dedução, por exemplo, quando se diz que as medidas mais graves – como a internação – devem respeitar a “condição de peculiar de pessoa em desenvolvimento” e, posteriormente, garante ao internado o direito à educação, à profissionalização, a comunicar-se com seus familiares e a habitar alojamentos adequados.

Todavia, como é de conhecimento público, e foi bem retratado no documentário “Juízo: o filme”(2007), da diretora Maria Augusta Ramos, a execução infracional no Brasil tem sido excessivamente semelhante ao sistema prisional comum, cuja situação já justificou até sanções ao país por parte de mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos.

A similitude entre um e outro sistema de execução, se se considerar corretos os apontamentos da teoria do aprendizado social, é um problema de primeira gravidade. E é

assim, pois se os incentivos à violação da lei por parte do grupo têm peso decisivo na grande maioria dos casos, colocar um adolescente numa situação em que a totalidade do grupo é formada por pessoas com histórico de violação da lei praticamente garante que este adolescente voltará a cometer fatos penalmente relevantes.

A interação com outros menores infratores, sendo boa parte deles reincidentes, somada à ausência de uma efetiva política de garantia e cumprimento dos direitos assegurados pelo ECA, aumenta exponencialmente a probabilidade de que o menor vá adotar os valores do grupo como parâmetro de comportamento, sendo possível então assumirmos que a execução infracional, nestes moldes, tende a produzir adultos criminosos profissionais, assim entendidos aqueles que escolhem o crime como modo de vida, excluindo aqueles que optam pelo crime por motivos de necessidade ou falta de oportunidades.

Tudo considerado, é urgente que se invista no sistema de execução infracional, de modo a viabilizar a correta aplicação do ECA. Talvez não seja mesmo incorreto afirmar que este investimento, no médio prazo, tenha mais impacto nos índices de criminalidade do que investimentos no sistema prisional ou no sistema de justiça criminal como um todo, afinal, aumentaria a probabilidade do adolescente, tendo mais influências no sentido do respeito à lei, ter uma vida orientada por este valor, e não por aqueles que hoje compõe os sistemas de execução penal e infracional.

Partindo das premissas da *Social Learning Theory*, o ideal seria pequenas unidades locais, inserção do adolescente infrator em uma programação multimodal – educativa, cultural e esportiva – junto a adolescentes sem histórico infracional, na qual ele conviveria com valores e aspirações adequados ao convívio social. Em suma, o oposto completo do atual sistema, em que ocorre isolamento dos adolescentes infratores, formando um grupo coeso em que a violação à lei é um tema comum.

## **5. Conclusão**

Os índices de criminalidade brasileiros alcançaram e vem se mantendo em níveis incômodos para a população em geral, produzindo uma sensação de insegurança que permite a manipulação deste sentimento com fins meramente eleitorais.

A busca por culpados e por saídas milagrosas produz inflação da legislação penal, levando-a a um ponto de impossibilidade de aplicação, tornando-a uma mera ameaça que não pode ser cumprida. Atualmente essa busca por culpados, isto é, merecedores de punição, vem

se expandindo no discurso da mídia e de supostos especialistas em segurança pública, no sentido da necessidade de que a lei penal alcance também parte daqueles hoje considerados inimputáveis em razão da menoridade penal.

A *Social Learning Theory*, vertente interacionista da Criminologia com mais de quarenta anos de pesquisas de campo apoiando suas premissas, indica que o discurso de aplicação da lei penal tende a ser tanto mais prejudicial quanto mais nova a pessoa a ele submetida. Isto, pois a inserção de alguém no sistema prisional significa que o referencial do grupo passa a ser a violação da lei como regra, e não como exceção. Logo, uma pessoa em idade de formação moral e intelectual deveria é ser mantida o mais distante deste sistema, tanto quanto possível, de forma a não incorporar-se a um grupo que vê na violação da lei um comportamento adequado.

## 6. Referências

AKERS, Ronald L. *Social Learning and social structure: A general theory of crime and deviance*. Boston: Northeastern University Press, 1998.

AKERS, Ronald L.; JENNINGS, Wesley G. *Social Learning Theory*. In: MILLER, J. Mitchell (Org.). *21st Century Criminology: A Reference Handbook*. Thousand Oaks, California, USA: SAGE Publications, Inc., 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral, tomo I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal; Coimbra Editora, 2007.

FRIEDRICHS, David O. *Critical Criminology*. In: MILLER, J. Mitchell (Org.). *21st Century Criminology: A Reference Handbook*. Thousand Oaks, California, USA: SAGE Publications, Inc., 2009.

GRAY, Peter. *Psychology*. 5ªed. New York: Worth Publishers, 2007.

GROPP, Walther. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2ªed. Berlin/ Heidelberg: Springer Verlag, 2001.

HIPPEL, Robert von. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin/ Heidelberg: Springer Verlag, 1932.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LAUE, Christian. *Evolution, Kultur und Kriminalität: Über den Beitrag der Evolutionstheorie zur Kriminologie*. Berlin/ Heidelberg: Springer Verlag, 2010.

MILLER, J. Mitchell. *Criminology as a Social Science: Paradigmatic Resiliency and Shift in the 21st Century*. In: MILLER, J. Mitchell (Org.). *21st Century Criminology: A Reference Handbook*. Thousand Oaks, California, USA: SAGE Publications, Inc., 2009.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2012.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. *Direito Penal de Emergência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

TIERNEY, John. *Criminology: Theory and Context*. 2ªed. Harlow, England: Pearson Education Limited, 2006.

WELLFORD, Charles F. *History and Evolution of Criminology*. In: MILLER, J. Mitchell (Org.). *21st Century Criminology: A Reference Handbook*. Thousand Oaks, California, USA: SAGE Publications, Inc., 2009.

## ASSIM FALOU ZARATUSTRA: JUSTIÇA DE TODOS E DE NINGUÉM

*Ramon Mapa da Silva*

*Mestre em Teoria do Direito pela PUC-Minas*

*Professor da UNIPAC-Itabirito*

**RESUMO:** Esse trabalho continua a investigação sobre a relação entre o pensamento nietzscheano e a justiça, iniciada em dois textos anteriores, se atendo mais enfaticamente em seu Zaratustra e suas obras da fase genealógica.

**Palavras-Chave:** Nietzsche, Justiça, Zaratustra.

## THUS SPOKE ZARATUSTRA: JUSTICE FOR ALL AND FOR NO ONE

**ABSTRACT:** This paper continues the research over the relationship between the nietzschean thoughts and justice that began two papers ago, focusing more emphatically in his Zaratustra and the works from the genealogical era.

**Keywords:** Nietzsche, Justice, Zaratustra

### Introdução

Misturando o estilo bíblico de escrever, com uma ideia de lirismo muito próxima de Homero, Nietzsche apresenta aquela que ele considerou sua obra seminal: *Assim falou Zaratustra, um livro para todos e para ninguém*. Constituída basicamente por parábolas e digressões de Zaratustra, a obra é uma análise do homem após o estrondo da morte de Deus. Com o fim de tudo que era considerado imutável e permanente, o homem mesmo passa a ser transitório. E é justamente essa transitoriedade, essa passagem, que Zaratustra canta. O conhecimento que ele divide, não por compaixão, mas por necessidade, como uma abelha que tenha acumulado demasiado mel precisa desaguá-lo, é o conhecimento do além do homem, e do papel do homem como ponte para sua chegada.

Zaratustra é em si um anunciador, o arauto do devir que trará o além do homem. Alguns poderiam ver aqui o pensamento de Nietzsche ser invadido por uma ideia de progresso e evolução. Apesar do além do homem ser uma superação ele não o é através de um

processo linear, de um caminhar em busca de um objetivo, mesmo porque parte da missão de Zaratustra é ensinar que a vida humana em si não tem um objetivo e que por isso estamos abertos aos mais variados gostos e aspirações. Como na parábola do dançarino da corda, o além do homem salta sobre os retardatários, rindo com crueldade dos que não conseguiram atravessar o caminho.

Zaratustra incorpora a necessidade de constante avaliação que Nietzsche desenvolve ao longo de sua obra. É a constante avaliação que permite ao indivíduo enxergar que as “verdades últimas”, como o “pecado” e o “Estado”, não passam de invenções de envenenadores e de crentes no além mundo. São perniciosos que condenam a existência terrena em nome de uma realidade incognoscível.

O Eterno Retorno surge na obra como uma moira, um destino, que dita a sua justiça e exige do indivíduo uma contraprestação ética. Por sermos transitórios, finitos, mortais e ainda encerrados no ciclo do Eterno Retorno, devemos escolher qual avaliação fazer: aquela que diz sim à vida, amando-a em sua transitoriedade ou aquela que diz não, projetando um além mundo, uma existência transcendente que nos acolherá após a extinção do corpo.

É por isso que Zaratustra é necessário, para trazer a grande justiça da superação do homem pelo além do homem. E é no exercício do em si (*Selbst*), da crítica e da avaliação que essa superação pode evidenciar-se, com o abandono do dualismo moral que prendeu a humanidade à sua condição de animal escravo:

*O homem é superável. Que fizeste para o superar?  
Até agora todos os seres têm apresentado alguma coisa superior a si mesmos; e vós,  
quereis o refluxo desse grande fluxo, preferis tornar ao animal, em vez de superar o  
homem?  
Que é o macaco para o homem? Uma zombaria ou uma dolorosa vergonha.  
Pois é o mesmo que deve ser o homem para o Super-homem: uma irrisão ou uma  
dolorosa vergonha.  
Percorreste o caminho que medeia do verme ao homem, e ainda em vós resta muito  
do verme. Noutro tempo fostes macaco, e hoje o homem é ainda mais macaco do  
que todos os macacos. NIETZSCHE (Preâmbulo de Zaratustra III, 2003: 25)*

Tentados por sacerdotes e envenenadores de toda espécie, persiste o homem vivendo sob os mesmos valores que conheceu quando Deus ainda vivia, ou seja, quando a tábua de salvação da metafísica ainda fazia algum sentido. Por isso ele se enxerga como um fim e não como uma ponte, uma passagem. Por isso a meta lhe é ainda mais sagrada que o caminho. Zaratustra é como sua serpente, que tem no próprio movimento, na própria ação, o sentido de seu caminho, e é essa alegria que ele quer passar contra o rancor que transcende daqueles que propõe o abandono de si (*Selbstlos*). Zaratustra percorre o caminho que o indivíduo deve percorrer após o esfarrapar das tradições, construindo ele mesmo sua própria tábua de valores

e se metamorfoseando em criador, em criatura afirmativa. A proposta ética que se esboça na *Gaia Ciência*, é vivida por Zaratustra, de um grande egoísmo aliado ao *amor fati*, em que o conhecer a si mesmo é tornar-se o que se é, em tudo o que apresenta de cruel, contraditório e caótico. Somente daí pode nascer um refinamento de gosto que criará uma nova justiça e um novo amor, pois “é preciso ter um caos dentro de si para dar à luz uma estrela cintilante.” (idem V, 2003: 28)

O Zaratustra é, nesse ponto, também avaliação e desconstrução do que até agora se pensou como justo e bom. Um anseio por liberdade e pureza que diz um grande não a toda tradição construída sobre o medo e a fraqueza e busca no frio das montanhas a sabedoria que somente a solidão, a negação do instinto de rebanho, traz. Enquanto personagem, Zaratustra se encontra e se bate com vários outros personagens. Uma sucessão de opostos se lhe apresenta, não num exercício dialético, mas na afirmação de si que é Zaratustra, na busca por sua grande justiça. Ele se depara com niilistas passivos, que diante do caos que é a existência buscaram refúgio na resposta grosseira que representa a crença na divindade. É contra eles que Zaratustra fala, contra tarântulas envenenadoras que pregam com dentes roubados a ilusão da igualdade entre os homens. São a esses, os niilistas passivos que o pensamento do Eterno Retorno e a consciência da transitoriedade, no que possuem de mais abissal devem amedrontar:

*A transitoriedade mina sobretudo a crença no poder da vontade humana e, por conseguinte, em sua própria liberdade e possibilidade de felicidade. Corroída sua vontade pelo passado imutável, vê-se o homem mergulhado no sem-sentido da existência: percebe-se, então, apenas como fragmento do tempo, como enigma cujo sentido não apreende, como acaso, alheio a toda possibilidade de mudança. Por mais que tente escapar, sente-se o homem duplamente prisioneiro do tempo: dividido entre a afirmação da necessidade ou da liberdade, esbarra sempre na impossibilidade de enfrentamento do modo como se deu o passado, o “foi assim” de toda a vida, esse pedaço de tempo cristalizado e enrijecido, tanto como fatos quanto como interpretações passadas que mantêm preso o querer. Como destino, nada está em suas mãos. Como liberdade, sente-se impotente por não poder querer para trás. Tudo parece ao homem, de modo niilista e passivo, em vão, em vão a ponto de suscitar verdadeira aversão da vontade e de voltar-se contra o tempo em se e todo “foi assim”. De fato, diz-se, se tudo perece, então tudo deve perecer: a vida terrena é experimentada como castigo e condenação, a vida se lhe apresenta como a ordenação das coisas pela moral segundo uma lógica de direito e castigo e, mais ainda, por um direito eterno como o tempo, tornando impossível a redenção, já que eternos são também todos os castigos e, assim, eternamente a existência deve se tornar ato e culpa. Sua única possibilidade de redenção do tempo, imagina, seria abolir o querer, torná-lo não querer, pois já não haveria sofrimento no querer que se sabe fadado a morrer. Ora, um não querer demanda que se desvie o olhar de si, olvide o si (das Selbst), tudo aquilo que lhe é próprio, tornando-se desinteressado (selbstlos) para fugir do sofrimento decorrente da impotência de viver em um mundo em que não pode querer para trás. É isso que faz o homem renegar, em razão do sofrimento, a terra. Louvando um transmundo ou um Estado, renega a*

*transitoriedade, vinga-se do tempo e torna mentira o próprio tempo, crendo, como isso, ser capaz de aboli-lo.*<sup>1</sup> MELO (2004:103)

A reação do homem que teme diante a complexidade da existência é criar instituições perenes que parecem negar o tempo, esse mesmo tempo que o condena à transitoriedade e ao Eterno Retorno. Para que tais valores persistam é preciso que uma lógica de direito e castigo seja criada para evitar avaliações que enxerguem a transitoriedade e arbitrariedade por trás dessas instituições. Nesse prisma, uma vez que Deus está morto, mas continuamos a viver como se ele ainda existisse, é preciso vestir com as vestes de Deus outra ilusão que acreditamos eterna. O Estado é uma dessas ilusões, um novo ídolo criado para perpetuar a mentira da igualdade entre os homens, bem como se portar como uma projeção imanente daquele direito eterno, que existe no transmundo. É por isso que a origem do Estado ainda é um dogma para nós.

O Estado moderno<sup>2</sup> tem aproximadamente 300 anos, mas sua origem se perde na neblina de discursos justificadores e domesticadores do mesmo, retirando tudo de violento e monstruoso que essa origem tem, bem como tudo de transitório que o caracteriza, transformando-o em um novo ídolo, um monstro vestido de deidade:

*Ainda em algumas partes há povos e rebanhos; mas entre nós, irmãos, entre nós há Estados.*

*Estados? Que é isso? Vamos! Abri os ouvidos, por vos vou falar da morte dos povos. Estado chama-se o mais frio de todos os monstros. Mente também friamente, e eis que mentira rasteira sai da sua boca: “Eu, o Estado, sou o Povo”.*

*É uma mentira!*

*Os que criaram os povos e suspenderam sobre eles uma fé e um amor, esses eram criadores: serviam a vida.*

*Os que armam ciladas ao maior número e chamam a isso um Estado são destruidores; suspendem sobre si uma espada e mil apetites.*

*Onde há ainda o povo não se compreende o Estado que é odiado como uma transgressão aos costumes e às leis.*

*Eu vos dou este sinal: cada povo fala uma língua do bem e do mal, que o vizinho não entende. Inventou sua própria língua para os costumes e as suas leis.*

---

<sup>1</sup> “Sólo la filosofía de Nietzsche supera la tradición ontológica, pero su demanda contra el Logos como represión y perversión de la voluntad de poder es tan ambigua que a menudo impide la comprensión. En primer lugar, la demanda en sí misma es ambigua. Históricamente, el Logos de la dominación liberó antes que reprimió la voluntad del poder: era la *dirección* de esta voluntad la que era represiva, estaba dirigida hacia la renunciación productiva que hacía al hombre el esclavo de su trabajo y el enemigo de su propia gratificación. Más aún, la voluntad de poder no es la última palabra de Nietzsche: «La voluntad -esto es, la liberadora y portadora del goce: esto es lo que os enseñé, amigos míos! Pero ahora aprended también esto: la Voluntad misma es todavía una prisionera»<sup>[1]</sup>. La voluntad es todavía una prisionera porque no tiene poder sobre el tiempo, el pasado no sólo permanece sin liberar, sino que, sin libertad, sigue corrompiendo toda liberación. Hasta que el poder del tiempo sobre la vida sea roto, no puede haber libertad: el hecho de que el tiempo no «regresa» mantiene la herida de la mala conciencia; alimenta la venganza y la necesidad del castigo, que a su vez perpetúa el pasado y la enfermedad mortal.” MARCUSE, Hebert, De Eros y Civilización, traducción de Juan Garcia Pontes, Buenos Aires, 1985, p. 117.

<sup>2</sup> O Estado é, em verdade, uma invenção moderna. A própria projeção dessa figura em outros momentos em que ela não existiu propriamente, como na antiguidade Greco-romana, tem o intuito único de gerar a ilusão de sua perpetuidade e de sua existência como sempre presente.

*Mas o Estado mente em todas as línguas do bem e do mal, e em tudo quanto diz mente, tudo quanto tem roubo-o.  
Tudo nele é falso; morde com dentes roubados. Até suas entranhas são falsas.  
Uma confusão das línguas do bem e do mal: este é o sinal do Estado. Na verdade, o que este sinal indica é a vontade da morte; está chamando os pregadores da morte.  
Nascem homens demais; para os supérfluos inventou-se o Estado! Vede como ele atrai os supérfluos! Como os engole, como os mastiga e remastiga!  
“Na terra nada há maior que do que eu; eu sou o dedo ordenador de Deus” – assim grita o monstro.  
E não são só os que tem orelhas compridas e vista curta que caem de joelhos! Ai, também em vossas almas grandes murmuram as suas sombrias mentiras! Eles conhecem os corações ricos que gostam de se prodigalizar!  
Sim; advinha-vos a vós também, vencedores do antigo Deus. Saístes derrotados do combate, e agora a vossa fadiga ainda serve ao novo ídolo!  
Ele queria rodear-se de heróis e homens respeitáveis. A este frio monstro agrada acalentar-se ao sol da pura consciência.  
A vós ele que dar tudo, se adorardes. Assim compra o brilho da vossa virtude e o altivo olhar dos vossos olhos.  
Convosco quer atrair os supérfluos! Sim; inventou com isso uma artimanha infernal, um corcel de morte, ajaezado com adorno brilhante das honras divinas.  
Inventou para o grande número uma morte que se preza de ser vida, uma servidão à medida do desejo de todos os pregadores da morte.  
O Estado é onde todos bebem veneno, os bons e os maus; onde todos se perdem a si mesmo, os bons e os maus; onde o lento suicídio de todos se chama “a vida”.  
Vede, pois, esses supérfluos! Roubam as obras dos inventores e os tesouros dos sábios; chamam a civilização ao seu latrocínio, e tudo para eles são doenças e contratempo.  
Vede, pois, esses supérfluos. Estão entre doentes; expõem a bília, e a isso chamam periódicos. Devoram-se e nem sequer podem digerir.  
Vede, pois, eles adquirem riquezas, e fazem-se mais pobres. Querem o poder, esses incompetentes, e primeiro de tudo o palanquim do poder: muito dinheiro!  
Vede trepar esses ágeis macacos! Pulam uns sobre os outros e arrastam-se para o lodo e o abismo.  
Todos querem abeirar-se do trono; é a sua loucura – como se a felicidade estivesse no trono! – Frequentemente também o trono está no lodo.  
Para mim todos eles são doidos e macacos trepadores e buliçosos. O seu ídolo, esse frio monstro, cheira mal: todos eles, esses idólatras, cheiram mal.  
Meus irmãos, quereis por agora afogar-vos na exaltação de suas bocas e de seus apetites? Antes disso arrancai as janelas e saltai para o ar livre!  
Evitai o mau cheiro! Afastai-vos da idolatria dos supérfluos.  
Evitai o mau cheiro! Afastai-vos do fumo desses sacrifícios humanos!  
Ainda agora o mundo é livre para as almas grandes. Para os que vivem solitários há muitos lugares vagos onde se aspira a fragrância dos mares silenciosos.  
Ainda têm franca uma vida livre as almas grandes. Na verdade, que pouco possui tanto menos é possuído. Bendita seja a nobreza!  
Além onde acaba o Estado começa o homem que não é supérfluo; começa o canto dos que são necessários, a melodia única e insubstituível.  
Além onde acaba o Estado...olhai, meus irmãos! Não vedes os arco-íris e a ponte do Super-homem?  
Assim falou Zaratustra. NIETZSCHE (Do novo ídolo, 2003:51)*

Para fugir dessa armadilha é necessário reavaliar todos os valores impostos pelos crentes no além mundo, sobretudo o que dizem respeito ao corpo e ao mundo terreno. Esse reavaliar, se feito com olhos severos e pés de dançarino levará à criação de uma nova tábua de valores, pela qual o indivíduo irá se pautar, questionando-a e mudando-a constantemente. A transvaloração de todos os valores e a reconceituação de todos os conceitos, sobretudo o que

diz respeito ao bem e ao mal, é o que o homem, enquanto ponte, deve fazer no aguardo do além do homem. Por isso ele deve avaliar, buscar a base dos valores e se metamorfosear até a inocência criadora da criança. É preciso que, a princípio, se conheça os valores antigos, para poder negá-los e destruir a tábua de barro onde eles estão gravados, para, em seguida, criar valores novos. Só assim o dragão do dever pode ser superado:

*Três transformações do espírito vos menciono: como o espírito se muda em camelo, e o camelo em leão, e o leão, finalmente, em criança.*

*Há muitas coisas pesadas para o espírito, para o espírito forte e sólido, respeitável. A força deste espírito está clamando por coisas pesadas, e das mais pesadas.*

*Há o quer que seja pesado? – pergunta o espírito sólido. E ajoelha-se igual camelo e quer que o carreguem bem. Que há mais pesado, heróis – pergunta o espírito sólido – para eu o ditar sobre mim, para que minha força se recreie?*

*(...)*

*O espírito sólido sobrecarrega-se de todas essas coisas pesadíssimas; e à semelhança do camelo que corre carregado pelo deserto, assim ele corre pelo seu deserto. No deserto mais solitário, porém se efetua a segunda transformação: o espírito torna-se leão; que conquistar a liberdade e ser senhor no seu próprio deserto.*

*Procura então o seu último senhor, quer ser seu inimigo e de seus dias; quer lutar pela vitória com o grande dragão.*

*Qual é o grade dragão a que o espírito já não quer chamar Deus, nem senhor?*

*“Tu deves”, assim se chama o grande dragão; mas o espírito do leão diz: “Eu quero”.*

*O “tu deves” está postado no seu caminho, como animal escamoso de áureo fulgor; e em cada uma das suas escamas brilha em douradas letras: “Tu deves!”*

*Valores milenários cintilam nessas escamas, e o mais poderoso de todos os dragões fala assim:*

*“Em mim brilha o valor de todas as coisas”.*

*“Todos os valores foram já criados, e eu sou todos os valores criados, Para o futuro não deve existir o “eu quero!” Assim falou o dragão.*

*(...)*

*Criar valores novos é coisa que o leão ainda não pode; mas criar uma liberdade para a nova criação, isso pode-o o poder do leão. Para criar a liberdade e um santo NÃO, mesmo perante o dever, para isso, meus irmãos, é preciso o leão.*

*(...)*

*Dizei-me, porém, irmãos: que poderá a criança fazer que não haja podido fazer o leão? Para que será preciso que o altivo leão se mude em criança?*

*A criança é a inocência, e o esquecimento, um novo começar, um brinquedo, uma roda que gira sobre si, um movimento, uma santa afirmação.*

*Sim; para o jogo da criação, meus irmãos, é necessário uma santa afirmação: o espírito quer agora a sua vontade, o que perdeu o mundo quer alcançar o seu mundo. Três transformações do espírito vos mencionei: como o espírito se transformava em camelo, e o camelo em leão, e o leão, finalmente, em criança.”*

*Assim falou Zaratustra. NIETZSCHE (Das três transformações, 2003: 35)*

Criando novos valores o homem se liberta, constrói sua própria liberdade dentro do *amor fati*. A justiça então se livra das categorias do direito e do castigo e passa a ser o rochedo contra o qual as ondas das forças contrárias se batem, mas se preservam, passa a ser prudência e vivência, deixa de ser eterna e se assume humana, demasiado humana.

Na sua imanência radical, por ser demasiado humana, a virtude é própria do criador. Ela mesmo estilo e criação, é fruto das batalhas constantes que o indivíduo metamorfoseado

em criança cria e joga depois de, como leão, destruir o dragão do “Tu deves!”. A virtude e o pensamento dominante, dos bons e dos justos, de cunho transcendental, são também frutos de avaliação, mas uma avaliação débil, infectada pelo medo e pelo instinto de rebanho e que deve ser abandonada por aquele que deseja pensar livremente.

É aqui que se abrem as portas para a criação de uma nova tábua de valores, criada a partir da negação dos antigos valores e pela aceitação da vida como um jogo agônico onde o supremo amor e a suprema justiça residem no *amor fati*. Aceitar o necessário da existência não é se enredar nos cipós da passividade que o niilismo europeu da época de Nietzsche espalhava pelo mundo. Mesmo porque amar não é simplesmente aceitar, mas desejar o Eterno Retorno com todas as forças, é tornar a vontade juíza de si própria:

*Em todas essas imagens, vê-se o quanto é preciso ter força e direito, ser uma nova força e direito para pôr-se a caminho de si que é o caminho do criador, um caminho de superação incessante que, por criar, redima o sofrimento e possa ver a morte não mais exclusivamente como motivo de dor, mas também de festa, porque sabe o homem criador que a morte aperfeiçoa, torna-se, para o vivo, um aguilhão e uma promessa e sabe que, de sua morte, morre o homem realizador de si mesmo, vitorioso, rodeado de gente esperançosa a fazer auspiciosas promessas: só assim pode ansiar voltar à terra e, com a morte, fulgir o espírito e a virtude. É a marca da transitoriedade em toda lei e criação que impele a superação, uma superação sempre crescente, como a de um arco que almeja uma seta, uma seta que almeja uma estrela, uma estrela pronta e madura em seu meio-dia, incandescente, traspassada, feliz das destruidoras setas do sol. Ela mesma, a estrela, um sol, inexorável vontade solar, pronta para destruir na vitória. MELO (2004:114)*

A destruição abre espaço à reedificação, é por isso que é preciso ter pés e mãos leves, tais quais a de um dançarino. É preciso, na justa, gozar e ser motivo de gozo. Por isso o estilo é parte da construção de Si, por isso, não pode aquele que quer se superar desvencilhar ética de estética, avaliação de criação. Pois toda ética é avaliação e criação, e os valores só pertencem realmente a quem cria. Por isso o poder está na mão dos trãnsfugas e crentes do além mundo, pois conseguiram elevar seus valores de decadência à condição de norma e verdade. A metáfora do dançarino serve como um alerta e uma condenação de todo dogmatismo, uma vez que na dança tudo que se faz também se desfaz para ser refeito uma segunda vez. É por isso que a mitologia hindu representa Kali e Krishna como deuses dançarinos.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Na dança de Krishna ele constrói e destrói com seu abrir e fechar de braços, por isso ele absorve em si tudo o que é contrário e incongruente, não em uma unidade, mas num constante fazer e desfazer. Por isso ele diz ao seu servo Arjuna: “Sou a origem e a dissolução (...) Sou a imortalidade e também a morte; sou tanto o ser quanto o não ser.” E é por isso que Kali é a morte e a Divina Mãe: “Ela tem quatro braços. A mão esquerda inferior segura uma cabeça humana decepada, e a superior empunha um sabre ensangüentado. Uma mão direita oferece dádivas a seus filhos, enquanto a outra apazigua seus temores. A majestade de Sua postura mal pode ser descrita. Nela se combinam o terror e a destruição com a segurança da ternura materna. Pois ela é o Poder Cósmico, a totalidade do universo, uma gloriosa harmonia dos pares de opostos. Ela dispensa a morte, assim como cria e preserva. Em

Nietzsche desenvolve no Zaratustra a estratégia que marcaria suas últimas obras, a destruição de antigos valores para a criação de novos. O questionamento do bem e do mal e o olhar por detrás das avaliações que geram doutrinas e filosofias. Nas próximas obras de Nietzsche, as presunções dos homens, seus ídolos, são avaliados e destruídos, no filosofar estrondoso do martelo:

*Quando vim para o lado dos homens, achei-os fortificados numa estranha presunção: todos julgavam saber há muito tempo o que é bem e mal para o homem. Toda discussão sobre a virtude lhes parecia coisa velha e cansada, e o que queria dormir tranquilamente até falava do “bem” e do “mal” antes de se ir deitar. Eu acudi o torpor desse sono quando ensinei: Ninguém sabe ainda o que é o bem e o mal...a não ser o criador. Só o que cria o fim dos homens e o que dá o sentido e futuro à terra, só esse cria o bem e o mal de todas as coisas. E eu ordenei-lhes que derribassem as suas antigas cátedras, e onde quer que exista essa estranha presunção, mandei-os rir dos seus grandes mestres da virtude, dos seus santos, dos seus poetas e dos seus salvadores do mundo. Mandei-os rir dos seus sábios austeros, e punha-os em guarda contra os negros espantalhos plantados nas árvores da vida. Sentei-me à beira da sua grande rua de sepulturas, até entre os abutres, e ri-me de todo o seu passado e do triste esplendor desse passado ruidoso. À semelhança dos pregradores de quaresma e dos loucos, fulminei anátemas contra as suas grandezas e pequenezas. – Como é pequeno o melhor deles! E igualmente pequeno o pior! – Assim me ria.  
(...)  
Assim falou Zaratustra... NIETZSCHE (Das antigas e das novas tábuas, 2003: 154)*

## **O ocaso e a genealogia na transvaloração de todos os valores.**

Zaratustra marca uma guinada no pensamento de Nietzsche. Uma vez que é na avaliação e na criação que reside a ação do que ama a vida, e que dessa avaliação deve surgir heresias e ataques contra tudo o que até agora se chamou de bom e de virtuoso, Nietzsche se metamorfoseia em leão em suas próximas obras e desfere um sonoro não contra todo o instituído. É o projeto de uma grande transvaloração de todos os valores, que se inicia em *Para Além do Bem e do Mal* e se estende até o *Anticristo*:

*A tarefa para os anos seguintes já estava traçada da maneira mais rigorosa possível. Uma vez resolvida a parte de minha tarefa que diz sim, seguia-se então a outra metade, que diz não, que faz não: a própria transvaloração de todos os valores até então admitidos, a grande guerra – a provocação de um dia da decisão. Aqui está incluído o lento olhar em derredor em busca de seres afins, de seres que a partir de uma situação forte me ofereciam a mão para aniquilar. – Desde sua época, todos os meus escritos são anzóis: entenderia eu talvez de pesca de anzol*

---

uma das primeiras visões de Ramakrishna, Kali emergiu do Ganges, veio para a terra e deu à luz uma criança que começou a amamentar ternamente. No instante seguinte, assumiu um aspecto terrível, agarrou a criança entre suas poderosas mandíbulas e esmagou-a. Enquanto a engolia, voltou para as águas dos Ganges.” MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2006: 23

*mais que ninguém?... Se nada mordeu, não é culpa minha. Não havia peixes...*  
NIETZSCHE (2007: 101)

Assim como em *Aurora*, em *Para Além do Bem e do Mal*, Nietzsche enxerga o medo e o instinto de conservação como o mote das doutrinas e filosofias morais. Mas é contra o dualismo simplista, de cunho maniqueísta, entre bem e mal, e as demais oposições falsas que tornam o pensamento um filosofar sobre a negatividade que Nietzsche aponta o seu martelo. Não se trata mais de adequar o novo ao antigo, como a filosofia fez durante tantos milênios, mas apostar no contrastante e no diferente, ver o novo com olhos novos.

Por isso Nietzsche reafirma seu projeto genealógico, investigando a origem dos valores professados pela moral e pela filosofia, bem como busca nos escritos dos pensadores preconceitos e filiações morais inconfessadas, por detrás da máscara de objetividade e razão que sempre interpuseram à visão das pessoas. É por isso que, assim como o bom historiador, segundo Nietzsche o bom filósofo é um herege, um detrator de seu tempo e de seus contemporâneos.

*O que provoca a se olhar metade dos filósofos com desconfiança e a outra metade com ironia, não é dar-mo-nos permanentemente conta de como são ingênuos, como erram e se desnorream com facilidade. Diria que frequentemente não é, enfim a sua infantilidade e ingenuidade em suma, mas a sua pouca honestidade. Afinal, sendo eles quem faz grande alarido de virtuosos desde que se lhes toque só ao de leve e de longe no problema da veracidade. Todos fingem ter descoberto e alcançado as suas verdadeiras opiniões pelo desenvolvimento de uma dialética fria, pura e divinamente despreocupada – dessa forma distinguindo-se dos místicos detoda espécie que, mais honestos e menos hábeis, falam de “inspiração”, é que passaram por um crivo: todos são advogados que não querem passar por tal, são mesmo na maior parte das vezes os defensores astuciosos dos próprios preconceitos que batizam de “verdades”, mas estão muito distantes da intrepidez da consciência que a si mesma confessa o caso, muito distantes do bom gosto da intrepidez que o dá a entender, quer para avisar um inimigo ou um amigo, quer por petulância e para zombar de si mesma.*

*A pantomima tão ríspida quanto moralizadora do velho Kant, com a qual nos atrai para as tortuosas veredas da dialética que nos encaminham, ou antes, nos desencaminham para o seu “imperativo categórico” – esse espetáculo faz-nos sorrir a nós, habituados a coisa melhor, não podendo deixar de achar graça ao observar, mais de perto, as manhas sutis dos velhos moralistas e pregadores da moral. Também esse hocus pocus matemático com que Espinosa mascarou a sua filosofia, quer dizer, “o amor à sua sabedoria”, para interpretar corretamente a palavra “filosofia”, com que ele couraçou essa filosofia para assim intimidar, inicialmente, a audácia do atacante que ousasse levantar os olhos para essa virgem invencível, verdadeira Palas Atena. Quanta timidez e vulnerabilidade revela esse disfarce de um doente solitário! NIETZSCHE (2002: 36)*

A solidão de **ESPINOSA** e o cristianismo pietista de **KANT** são as bases de seus pensamentos. Expressões racionalizadas e, como ressalta Nietzsche, desonestas de seus preconceitos e de suas vidas. Não passam os pensamentos de expressão dos gostos e das condições vitais de quem os pensa, por isso a necessidade do gosto ser sempre refinado e da

postura do criador, como expressão de abundância da vida. O grande sim passa a ser a expressão de uma grande saúde.

Ainda que a linguagem e a consciência surjam como formas de reduzir a complexidade da natureza e garantir assim a sobrevivência do homem enquanto espécie, é justamente o questionar esses artifícios enquanto artifícios que se configura como a obrigação do homem de livre pensamento. O fato de reduzirmos o múltiplo ao uno, não torna o múltiplo realmente uno. Da mesma forma que, ao reduzirmos os cães e gatos a mamíferos não tornaremos cães e gatos animais iguais. Tais artifícios formaram não só a relação do homem com o mundo, mas, e sobretudo, do homem consigo mesmo. E é contra esse sujeito artificial, esse homúnculo alquímico que a linguagem e a filosofia moderna colocam como centro do mundo e da razão que Nietzsche levanta suas armas:

*Os homens do passado acreditavam “na alma” como acreditavam na gramática e no sujeito gramatical. Diziam “eu” é condição, “penso” é predicado e condicionado, pensar é uma atividade para a qual é necessário supor um sujeito como causa. Tentou-se então, com uma tenacidade e uma astúcia admiráveis, sair dessa teia. Ver-se o “eu” condicionado. Fundamentalmente, Kant queria demonstrar que o sujeito não podia ser demonstrado a partir do sujeito; o mesmo em relação ao complemento. A possibilidade de uma existência aparente do sujeito individual, da “alma” portanto, não parece ter lhe sido sempre estranha, pensamento este que, como filosofia do Vedanta, já existiu e teve enorme poder sobre a vastidão do globo. NIETZSCHE (2002: 80)*

A crença nesse sujeito e nesse condicionado determinaram a história do pensamento ocidental. O *cogito ergo sum* cartesiano se torna o balizador da cientificidade e da própria moral moderna. **FOUCAULT**, que na esteira de Nietzsche tentou desenvolver uma filosofia sem sujeito, mostra as conseqüências morais de condicionar a existência ao pensamento em seu livro *História da Loucura*. Com o brocardo de **DESCARTES** elevado a norma, todos aqueles que eram considerados desprovidos de pensamento, como os loucos e os animais, foram também privados de existência, uma vez que existir é também um fenômeno moral. Por isso, o louco, antes figura comum nas praças e nas ruas das cidades, considerado até mesmo sagrado, passa a ser uma zombaria contra a razão, uma zombaria que precisa ser trancada nos manicômios. Por isso o animal, antes o deus totêmico, ou mesmo o íncubo medieval, se torna mera coisa, para ser usada e abusada por seus proprietários.

É essa crença gramatical que impede o fim da crença em Deus, sintoma de decadência e de niilismo, uma vez que, se o homem é um sujeito que cria, pode também ser criatura, criado por Deus. E da mesma forma que os filhos devem obedecer a seus pais, deve o homem obedecer a Deus. São essas as condições para que a escravidão moral não seja abolida.

É por isso que Nietzsche pretende que a alma não seja mais uma unidade consciente, responsável pelos atos e, portanto, sujeita aos castigos e a justiça moral, propagadora da culpa e do pecado. A alma se desvencilha de sua responsabilidade intencional, sendo, em verdade, sujeita à manipulação das mais variadas afeições e apetites, e ela mesma uma pluralidade de formas de exigências fisiológicas e existenciais, expressão de poder e de vontade de poder:

*Durante o período pré-histórico, o período mais longo da história da humanidade, o valor ou não valor de um ato deduzia-se das suas conseqüências. O ato em si interessava tão pouco como a sua origem. No entanto, mais ou menos do mesmo modo que ainda hoje, na China, qualquer distinção ou vergonha do filho se reflete nos pais, era também o efeito retroativo do êxito ou insucesso que fazia o homem pensar bem ou mal de uma ação. A este período, chamemos de período pré-moral da humanidade. Por essa época, ainda era desconhecido o imperativo “conhece-te a ti mesmo!”*

*Nos últimos dez milênios progrediu-se, lentamente, passo a passo, em algumas grandes superfícies da terra, a ponto de já não se considerar o valor de uma ação pelas suas conseqüências, mas pela sua origem. Grande acontecimento, considerável afinação do olho e da escala, efeito inconsciente do domínio de valores aristocráticos e da fé na “origem”, símbolo de um período a que, no sentido mais estrito, se pode chamar o período moral. Dessa forma é que deu o primeiro passo para o autoconhecimento. Em vez das conseqüências, a origem: que inversão de perspectiva! E, por certo uma inversão apenas conseguida após longas lutas e vacilações! Ressalta evidente uma superstição nefasta e uma curiosa estreiteza da interpretação, precisamente por isso a dominar. Interpretou-se a origem de uma ação no sentido mais preciso, como derivando de uma intenção. Concordava-se em crer que o valor de uma ação residia no valor de sua intenção. A intenção seria toda a origem e pré-história de uma ação. Partindo deste pressuposto elogiou-se, censurou-se, julgou-se e filosofou-se moralmente quase, até nossos dias.*

*Acaso não teremos hoje chegado à necessidade de, mais uma vez, resolvermos fazer uma inversão e uma deslocação fundamental dos valores, graças a uma nova reflexão introspectiva e um novo aprofundamento do homem, não estaremos no limiar dum período que, negativamente e por enquanto, se devia designar por extra-moral, hoje que, pleo menos entre nós imoralistas, se levanta a suspeita de que o valor decisivo de uma ação reside precisamente no que ela há de não-intencional, e de que toda a sua intencionalidade, tudo que pode ser visto, sabido, conhecido “conscientemente” pela ação pertence ainda à sua superfície e epiderme que, como toda a epiderme, denuncia algo mas oculta ainda muita coisa?*

*Em outras palavras, cremos que a intenção é apenas um sinal e sintoma que precisa ser interpretado, e que, ainda por cima significa demasiadas coisas, e por conseguinte, só por si, não significa quase nada. Cremos que a moral no sentido que teve até agora, isto é, moral das intenções, tem sido um preconceito, um produto da precipitação, algo de preliminar talvez, coisa mais ou menos da categoria da astrologia e alquimia, em todo caso, porém, sentido, e mesmo auto-superação da moral.*

*Talvez seja este o nome para aquele que trabalho longo e secreto que ficou reservado às consciências mais elevadas e mais honestas, mas também mais maliciosas de hoje, como vivas pedras de toque da alma. NIETZSCHE (2002:63)*

É para superar a moral das intenções, carregada de culpa e má consciência que Nietzsche propõe que várias morais sejam avaliadas pelo sujeito, e que, no seu papel de criador, determine uma tipologia da moral, marcada pela sutileza dos valores que nascem, se sobrepõem, chegam ao fim, mas que em última instância sirva à vontade de potência, no que a mesma tem de expressão de extravasamento e superioridade.

Com esse intuito é preciso elevar a crueldade a uma nova e mais alta forma de espiritualidade. Pois somente os espíritos fortes conseguem suportar a dor e o sofrimento sem recorrer a ilusões como “Deus” e “igualdade”. Nesse ponto, a justiça como vivência do trágico, como alta e nobre crueldade, que estabelece uma hierarquia entre os homens, colocando como o mais nobre e sagrado aquele que cria e vive de acordo com o que cria:

*A vingança predileta dos espíritos tacanhos são os julgamentos e a condenação morais para com os que são menos tacanhos, além de uma espécie de indenização por terem sido maldotados pela natureza, e finalmente uma oportunidade de eles próprios obterem espírito e tornarem-se finos. Eis que até a maldade espiritualiza. Bem no íntimo dos sentimentos agrada-lhes que exista um padrão que ponha ao seu nível os abundantemente dotados de bens e privilégios do espírito. Lutam pela “igualdade de todos perante Deus” e para isso é que quase precisam da fé em Deus. Entre eles estão os mais fortes adversários do ateísmo. Enfurecê-los-ia quem lhes dissesse “uma alta espiritualidade não pode ser comparada com a honradez e a respeitabilidade de qualquer espécie de homem apenas moral.” Acautelarme- ei para não o fazer. Ao contrário, prefiro lisonjeá-lo com o meu postulado segundo o qual uma alta espiritualidade existe apenas como último produto de qualidades aos homens “puramente morais” que os adquiriram, um por um, por uma longa disciplina e treino, talvez em muitas cadeias de gerações. Dizendo ainda que a elevada espiritualidade é justamente a espiritualidade da justiça e desse benevolente rigor que se sabe estar incumbido de manter, no mundo, a hierarquia mesmo entre as coisas – e não entre os homens tão-somente. NIETZSCHE (2002: 139)*

Para servir a essa alta justiça é preciso conhecer o que até então impediu a nobreza e a alta crueldade da espiritualidade reinar. É preciso conhecer o porquê dos instintos terem sido combatidos e suprimidos durante toda essa cadeia de gerações. É preciso ter olhos malignos para olhar a decadência e o instinto de rebanho que dela nasce e se tornam eternos e sagrados com as ideias do além mundo e do Estado. Essa tarefa é a que Nietzsche empreende em a *Genealogia da Moral*. Pensado inicialmente como um complemento de *Para Além do Bem e do Mal*, acabou se tornando um dos livros principais de Nietzsche.

Abrindo as portas de uma “negra oficina” Nietzsche tenta mostrar a origem de nossos conceitos e preconceitos morais. Como é deles que surge o conceito de justiça, a análise desse livro é basicamente a análise do direito e do castigo, e de como os mesmos se eternizaram em categorias morais metafísicas. O livro em si foi inspirado pela obra dos moralistas ingleses, a quem Nietzsche se opõe ferrenhamente. Mas a *Genealogia da Moral* não é uma obra de reação, é como diz o próprio autor, simplesmente uma tentativa de substituir o “improvável pelo mais provável, e ocasionalmente um erro por outro.” NIETZSCHE (1998: 10)

Os conceitos de bem e mal, justo e injusto nasceriam, como tudo o mais, de conflitos e das oposições nascidas de vontades de potência em luta. Mas quais seriam as bases desses conceitos? Uma base nobre e ativa, que cria e impõem valores que, aceitando a vida em sua transitoriedade a levam a uma expansão de suas potencialidades, a um crescimento? Ou uma

base decadente e reativa, que nada mais faz além de refutar os valores em nome de baixos valores e baixos instintos, negando a vida em nome de uma existência eterna no além mundo? Nietzsche desvela então a “negra oficina” (idem: 37) onde se constroem nossos conceitos morais. E os apresenta como fruto da reação dos fracos diante da exuberância e soberba dos fortes e afirmadores. Fruto do ressentimento, as percepções morais pretendem proteger os fracos das ações dos fortes, inculcando nos mesmos a culpa e a má consciência, levando-os a duvidarem de si mesmos. Por isso a ação desinteressada e altruísta é vista por eles como a ação boa e nobre por excelência, enquanto a afirmação de si e a ação egoísta são condenadas.

Enquanto a justiça é para os fortes um pacto, ao mesmo tempo expressão de forças equivalentes e abertas à ruptura e mudança constantes, já que presas ao jogo da existência afirmativa, para os fracos a justiça e o direito são formas utilitárias, que tem a função de protegê-los dos fortes e de ações que, devido a sua fragilidade espiritual os esmagaria. Enquanto o nobre não consegue dissociar sua felicidade da agir e do criar, o fraco a enxerga na passividade e na segurança, e por isso mesmo na negação de tudo o que envolve transitoriedade e mudança. Por isso a idolatria do Estado e a condenação de toda crueldade presente no direito e no castigo:

*Mas como veio ao mundo aquela outra “coisa sombria”, a consciência da culpa, a “ má consciência”? – Com isso voltamos aos nossos genealogistas da moral. Mais uma vez afirmo – ou será que ainda não disse? Uma experiência própria muito estreita, “moderna”; nenhum conhecimento do passado, nenhuma vontade de conhecê-lo; tampouco instinto histórico, uma “segunda visão” necessária justamente nisso – e contudo se ocupar da história da moral: isto só pode conduzir a resultados cuja relação com a verdade é bem mais do que frágil. Esses genealogistas da moral teriam sequer sonhado, por exemplo, que o grande conceito moral de “culpa” teve origem no conceito muito material de “dívida”? Ou que o castigo, sendo reparação, desenvolveu-se completamente à margem de qualquer suposição acerca da liberdade ou não-liberdade da vontade? – e isto ao ponto de se requerer primeiramente um alto grau de humanização, para que o animal “homem” comece a fazer aquelas distinções bem mais elementares, como “intencional”, “negligente”, “casual”, “responsável” e seus opostos, e a levá-las em conta na atribuição do castigo. O pensamento agora tão óbvio, aparentemente tão natural e inevitável, que teve de servir de explicação para como surgiu na terra o sentimento de justiça, segundo o qual “o criminoso merece castigo porque podia ter agido de outro modo”, é na verdade uma forma bastante tardia e mesmo refinada do julgamento e do raciocínio humanos; quem a desloca para o início, engana-se grosseiramente quanto à psicologia da humanidade antiga. Durante o mais largo período da história humana, não se castigou porque se responsabilizava o delinqüente por seu ato, ou seja, não pelo pressuposto de que apenas o culpado devia ser castigado – e sim como ainda hoje os pais castigam seus filhos, por raiva devida a um dano sofrido, raiva que se desafoga em que o causou; mas mantida em certos limites, e modificada pela idéia de qualquer dano encontra seu equivalente e pode ser realmente compensado, mesmo que seja com a dor de seu causador. De onde retira sua força esta idéia antiqüíssima, profundamente arraigada, agora talvez inerradicável, a idéia da equivalência entre dano e dor? Já revelei: na relação contratual entre credor e devedor, que é tão velha quanto a existência de “pessoas jurídicas”, e que por sua vez remete às formas básicas de compra, venda, comércio, troca e tráfico. NIETZSCHE (1998: 53)*

O castigo como festa da crueldade é substituído então pelo castigo como indenização, reparação de dano. Nietzsche se aproxima da proposta de **FEUERBACH** de buscar explicações materialistas para os institutos imateriais. Por isso vê na nossa compreensão da justiça o papel primordial do contrato de compra e venda.<sup>4</sup>**MARX**, grandemente influenciado por **FEUERBACH** pensaria de forma similar, mas tais ideias se apresentariam como a base epistemológica das relações sociais e econômicas mais propriamente na *Dialética do Esclarecimento* de **ADORNO** e **HORKHEIMER**.

Como foi dito, ao contrário dos bons e dos nobres, os fracos enxergam o direito e a justiça com olhos utilitaristas, buscando funções por detrás dos procedimentos punitivos. Procedimentos esses que já existiam muito antes de sua função punitiva, mas que, com o passar dos anos, ganharam esse sentido. Entre as utilidades atribuídas ao castigo está o de criar a culpa e a responsabilidade, para evitar que o criminoso se esqueça do seu ato. Pelas feridas abertas pelo martírio do criminoso, pretendem os fracos infiltrar o verme do remorso e da má consciência. Nietzsche não enxerga sucesso nessa empreitada, apesar de assumir a dor como uma das formas de desenvolver a consciência e capacidade do homem de realizar promessas:

*O castigo teria o valor de despertar no culpado o sentimento de culpa, nele se vê o verdadeiro instrumentum da reação psíquica chamada má consciência, remorso. Mas assim se atenta contra a realidade e contra a psicologia, mesmo para o tempo de hoje: tanto mais para a mais longa história do homem, a sua pré-história! Justamente entre prisioneiros e criminosos o autêntico remorso é algo raro ao extremo, as penitenciárias e casa de correção não são o viveiro onde se reproduz essa espécie de verme roedor – nisso concordam todos os observadores conscienciosos, que em muitos casos expressam tal juízo a contragosto e em*

---

<sup>4</sup> “O sentimento de culpa, de obrigação pessoal, para retomar o fio de nossa investigação, teve origem, como vimos, na mais antiga e primordial relação pessoal, na relação entre comprador e vendedor, credor e devedor: foi então que pela primeira vez defrontou-se, *mediu-se* uma pessoa com outra. Não foi ainda encontrado um grau de civilização tão baixo que não exibisse algo dessa relação. Estabelecer preços, medir valores, imaginar equivalências, trocar – isso ocupou de tal maneira o mais antigo pensamento do homem, que num certo sentido *constituiu* o pensamento: aí se cultivou a mais velha perspicácia, aí se poderia situar o primeiro impulso do orgulho humano, seu sentimento de primazia diante dos outros animais. Talvez a nossa palavras “*Mensch*” (*manas*) expresse ainda algo deste sentimento de si: o homem (*Mensch*, em alemão) designava-se como o ser que mede valores, valora e mede, como o “animal avaliador”. Comprador e vender, juntamente com seu aparato psicológico, são mais velhos inclusive do que os começos de qualquer forma de organização social ou aliança: foi apenas a partir da forma mais rudimentar de direito pessoal que o germinante sentimento de troca, contrato, débito (*Schuld*), direito, obrigação, compensação, foi transposto para os mais toscos e incipientes complexos sociais (em sua relação com complexos semelhantes), simultaneamente ao hábito de comparar, medir, calcular um poder e outro. O olho estava posicionado nessa perspectiva; e com a rude coerência peculiar ao pensamento mais antigo da humanidade, pensamento difícil de mover-se, mas inexorável no caminho escolhido, logo se chegou a grande generalização: “cada coisa tem seu preço; *tudo* pode ser pago” – o mais velho e ingênuo cânon moral da justiça, o começo de toda “bondade”, toda “equidade”, toda “boa vontade”, toda “objetividade” que existe na terra. Nesse primeiro estágio, justiça é a boa vontade, entre homens de poder aproximadamente igual, de acomodar-se entre si, de “entender-se” mediante um compromisso – e, com relação ao de menos poder, forçá-los a um compromisso entre si.” NIETZSCHE (1998: 60)

*oposição aos seus desejos mais próprios. Falando de modo geral, o castigo endurece e torna frio, concentra, aguça o sentimento de distância; aumenta a força de resistência. Quando sucede de ele quebrar a energia e produzir miserável prostração e auto-rebaixamento, um tal sucesso e sem dúvida menos agradável que o seu efeito habitual: que se caracteriza por uma seca e sombria seriedade. Mas se considerarmos os milênios anteriores à história do homem, sem hesitação poderemos afirmar que o desenvolvimento do sentimento de culpa foi detido, mais do que tudo, precisamente pelo castigo – ao menos quanto às vítimas da violência punitiva. Não subestimemos em que medida a visão dos procedimentos judiciais e executivos impede o criminoso de sentir seu ato, seu gênero de ação, como repreensível em si: pois ele vê o mesmo gênero de ações praticado a serviço da justiça, aprovado e praticado com boa consciência: espionagem, fraude, uso de armadilhas, suborno, toda essa arte capciosa e trabalhosa dos policiais e acusadores, e mais aquilo feito por princípio, sem o afeto sequer para desculpar, roubo, violência, difamação, aprisionamento, assassinio, tortura, tudo próprio dos diversos tipos de castigo – ações de modo algum reprovadas e condenadas em si pelos juízes, mas apenas em certo aspecto e utilização prática. A má consciência, a mais sinistra e mais interessante planta de nossa vegetação terrestre, não cresceu nesse terreno – de fato, por muitíssimo tempo os que julgavam e puniam não revelaram consciência de estar lidando com um “culpado”. Mas sim com um causador de danos, com um irresponsável fragmento do destino. E este, sobre o qual, também parte do destino, se abatia o castigo, não experimentava outra “aflição interior” que não a trazida pelo surgimento súbito de algo imprevisto, como um terrível evento natural, a queda de um bloco de granito contra o qual não há luta. NIETZSCHE (1998:71)*

O castigo endurece, fortalece e é dele, como expressão de uma crueldade nobre, alta espiritualidade da justiça, que nasce a saúde de uma comunidade. A graça e o perdão são muitas vezes perversões contra uma justiça perfeita, mas podem também ser expressão da força e da exuberância dessa justiça, uma vez que os mais fortes podem não se importar com a prosperidade dos criminosos, já que ela nunca ameaçaria o seu poder, como a má consciência e a culpa fariam.

Numa ordem superior o que o forte enxerga como bom e justo deve ser instituído como lei, justamente para evitar o rancor e a má consciência. Uma vez que a lei reveste com um véu de necessidade e objetividade o que o poderoso defende, tornando-o verdade até mesmo para o transgressor, o que impede o surgimento do pensamento de reação, do ressentimento e da má consciência, os grandes inimigos de Nietzsche nessa fase de sua obra:

*Se é normal a condição doentia do homem – e não há como contestar essa normalidade -, tanto mais deveriam ser reverenciados os casos raros de punjança da alma e do corpo, os casos felizes do homem, tanto mais deveriam ser os bem logrados protegidos do ar ruim, do ar de doentes. Isto é feito?... Os doentes são o maior perigo para os sãos; não é dos mais fortes que vem o infortúnio dos fortes, e sim dos mais fracos. Isto é sabido?...Grosso modo, não é absolutamente o temor ao homem, aquilo cuja diminuição se poderia desejar: pois esse temor obriga os fortes a serem fortes, ocasionalmente temíveis – ele mantém em pé o tipo bem logrado de homem. O que é de temer, o que tem efeito mais fatal que qualquer fatalidade, não é o grande temor, mas o grande nojo ao homem; e também a grande compaixão pelo homem. NIETZSCHE (1998: 111)*

É contra os propagadores desse nojo e compaixão, contra esses “onanistas morais” (idem:113) e adoradores de ídolos que Nietzsche aponta suas marteladas em o *Crepúsculo dos Ídolos: ou como filosofar com o martelo* e em *O Caso Wagner*. Ele visa denunciar o som oco da idolatria moral, como perpetuadora da fraqueza e da má consciência.

Nietzsche aponta falsos ídolos que mascararam a realidade durante eras. Por isso o projeto em o *Crepúsculo dos Ídolos* parece ser o de por abaixo ideologias e mentiras, levando o projeto de desmistificação iniciado na modernidade, a voltar-se contra si mesmo e se encarar, com dura honestidade, também como mistificador<sup>5</sup>. Por isso críticas tão pesadas a **KANT**, “um cristão pérfido, afinal de contas” NIETZSCHE (2005:33) e **ROSSEAU**, “idealista e canalha numa só pessoa”(idem: 98)

As mentiras que Nietzsche pretende desmistificar já foram atacadas por ele em obras precedentes, mas aqui tal ato é realizado com extrema virulência. Sobre as mentiras do racionalismo e da lógica ele vitimiza **SÓCRATES** e todos os filósofos – com exceção de **HERÁCLITO** – como filósofos do povo e escravos de mentiras. Contra a mentira de “Deus”, ataca a mentira milenar do ser e de sua conversão em verdade transcendental. Contra a mentira da igualdade entre os homens, dirige seu martelar contra **ROSSEAU**, e a perversão de instintos que afasta a verdadeira justiça.

Como a racionalidade socrática já fora desmistificada na análise do trágico nas primeiras obras, nos deteremos às duas últimas críticas. A questão do ser é vista como um pérfido mecanismo de responsabilização da vontade. Criando um animal livre que poderia ser responsabilizado pelos seus atos, e por isso, podendo ser submetido à culpa e à lógica socrática da ação racional:

*Vemos então em toda parte ações e coisa ativas, cremos na vontade enquanto causa geral, cremos no “eu”, no eu enquanto ser, no eu enquanto substância, e projetamos a crença, a substância do eu sobre todas as coisas – com isso criamos o conceito de “coisa”...Em toda parte o ser é imaginado como causa, substituído à causa; do conceito de “eu”, segue-se somente, como derivação, a noção do “ser”... No início subsistia esse grande erro funesto que considera a vontade como uma coisa que age – que queria que a vontade fosse uma faculdade... Hoje sabemos que isso não passa de uma palavra vazia... Muito mais tarde, num mundo mil vezes mais esclarecido, a segurança, a certeza subjetiva na manipulação das categorias da razão, irrompeu (com surpresa) na consciência dos filósofos: concluíram que essas*

---

<sup>5</sup> Con la entrada de Nietzsche en el discurso de la modernidad cambia de raíz la argumentación. [...] Nietzsche [...] renuncia a una nueva revisión del concepto de razón y licencia a la dialéctica de la Ilustración. Son sobre todo las deformaciones historicistas de la conciencia moderna, su inundación con cualesquiera contenidos y su vaciamiento de todo lo esencial, lo que hacen dudar que la modernidad pueda aún extraer de sí misma los criterios que necesita - “pues de nosotros mismos, los modernos, no tenemos absolutamente nada” [i]. Ciertamente que Nietzsche dirige y aplica una vez más, ahora contra la ilustración historicista, la figura de pensamiento que la dialéctica de la ilustración representa, pero con la única finalidad de hacer explotar la envoltura de razón de la modernidad como tal. HABERMAS, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, versión castellana de M. Jiménez Redondo, Taurus, 1989, p. 6.

*categorias não podiam provir empiricamente – todo empirismo está em contradição com elas. De onde provinham então? - Na Índia, como na Grécia, se incorreu no mesmo erro: “É necessário que tenhamos habitado outrora um mundo superior (em lugar de dizer um mundo muito inferior, o que teria refletido a verdade!), é forçoso que tenhamos sido divinos, pois temos a razão!...” Com efeito, nada teve até o presente uma força de persuasão mais simples do que o erro do ser, como foi formulado pelos eleatas, por exemplo, pois tem a favor dela cada palavra, cada frase que pronunciamos – Até os próprios adversários dos eleatas sucumbiram à sedução de seu conceito do ser: Demócrito, entre outros, quando, inventou seu átomo... A “razão” na linguagem: ah! que velha senhora enganadora! Temo que jamais nos livraremos de Deus, porquanto acreditamos ainda na gramática...*  
NIETZSCHE (2005: 32)

A perfídia do ser enquanto instância metafísica leva a condenação do mundo sensorial e dos sentidos mesmos. Como máquinas de erros e provocadores do ilusório, são os sentidos afastados da relação com a verdade, justamente onde deveriam habitar. Não é o sentido que gera o erro, mas o que colocamos em sua percepção, sua humanização, seu sentido, é que é errado. Buscando uma moralidade natural, os filósofos do povo, em verdade, naturalizam a moral, colocando as próprias percepções corporais como ações boas ou más.

Contra essa doutrina Nietzsche invoca o corpo e os sentidos como formados pelo conflito de diversas forças, de forma que ora uma domina, ora outra, mas nunca se anulam ou se destroem. No momento em que uma dessas forças instintuais vence e nos leva a agir, chamamos isso de “vontade”, lhe conferindo uma prevalência e dignidade que ela em verdade não tem. O erro então vem de nossa interpretação, e posteriormente de sua homogeneização enquanto norma. Dentro da lógica de Nietzsche as próprias células estão em constante conflito, se debatendo, perecendo e se sobrepondo. O que seria o câncer além de uma célula que venceu a guerra contra todas as demais, destruindo incontrolavelmente todas elas, até extinguir o corpo que lhe garante a vida? Se até mesmo nas células a vontade de potência é de tal monte, porque negamos a mesma entre nós, homens de “boa vontade”?

Pelo medo que essa vontade de potência leve à dominação de muitos por poucos e, conseqüentemente, à aniquilação de muitas dessas vidas que condenam e temem a luta e o conflito. Por isso a necessidade da ideia do ser livre e responsável, para que os decadentes possam culpar os sadios e fortes por sua miséria e justificar sua revolta sem se virar para sua própria condição decrépita. Por isso a igualdade vista como um conceito ontológico chave, numa constituição normativa do homem, *imago dei*, e a democracia como única forma política que serve a essa condição ontológica. Tais ideias, que Nietzsche vê como destruidoras da boa condição vital e disseminadoras da má consciência, são transformadas em verdades metafísicas pelo cristianismo:

*Foi com o cristianismo que a personalidade tornou-se um atributo reconhecido a todo ser humano. Nas duas outras religiões do Livro, Deus permanece um Ser impossível de circunscrever e, portanto, de representar. Sendo aperigraphos (incircunscritível), a divindade não pode ser fechada no que define a pessoa: um nome e um rosto que lhe dão um perigraphê (circunscrição), uma forma e limites. Em compensação, a encarnação do Deus dos cristãos sob os traços de seu Filho confere-lhe um rosto (prosopon) e, portanto, uma personalidade. SUPIOT (2007: 28)*

A partir dessa concepção básica dual, os juristas e teólogos medievais sistematizaram o corpo mortal como templo da alma imortal – já preconizada em **PLATÃO**, no famoso adágio “o corpo é a prisão da alma”<sup>6</sup> – e a própria Igreja como corpo místico do Cristo, distinta dos fiéis que a compõem. Essa ilusão da personalidade leva, em última instância à crença na igualdade, uma vez que todos seriam filhos do mesmo “Deus”, e iguados perante “Ele” no momento da morte.

Por isso **ROSSEAU** e seus pares democratas moralizam a natureza, vendo nela uma igualdade e uma racionalidade que em verdade não se encontra nela. Em oposição a essa corruptela Nietzsche propõe uma naturalização da moral, inculcando na mesma as diversas perspectivas, conflitos, oposições e extravagâncias que caracterizam a natureza real:

*Também eu falo de um “retorno à natureza”, embora não se trate propriamente de um retorno para trás, mas uma caminhada para a frente e para o alto, para a natureza sublime, livre e mesmo terrível, que brinca, que tem o direito de brincar com os grandes destinos... Para falar em símbolo: Napoleão foi um exemplo desse “retorno à natureza” como o entendo (in rebus tacticis e, mais ainda, como sabem os militares, em questões estratégicas). Mas Rosseau – aonde queria realmente chegar? – Rosseua, esse primeiro homem moderno, idealista e canalha numa só pessoa, que tinha necessidade da “dignidade moral” para suportar seu próprio aspecto, doente de um orgulho desenfreado, de um desprezo desenfreado contra si mesmo. Esse aborto que acampou no umbral dos novos tempos, também ele queria o “retorno à natureza” – mais uma vez, aonde queria chegar? – Odeio ainda Rosseau na revolução que é a expressão histórica desse ser de duas caras, idealista e canalha. A sangrenta farsa que se representou então, a “imoralidade” da revolução, tudo isso não faz diferença para mim; o que abomino é sua moralidade à moda Rosseau – as supostas “verdades” da revolução, por meio das quais ainda exerce sua ação e sua persuasão sobre tudo o que é vulgar e medíocre. A doutrina da igualdade!... Mas não há veneno mais venenoso, pois parece pela própria justiça, quando é a ruína de toda justiça... “Para os iguais, igualdade; para os desiguais, desigualdade – essa deveria ser a linguagem de toda justiça; e, o que se segue necessariamente, seria de jamais igualar as desigualdades.” – Em torno dessa doutrina da igualdade se desenrolaram tantas cenas horríveis e sangrentas, que lhe ficou, a essa “idéia moderna” por excelência, uma espécie de glória e auréola, até o ponto em que a Revolução, por seu espetáculo, extraviou até os espíritos mais nobres. Isso não é razão para lhe prestar maior estima. – Só conheço um que a sentiu como devia ser sentida, com aversão – Goethe... NIETZSCHE (2005: 98)*

---

<sup>6</sup> Que FOUCAULT inverteria em seu Vigiar e Punir, para explicar a formação do corpo pela pluralidade de forças que o atravessam: “a alma é a prisão do corpo”

Todo esse palavrorio sobre igualdade, liberdade, virtude, moral, são, segundo Nietzsche, sintomas da decadência, e é preciso que a filosofia se transverta em sintomatologia para realmente ser eficiente. Do contrário continuaremos sendo o proveito da mais repugnante canalha zoológica, o padre, o beato, o homem moral, virtuoso e asceta. E é contra essa espécie que Nietzsche desferirá o martelo no momento final de sua obra.

## **BIBLIOGRAFIA**

**HABERMAS**, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, versión castellana de M. Jiménez Redondo, Taurus, 1989

**HEIDEGGER**, Martin, *La frase de Nietzsche “Dios há muerto”*, Traducción de Helena Cortés y Arturo Leyte en HEIDEGGER, M., Caminos de bosque, Madrid, 1996, pp. 190-240.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *O Anticristo*, Martin Claret, São Paulo, SP: 2004.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *Ecce Homo*, Editora Escala, São Paulo, SP:2006.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *O Crepúsculo dos Ídolos*, Editora Escala, São Paulo, SP: 2005.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *A Visão Dionisíaca do Mundo*, Martins Fontes, São Paulo, SP: 2005.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *Introdução à Tragédia de Sófocles*, Jorge Zahar Editores, Rio de Janeiro, RJ: 2006.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *Acerca da Verdade e da Mentira*, Editora Rideel, São Paulo, SP: 2005.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *A Gaia Ciência*, Editora Martin Claret, São Paulo, SP: 2004.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *Aurora*, Editora Escala, São Paulo, SP: 2007.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *Segunda Consideração Intempestiva: da utilidade e desvantagem da história para a vida*, Relume Dumará, Rio de Janeiro, RJ: 2003.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *O Nascimento da Tragédia ou Helenismo e Pessimismo*, Companhia das Letras, São Paulo, SP: 2003.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *Genealogia da Moral, uma polêmica*, Companhia das Letras, São Paulo, SP: 2001

**NIETZSCHE**, Friedrich, *Para Além do Bem e do Mal, prelúdio para uma filosofia do futuro*, Editora Martin Claret, São Paulo, SP: 2002.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *Assim Falou Zarathustra, um livro para todos e para ninguém*, Martin Claret, São Paulo, SP: 2003.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *Human, All Too Human, A book for free spirits*, Helen Zimmern Published, USA: 1981.

**NIETZSCHE**, Friedrich, *Cinco Prefácios Para Cinco Livros Não Escritos*, Editora 7 Letras, Lisboa: 1975.

**MARCUSE**, Hebert, *De Eros y Civilización*, traducción de Juan Garcia Pontes, Buenos Aires: 1985.

**MELO**, Eduardo Rezende, *Nietzsche e a Justiça*, Editora Perspectiva, São Paulo, SP: 2004.

**MORRISON**, Wayne, *Filosofia do Direito, dos gregos ao pós-modernismo*, Martins Fontes, São Paulo, SP: 2006.

**SUPIOT**, Alain, *Homo Juridicus, Ensaio sobre a função antropológica do direito*, Martins Fontes, São Paulo, SP: 2007.

**TUCHMAN**, Barbara, *A Torre do Orgulho*, Paz e Terra, Rio de Janeiro, RJ: 1990.

## APRECIACÃO DO MÉRITO NO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: UMA PROPOSTA

*Lidiane Malagone Pimenta<sup>1</sup>*

*Tuanny Michele Braga<sup>2</sup>*

**RESUMO:** O presente artigo propõe uma forma de apreciação do mérito do ato discricionário da Administração Pública com o objetivo de limitar a liberdade do agente político e primar pelo atendimento do interesse público. Por meio de processos de deliberação, o interesse público pode ser conhecido, o que obriga o agente político a atendê-lo, limitando sua liberdade de escolha nos casos em que o ato discricionário se aplica. Ao estabelecer regras e dispor ferramentas para que a gestão pública ausculte o interesse público, a ciência jurídica faz com que seu dever seja cumprido. Materializando o motivo e o objeto do mérito do ato discricionário por meio da deliberação, o Poder Judiciário pode atuar e exercer maior controle sobre a discricionariedade.

**Palavras-chave:** Administração pública, ato discricionário, mérito, processos de deliberação, interesse público.

## ASSESSING THE MERITS ON THE DISCRETIONAL ADMINISTRATIVE ACT: A PROPOSAL

**ABSTRACT:** This article proposes a way of assessing the merits of the discretionary act of public administration with the goal of limiting the freedom of political agent and excel at serving the public interest. Through deliberation's processes, the public interest may be known, which forces the political agent to serve you, limiting their freedom of choice in cases where the discretionary act applies. To establish rules and provide tools for public management ausculte the public interest, legal science makes their duty is fulfilled. Materializing the subject and object of the merits of discretionary act by issuing the judiciary can act and exert greater control over discretion.

**Keywords:** Public Administration, discretionary act, merits, deliberation's processes, public interest.

### Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe ao Estado maior participação no que tange aos interesses coletivos. Os avanços da administração pública também têm se destacado. É perceptível a evolução tecnológica e administrativa na gestão

---

<sup>1</sup> Relações Públicas e Mestre em Comunicação Midiática pela Unesp – Bauru/SP, professora do curso de Direito da Unipac Itabirito/MG. É autora do livro “Relações Públicas Governamentais – Teoria e Prática no Executivo Municipal” e outros textos ligados à comunicação na gestão pública.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Unipac Itabirito/MG.

pública. No entanto, a participação efetiva da população nos governos é, tema incipiente, bem como o atendimento ao interesse público.

Nas ciências jurídicas, há debates no sentido de não apenas aprimorar as letras da lei na área do Direito Administrativo – para provocar o desenvolvimento ético da gestão governamental, mas como de defender o Princípio do Interesse Público como uma das mais importantes diretrizes para a administração pública.

Um dos pilares desse desenvolvimento diz respeito ao ato discricionário, momento em que o gestor público pode fazer valer seus interesses, enquanto deveria atender o interesse público. Quando o foco é o mérito do ato discricionário, onde ainda não reside o caráter normativo, a justiça pouco pode atuar. Isso significa que, a liberdade que o agente público (melhor dizendo, agente político) possui para escolher entre uma ação governamental e outra foge ao rigor da lei.

No entanto, é urgente o debate para a construção de uma normatização capaz de garantir o atendimento ao interesse público. Técnicas e procedimentos para conhecê-lo, como a deliberação – citada neste artigo, já existem. Auscultar o interesse público é dever da administração, um dever que, comumente, não é cumprido, muito provavelmente, por conta de sua não obrigatoriedade. Propor, então, uma forma de normatizar o levantamento do interesse público nos casos de atos discricionários pode colaborar para elevar o controle do Poder Judiciário e evitar os abusos da administração pública.

Para defender esse posicionamento, o presente artigo faz rápida exposição sobre a discricionariedade, destaca pontos importantes do Princípio da Supremacia do Interesse Público, apresenta o processo de deliberação como possível solução à celeuma aqui colocada e esclarece como o conhecimento do interesse público pode interferir positivamente não apenas na gestão pública, mas no alcance do Direito – normatizador da vida em sociedade – sobre mais um lugar que dele necessita.

### **Da discricionariedade**

O âmbito de atuação discricionária pela Administração Pública é amplo, sendo sua fonte a própria lei, uma vez que a discricionariedade somente existe devido aos espaços deixados por ela. Di Pietro (2010) ressalta que normalmente a discricionariedade estará presente:

- a) quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção *ex officio* do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;
- b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas condutas possíveis diante lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde (DI PIETRO, 2010, p.213).

Pelo fato da discricionariedade estar vinculada à legalidade, sempre estará subordinada ao Direito. E, desta forma, não poderia resultar da ausência de norma que dispusesse sobre determinado assunto, porque “não se admite atuação administrativa, sem que esteja previamente autorizada em norma” (SADDY, 2009, p.60).

No entanto, é possível afirmar que a discricionariedade está relacionada com a liberdade na atuação da Administração Pública. Afonso Rodrigues Queiró (1946, p. 77-78 *apud* GUERRA, 2010, p.2) coloca que “a discricionariedade representa uma faculdade de escolher entre várias significações contidas em conceito normativo prático, relativos às condições de fato do agir administrativo”, sendo tal “escolha sempre feita dentro dos limites da lei”.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989, p.22 *apud* GUERRA, 2010, p.2), a discricionariedade seria a qualidade encarregada pela lei à Administração Pública para determinar o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à sua execução, sendo assim diretamente referido a um interesse público específico.

É importante enfatizar que a discricionariedade não surgiu da mera coincidência de um espaço de liberdade da Administração Pública com relação ao legislador, e sim, da eleição feita pelo Poder Legislativo, que optou por abrir o espaço ao Poder Executivo. Isso justifica-se porque é o Poder Executivo o mais próximo do caso concreto e que, portanto, poderá compreender e agir de forma a garantir que o interesse geral seja alcançado (GUERRA, 2010).

A discricionariedade administrativa deve ser analisada sob o prisma de uma liberdade de opção entre duas ou mais alternativas válidas perante o Direito. Isso significa que é a legalidade o viés para a avaliação. Se a autoridade administrativa ultrapassar o espaço deixado pela lei, sua decisão será denominada arbitrária, ou seja, contrária à lei. Carvalho Filho (2009) também situa dessa maneira a liberdade de escolha do agente administrativo. Trata-se de entendimento pacificado pela própria norma. Sendo assim, o Judiciário poderá invalidar o ato,

apreciando aspectos da legalidade e verificando se a Administração Pública não ultrapassou os limites da discricionariedade.

O controle do Poder Judiciário sobre a discricionariedade, portanto, é tema relevante e causa perseguida pela ciência jurídica. Sob o aspecto da legalidade, o poder judiciário possui evidente competência para apreciação e fazer cumprir as letras da lei. No entanto, nos casos em que a legalidade é respeitada, mas outros aspectos não o são, como o poder judiciário poderia atuar? Os princípios da supremacia do interesse público e o da razoabilidade surgem, então, como mecanismos de controle.

### **Princípio da Supremacia do Interesse Público**

Para esta discussão, a escolha do Princípio da Supremacia do Interesse Público justifica-se por conta de sua posição na vida organizada em sociedade: o Estado existe para atendê-lo, pois existe em função das pessoas. Portanto, nada mais óbvio que afirmar sua missão – o atendimento ao interesse público.

Corroborando esse pensamento, Di Pietro (2010, p.214) é categórica: “a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado”. Assim, “o Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social”. Para que isso ocorra, o interesse público deve prevalecer em detrimento ao interesse individual.

Na atualidade, a ideia de interesse público está intimamente relacionada à ideia de bem comum. Di Pietro, ao citar Marie-Pauline Deswarte, caracteriza o entendimento de bem comum:

[...] O interesse geral não é apanágio do Estado, porque cada indivíduo e cada pessoa jurídica tem uma parcela de responsabilidade social; [...] Isto supõe também que se trate de um verdadeiro bem, de conteúdo moral [...];  
c) o bem comum é superior ao individual; [...]  
d) o bem comum é fundamento e limitação ao poder político; fundamento, porque o poder se constitui para atingir o bem comum; e limitação, porque, sendo seu objetivo o bem da pessoa humana, o Estado só deve intervir na esfera da liberdade individual, [...] o bem comum se exprime através da lei, não uma lei puramente formal, mas sim uma lei que atenda o bem comum (DESWARTE, 1988, p.1301 *apud* DI PIETRO, 2010, p.209).

Desta forma, o interesse público e o bem comum resultam em um princípio que estrutura a atuação da Administração Pública. Para Krell (2013, p. 126), o bem comum “esboça uma unidade de interesses, que (ainda) não existe, mas deve ser perseguida, tornando-se “princípio regulador” e parâmetro para orientar a correta atuação estatal em relação a determinado fim”.

Ainda segundo entendimento do autor, não se pode falar em interesse público sem falar de bem comum, entretanto, o interesse público para ele não é uma expressão mágica, na qual se podem justificar todos os atos da Administração Pública, sendo ela “uma palavra oca, destituída de conteúdo, comportando seja lá o que for que se queira inserir”. Desta forma, o “agente público sempre deve perseguir na sua atuação a realização de algo que foi previamente qualificado pela ordem jurídica como de interesse público” (KRELL, 2013, p.127). E como definir qual é o interesse público<sup>3</sup>?

A própria ciência jurídica, então, já ratifica o dever do Estado em conhecê-lo, mesmo que, num primeiro momento, o interesse público não seja visível, palpável.

[...] sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por impróprios. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, **no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever** – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis* (MELLO, 2004, p. 69 *apud* DI PIETRO, 2010, p.66). Grifos nossos.

Ainda é preciso ressaltar que atos administrativos discricionários são realizados de forma a considerar os critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade. Este é o que se chama de mérito do ato administrativo (DI PIETRO, 2010). Os critérios são interpretados e cumpridos segundo o ponto de vista do administrador público e não definidos de acordo com o interesse público. Este não é curado, mas sim, suposto pelo agente administrativo. Não são utilizados processos de deliberação ou levantamento para que haja conhecimento prévio da visão dos interessados no caso concreto. Necessária se faz a construção de um caminho para sanar tal deficiência.

José Cretella Júnior (1998 *apud* GUERRA, 2010, p.2) define o ato administrativo discricionário como

Consequência de um “poder discricionário” da Administração aduz que a discricionariedade é a manifestação concreta e unilateral da vontade da Administração. Fundamentada em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, desvinculada de qualquer lei que lhe dite previamente a oportunidade e conveniência da conduta, sendo, pois neste campo, insuscetível de revisão judiciária.

Essa definição, interpretada de forma crítica, parece mais adequada no sentido de atender ao prisma real, na medida em que aponta a vontade unilateral da administração

---

<sup>3</sup> Interesse público pode ser considerado um conceito jurídico indeterminado, cuja inequívocidade é difícil de ser alcançada. Tais conceitos possuem um campo amplo de significação, no qual a atividade de interpretação se faz necessária para que se possa alcançar seu verdadeiro sentido. A limitação desses conceitos não é precisa na lei, uma vez que não aceitam uma quantificação e determinação rigorosa. No entanto, em casos concretos em que a discricionariedade se aplica, é possível conhecer o interesse público.

pública. No entanto, apesar de a regra que a legitima ser objetiva, os critérios continuam sendo conceitos indeterminados. E mais: a objetividade dada à discricionariedade, até então, não garante que o interesse público tenha primazia sobre o interesse governamental.

A liberdade que o administrador possui para realizar o ato discricionário é fundada no entendimento de que somente o administrador, em contato com a realidade, possuirá condições para apreciar de maneira correta os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência de certos atos. No entanto, o administrador público somente terá atendido ao Princípio da Supremacia do Interesse Público se conhecer o interesse público. Não haverá mais a dizer sobre limitações impostas pela moral, pelo bem comum<sup>4</sup> e pela boa administração. Moral será quando respeitar o interesse público, o bem comum alcançará quando respeitar o interesse público e boa administração realizará quando fizer o mesmo.

Sendo assim, parece que o interesse público toma forma de critério fundamental, aspecto condicionante da discricionariedade. No entanto, vale trazer o mérito à discussão. Este relaciona-se com a valoração dos motivos e escolhas do objeto do ato discricionário. Fagundes (1967 *apud* BEDENDI, 2010, p.288) sustenta que o mérito “surge em conexão com o motivo e o objeto [elementos do ato passíveis de escolha, pelo administrador, dentre as opções dadas pela lei, visto que os demais são sempre vinculados]”.

O mérito se localiza na análise elemental do ato administrativo, comumente reconhecida e adotada pela doutrina e pelo Direito Positivo Brasileiro nos elementos motivo e objeto (GUERRA, 2010). Portanto, é dada ao administrador público a liberdade de atribuir-lhes posição axiológica conforme sua visão.

Pode-se então considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. Registra-se que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes vinculados em qualquer hipótese. Mas lhe é lícito valorar os fatores que integram o motivo e que constituem o objeto, com a condição, é claro, de se preordenar o ato ao interesse público (CARVALHO FILHO, 2009 *apud* BEDENDI, 2010, p. 289).

Para impedir que a valoração se apresente como lacuna para o exímio respeito ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, a formação e o reconhecimento do interesse

---

<sup>4</sup> De acordo com Meirelles *et al* (2010), a atividade discricionária já está sujeita a um duplo condicionamento, externo e interno. O condicionamento externo se dará pelo ordenamento jurídico, no momento em que a legalidade está em análise. No condicionamento interno, a Administração Pública fica sujeita às exigências da moralidade e do bem comum. Tendo em vista que a moralidade e o bem comum são conceitos indeterminados, pode-se afirmar que esse condicionamento interno, então, precisaria receber carga de objetividade. O bem comum é algo difícil de ser materializado, assim como a moralidade. O interesse público pode, sim, ter caráter concreto por meio de processos de deliberação.

público colocam-se, portanto, como condição *sine qua non*. Aparentemente impalpável e abstrato, o interesse público recebe atenção científica de outras áreas do conhecimento que já oferecem propostas capazes de realizar sua observação, mensuração e, porque não dizer, sua manifestação.

Não se trata apenas do levantamento da opinião pública ou do apanhado das escolhas individuais que formam uma coletividade. Esse tipo de procedimento está mais próximo de uma eleição, o que difere essencialmente de interesse público<sup>5</sup>. Já os estudos sobre a deliberação, também própria de ambientes democráticos, avançam sob o enfoque de outras ciências sociais e parecem se apresentar como solução para a celeuma criada em torno da valoração ligada ao motivo e objeto do mérito do ato administrativo discricionário.

### **Processos de deliberação**

A deliberação pode ser utilizada como ferramenta para a produção e o conhecimento do interesse público em questões que envolvam a discricionariedade. Trata-se de um processo de reflexão, troca de ideias e argumentos em busca da solução de diferenças de opinião e conflitos (SHAPIRO, 2002). Tal processo seria utilizado sempre com o fim de solucionar conflitos ou de conhecer, enfim, o interesse público.

[...] a deliberação política não possui um domínio específico, inclui atividades tão diversas quanto a formulação e obtenção de propósitos coletivos, fazendo com que as decisões políticas sobre meios e fins, resolução de conflito de princípios e interesses e a resolução de conflitos tais como eles emergem na vida social (BOHMAN, 2000, p. 53).

Para conhecer o interesse público, o público envolvido na questão deve ser reunido para debater. Nos processos de deliberação, há uma disputa de entendimentos, onde interesses diferentes e visões conflitantes se colocam. A deliberação é espaço para convergências e divergências e, muitas vezes, o ganho cognitivo, quando os participantes ampliam seus conhecimentos e sua visão sobre a questão, é superior ao sucesso no alcance de uma decisão. No entanto, ela acontece.

Nesse sentido, a deliberação se comporta como um processo também educativo. Boa parte da população não conhece o funcionamento da administração pública, não possui noções

---

<sup>5</sup> Opinião pública é a “pública expressão de consenso e de dissenso” (BOBBIO, 2000, p. 60). Isso significa que são manifestações privadas numa esfera pública. E uma eleição é a somatória de visões particulares, o que pode não refletir o interesse público, já que este não é necessariamente um conjunto de interesses privados. O interesse público deve ser resultado de debate consciente e escolha coletiva, o que não se consegue por meio de instrumentos como a pesquisa de opinião pública e a eleição.

técnicas pertinentes ao motivo ou objeto em questão. É por isso que este espaço de deliberação é também responsável por criar oportunidades para que o público envolvido seja capaz de, pelo menos, compreender todos os aspectos, inclusive técnicos. Além de estabelecer uma dinâmica educacional e cidadã, um processo deliberativo sem coerções, chantagens e autoritarismo é oportunidade para que, na interação, produzam-se argumentos racionais e justificáveis pela sociedade, já que valores socialmente aceitos são, geralmente, base para as discussões.

Somente com procedimentos que criem o diálogo responsável e coerente com o objetivo de conhecer o interesse público é possível construí-lo<sup>6</sup>. A construção do interesse público passa pela realocação dos interesses particulares. A deliberação ajuda aqueles que não serão atendidos com a decisão tomada a aceitar a legitimidade dessa decisão que é coletiva. Assim, diferencia-se, na prática, o interesse público do privado. No mínimo, os participantes do processo deliberativo adotam uma perspectiva mais ampla sobre as questões discutidas.

Para Gutmann e Thompson (2004), o valor da deliberação está na justificação de leis e políticas públicas a cidadãos com interesse nelas. Ao deliberar, promove-se a justificação, chave para a tomada de decisões mais justificáveis e legitimadoras. Está aí o argumento que torna possível a relação entre a materialização da motivação e do objeto do mérito do ato discricionário e a deliberação. Uma decisão governamental só é legítima e justificável quando atende o interesse público; este é conhecido por meio da deliberação; é o interesse público que deve motivar uma escolha ou optar por um objeto.

[...] pode-se dizer que as decisões formais do governo expressam a vontade política refletida dos cidadãos apenas na medida em que estas passaram por um processo efetivo de deliberação entre cidadãos – nas falas cotidianas, nas residências, nos ambientes de trabalho, nos locais de encontro entre amigos, bem como nas formas de conversação mais formais em assembleias públicas sobre temas determinados (MANSBRIDGE, 1999, p. 212).

Tais assembleias públicas podem ser organizadas de forma a promover a participação de todos os envolvidos de forma equânime. É um desafio não apenas discursivo, mas, sobretudo, prático. Alguns aspectos a serem levados em consideração – obrigatoriamente – já podem ser apontados<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> De acordo com Bohman (2000), a deliberação pública é dialógica e objetiva solucionar questões problemáticas com coordenação e cooperação, o que não significa necessariamente a produção de acordos, mas um trabalho com diálogo. É possível inferir, então, que, nos casos em que não há acordo, justifica-se uma votação. Vale ressaltar que o posicionamento do indivíduo ainda é de sua livre expressão e que a ele é garantida a manifestação de seu interesse particular. Contudo, com a deliberação, a compreensão de interesse público ganha força como não ganharia sem ela.

<sup>7</sup> Faz-se isso no intuito de iniciar discussões capazes de construir um procedimento coerente com o objetivo a que a deliberação se propõe.

- O público não deve ser apenas convidado a participar, mas incentivado. Campanhas de conscientização e estratégias de persuasão são justificáveis e necessárias tendo em vista a cultura de pouca participação política da maior parte da sociedade brasileira.
- Toda informação pertinente, seja ela técnica, legal ou política, deve ser disponibilizada de forma a perseguir a compreensão de todos os participantes, que podem ter, inclusive, graus de instrução díspares. Estratégias pedagógicas e discursivas adequadas devem ser utilizadas.
- A participação do agente público deve ser evitada para que não haja argumentação, explícita ou não, que aponte preferências da administração pública ou induza a elas.
- A deliberação ocorre quando todos expõem suas ideias e todos escutam. O debate deve ser organizado, documentado, mas principalmente, equilibrado.
- A condução dos processos de deliberação deve ser realizada por profissionais capacitados<sup>8</sup>, especializados em gerir o relacionamento entre governo e cidadãos e em construir condições para a deliberação.

Gutmann e Thompson (2004) ainda colocam que uma participação mais ampla não dá apenas a chance de processar problemas de interesse da população, mas também desenvolve a cidadania, pois encorajam as pessoas a se posicionar diante de questões políticas. Criar-se-ia, então, um ciclo virtuoso capaz de revolucionar o comportamento político em um sistema democrático. No entanto, que o foco se mantenha. Por outro lado, reunir públicos de interesse quando o interesse é de muitos faz com que essa prática se torne complexa, senão inviável. Descartar a deliberação, então, é muito comum. Aqui ganha proporção o questionamento: como levar o processo deliberativo a todos os interessados todas as vezes que a discricionariedade se aplicar num ato da administração pública?

Se tantos são os esforços para delimitar a ação do agente administrativo e impor-lhe regras no fazer do Poder Executivo, caberia estabelecer a deliberação como um procedimento, uma norma a ser cumprida. Atribuir a ela o caráter de “forma” para se conhecer o interesse público – ou melhor, o motivo que provoque uma escolha em detrimento de outra e até mesmo um objeto pertinente a um ato discricionário – garantirá que o Princípio da Supremacia do Interesse Público seja respeitado.

### **Novas possibilidades para o controle judiciário**

---

<sup>8</sup> Há proposta sobre a apropriação dessa atividade por parte dos profissionais de Relações Públicas. De acordo com Pimenta (2013, p. 49-50), “Relações Públicas Governamentais são um poder administrativo do Estado, de função política, responsável pela gestão estratégica do relacionamento entre governo e cidadãos, com o objetivo de estimular, viabilizar e auxiliar a concretização dos interesses públicos e legítimos advindos desta relação, por meio de estratégias organizacionais e comunicacionais”.

Até então, o controle da discricionariedade pode ser exercido pelo Poder Judiciário quando são observados os aspectos formais e legais do ato administrativo e os princípios e valores estabelecidos constitucionalmente. Assumindo-se a hipótese de materializar o motivo e o objeto do mérito do ato discricionário por meio da deliberação, o Poder Judiciário ganha novas possibilidades de atuação. Os processos de formação e conhecimento do interesse público, desde que estabelecidos como procedimentos legais a serem cumpridos, expostos na forma da lei, apresentam-se como novos instrumentos à análise jurídica.

A prática da liberdade de decisões realizadas pela Administração Pública está relacionada ao dever de motivar seus atos. A legislação concede determinada autonomia discricionária ao agente administrativo, mas, para a sua escolha, deve ser feita exposição formal dos motivos, o que abrange os fundamentos jurídicos, fáticos e justificativas de enquadramento. Esta motivação deve revelar de forma clara que houve a consideração de diversos aspectos de interesse público (KRELL, 2013).

O autor ainda completa dizendo que, em muitos casos, os agentes envolvidos “sabem que, no fundo, também poderiam ter tomado outra decisão, com base em outras razões, as quais não seriam menos convincentes do que as efetivamente utilizadas” (KRELL, 2013, p.63). Portanto, os processos de deliberação para conhecimento do interesse público não só lançariam luz ao papel do Poder Judiciário no controle do abuso do poder discricionário, mas também auxiliaria o próprio Poder Executivo a tomar decisões efetivamente legítimas.

Retornando ao prisma jurídico, vale lembrar que os limites à discricionariedade podem ser muitos, entretanto, os atuais parâmetros existentes no ordenamento jurídico brasileiro são: “a interpretação, as normas e as teorias jurídicas existentes no campo da atuação do agente público e da moralidade (legalidade, legitimidade, licitude)” (SADDY, 2009, p.74). É possível perceber que há sérias limitações do controle judicial sobre a discricionariedade, mais especificamente, sobre os aspectos que fogem à forma da legalidade<sup>9</sup>. Corre-se o risco de desviar a análise do julgador que baseia-se na subjetividade, tendo em vista lidar com conceitos subjetivos. Di Pietro (2010, p.219) afirma que “não é possível estabelecer regras objetivas para orientar a atitude do juiz”. No entanto, quanto maior for a materialização do objeto e motivação no mérito atinente a ato discricionário, maior o campo em que o juiz pode trabalhar com objetividade.

---

<sup>9</sup> “A extensão e o alcance do controle judicial da atividade administrativa continuam constituindo matéria pouco pacífica na doutrina e na jurisprudência do país” (KRELL, 2013, p.26).

Além disso, vale ressaltar que o legislador é o primeiro a estabelecer limites à discricionariedade administrativa, ele deve condicionar tal exercício ao mínimo possível. Saddy (2009) entende que o ordenamento jurídico é ao mesmo tempo o pressuposto e limite à discricionariedade administrativa. Sendo a lei a força que determina as possibilidades da Administração Pública, que esteja ali prevista a construção e o conhecimento do interesse público por meio de processos de deliberação. Objeto e motivo devem deixar de serem limites subjetivos, passar de conceitos indeterminados para inequívocos.

Apesar do reconhecimento do dever de motivação dos atos administrativos discricionários, exigindo que a decisão discricionária realizada pela Administração Pública deva ser objeto de fundamentação, a valoração continua a deixar lacuna para o atendimento ao interesse público. E como o julgador pode afirmar se o ato atendeu também a esse critério? Faz-se clara a necessidade de colocar o interesse público, de forma objetiva, como definidor de objeto e motivo do ato discricionário. A deliberação, como um novo instrumento colocado ao alcance do administrador<sup>10</sup>, assumindo caráter de obrigatoriedade, é capaz de trazer à luz o interesse público e, conseqüentemente, motivo e/ou objeto.

Desta forma, coloca-se à disposição um instrumento garantidor de que a Administração Pública fique vinculada ao interesse público primário que é o verdadeiro interesse da coletividade, para que assim, possa evitar que ocorra, de maneira ilegítima, o beneficiamento de pessoas ligadas a agentes públicos, de interesses privados ou até mesmo do próprio Estado.

### **Considerações finais**

Trata-se de uma evolução necessária. A organização política da nossa sociedade já passou por inúmeras transformações mais complexas do que essa. É possível implantar programas para que o interesse público possa se materializar, diminuindo assim o abuso do poder discricionário e ampliando as possibilidades de controle por parte do Poder Judiciário. Se há como conhecer qual é o interesse público em questão, há como saber quando um ato discricionário obedeceu ao Princípio da Supremacia do Interesse Público. Se há um procedimento que cura o interesse público, basta comparar o resultado desta feita com a

---

<sup>10</sup> O agente público, no exercício de qualquer dos poderes da Administração Pública, está obrigado a valer-se dos instrumentos colocados ao seu alcance, com a finalidade única de fazer a melhor administração possível sob o enfoque do interesse público. Afinal, o agente de um dever-poder, cujo titular é o povo, do qual emana e em seu nome é exercido, deve sempre respeitar o ordenamento jurídico (SADDY, 2009, p. 79-80).

conduta administrativa para aferir se houve uma decisão arbitrária ou não. Dessa forma, é possível falar em objetividade e não mais em subjetividade na análise do mérito. Assim, será possível trazer sua análise para dentro do espaço da legalidade.

## REFERÊNCIAS

BEDENDI, Luis Felipe Ferrari. Ainda Existe o Conceito de Mérito do Ato Administrativo como Limite ao Controle Jurisdicional dos Atos Praticados pela Administração? *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.* São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade.* Para uma teoria geral da política. 8ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOHMAN, James. *Public deliberation.* Pluralism, complexity and Democracy. Massachusetts: Mit Press, 2000. Cap. 1 e 5.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p.18-52.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p.2140 *apud* GUERRA, Sérgio. Discricionabilidade Administrativa – Críticas e Propostas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE).* n.21, p.01-40. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-GUERRA.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2013.

DESWART, Marie-Pauline. Intérêt general, bien commun. *Revue de Droit Public*, v. 5, 1988 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.* São Paulo: Atlas, 2010. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.64-67, 211-219.

\_\_\_\_\_. O Princípio da Supremacia do Interesse Público – Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. *In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello.* Belo Horizonte: Fórum, 2010. Parte II, p.203-219.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. Cap. 11.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967 *apud* BEDENDI, Luis Felipe Ferrari. Ainda Existe o Conceito de Mérito do Ato Administrativo como Limite ao Controle Jurisdicional dos Atos Praticados pela Administração? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Administrativa – Críticas e Propostas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. n.21, p.01-40. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-GUERRA.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2013.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. What deliberative democracy means. In: \_\_\_\_\_ . *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2.ed. Porto Alegre: 2013. p.24-132.

MANSBRIDGE, Jane. Everyday talk in the deliberative system. In: MACEDO, Stephen. *Deliberative Politics*. Essays on Democracy an Disagreement. New York: Oxford University Press, 1999.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 *apud* BEDENDI, Luis Felipe Ferrari. Ainda Existe o Conceito de Mérito do Ato Administrativo como Limite ao Controle Jurisdicional dos Atos Praticados pela Administração? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* *Direito administrativo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 50, 105-124.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009 *apud* MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* *Direito administrativo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 50, 105-124.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.64-67, 211-219.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989 *apud* GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Administrativa – Críticas e Propostas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. n.21, p.01-40. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-GUERRA.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2013.

PIMENTA, Lidiane Malagone. *Relações Públicas Governamentais*. Teoria e Prática no Executivo Municipal. Viçosa: UFV, 2013.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.6, p.41-78, out.1946 *apud* GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Administrativa – Críticas e Propostas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. n.21, p.01-40. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-GUERRA.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2013.

SADDY, A. *Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato*: limites e técnicas de contenção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.49-152.

## ELEMENTOS COMPRENSIVOS LINGÜÍSTICOS DE UNA TEORÍA PRAGMÁTICA DEL DERECHO

*Rubén Alberto Duarte Cuadros<sup>1</sup>*

**Resumen:** La presente conferencia que presento en la Universidad del Brasil, tiene como propósito soslayar los elementos para la construcción de una teoría pragmática del derecho, señalando los avances epistemológicos con recursos lingüísticos tomados desde el pensamiento kantiano, pasando por Habermas y Putnam para el estudio del derecho como realidad mediada en relaciones pragmáticas; y constituida esta realidad de las proposiciones jurídicas de modo intersubjetivo en procesos racionales lingüísticos, que al parecer sólo son posibles de ser esclarecidos en el mundo, con recursos hermenéuticos de la realidad práctica que nos constituyen como sujetos de acción y lenguaje.

**Palabras Claves:** Teoría, Pragmática, Lingüística, Derecho, Lenguaje, Razón, Acción, Proposición Jurídica, Realidad Jurídica, Sujeto, Mundo e Intersubjetividad.

**Abstract:** The objective of the present conference that I display to the Brasil, and in that I try to avoid the elements for the construction of a pragmatic theory of the laws. It mainly looks for show the epistemologist advances with linguistic resources, taken from the Kantians thinking, through Habermas and Putnam, for the study of the laws like mediate reality in pragmatic relations; and constituted this reality of the legal proposals of intersubjective way in linguistic rational processes, that apparently are only possible of being clarified in the world, with hermeneutics resources of the practical reality that they constitute to us like subjects of action and language.

**Key Words:** Theory, Pragmatic, Linguistic, Laws, Language, Reason, Action, Legal Proposal, Legal Reality, Subject, World and Intersubjetividad.

## ELEMENTOS COMPRENSIVOS LINGÜÍSTICOS DE UNA TEORÍA PRAGMÁTICA DEL DERECHO

### 1. HIPÓTESIS:

Quiero asumir hipotéticamente, que sólo existen dos caminos posibles para configurar una teoría jurídica: el primero, que nos conduce a instalarnos en la tradición del positivismo,

---

<sup>1</sup>Conferencia para exponer el día 06 de noviembre, en el I Congreso Internacional de Filosofía, Ética y el Derecho (Brasil).

Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia, Abogado Especializado en Derecho Penal y Criminología Universidad Libre, Magíster en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana, Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Decano de la Facultad de Filosofía y Director de la Maestría y Especialización en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, de la Universidad Libre. Profesor e Investigador Universitario.

del formalismo y/o de la dogmática jurídica, cuya contribución más plausible se fundamenta en la idea que el derecho es producto del Estado, y en el que la interpretación del sistema se fija de modo inmanente, es decir, a partir de la existencia positiva de un corpus legislado como expresión de la manifestación de la voluntad del poder legislativo; un segundo camino, nos conduce a un proyecto de “*deconstrucción reconstructiva*” del derecho, que se fundaría en análisis externos y previos de configuración jurídica, es decir, en una analítica que señalaría que este no es exclusivamente el corpus legislado, sino que es la expresión de categorías de diversa índole, que pasan por aspectos básicos de comprensión epistemológica, sustentados en juicios y “*conceptos fundamentales de verdad y objetividad, realidad y referencia, validez y racionalidad*”<sup>2</sup>. Habermas ya ha previsto esta preocupación, al señalar que el derecho incorpora elementos sociales, políticos, históricos, culturales y éticos, los que producen un plus que supera el sistema positivo de contenido legal y que sólo son posibles de hallarse de modo lingüístico pragmático.

## 2. INTRODUCCIÓN:

El asumir hipotéticamente esta presentación del problema, no debe ser considerado como un proyecto de reduccionismo epistemológico; por el contrario, se pretende acotar instancias de reflexión de lo que es el derecho, es decir, pensar que en el primer camino a seguir, se encontrarían los teóricos que configuran una teoría homogénea o estándar del derecho de corte positivista. En el segundo camino, estarían ubicados los teóricos del derecho que poseen una visión crítica o heterodoxa, configurada por distintas posturas intelectuales, preocupados por reflexionar en torno a problemas, como la realidad en la que habitan las proposiciones jurídicas, la relevancia de la realidad sociocultural y los fundamentos éticos y morales en los que el sistema de normas se debe comportar.

Podría pensarse que la adopción de estas dos vías es simplificadora, pero por el contrario, se advierten permanentes interrelaciones y pugnas entre “*ortodoxos y heterodoxos*” del derecho, provenientes de distintas vertientes como el realismo jurídico americano, el neomarxismo de vertiente Frankfortiana, el postestructuralismo, el pluralismo jurídico, el multiculturalismo, las teorías de género y las raciales, el psicoanálisis, el pragmatismo, o el existencialismo. Se presupone la adopción de un modelo epistemológico comprensivo, que permita señalar las diferencias sobre la realidad del derecho, con la adopción del modelo

---

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 9.

habermasiano, que mediante el “*uso pragmático universal del lenguaje*”, propenda por la construcción de la realidad en la que habitarían las proposiciones jurídicas. Al respecto podemos señalar:

“La realidad con la que confrontamos nuestras oraciones no es una realidad “*desnuda*”, sino que ella misma está ya siempre impregnada lingüísticamente. La experiencia con la que controlamos nuestros supuestos está estructurada de forma lingüística e incrustada en contextos de acción. Tan pronto como reflexionamos sobre la pérdida de alguna certeza ingenuamente asumida ya no podemos encontrar ninguna clase de enunciados básicos que se legitimen “*por sí mismos*”, es decir, ningún “*principio*” indudable más allá del lenguaje, ninguna experiencia evidente más acá de las razones. El concepto semántico-deductivo de fundamentación se nos queda corto; las cadenas de fundamentación retornan a los contextos de los que habían partido. La verdad de un enunciado parece que sólo puede ser garantizado por su coherencia con otros enunciados ya aceptados”<sup>3</sup>.

Los procesos de mutación en la comprensión del derecho han llegado a tal punto, que no se puede reducir a una única visión posible, sino que por el contrario, nos exige un proceso de fundamentación en la que se buscaría “*refundir y refundar*” múltiples visiones en las que habitan los enunciados jurídicos<sup>4</sup> y en los que su verdad o corrección validada, parece que sólo puede ser garantizada por su coherencia con otros enunciados aceptados, bien sea por las tradiciones jurídicas de corte europeo continental o la tradición angloamericana que hoy de modo inconsciente aún para muchos, se encuentra *refundida* y merece ser *refundada*, es decir, circunscribirla a nuevos modos de esclarecimiento de la comprensión jurídica.

Para el desarrollo de esta iniciativa de esclarecimiento y comprensión jurídica, se ha privilegiado el modelo epistémico de la “*pragmática formal o universal de Habermas*”<sup>5</sup>, en cuanto permite señalar rupturas paradigmáticas de los enunciados jurídicos, que no se agotan en la ley, sino que amplía su espectro de configuración comprensiva en las creaciones culturales y contextuales, las que se dan en el mundo de la vida. Esta postura, asumida desde

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 47.

<sup>4</sup> Sobre las distintas visiones en las que habitarían los enunciados jurídicos que presumiblemente pretenden ser aceptados como verdaderos y/o válidos, presento el siguiente argumento que amplía nuestro horizonte comprensivo sobre lo que puede ser el derecho desde la mediación lingüística de sus proposiciones “los pragmáticos tenían razón en opinar que no existe una relación única entre todas las proposiciones verdaderas y la realidad, y que las proposiciones verdaderas están conectadas a la realidad en una increíble multiplicidad de formas diferentes, ya que continuamente estamos creando nuevos tipos de lenguaje. Este era el punto de vista de Wittgenstein, y constituye la expresión de un pragmático genuino”. Ver. PUTNAM. Hilary. El Pragmatismo – Un Debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. P. 42. Nota del Texto No. 26.

<sup>5</sup> “La *pragmática formal* toma en Habermas el nombre de pragmática universal, y en la filosofía de Apel el de pragmática trascendental, no sin razón. Habermas rehúsa utilizar en este título el adjetivo “trascendental” por temor a que los resultados de las ciencias sean hasta tal punto formalmente diversos de los de la filosofía que resulte imposible una colaboración entre ambos saberes, de suerte que llega a afirmar en ocasiones el carácter falible de los enunciados de su pragmática, en el sentido de que son hipótesis comprobables, al parecer empíricamente. Apel, por su parte, señalará con su pragmática trascendental la diferencia de *método, del tipo de enunciados* y de modo de *comprobación* entre la filosofía y las ciencias que, precisamente por ser diferentes pueden colaborar, cosa que no ocurriría si fueran idénticos”. Ver: APEL, Kart-Otto. Teoría de la Verdad y Ética del Discurso. Introducción de Adela Cortina. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A. 1998, pp. 11-12.

tiempo atrás por el *pragmatismo*, Habermas la amplía de manera epistémica, mediante la incorporación de recursos lingüísticos en el sentido que: “ningún “*principio*” indudable más allá del lenguaje, ninguna experiencia evidente más acá de las razones”<sup>6</sup>. En este punto puede advertirse un encuentro de Habermas, en lo relacionado con la tesis del *pragmatismo* señalada desde Hilary Putnam, como se ha señalado ya en la cita anterior.

Nos encontramos ante la posibilidad de ofrecer desde Habermas y Putnam, una salida en la que podamos resolver los dilemas suscitados entre lo que hemos definido como concepciones *ortodoxas* y *heterodoxas del derecho*, que puedan resolver las contradicciones producidas entre el positivismo, el realismo y el iusnaturalismo; en el sentido de ir perfilando una comprensión “*pragmática del derecho*”, definida en términos lingüísticos, que presuma una realidad fundada en las prácticas de los sujetos poseedores de lenguaje y acción, que en el mundo y en procesos intersubjetivos hacen valer sus concepciones de vida con presupuestos racionales.

### **3. HABERMAS Y EL PROBLEMA DEL REALISMO DESPUÉS DEL GIRO LINGÜÍSTICO PRAGMÁTICO<sup>7</sup>**

El modelo expositivo privilegiado para sustentar la hipótesis sugerida, está enmarcada en lo que podemos entender como los elementos epistemológicos, basada en la obra “*Verdad y Justificación*” de Habermas, texto que él ha definido como un recorrido sobre cuestiones de filosofía teórica, que había abandonado desde “*Conocimiento e Interés*”. Manifiesta además que su trabajo de la pragmática del lenguaje realizado desde la década de los años 70, “*no se sostendría sin los conceptos fundamentales de verdad y objetividad, realidad y referencia, validez y racionalidad*”.<sup>8</sup> Con ello quiere asegurar una hermenéutica interpretativa del desarrollo de su quehacer filosófico de la pragmática formal o universal del lenguaje, de la que se fundamenta su teoría de la acción comunicativa. Veamos cómo lo expone Habermas:

“Esta teoría se apoya sobre un concepto de entendimiento (*Verstandigung*) con un alto contenido normativo, opera con pretensiones de validez resoluble discursivamente y con presuposiciones pragmático-formales de “mundo” y remite la comprensión de los actos de habla a las condiciones de su aceptabilidad racional”.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 47.

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, pp. 9-62.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 9.

Con lo anterior, se quiere señalar un valor singular para la interpretación del derecho contemporáneo, en cuanto remite de modo particular a la hermenéutica de cualquier teoría jurídica con pretensiones de validez resolubles de modo discursivo y racional. Estos presupuestos pragmáticos del lenguaje, sólo son posibles de ser encontrados en el mundo de la vida en contextos de acción racionalmente normativos. Según Habermas, la pragmática formal contribuía inicialmente a la formulación de una teoría de la acción comunicativa y de paso, a una teoría de la racionalidad. De estos aspectos no se había ocupado desde los años 70, ahora se propone hacer una formulación de filosofía teórica, pero nos recuerda que en los contenidos de su teoría de la acción comunicativa,

“No se ha guiado ni por el interés de la metafísica del ser del ente, ni por el interés de la epistemología por el conocimiento de hechos y objetos, ni tan sólo por el interés de la semántica por la forma de las aserciones”. Afirma además que “la importancia que adquirió el giro lingüístico no tienen para él ninguna relación con estas cuestiones tradicionales de la filosofía”<sup>10</sup>.

En atención a lo anterior, Habermas, al precisar el contenido de su trabajo filosófico, señala que la pragmática formal era el fundamento de la construcción de una teoría social crítica, capaz de abrir el camino para una concepción de carácter moral, jurídico y político, concebida como una teoría del discurso. Desde esta comprensión, puede decirse que dicho trabajo giró en torno al desarrollo de la razón práctica, a la manera como la entendió Kant<sup>11</sup>. La estrategia adoptada por Habermas ha sustentado cierta parcialidad en su desarrollo hasta ahora, que pretende corregir, mediante los artículos recogidos en el texto “*Verdad y Justificación*”. Cabe señalar que este texto es el producto de trabajos reunidos entre los años de 1996 a 1998, que le ha permitido tomar en consideración puntos de vista del pragmatismo, como lo ha expuesto Hilary Putnam<sup>12</sup>. En este orden de ideas, el punto de apoyo se da a partir

---

<sup>10</sup> *Ibíd*em, p. 9.

<sup>11</sup> “...Hay, a pesar de todo, otra faceta del pensamiento de Kant, un aspecto que se conecta inmediatamente con el pragmatismo, y que podríamos llamar *la primacía de la razón práctica*. De los estudios de Kant, surge en forma notoria que gran parte de su trabajo tiene una directa inspiración política e incluso una aplicación política. Hasta la noción central de la “autolegislación” descrita por Kant en su segunda *Crítica* y en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* estaba, después de todo, directamente inspirada en Rousseau; y, en la época de Kant, la idea de que una sociedad se rigiera por una unión libre de ciudadanos “autolegislantes” era verdaderamente revolucionaria”.... “Para Kant, la idea de la primacía de la razón práctica se extiende incluso hasta la filosofía misma. Sostiene que no se puede construir una imagen moral tratando de probar, a priori, que existen juicios de valor verdaderos. La célebre estrategia kantiana consiste, precisamente, en hacer lo contrario (aunque algunos filósofos actuales, como Bernard Williams, suelen olvidarse de ello cuando critican a Kant)”. Ver. PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo – Un Debate Abierto*. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 64-65.

<sup>12</sup> PUTNAM, Hilary. Nació en Chicago en el año de 1927. Enseñó lógica matemática en la Facultad de Filosofía de Harvard (Massachusetts), y contribuyó con numerosas obras a los debates en torno a la filosofía de la mente; Ha sido además un permanente animador del pragmatismo y estudioso agudo de Charles Sanders Peirce, William James y John Dewey.

de Habermas, quien tiene la pretensión de responder desde una postura filosófico-teórica, a dos cuestiones fundamentales que se señalan a saber:

“Por una parte se trata de la cuestión ontológica del naturalismo: cómo puede compatibilizarse la normatividad –inevitable desde el punto de vista del participante– de un mundo de la vida estructurado lingüísticamente y en el que nosotros, en tanto que sujetos capaces de lenguaje y acción, nos encontramos “siempre ya” con la contingencia de un desarrollo natural e histórico de las formas socioculturales de vida. *Por otra parte se trata de la cuestión epistemológica del realismo: cómo tiene que conciliarse el supuesto de un mundo independiente de nuestras descripciones e idéntico para todos los observadores con la idea -que hemos aprendido de la filosofía del lenguaje- de que tenemos vedado un acceso directo -y mediado lingüísticamente- a la realidad “desnuda”*”<sup>13</sup>.

En lo concerniente a la pregunta ontológica del naturalismo y lo epistemológico del realismo, que aquí nos interesa relevar para la teoría del derecho contemporáneo, Habermas señala que se ocupará de resolverlas desde la pragmática formal del lenguaje que ha desarrollado hasta el presente, en tanto, procura dar cuenta del trasfondo existente del giro pragmatista en la teoría del conocimiento. En principio, Habermas quiere mostrar cómo el “giro pragmatista” ha transformado la “problemática trascendental de Kant”; en lo sucesivo tratará de mostrar, cómo esta transformación afecta las condiciones ideales del conocimiento posible, en referencia a la arquitectónica de la teoría entre el mundo y lo intramundano. Al acercarnos a este problema, el que es preciso esclarecer, en cuanto de él dependerá el asegurar un conocimiento que se pueda predicar al margen del tiempo y en nuestro caso para la teoría del derecho.

#### **4. LA PROBLEMÁTICA TRASCENDENTAL DESPUÉS DEL PRAGMATISMO**

Es un hecho reiterado el considerar que la problemática trascendental “no tiene que ver tanto con los objetos, sino con nuestro modo de conocimiento de los objetos, en la medida en que éste debe ser posible a priori”<sup>14</sup>. Es decir, debemos entender lo anterior, como la posibilidad reconstructiva de las condiciones de carácter universal y necesario bajo las cuales un objeto -en nuestro caso el derecho- puede ser constituido como experiencia y

---

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 10. La cursiva es mía. Me interesa relevar el mundo posible de la realidad como construcción teórica, mediada lingüísticamente de modo pragmático y presentar para la comprensión de la realidad jurídica los contextos de acción espacio-temporales de carácter socio-cultural e históricos en los que habita el quehacer de las prácticas jurídicas en contextos concretos.

<sup>14</sup> Ibídem, p. 20.

conocimiento de un sujeto<sup>15</sup>. Ahora bien, luego del avance del pragmatismo y de las críticas por éste realizadas a las categorías kantianas, no se trataría ahora de ver las condiciones de posibilidad del conocimiento y de la experiencia posible, fundadas en la autorreflexión de una subjetividad situada más allá del tiempo y el espacio, sino de entender, cómo las prácticas encarnadas en un mundo mediado lingüísticamente, son orientadoras de las prácticas y resultados esperados de modo racional.

El mundo del derecho estaría constituido así, en nuestras prácticas jurídicas y judiciales mediadas de modo lingüístico. Con esto se quiere señalar que el objeto del conocimiento no son las experiencias posibles de un sujeto que produce juicios a través de un análisis trascendental allende del tiempo. Este análisis trascendental, pretende señalar los rasgos más profundos o invariantes que se repiten en la multiplicidad histórica de las formas de vida que se han perfilado social y culturalmente. Ello permite mantener los planteamientos trascendentales al modo de Kant, produciendo la posibilidad de una investigación que sin abandonar dicha comprensión, amplíe al mismo tiempo el horizonte cognitivo de las experiencias posibles de un sujeto, pero incorporando una comprensión pragmática de la realidad guiada por contextos normativos construidos intersubjetivamente en realidades socioculturales concretas.

Bajo la perspectiva del pragmatismo, la experiencia y el conocimiento han de entenderse como un producto de las prácticas sociales o interculturales y de los procesos de aprendizaje compartido que se dan, o tienen lugar en el mundo de la vida a dos niveles que se corresponden metodológicamente y se distinguen en posturas comprensivas y de observación. Así, la experiencia es analizada desde la perspectiva de un actor que participa en el mundo de la vida en plexos de acción o contextos intramundanos<sup>16</sup>, que permiten la verificación que representan las acciones guiadas por la experiencia. No se trata entonces, de una experiencia obtenida por un proceso subjetivo del sujeto cognoscente, con fundamento en la facultad de la sensibilidad que pretendía tener un acceso directo o inmediato a un mundo que le era dado a priori<sup>17</sup>, tal y como lo pensaba Kant. Así, puede decirse, que a partir del giro lingüístico, un acceso a la realidad nos es vedada, en tanto, no es posible acceder a una realidad que ya no este mediada lingüísticamente, y por lo tanto, es interpretación o hermenéutica de sentido.

---

<sup>15</sup> KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura*. México: Porrúa, S.A. 1987. *Analítica Trascendental*, pp. 64-104.

<sup>16</sup> Entiéndase por contextos intramundanos, contextos intersubjetivos mediados lingüísticamente en el mundo de la vida, realizados por las prácticas y las experiencias en plexos de acción social, cultural, política, jurídica, ética y moral, etc., en la que los sujetos portadores de lenguaje actúan en el mundo mediándolo lingüística e intersubjetivamente como actores y no como meros observadores de un mundo que está ahí de modo a priori.

<sup>17</sup> KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura*. México: Porrúa, S.A. 1987. *Analítica Trascendental*, pp. 64-104.

Ahora bien, esta imposibilidad de tener un acceso directo, por medio de la sensibilidad del sujeto cognoscente que se dirigía a un mundo que le era dado, nos remite entonces a pensar que la sensibilidad de acceso al mundo ha de ser diferente, como consecuencia de la mediación lingüística, que ha de cambiar las bases de toda experiencia posible, como consecuencia del conocimiento que ha de ser adquirido. Desde la concepción pragmática, el conocimiento se produce *“a partir del procesamiento inteligente de los desengaños y fracasos experimentados realizativamente”*<sup>18</sup>. Así, una teoría del conocimiento deberá en consecuencia explicar el proceso de aprendizaje que se constituye en problemática, con base en las expectativas que arrastra toda acción en términos realizables. En este punto, las prácticas que se producen en un mundo mediado lingüísticamente, o que han tejido una forma de vida, adquieren un estatuto epistémico de riqueza incomparable, en tanto todo aspecto del mundo de la vida está expuesto a la problematización y prácticas distintas que contribuyen a la solución de problemas. A propósito, Habermas precisa lo siguiente:

“La dimensión epistémica penetra todos los ámbitos no epistémicos de la acción, de tal manera que la problemática trascendental debe extenderse y abarcar las estructuras que sostienen el mundo de la vida”<sup>19</sup>.

El mundo de la vida, según la concepción pragmática de Habermas, es concebido y mediado lingüísticamente; este mundo encarna distintos tipos de acción que son guiados por reglas sociales y no sociales. Estas reglas, constitutivas de prácticas comunes, regulan las relaciones entre los actores o sujetos capaces de lenguaje y acción.

“Esta relación óntica de las prácticas cotidianas, con este sustrato material que las sostiene, es sin duda distinta de la relación semántica que el hablante establece, a través de un enunciado, con algo en el mundo objetivo”<sup>20</sup>.

Los actos realizados en el mundo de la vida son guiados por reglas; así, nuestras intervenciones aún siendo instrumentales, o que tienen la pretensión de influir estratégicamente, pueden fracasar, en tanto puede ocurrir que no dominamos correctamente la regla, o la utilizamos incorrectamente. El fracaso se constituye en el aspecto más significativo, en tanto, todo error constructivo delata significativamente una carencia de conocimiento empírico fiable, *“y ello es así por cuanto en la normatividad de las reglas que guían la acción instrumenta-controlada por el éxito se refleja la validez de nuestro saber respecto a algo en el mundo objetivo”*<sup>21</sup>. Podemos aprender del mundo de la vida, en

---

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P.22.

<sup>19</sup> Ibídem. P. 23.

<sup>20</sup> Ibídem. P. 24.

<sup>21</sup> Ibídem, p.25.

proporción a las resistencias que experimentamos de modo realizativo. Es preciso pensar que la realidad nos opone resistencias, y en la medida que exponemos discursivamente estas oposiciones, aprendemos. Puede decirse entonces, que aprendemos de las pretensiones de validez de otros participantes en el discurso.

“El “salto” desde la acción al discurso, significa que los recursos que ofrece el mundo de la vida pueden movilizarse, en toda su amplitud, para el procesamiento cognitivo de los problemas que se plantean en el trato práctico con el mundo”<sup>22</sup>.

En la apreciación epistemológica a partir de Habermas, se puede precisar cómo los sujetos implicados en sus prácticas, han de referirse desde sus contextos u horizontes de vida a algo del mundo objetivo. En el mundo del “*Derecho*”, por ejemplo, éste se nos presenta como algo mediado, de una parte, lingüísticamente, y de otra, como existencia normativa mediante reglas que guían nuestras acciones y tienen la pretensión de validez en nuestro saber, como algo existente en el mundo de la vida de modo objetivo, es decir:

“El cual, ya sea en un contexto de comunicación o de intervención, presupone como un mundo existente de modo independiente e idéntico para todos ellos. Esta presuposición pone de manifiesto la facticidad de los desafíos y las contingencias que provocan y, al mismo tiempo, limitan las rutinas del pensamiento y de la acción”<sup>23</sup>.

Se puede deducir que esta arquitectura del “*mundo de la vida y mundo objetivo*”, está mediada por un dualismo metódico como se señaló, entre lo comprensivo del mundo (el comprender) y lo observable del mundo (el observar). Este punto específico, Kant lo aclaro teóricamente, estableciendo para ello la distinción clásica entre conocimiento trascendental y conocimiento empírico.

“Mientras que, como observadores, nos referimos “desde fuera” – por decirlo así – a un objeto en el mundo, las prácticas guiadas por reglas propias del mundo de la vida sólo se abren a la comprensión hermenéutica de un participante que ha adoptado una actitud realizativa. El saber intuitivo de cómo se sigue una regla y de qué significa vulnerar una regla posee un carácter normativo; un carácter normativo del que no puede dar cuenta una observación limitada a regularidades empíricas”<sup>24</sup>.

Así, se presenta un doble problema, en tanto se plantea un posible peligro en la objetividad del conocimiento y la confusión entre el mundo y lo intramundano (intersubjetividad). Aquí, hay que tener en cuenta los argumentos de Putnam, en el sentido, que la búsqueda de objetividad en el conocimiento, exige revisar nuestros presupuestos cognitivos, como forma de acceder al conocimiento. Esta idea se construye mediante la

---

<sup>22</sup> Ibídem, p. 25.

<sup>23</sup> Ibídem, p. 26.

<sup>24</sup> Ibídem. P. 26.

apuesta de destrascendentalizar a Kant y pragmatizarlo, sin perder la dualidad epistémica prevista por él, y ahora en Habermas, vistas como el comprender y el observar:

“...En Razón, Verdad e Historia, he utilizado el término “argumento trascendental” exactamente en este sentido, un sentido que no está, como se podría pensar, en contraste con mi posición falibilista y antifundacionalista. En ese libro me he servido de un argumento de ese tipo para afirmar la existencia de una noción no relativista de la verdad, pero con eso no intento desarrollar otra cosa que una investigación sobre nuestras presuposiciones. Ciertamente, Kant consideraba tales investigaciones como una fuente de conocimientos a priori; un tipo de conocimiento según el cual ciertas cosas (verdad sintética a priori en la primera *Crítica*, verdad a priori de la razón práctica en la segunda, hasta ideales a priori relativos al sentimiento en la tercera) son necesariamente verídicas. No obstante, creo que Kant estaba desorientado, aunque de manera incomprensible, al sostener que la filosofía puede llegar a conclusiones a priori, a conclusiones inmutables e infalibles. Pero echaríamos por la borda lo que es cierto en Kant junto con lo que es erróneo si descartáramos la idea según la cual, en filosofía, se hacen necesarias indagaciones sobre nuestras presuposiciones. Mi crítica hacia el relativismo se basa en que en un atento examen indica que una posición de este tipo no existe en realidad”<sup>25</sup>.

Desde Kant y para el caso, pasando por Putnam y Habermas, se puede advertir la necesidad de mantener un concepto de lo trascendental, pero entendido en términos pragmáticos, es decir, que por una parte, se supere todo tipo de relativismos sobre la veracidad de las proposiciones que versan sobre la realidad, y por otra, entender que toda proposición sobre la realidad es fundada desde lo lingüístico, como acceso mediado o interpretación del mundo de la vida en la que los participantes actúan intersubjetivamente. De este modo se hace necesario ganar en objetividad para el conocimiento.

## 5. REALISMO SIN REPRESENTACIONISMO

Luego de cerciorarnos de los pasos precedentes, producidos por la serie de explicaciones en términos de filosofía trascendental, podemos decir que el pragmatismo de corte kantiano, se constituye en la respuesta más convincente, en tanto, podemos dar cuenta del paso de la filosofía de la conciencia a la filosofía del lenguaje. A propósito dirá Habermas:

“Pero cuando el pragmatismo trascendental se une a un naturalismo débil -con lo que esto significa de primado genético de la naturaleza ante la cultura- se hace obligada una concepción epistemológica realista. Únicamente la presuposición realista de un mundo objetivo accesible intersubjetivamente puede hacer compatible la prioridad *epistémica* del horizonte del mundo de la vida -articulado lingüísticamente y que no podemos traspasar- con la prioridad *ontológica* de una realidad independiente del lenguaje que impone limitaciones a nuestras prácticas”<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo – Un Debate Abierto*. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 112-113.

<sup>26</sup> *Ibíd.* PP. 40-41.

A este nivel de argumentación, Habermas nos recuerda que si se llegase a tomar la decisión de pensar el mundo como algo constituido por objetos o bien por proposiciones, tendría graves consecuencias para la ontología, la teoría del conocimiento y los correspondientes conceptos de la verdad. Aquí se hace necesario hacer algunas consideraciones, en tanto las prácticas de las conductas guiadas por reglas, sobre las cuales nos es posible entendernos, arrastra una confiada familiaridad con las generalidades existentes en un mundo de la vida, que se haya estructurado normativamente mediante reglas.

Por esto, la participación en dichas prácticas da lugar a una consideración de realismo conceptual, del que debe precaverse de creer que el mundo se halle articulado proposicionalmente, porque caería en la sospecha de la crítica metafísica de estar traspasando las fronteras de aquello que está ya mediado y sólo es capturado mediante el análisis lingüístico de acceso al mundo, es de por sí interpretación o hermenéutica fundada en el trato mismo y de modo pragmático del mundo visto intersubjetivamente.

Entre una suposición realista de un mundo estructurado proposicionalmente, y un nominalismo que concibe el mundo como la totalidad de los objetos individualizados espacio-temporalmente, respecto a los cuales podemos enunciar hechos, se refleja la distinción metódica entre, el acceso hermenéutico del participante a un mundo de la vida intersubjetivamente compartido, en primera instancia, y por otra parte, la actitud objetivante que adopta el observador cuando a medida que interactúa con lo que le sale al encuentro en el mundo lo somete a hipótesis de prueba. Con esto queremos decir, que el realismo gramatical y el realismo conceptual están constituidos a la medida de un mundo de la vida en cuyas prácticas participamos y de un horizonte del cual no podemos salir. Al respecto Habermas precisará:

“El concepto de “*referencia*” debe explicar la forma en la que hay que armonizar la prioridad ontológica de un mundo objetivo concebido nominalísticamente *con la prioridad epistémica del mundo de la vida articulado lingüísticamente*. Para poder entender el fáctum trascendental del aprendizaje en un sentido realista, la prioridad epistémica no debe absorber la prioridad ontológica”<sup>27</sup>.

Aparece aquí un nuevo enfoque que posibilita aproximarnos a una comprensión del sentido y significado del *realismo ontológico* y del *realismo epistémico* concebido, en términos, de la pragmática lingüística a saber:

“La práctica lingüística debe posibilitar por una parte la referencia a aquellos objetos independientes del lenguaje sobre los cuales enunciamos algo. Por otra parte, la suposición pragmática de un mundo objetivo sólo puede ser una *anticipación*

---

<sup>27</sup> *Ibidem*. P. 43. La cursiva es mía.

*conceptual de carácter formal*, a fin de poder asegurar a distintos sujetos -y no solamente a un círculo determinado de hablantes pertenecientes a la misma comunidad espacio-temporal- un sistema común de referencias posibles a unos objetos que existen independientemente de nosotros y que son identificables en términos de espacio y tiempo”<sup>28</sup>.

Como se ha expuesto, la comunicación lingüística y cualquier actividad de carácter finalista (teleológico), se entrelazan en la suposición de un mismo concepto formal de mundo, el mundo objetivo sobre el que los hablantes se entienden en horizontes de comprensión sobre el mundo de la vida y en el que los actores intervienen, es el mismo mundo para todos. Así, en esta búsqueda de objetividad y realidad del mundo, que es el mismo para todos y del que ha recibido críticas Habermas, que considero faltan a la objetividad ganada al pragmatizar el mundo de la experiencia de los actores y observadores, que en procesos prácticos y en horizontes de comprensión sobre el mundo de la vida y de modo racional se pueden entender; y como lo advierte Putnam, se esclarecen los puntos de referencia que deben ser los mismos en el tiempo y el espacio para todos. A continuación se presenta un contra argumento a la visión de Habermas y Putnam, que en principio colocaría en riesgo la construcción en esta investigación de una “*teoría pragmática del derecho*”.

“Aunque HABERMAS puede indicar que las pretensiones de verdad, vistas de un modo pragmático, siempre son tratadas dialogalmente y *en tanto* no dejan el campo del lenguaje. Pero dialogar al mismo tiempo es hablar *sobre algo* y en esa medida existe una referencia previa al lenguaje, a la que puede acudir para la definición del concepto de la verdad. HABERMAS entre tanto ha modificado su posición y en nuevos trabajos ha reconocido expresamente la referencia fáctica, el “*aguijón realista*”, en el concepto de la verdad. Según él, el concepto discursivo de la verdad debería ser modificado para poder hacerle justicia a las connotaciones ontológicas que nosotros ligamos a la “*percepción de los hechos*”. Es un hecho que aserciones con capacidad de certeza pueden fracasar frente a la resistencia del mundo objetivo, y es tan sólo una concesión verbal de HABERMAS a su concepción anterior, cuando no menciona al mundo objetivo, sino que habla del “*mundo objetivo reconocido como idéntico por todos los participantes*”. Si durante el intento de parqueo nosotros nos metemos en un espacio demasiado estrecho, lo hacemos entre los automóviles allí dispuestos, no entre los reconocidos comunitariamente como otros vehículos”<sup>29</sup>.

Este contra argumento de Ulfried Neumann contra Habermas, en el criterio de esta investigación no es afortunado, porque Neumann desconoce que la realidad no es posible de ser pensada como se ha expuesto en su desnudez, sino que la realidad misma sólo es posible en su mediación lingüística, fundada en reglas que son las mismas para todos en procesos de intersubjetividad, que exigirá siempre que en el parqueo de un automóvil que se realice en

---

<sup>28</sup> *Ibíd.* P. 44.

<sup>29</sup> NEUMANN, ULFRIED. La Pretensión de Verdad en el Derecho. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2006, pp. 23-24. El subrayado es mío.

cualquier tiempo y espacio y en un mundo posible, “*se hará con el uso de las mismas reglas de modo pragmático*”. Es decir, no es posible al parecer, la existencia de objetos que no comporten un sistema común de referencias posibles (reglas de comprensión común), aunque existan independientemente de nosotros, deben ser identificados en términos de tiempo y espacio de modo pragmático lingüístico e idéntico para todos de modo intersubjetivo.

Así, los actores y observadores, están en contacto permanente con los objetos en la práctica cotidiana mediada por reglas. Por esto, puede decirse que las referencias semánticas que los participantes en la comunicación establecen a través de enunciados, están ya enraizados en las prácticas y están por supuesto, garantizadas en términos realizativos e incluso aunque las proposiciones semánticas se vuelvan problemáticas. En síntesis, queda superado a través del realismo, toda presuposición a una filosofía de la conciencia y se garantiza, el nivel ontológico de una realidad que se presenta ya mediada lingüísticamente, y en la que se asegura el dualismo metodológico del comprender por parte de los participantes en la comunicación y el observar por parte del observador. En esta medida se da respuesta a la problemática presentada por el realismo después del giro lingüístico pragmático y se le responde a Neumann, en el sentido, que el recurso que él pide, de ir a los objetos mismos de la *realidad*, es puro representacionismo y desconoce así el giro lingüístico pragmático ganado ya.

Ahora bien, al asegurar por una parte un mundo realista ontológico con prioridad epistémica, aseguramos así una *actitud interna pragmática intersubjetiva*, sobre la cual se ha ganado con la mediación lingüística la accesibilidad al mundo, en contextos de apertura significativa como *participantes o actores* de un mundo mediado por reglas, de las que podemos dar cuenta comprensivamente de modo realizativo, en contextos de cotidianidad compartidos a través de la praxis sociocultural, histórica, jurídica, ética y política; y de otra parte, *el mundo es apertura desde una perspectiva externa* como *observadores* y del que podemos entendernos proposicionalmente en el mundo de los objetos, que son independientes del lenguaje, pero los podemos enunciar lingüísticamente de modo pragmático e intersubjetivo, en tanto permanecemos en contacto con este mundo en nuestras prácticas cotidianas, en un sistema común de referencias posibles a unos objetos que existen independientemente de nosotros y que son identificables en términos de espacio y tiempo.

Al arribar a este punto de pensar en un realismo sin representación y mediado lingüísticamente, podemos acceder a una línea de interpretación que desde Hilary Putnam

puede ser revisada a partir de su “*realismo pragmático*”, y vincularlo con la pragmática del lenguaje de Habermas, en los siguientes términos:

“...Putnam parte también de la idea de que las distancias entre los distintos paradigmas o marcos teóricos pueden salvarse mediante una suposición pragmática común. La suposición de un mundo de objetos que existen con independencia de sus descripciones y que se hayan relacionados según determinadas leyes, juega el papel de un a priori sintético para la práctica inductiva de la investigación científica y para toda elaboración de teoría que proceda en términos experimentales. Bajo esta premisa puede ponerse en marcha una interacción circular pero, a su vez, ampliadora del saber; una interacción entre, por un lado, conceptos teóricos fundamentales *abridores* de mundo y, por otro, procesos de aprendizaje dentro de un mundo ya preinterpretado”<sup>30</sup>.

En este contexto, también es oportuno precisar que desde una concepción pragmática de corte kantiano y como lo hemos ya analizado desde Putnam y Habermas, es claro que nuestra capacidad de acceso al conocimiento no puede realizarse con independencia de nuestra capacidad lingüística y con nuestra capacidad de acción. Al respecto, podemos observar que,

“...como sujetos cognoscentes nos encontramos siempre ya en el horizonte de nuestras prácticas cotidianas en el mundo de la vida. Lenguaje y realidad están mutuamente entreverados de un modo para nosotros insoluble. Toda experiencia está impregnada de lenguaje, de modo que resulta imposible un acceso a la realidad que no esté filtrado lingüísticamente. La comprensión de este hecho constituye un motivo muy fuerte para atribuir a las condiciones intersubjetivas de la interpretación y el entendimiento lingüístico el papel trascendental que Kant había reservado para las condiciones subjetivas necesarias de la experiencia objetiva. En lugar de la subjetividad trascendental de la conciencia aparece la intersubjetividad detranscendentalizada del mundo de la vida”<sup>31</sup>.

Con la incorporación de estas precisiones en la presente investigación, se ha propuesto como línea de argumentación, sostener que el pragmatismo se constituye en una vía de exploración, para la construcción de una interpretación jurídica que pueda resolver los dilemas suscitados desde finales del siglo XX y la respuesta a una teoría del derecho que se ha mutado y en la que el positivismo jurídico, el realismo clásico y el iusnaturalismo, pueden ser consideradas en sí mismas, como teorías insuficientes para resolver de modo satisfactorio la complejidad de un mundo de la vida mediado lingüísticamente, y en la que los sujetos de acción y lenguaje no ven satisfechas sus expectativas de justicia y adjudicabilidad del derecho. La sociedad actual, reclama la satisfacción de contenidos ontológicos vistos desde la maximización de la visión antropológica de la dignidad humana, como principio básico de sostenibilidad de los regímenes jurídico y políticos de las democracias participativas, en las

---

<sup>30</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2002, p. 45.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 40.

que los sujetos reclaman espacios de acción y participación política que configuren condiciones de vida digna.

Así, el pragmatismo se constituye en un vía que puede resolver de modo teórico y práctico los dilemas suscitados entre el formalismo jurídico, el realismo y el iusnaturalismo, en tanto podemos resolver de modo pragmático las diferencias teóricas que se suscitan entre tales concepciones del derecho moderno. Ahora bien, si presuponemos que el derecho como objeto de investigación existe con independencia de las descripciones que ya se han realizado de él, y lo asumimos como referencia, tal como lo entiende Putnam, y “*en tanto es el mismo objeto*”, (el derecho), debe hallarse relacionado según leyes, que han de jugar el papel de un a priori sintético.

Esto conduce a pensar, que en toda práctica de investigación que realicemos del derecho en el tiempo y el espacio, y del que podamos entendernos a pesar de las diferencias teóricas, es plausible enfatizar que desde el pragmatismo es posible construir una interpretación jurídica, si asumimos de modo resolutivo las diferencias de método en su análisis como se ha determinado.

## **BIBLIOGRAFIA:**

APEL, Kart-Otto. *Estudios Éticos*. Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, S.A. 2004.

APEL, Kart-Otto. *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*. Barcelona: Ediciones Paidós / I.C.E.-U.A.B. 1998.

BERGER, Peter. L. y LUCKMANN, Thomas. *La Construcción Social de la Realidad*. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu Editores. 2006.

DWORKIN, Ronald. M. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 1988.

DWORKIN, Ronald. M. HART, Herbert. *La Decisión Judicial*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores. 2005.

DWORKIN, Ronald. M. *La Filosofía del Derecho*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1980.

DWORKIN, Ronald. M. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 1989. Traducción de Marta Guastavino.

DWORKIN, Ronald. M. *La Justicia con Toga*. Madrid: Marcial Pons-. 2007. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.

GARZÓN, Ernesto. y LAPORTA, Francisco. Editores. *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Aclaración a la Ética del Discurso*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000.

HABERMAS, Jürgen. *El Occidente Escindido*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Fragmentos Filosófico-Teológicos*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Tiempo de Transiciones*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002.

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1998.

KANT, Immanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 1999.

KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Barcelona: Ediciones Altaya, S.A. 1993.

KANT, Manuel. *Critica de la Razón Pura*. México: Editorial Porrúa, S.A. 1987.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria Eudeba. 2008.

KELSEN, Hans. *¿Qué es la Justicia?* México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A. 2001.  
KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho.* México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A. 1999.

KENNEDY, Duncan. *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial.* Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores. 1999.

NEUMANN, Ulfried. *La Pretensión de Verdad en el Derecho.* Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2006.

PERÉZ LLEDO, Juan A. *El Movimiento Critical Legal Studies.* Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1996.

PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen. *Normas y Valores.* Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2008.

PUTNAM, Hilary. *El Desplome de la Dicotomía Hecho–Valor y otros ensayos.* Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2004.

PUTNAM, Hilary. *Representación y Realidad.* Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 2000.

PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo – Un Debate Abierto.* Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 1999.

PUTNAM, Hilary. *La Herencia del Pragmatismo.* Buenos Aires: Editorial Paidós Ibérica, S.A. 1997.

PUTNAM, Hilary. *Razón, Verdad e Historia.* Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.). 2006.

PUTNAM, Hilary. *Las Mil Caras del Realismo.* Buenos Aires: Editorial Paidós Ibérica, S.A. 1994.

RAWLS, John. *La Justicia como Equidad.* Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2002.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia.* México: Fondo de Cultura Económica. 1997.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria Eudeba. Traducción de Genaro R. Carrió. 2006.

ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, S.A. 2001.

TWINING, William. *Derecho y Globalización*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores. 2003.

## ELEMENTOS COMPRENSIVOS LINGÜÍSTICOS DE UMA TEORIA PRAGMÁTICA DO DIREITO<sup>1</sup>

*Rubén Alberto Duarte Cuadros<sup>2</sup>*

**RESUMO:** A presente conferência tem como propósito delimitar os elementos para a construção de uma teoria pragmática do direito, assinalando os avanços epistemológicos com recursos linguísticos considerados desde o pensamento kantiano, passando por Habermas e Putnan para o estudo do direito enquanto realidade mediada em relações pragmáticas; e constituída esta realidade das proposições jurídicas de modo intersubjetivo em processos linguísticos racionais, que, a princípio, são possíveis apenas de serem esclarecidos no mundo, através de recursos hermenêuticos da realidade prática que nos constitui como sujeitos de ação e linguagem.

**Palavras-chave:** Teoria, Pragmática, Linguística, Direito, Linguagem, Razão, Ação, Proposição Jurídica, Realidade Jurídica, Sujeito, Mundo e Intersubjetividade.

## ELEMENTOS COMPRENSIVOS LINGÜÍSTICOS DE UNA TEORÍA PRAGMÁTICA DEL DERECHO

**RESUMEN:** La presente conferencia que presento en la Universidad del Brasil, tiene como propósito soslayar los elementos para la construcción de una teoría pragmática del derecho, señalando los avances epistemológicos con recursos lingüísticos tomados desde el pensamiento kantiano, pasando por Habermas y Putnam para el estudio del derecho como realidad mediada en relaciones pragmáticas; y constituída esta realidad de las proposiciones jurídicas de modo intersubjetivo en procesos racionales lingüísticos, que al parecer sólo son posibles de ser esclarecidos en el mundo, con recursos hermenéuticos de la realidad práctica que nos constituyen como sujetos de acción y lenguaje.

**Palabras Claves:**

Teoría, Pragmática, Lingüística, Derecho, Lenguaje, Razón, Acción, Proposición Jurídica, Realidad Jurídica, Sujeto, Mundo e Intersubjetividad.

### 1. HIPÓTESES

Quero assumir hipoteticamente só existem dois caminhos possíveis para configurar uma teoria jurídica: o primeiro, que nos conduz a nos instalar na tradição do positivismo, do

---

<sup>1</sup> Tradução por Ramon Mapa da Silva e José Carlos Henriques.

<sup>2</sup> Filósofo da Universidade Nacional de Colômbia, Advogado Especializado em Direito Penal e Criminologia pela Universidad Libre, Mestre em Filosofia da Pontifícia Universidad Javeriana, Candidato a Doutor em Direito da Universidad Externado de Colombia. Decano da Faculdade de Filosofia e Diretor do Mestrado e Especialização em Filosofia do Direito e Teoria Jurídica, da Universidad Libre. Professor e Pesquisador Universitário.

formalismo e/ou da dogmática jurídica, cuja contribuição mais plausível se fundamenta na ideia de que o direito é produto do Estado, e é nele que a interpretação do sistema se fixa de forma imanente, isto é, a partir da existência positiva de um corpus legislado como expressão da manifestação da vontade do poder legislativo; um segundo caminho, nos conduz a um projeto de “*desconstrução reconstitutiva*” do direito, que se fundaria em análises externas e prévias de configuração jurídica, ou seja, em uma analítica que assinalaria que o direito não é exclusivamente o corpus legislado, senão que a expressão de categorias de outra índole, que passam por aspectos básicos de compreensão epistemológica, sustentados em juízos e “*conceitos fundamentais de verdade e objetividade, realidade e referência, validade e racionalidade*”<sup>3</sup>. Habermas já havia previsto esta preocupação, ao destacar que o direito incorpora elementos sociais, políticos e históricos, culturais e éticos, que produzem um *plus* que supera o sistema positivo de conteúdo legal e que são possíveis de existir de um modo linguístico-pragmático.

## 2. INTRODUÇÃO

Assumindo hipoteticamente esta apresentação do problema, não o devemos considerar como um projeto de reducionismo epistemológico; ao contrário, pretendemos aproximar instâncias de reflexão sobre o que é o direito, ou seja, pensar que no primeiro caminho a seguir, se encontrariam os teóricos que configuram uma teoria homogênea ou padrão do direito de recorte positivista. No segundo caminho, estariam localizados os teóricos do direito que possuem uma visão crítica ou heterodoxa, configurada por distintas posturas intelectuais, preocupados por refletir sobre problemas, como a realidade em que habitariam as proposições jurídicas, a relevância da realidade sociocultural e os fundamentos éticos e morais em que o sistema de normas deve comportar.

Poderia se pensar que a adoção destas duas vias é simplificadora, mas, ao contrário, ocorrem permanentes encontros e desencontros entre “*ortodoxos e heterodoxos*” do direito, provenientes de vertentes distintas como o realismo jurídico norte-americano, o neomarxismo de vertente frankfurtiana, o pós-estruturalismo, o pluralismo jurídico, o multiculturalismo, as teorias de gênero e as raciais, a psicanálise, o pragmatismo, o existencialismo. Propõe-se a adoção de um modelo epistemológico compreensivo, que permita demarcar as diferenças acerca da realidade do direito, com a adoção do modelo habermasiano, que, através do “*uso*

---

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p.9.

*pragmático universal da linguagem*”, tenda para a construção da realidade em que habitariam as proposições jurídicas. A esse respeito podemos destacar:

A realidade com que confrontamos nossas orações não é uma realidade “*nua*”, uma vez que ela mesma está sempre impregnada linguisticamente. A experiência com que controlamos nossas suposições está estruturada de forma linguística e incrustada em contextos de ação. Tão logo refletimos sobre a perda de alguma certeza ingenuamente assumida, já não podemos encontrar nenhuma classe de enunciados básicos que se legitimem “*por si mesmos*”, isto é, nenhum “*princípio*” indubitável para além da linguagem, nenhuma experiência evidente para aquém das razões. O conceito semântico-dedutivo de fundamentação resulta curto; as cadeias de fundamentação retornam aos contextos dos quais haviam partido. A verdade de um enunciado parece que só pode ser garantida por sua coerência com outros enunciados já aceitos.<sup>4</sup>

Os processos de mutação na compreensão do direito chegaram a tal ponto, que não se pode reduzir a uma única visão possível, mas, ao contrário, exige-se um processo de fundamentação que buscaria “*reescrever e refundar*” múltiplas visões em que habitam os enunciados jurídicos<sup>5</sup>, e em que sua verdade ou correção, parecem que só pode ser garantidas por sua coerência com outros enunciados aceitos, seja pelas tradições jurídicas de raiz na Europa continental ou na tradição angloamericana, que hoje, ainda que de modo inconsciente para muitos, se encontra *reescrita* e merece ser *refundada*, isto é, deve-se circunscrevê-la para novos modos de esclarecimento da compreensão jurídica.

Para o desenvolvimento desta iniciativa de esclarecimento e compreensão jurídica, privilegiou-se o modelo epistêmico da “*pragmática formal ou universal de Habermas*”<sup>6</sup>, conquanto ela permite delimitar rupturas paradigmáticas dos enunciados jurídicos, que não se esgotam na lei, senão que amplia seu espectro de configuração compreensiva nas criações culturais e contextuais, que ocorrem no mundo da vida. Habermas amplia de maneira epistêmica esta postura, assumida tempos atrás pelo *pragmatismo*, através da incorporação de

---

<sup>4</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p.47.

<sup>5</sup> Sobre as distintas visões em que habitariam os enunciados jurídicos que presumivelmente pretendem ser aceitos como verdadeiros e/ou válidos, apresento o seguinte argumento que amplia nosso horizonte compreensivo sobre o que pode ser o direito desde a mediação linguística de suas proposições “os pragmáticos teriam razão em opinar que não existe uma relação única entre todas as proposições verdadeiras e a realidade, e que as proposições verdadeiras estão conectadas à realidade em uma incrível multiplicidade de formas diferentes, já que continuamente estamos criando novos tipos de linguagem. Este era o ponto de vista de Wittgenstein, e constitui a expressão de um pragmático genuíno. Ver PUTNAM, Hilary. El Pragmatismo – Um Debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999, p. 42, Nota 26.

<sup>6</sup> A *pragmática formal* recebe em Habermas o nome de pragmática universal, e na filosofia de Apel o de pragmática transcendental, não sem razão. Habermas se recusa a utilizar nesse título o adjetivo “transcendental” por temor a que os resultados das ciências sejam a tal ponto formalmente diversos dos da filosofia que resulte impossível uma colaboração entre ambos os saberes, de sorte que chega a afirmar em ocasiões o caráter falível dos enunciados de sua pragmática, no sentido de que são hipóteses comprováveis, aparentemente de forma empírica. Apel, por sua vez, destacará com sua pragmática transcendental a diferença de *método, do tipo de enunciados* e de modo de *comprovação* entre a filosofia e as ciências que, precisamente por serem diferentes podem colaborar, coisa que não ocorreria se fossem idênticas. Ver: APEL, Kart-Otto. Teoría de la Verdad y Ética del Discurso. Introducción de Adela Cortina. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A. 1998, pp. 11-12.

recursos linguísticos no sentido de: “nenhum *princípio* indubitável além da linguagem, nenhuma experiência evidente aquém das razões”<sup>7</sup>. Neste ponto podemos vislumbrar um encontro com Habermas com a tese do *pragmatismo*, demarcada desde Hilary Putnam, como se destaca na citação anterior.

Encontramo-nos ante a possibilidade de oferecer, a partir de Habermas e Putnam, uma saída capaz de solucionar os dilemas suscitados entre o que temos definido como concepções *ortodoxas e heterodoxas do direito*, que possa resolver as contradições produzidas entre o positivismo, o realismo e o jusnaturalismo, no sentido de ir perfilando uma compreensão “*pragmática do direito*”, definida em termos linguísticos, que presuma uma realidade fundada nas práticas dos sujeitos possuidores de linguagem e ação, que no mundo e em processos intersubjetivos fazem valer suas concepções de vida com pressupostos racionais.

### 3. HABERMAS E O PROBLEMA DO REALISMO DEPOIS DO GIRO LINGUÍSTICO PRAGMÁTICO<sup>8</sup>

O modelo expositivo privilegiado para sustentar a hipótese sugerida, está marcado no que podemos entender como os elementos epistemológicos, com base na obra “*Verdade e Justificação*” de Habermas, texto que o próprio Habermas definiu como uma revisão sobre questões de filosofia teórica que havia abandonado desde “*Conhecimento e Interesse*”. Manifesta ainda que seu trabalho sobre a pragmática da linguagem realizado desde a década dos anos 70, “*não se sustentaria sem os conceitos fundamentais de verdade e objetividade, realidade e referência, validade e racionalidade*”<sup>9</sup>. Com isso pretende assegurar uma hermenêutica interpretativa do desenvolvimento de seu escopo filosófico da pragmática formal ou universal da linguagem, que fundamenta sua teoria da ação comunicativa. Vejamos como o expõe Habermas:

Esta teoria se apoia sobre um conceito de entendimento (*Verstandigung*) com um alto conteúdo normativo, opera com pretensões de validade resolúvel discursivamente e com pressuposições pragmático-formais de “mundo” e remete à compreensão dos atos de fala às condições de sua aceitabilidade racional.<sup>10</sup>

Com o anterior, pretende-se demarcar um valor singular para a interpretação do direito contemporâneo, conquanto remeta de modo particular à hermenêutica de qualquer teoria

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 47.

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 9-62.

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 9.

<sup>10</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 9.

jurídica com pretensões de validade solucionáveis de modo discursivo e racional. Estes pressupostos pragmáticos da linguagem são possíveis somente de ser encontrados no mundo da vida em contextos de ação racionalmente normativos. Segundo Habermas, a pragmática formal contribuía inicialmente à formulação de uma teoria da ação comunicativa e, portanto, a uma teoria da racionalidade. Habermas não se detinha nesses aspectos desde os anos 70, e agora se propõe fazer uma formulação de filosofia teórica, mas nos lembra que nos conteúdos de sua teoria da ação comunicativa,

“Não se guiava nem pelo interesse da metafísica do ser do ente, nem pelo interesse da epistemologia pelo conhecimento de feitos e objetos, nem tão somente pelo interesse da semântica pela forma de afirmativas” Afirma, ademais que, “a importância que adquiriu o giro linguístico não tem para ele nenhuma relação com estas questões tradicionais da filosofia.”<sup>11</sup>

Em atenção ao anterior, Habermas, ao precisar o conteúdo de seu trabalho filosófico, destaca que a pragmática formal era o fundamento da construção de uma teoria social crítica, capaz de abrir o caminho para uma concepção de caráter moral, jurídico e político, concebida como uma teoria do discurso. A partir desta compreensão, pode-se dizer que dito trabalho orbitou o desenvolvimento da razão prática, da maneira que a entendia Kant.<sup>12</sup> A estratégia adotada por Habermas tinha sustentado certa parcialidade em seu desenrolar até agora, que pretende corrigir, através dos artigos recolhidos no livro “*Verdade e Justificação*”. Cabe assinalar que este texto é o produto de trabalhos reunidos entre os anos de 1996 e 1998, que permitiu ao autor levar em consideração pontos de vista do pragmatismo, como expôs Hilary Putnam<sup>13</sup>. Nesta ordem de ideias, o ponto de apoio se dá a partir de Habermas, que tem a pretensão de responder a partir de uma postura filosófico-teórica, a duas questões fundamentais, a saber:

---

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 9

<sup>12</sup> Há, apesar de tudo, outra faceta do pensamento de Kant, um aspecto que se conecta imediatamente com o pragmatismo, e que poderíamos chamar *a primazia da razão prática*. Dos estudos de Kant, surgem de forma notória que grande parte de seu trabalho tem uma direta inspiração política e inclusive uma aplicação política. Mesmo a noção central de “autolegislação” descrita por Kant em sua segunda *Crítica* e na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* estava, além de tudo, diretamente inspirada em Rousseau, e, na época de Kant, a ideia de uma sociedade regida por uma união livre de cidadãos autolegislantes era verdadeiramente revolucionária...Para Kant, a ideia da primazia da razão prática se estende inclusive até a própria filosofia. Sustenta que não se pode construir uma imagem moral tratando de provar, a priori, que existem juízos de valor verdadeiros. A célebre estratégia kantiana consiste, precisamente, em fazer o contrário (ainda que alguns filósofos atuais, como Bernard Williams, pareçam esquecer-se disso quando criticam Kant).” Ver. PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo – Un Debate Abierto*. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 64-65.

<sup>13</sup> “(...)Hilary Putnam nasceu em Chicago no ano de 1927. Ensinou lógica matemática na Faculdade de Filosofia de Harvard (Massachusetts), e contribuiu com numerosas obras aos debates em torno da filosofia da mente. Além disso tem sido um permanente animador do pragmatismo e estudioso agudo de Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey.

De uma parte se trata da questão ontológica do naturalismo: como podemos compatibilizar a normatividade – inevitável desde o ponto de vista do participante – de um mundo da vida estruturado linguisticamente e em que nós, como sujeitos capazes de linguagem e ação, nos encontramos “desde sempre” com a contingência de um desenvolvimento natural e histórico das formas socioculturais da vida. Por outra parte se trata da questão epistemológica do realismo: como conciliar o pressuposto de um mundo independente de nossas descrições e idêntico para todos os observadores com a ideia – que apreendemos da filosofia da linguagem – de que temos vedado um acesso direto – e mediado linguisticamente – à realidade “nua”.<sup>14</sup>

Concernente à pergunta ontológica do naturalismo epistemológico do realismo, que aqui nos interessa transportar para a teoria do direito contemporâneo, Habermas destaca que se ocupará de resolvê-las a partir da pragmática formal da linguagem que tem desenvolvido até o presente, para isso, procura lidar com o cenário existente do giro pragmático na teoria do conhecimento. A princípio, Habermas quer mostrar como “*o giro pragmático*” transformou a “*problemática transcendental de Kant*”; o que será mostrado a seguir, e como esta transformação afeta as condições ideais do conhecimento possível, em referência à arquitetura da teoria entre o mundano e o intramundano. Ao nos aproximarmos deste problema, o que é preciso esclarecer é de quanto ele dependerá de um conhecimento seguro que possamos predicar a margem do tempo e, em nosso caso, para a teoria do direito.

#### **4. A PROBLEMÁTICA TRANSCENDENTAL APÓS O PRAGMATISMO.**

É um fato reiterado o considerar de que a problemática transcendental “*nada tem a ver com os objetos, mas sim com nosso modo de conhecimento dos objetos, na medida em que estes devem ser possíveis a priori*”.<sup>15</sup> Quer dizer, devemos entender o anterior, como a possibilidade reconstrutiva das condições de caráter universal e necessário sob as quais um objeto – *no nosso caso, o direito* – pode ser constituído como experiência e conhecimento de um sujeito<sup>16</sup>. Pois bem, logo após o avanço do pragmatismo e das críticas feitas por ele às categorias kantianas, não se trataria mais de ver as condições de possibilidade do conhecimento e da experiência possível, fundadas na autorreflexão de uma subjetividade situada além do tempo e do espaço, mas sim de entender, como as práticas encarnadas em um mundo mediado linguisticamente são orientadoras das práticas e resultados esperados de forma racional.

---

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 10. O itálico é nosso. Interessa-nos relevar o mundo possível da realidade como construção teórica, mediada linguisticamente de modo pragmática e apresentar para a compreensão da realidade jurídica os contextos de ação espaço-temporais de caráter sócio-cultural e históricos em que habita a tarefa das práticas jurídicas em contextos concretos.

<sup>15</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p.20

<sup>16</sup> KANT, Immanuel. Crítica de la Razón Pura. México: Porrúa, S.A. 1987. Analítica Trascendental, pp. 64-104..

O mundo do direito estaria construído assim, em nossas práticas jurídicas e judiciais mediadas de modo linguístico. Com isto se pretende destacar que o objeto do conhecimento são as experiências possíveis de um sujeito que produz juízos através de uma análise transcendental além do tempo. Esta análise transcendental pretende demarcar os traços mais profundos ou invariáveis que se repetem na multiplicidade histórica das formas de vida que se tem perfilado social e culturalmente. Isso permite que se mantenham as abordagens transcendentais a maneira de Kant, produzindo a possibilidade de uma investigação que, sem abandonar dita compreensão, amplie ao mesmo tempo o horizonte cognitivo das experiências possíveis de um sujeito, mas incorporando uma compreensão pragmática da realidade guiada por contextos normativos intersubjetivamente em realidades concretas.

Sob a perspectiva do pragmatismo, a experiência e o conhecimento são entendidos como um produto das práticas sociais ou interculturais e dos processos de aprendizagem partilhada que se dão ou tem lugar no mundo da vida a dois níveis que se correspondem metodologicamente e se distinguem em posturas compreensivas e de observação. Assim, a experiência é analisada desde a perspectiva de um ator que participa no mundo da vida em plexos de ação ou contextos intramundanos<sup>17</sup>, que permitem a verificação que representam as ações guiadas pela experiência. Não se trata, portanto, de uma experiência obtida por um processo subjetivo do sujeito cognoscente, com fundamento na faculdade da sensibilidade que se pretendia ter um acesso direto ou imediato a um mundo que lhe era dado a priori<sup>18</sup>, tal e qual pensava Kant. Assim, podemos dizer, que a partir do giro linguístico, um acesso à realidade nos é vedado, de maneira que não é possível aceder a uma realidade que já não é mediada linguisticamente, e, portanto, é interpretação ou hermenêutica de sentido.

Pois bem, essa impossibilidade de ter um acesso direto, por meio dos sentidos do sujeito cognoscente que se dirigia a um mundo que lhe era dado, nos remete a pensar que a sensibilidade de acesso ao mundo tem de ser diferente, como consequência da mediação linguística, que irá modificar as bases de toda experiência possível, como consequência do conhecimento que será adquirido. Desde a concepção pragmática, o conhecimento se produz *“a partir do processamento inteligente dos desenganos e fracassos experimentados performativamente.”*<sup>19</sup> Assim, uma teoria do conhecimento deverá, por conseguinte, explicar

---

<sup>17</sup> Por contextos intramundanos entenda-se contextos intersubjetivos mediados linguisticamente no mundo da vida, realizados pelas práticas e as experiências em plexos de ação social, cultural, política, jurídica, ética e moral, etc. em que os sujeitos portadores de linguagem atuam no mundo mediando-o linguisticamente e intersubjetivamente como atores e não como meros observadores de um mundo que está aí de forma a priori

<sup>18</sup> KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura*. México: Porrúa. S.A. 1987. *Análítica Trascendental*, pp. 64-104

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P 22

o processo de aprendizagem que se constitui em problemática, com base nas expectativas que arrasta toda ação em termos realizáveis. Nesse ponto, as práticas que se produzem em um mundo mediado linguisticamente, ou que tenham tecido uma forma de vida, adquirem um estatuto epistêmico de riqueza incomparável, por quanto todo aspecto do mundo da vida está exposto à problematização e práticas distintas que contribuem à solução de problemas. A propósito, Habermas aponta o seguinte:

A dimensão epistêmica penetra todos os âmbitos não epistêmicos da ação, de tal maneira que a problemática transcendental deve estender-se e abarcar as estruturas que sustentam o mundo da vida.<sup>20</sup>

O mundo da vida, de acordo com a concepção pragmática de Habermas, é concebido e mediado linguisticamente; este mundo encarna distintos tipos de ação que são guiados por regras sociais e não sociais. Tais regras, constitutivas de práticas comuns, regulam as relações entre os atores ou sujeitos capazes de linguagem e ação.

Esta relação ôntica das práticas cotidianas, com este substrato material que as sustenta, é, sem dúvida, distinta da relação semântica que o falante estabelece, através de um enunciado, com algo no mundo objetivo.<sup>21</sup>

Os atos realizados no mundo da vida são guiados por regras; assim, nossas intervenções, mesmo que instrumentais, ou com a pretensão de influenciar estrategicamente, podem fracassar, enquanto pode ocorrer que não dominamos corretamente a regra, ou a utilizamos de forma incorreta. O fracasso se constitui no aspecto mais significativo, enquanto, todo erro construtivo revela significativamente uma carência de conhecimento empírico confiável, *“e assim é porque na normatividade das regras que guiam a ação instrumento-controlada para o êxito se reflete a validade de nosso saber acerca de algo no mundo objetivo”*.<sup>22</sup> Podemos aprender do mundo da vida, na proporção das resistências que experimentamos de maneira performativa. É preciso pensar que a realidade nos opõe resistências, e na medida em que expomos discursivamente tais oposições, aprendemos. Podemos então dizer que, aprendemos com as pretensões de validade de outros participantes do discurso.

O “salto” da ação ao discurso, significa que os recursos que o mundo da vida oferece podem se mover, em toda sua amplitude, para o processamento cognitivo dos problemas que se colocam no trato prático com o mundo.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P 23

<sup>21</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P24.

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P25.

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P 25.

Na apreciação epistemológica a partir de Habermas, pode-se precisar como os sujeitos implicados em suas práticas, irão se referir desde seus contextos e horizontes de vida a algo do mundo objetivo. No mundo do “*Direito*”, por exemplo, este se apresenta como algo mediado, de uma parte, linguisticamente, e de outra como existência normativa mediante regras que guiam nossas ações e tem a pretensão de validade em nosso saber, como algo existente no mundo da vida de forma objetiva, ou seja:

Algo que, seja em um contexto de comunicação ou de intervenção, pressupõe como um mundo existente de modo independente e idêntico para todos eles. Esta pressuposição põe de forma manifesta a faticidade dos desafios e as contingências que provocam e, ao mesmo tempo, limitam as rotinas do pensamento e da ação.<sup>24</sup>

Pode-se deduzir que esta arquitetura do “*mundo da vida e mundo objetivo*”, está mediada por um dualismo metódico como se destacou, entre o compreensivo do mundo (o compreender) e o observável do mundo (o observar). Este ponto específico, Kant esclareceu teoricamente, estabelecendo para tanto a distinção clássica entre conhecimento transcendental e conhecimento empírico.

Enquanto que, como observadores, nos referimos “de fora” – por assim dizer – a um objeto no mundo, as práticas guiadas por regras próprias do mundo da vida apenas se abrem à compreensão hermenêutica de um participante que tenha adotado uma atitude performativa. O saber intuitivo de como se segue uma regra e do que significa infringir uma regra possui um caráter normativo; um caráter normativo de que não pode dar conta uma observação limitada à regularidades empíricas.<sup>25</sup>

Assim, apresenta-se um duplo problema, com quanto se coloca um possível perigo na objetividade do conhecimento e a confusão entre o mundo e o intramundano (intersubjetividade). Aqui, devemos considerar os argumentos de Putnam, no sentido de que a busca de objetividade no conhecimento, exige revisar nossos pressupostos cognitivos, como forma de alcançar o conhecimento. Esta ideia se constrói mediante a aposta de desracionalizar a Kant e pragmatizá-lo, sem perder a dualidade epistêmica prevista por ele, e agora em Habermas, vista como o compreender e o observar:

Em Razão, Verdade e História, utilizei-me do termo “argumento transcendental” exatamente nesse sentido, um sentido que não está, como se poderia pensar, em contraste com minha posição falibilista e antifundacionalista. Nesse livro servi-me de um argumento desse tipo para afirmar a existência de uma noção não relativista da verdade, mas com isso não pretendo desenvolver nada além de uma investigação sobre nossas pressuposições. Certamente, Kant considerava tais investigações como uma fonte de conhecimentos a priori, um tipo de conhecimento segundo o qual

---

<sup>24</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P. 26.

<sup>25</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P. 26.

certas coisas (verdades sintéticas a priori na primeira *Crítica*, verdade a priori da razão prática na segunda, até ideais a priori relativos ao sentimento na terceira) são necessariamente verídicas. Não obstante, creio que Kant estava desorientado, ainda que de maneira incompreensível, ao sustentar que a filosofia pode chegar a conclusões a priori, a conclusões imutáveis e infalíveis. Mas juntaríamos pelas pontas o que é certo em Kant junto com o que é errôneo se descartarmos a ideia segundo a qual, na filosofia, se fazem necessárias indagações sobre nossas pressuposições. Minha crítica ao relativismo se baseia em que em um exame atento indica que uma posição desse tipo não existe em realidade.<sup>26</sup>

Desde Kant e para o caso, passando por Putnam e Habermas, podemos vislumbrar a necessidade de manter um conceito do transcendental, mas compreendido em termos pragmáticos, quer dizer, que por uma parte, se supere todo tipo de relativismos sobre a veracidade das proposições que versão sobre a realidade, e por outra, entender que toda proposição sobre a realidade é fundada a partir da linguagem, como acesso mediado à interpretação do mundo da vida em que os participantes atuam intersubjetivamente. Deste modo se faz necessário ganhar em objetividade para o conhecimento.

## 5. REALISMO SEM REPRESENTACIONISMO.

Logo de verificarmos os passos precedentes, produzidos pela série de explicação em termos de filosofia transcendental, podemos dizer que o pragmatismo de recorte kantiano, se constitui na resposta mais convincente, uma vez que, podemos dar conta do passo da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. A propósito, dirá Habermas:

Mas quando o pragmatismo transcendental se une a um naturalismo débil – o que significa de primado genético da natureza ante a cultura – se faz obrigada uma concepção epistemológica realista. Unicamente a pressuposição realista de um mundo objetivo acessível intersubjetivamente pode fazer compatível à prioridade *epistêmica* do horizonte do mundo da vida – articulado linguisticamente e que não podemos ultrapassar – com a prioridade *ontológica* de uma realidade independente da linguagem que impõe limitações a nossas práticas.<sup>27</sup>

Nesse nível de argumentação, Habermas nos lembra que se se chegasse a tomar a decisão de pensar o mundo como algo constituído por objetos ou por proposições, teria graves consequências para a ontologia, a teoria do conhecimento e os correspondentes conceitos da verdade. Aqui se faz necessário fazer algumas considerações, enquanto as práticas das condutas guiadas por regras, sobre as quais não é possível entendermos, arrasta uma confiada familiaridade com as generalidades existentes em um mundo da vida, que se tenha estruturado normativamente mediante regras.

---

<sup>26</sup> PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo – Un Debate Abierto*. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 112-113.

<sup>27</sup> PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo – Un Debate Abierto*. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 40-41.

Por isto, a participação em ditas práticas dá lugar a uma consideração de realismo conceitual, do que deve precaver-se de crer que o mundo se tenha articulado proposicionalmente, porque cairia na suspeita da crítica metafísica de estar invadindo as fronteiras de aquilo que está já mediado e somente é capturado mediante a análise linguística de acesso ao mundo, é por si interpretação ou hermenêutica fundada no trato mesmo de modo pragmático do mundo visto intersubjetivamente.

Entre uma suposição realista de um mundo estruturado proposicionalmente, e um nominalismo que concebe o mundo como a totalidade dos objetos individualizados espaciotemporalmente, em respeito aos quais podemos enunciar fatos, se reflete a distinção metódica entre, o acesso hermenêutico do participante a um mundo da vida intersubjetivamente compartilhado, em primeira instância, e, por outra parte, a atitude objetivante que adota o observador quando e na medida em que interage com o que lhe vem de encontro no mundo o submete a hipótese de prova. Com isso queremos dizer que, o realismo gramatical e o realismo conceitual estão constituídos à medida de um mundo da vida em cujas práticas participamos e de um horizonte do qual não podemos sair. A esse respeito Habermas precisará:

O conceito de “referência” deve explicar a forma em que se deve harmonizar a prioridade ontológica de um mundo objetivo concebido nominalisticamente *com a prioridade epistêmica do mundo da vida articulado linguisticamente*. Para poder entender o factum transcendental da aprendizagem em um sentido realista, a prioridade epistêmica não deve absorver a prioridade ontológica.<sup>28</sup>

Surge aqui um novo enfoque que possibilita aproximarmo-nos de uma compreensão do sentido e significado do *realismo ontológico* e do *realismo epistêmico* concebido, em termos da pragmática linguística, a saber:

A prática linguística deve possibilitar por uma parte a referência aqueles objetos independentes da linguagem sobre os quais enunciamos algo. Por outra parte, a suposição pragmática de um mundo objetivo só pode ser uma *antecipação conceitual de caráter formal*, afim de poder assegurar a sujeitos distintos – e não somente a um círculo determinado de falantes pertencentes à mesma comunidade espaço-temporal – um sistema comum de referências possíveis a objetos que existem independentemente de nós mesmos e que são identificados em termos de espaço e tempo.<sup>29</sup>

Como se expôs, a comunicação linguística e qualquer atividade de caráter finalista (teleológico), se entrelaçam na suposição de um mesmo conceito formal do mundo, o mundo objetivo sobre o qual os falantes se entendem em horizontes de compreensão sobre o mundo

---

<sup>28</sup> PUTNAM, Hilary. El Pragmatismo – Un Debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 43. Itálico nosso.

<sup>29</sup> PUTNAM, Hilary. El Pragmatismo – Un Debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 44.

da vida e no qual os atores intervêm, é o mesmo mundo para todos. Assim, nessa busca por objetividade e realidade do mundo, que é o mesmo para todos e sobre o qual Habermas tem recebido críticas, que entendemos carentes da objetividade obtida ao pragmatizar o mundo da experiência dos atores e observadores, que em processos práticos e em horizontes de compreensão sobre o mundo da vida e de modo racional se pode entender; e como adverte Putnam, se esclarecem os pontos de referência que devem ser os mesmos no tempo e no espaço para todos. A seguir apresentamos um contra argumento à visão de Habermas e Putnam, que a princípio colocaria em risco a construção nesta investigação de uma “*teoria pragmática do direito*”.

Ainda que HABERMAS possa indicar as pretensões de verdade, vistas de um modo pragmático, sempre são tratadas dialogalmente e, *portanto*, não abandonam o campo da linguagem. Mas dialogar ao mesmo tempo é falar *sobre algo* e nessa medida existe uma referência prévia à linguagem, que se pode resgatar para a definição do conceito de verdade. HABERMAS, entretanto, modificou sua posição e em novos trabalhos tem reconhecido expressamente a referência fática, o “ferrão realista”, no conceito da verdade. Segundo ele, o conceito discursivo da verdade deveria ser modificado para poder fazer justiça às conotações ontológicas que ligamos à “percepção dos fatos”. É um fato que asserções com capacidade de certeza podem fracassar frente à resistência do mundo objetivo, e é tão só uma concessão verbal de HABERMAS à sua concepção anterior, quando não menciona ao mundo objetivo, senão que fala do “*mundo objetivo reconhecido como idêntico por todos os participantes*”. Se durante a tentativa de estacionar nos colocamos em um espaço muito estreito, o fazemos entre os automóveis ali dispostos, não entre os reconhecidos comunitariamente como outros veículos.<sup>30</sup>

Este contra-argumento de Ulfried Neumann para Habermas, pelos critérios de nossa investigação não parece muito afortunado, porque Neumann desconhece que a realidade não é possível de ser pensada como se tivesse sido exposta em sua nudez, senão que a realidade mesma só é possível em sua mediação linguística, fundada em regras que são as mesmas para todos em processos de intersubjetividade, que exigirá sempre que o estacionar de um automóvel que se realize em qualquer tempo e espaço e em um mundo possível, “*se fará com o uso das mesmas regras de modo pragmático*”. Quer dizer, não parece possível a existência de objetos que não comportem um sistema comum de referências possíveis (regras de compreensão comum), ainda que existam independentemente de nós, devem ser identificados em termos de tempo e espaço de modo pragmático linguístico e idêntico para todos de modo intersubjetivo.

Dessa maneira, os atores e observadores, estão em contato permanente com os objetos na prática cotidiana mediada por regras. Por isso, pode-se dizer que as referências semânticas

---

<sup>30</sup> NEUMANN, ULFRIED. La Pretensión de Verdad en el Derecho. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2006, pp. 23-24. Grifos nossos.

que os participantes na comunicação estabelecem através de enunciados estão já enraizados nas práticas e estão, por óbvio, garantidas em termos performativos e mesmo que as proposições semânticas se tornem problemáticas. Em síntese, resta superado através do realismo, toda pressuposição a uma filosofia da consciência e se garante, ao nível ontológico de uma realidade que se apresenta já mediada linguisticamente, e em que se assegura o dualismo metodológico do compreender por parte dos participantes na comunicação e o observar por parte do observador. Nessa medida se responde à problemática apresentada pelo realismo após o giro linguístico pragmática e se responde a Neumann, no sentido que o recurso que ele pede, de ir aos objetos mesmos da realidade, é puro representacionismo e desconhece assim o giro linguístico pragmático já obtido.

Pois bem, ao garantir de uma lado um mundo realista ontológico com prioridade epistêmica, asseguramos assim uma *atitude interna pragmática intersubjetiva*, sobre a qual se tem obtido com a mediação linguística a acessibilidade ao mundo, em contextos de abertura significativa como *participantes ou atores* de um mundo mediado por regras, das que podemos dar conta compreensivamente de modo performativo, em contextos de cotidianidade compartilhados através da práxis sociocultural, histórica, jurídica, ética e política, e de outra parte, *o mundo é abertura desde uma perspectiva externa* como *observadores* e dele que podemos nos entender proposicionalmente no mundo dos objetos que são independentes da linguagem, mas os podemos enunciar linguisticamente de modo pragmático e intersubjetivo, enquanto permanecemos em contato com este mundo em nossas práticas cotidianas, em um sistema comum de referências possíveis a objetos que existem independentemente de nós mesmo e que são identificáveis em termos de espaço e tempo.

Ao alcançarmos este ponto de pensar em um realismo sem representação e mediado linguisticamente, podemos ascender a uma linha de interpretação que pode ser revisada a partir de Hilary Putnam e seu “*realismo pragmático*”, e vinculá-lo com a pragmática da linguagem de Habermas, nos termos seguintes:

(...) Putnam parte também da ideia de que as distâncias entre os distintos paradigmas ou marcos teóricos podem salvar-se mediante uma suposição pragmática comum. A suposição de um mundo de objetos que existem com independência de suas descrições e que se tenham relacionado segundo determinadas leis, joga o papel de um a priori sintético para a prática indutiva da investigação científica e para toda elaboração de teoria que proceda em termos experimentais. Sob essa premissa pode-se colocar em marcha uma interação circular, mas, por sua vez, ampliadora do saber; uma interação entre, por um lado, conceitos teóricos fundamentais *abridores* de mundo e, por outro, processos de aprendizagem dentro de um mundo já pré-interpretado.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2002, p.45

Nesse contexto, também é oportuno precisar que desde uma concepção pragmática de recorte kantiano e como já analisamos de Putnam e Habermas, é claro que nossa capacidade de acesso ao conhecimento não pode se realizar com independência de nossa capacidade linguística e com nossa capacidade de ação. Quanto a isso, podemos observar que,

(...) como sujeitos cognoscentes nos encontramos sempre já no horizonte de nossas práticas cotidianas no mundo da vida. Linguagem e realidade estão mutuamente interligados de um modo para nós insolúvel. Toda experiência está impregnada de linguagem, de modo que resulta impossível um acesso à realidade que não esteja filtrada linguisticamente. A compreensão deste fato constitui um motivo muito forte para atribuir às condições intersubjetivas da interpretação e o entendimento linguístico o papel transcendental que Kant reservara para as condições subjetivas necessárias da experiência objetiva. Em lugar da subjetividade transcendental da consciência da consciência aparece a intersubjetividade destrancendentalizada do mundo da vida.<sup>32</sup>

Com a incorporação destas precisões na presente investigação, se propôs como linha de argumentação, sustentar que o pragmatismo se constitui em uma via de exploração, para a construção de uma interpretação jurídica que possa resolver os dilemas suscitados desde os finais do século XX e a resposta a uma teoria do direito que se modificara e ao positivismo jurídico, ao realismo clássico e ao jus naturalismo, que podem ser consideradas em si mesmas, como teorias insuficientes para resolver de modo satisfatório a complexidade de um mundo da vida mediado linguisticamente, e em que os sujeitos de ação e linguagem não vêm satisfeitas suas expectativas de justiça e adjudicabilidade do direito. A sociedade atual, reclama a satisfação de conteúdos ontológicos vistos desde à maximização da visão antropológica da dignidade humana, como princípio básico de sustentação dos regimes jurídicos e políticos das democracias participativas, em que os sujeitos reclamam espaços de ação e participação política que configurem condições de vida digna.

Assim, o pragmatismo se constitui em uma via que pode resolver de modo teórico e prático os dilemas suscitados entre o formalismo jurídico, o realismo e o jusnaturalismo, enquanto podemos resolver de modo pragmático as diferenças teóricas que se suscitam entre tais concepções do direito moderno. Pois bem, se pressupomos que o direito como objeto de investigação existe com independência das descrições que já se fizeram dele, e o assumimos como referência, tal como o entende Putnam, “*e, no entanto, é ele mesmo objeto*”, (o direito), deve se encontrar relacionado segundo leis, que farão o papel de um a priori sintético.

Isso conduz a pensar que, em toda prática de investigação que realizemos do direito no tempo e no espaço, e do que possamos entender apesar das diferenças teóricas, é plausível

---

<sup>32</sup> HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2002, p. 40.

ênfatizar que a partir do pragmatismo é possível construir uma interpretação jurídica, se assumirmos de modo resolutivo as diferenças de método em sua análise como determinamos.

## **BIBLIOGRAFIA:**

APEL, Kart-Otto. *Estudios Éticos*. Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, S.A. 2004.

APEL, Kart-Otto. *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*. Barcelona: Ediciones Paidós / I.C.E.-U.A.B. 1998.

BERGER, Peter. L. y LUCKMANN, Thomas. *La Construcción Social de la Realidad*. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu Editores. 2006.

DWORKIN, Ronald. M. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 1988.

DWORKIN, Ronald. M. HART, Herbert. *La Decisión Judicial*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores. 2005.

DWORKIN, Ronald. M. *La Filosofía del Derecho*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1980.

DWORKIN, Ronald. M. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 1989. Traducción de Marta Guastavino.

DWORKIN, Ronald. M. *La Justicia con Toga*. Madrid: Marcial Pons-. 2007. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.

GARZÓN, Ernesto. y LAPORTA, Francisco. Editores. *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Aclaración a la Ética del Discurso*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000.

HABERMAS, Jürgen. *El Occidente Escindido*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Fragmentos Filosófico-Teológicos*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Tiempo de Transiciones*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002.

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1998.

KANT, Immanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 1999.

KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Barcelona: Ediciones Altaya, S.A. 1993.

KANT, Manuel. *Critica de la Razón Pura*. México: Editorial Porrúa, S.A. 1987.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria Eudeba. 2008.

KELSEN, Hans. *¿Qué es la Justicia?* México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A. 2001.

KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A. 1999.

KENNEDY, Duncan. *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores. 1999.

NEUMANN, Ulfried. *La Pretensión de Verdad en el Derecho*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2006.

PERÉZ LLEDO, Juan A. *El Movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1996.

PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen. *Normas y Valores*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2008.

PUTNAM, Hilary. *El Desplome de la Dicotomía Hecho–Valor y otros ensayos*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2004.

PUTNAM, Hilary. *Representación y Realidad*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 2000.

PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo – Un Debate Abierto*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 1999.

PUTNAM, Hilary. *La Herencia del Pragmatismo*. Buenos Aires: Editorial Paidós Ibérica, S.A. 1997.

PUTNAM, Hilary. *Razón, Verdad e Historia*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.). 2006.

PUTNAM, Hilary. *Las Mil Caras del Realismo*. Buenos Aires: Editorial Paidós Ibérica, S.A. 1994.

RAWLS, John. *La Justicia como Equidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2002.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica. 1997.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria Eudeba. Traducción de Genaro R. Carrió. 2006.

ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, S.A. 2001.

TWINING, William. *Derecho y Globalización*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores. 2003.

## TRÊS MODELOS NORMATIVOS DE DEMOCRACIA DE HABERMAS - RESENHA

*Matheus Adolfo Gomes Quirino*

*Professor de Direito Empresarial da Unipac-Itabirito. Advogado. Mestre em Direito Empresarial. Pós-graduado em direito processual. Ex-procurador do Município de Itabira.*

*Bacharel em Direito pela UFMG.*

**Resumo:** O presente trabalho resenha o capítulo nono, denominado *três modelos normativos de democracia*, do Livro *Inclusão do outro*, de Jürgen Habermas. O autor propõe a análise dos modelos Liberal, de Democracia Republicana e de Política Deliberativa.

**Palavras-chave:** Habermas – Três modelos normativos de democracia – resenha – livro.

### **Habermas's three normative models of democracy - Review**

**Abstract:** This work reviews the ninth chapter, called three normative models of democracy, from the Jürgen Habermas's book named *Inclusion of the Other*. The author proposes the analysis of models Liberal, of Republican Democracy and of Deliberative Politic.

**Keywords:** Habermas - Three normative models of democracy - review - book.

## 1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é uma resenha dos três modelos normativos de democracia expostos por Habermas no capítulo nove de seu livro a inclusão do outro. Tomamos como base o livro lançado pela editora Tempo Universitária, edição de 2003.

## 2. Estrutura da resenha

Analisaremos separadamente cada um dos modelos de democracia propostos por Habermas, desde o modelo Liberal até o de Política Deliberativa, passando pelo modelo de Democracia Republicana.

Para melhor compreensão dos modelos apresentados pelo autor, optamos por pontuar, esquematicamente, as principais características de cada um deles.

### 2.1. Modelo de Democracia Liberal

Neste modelo podemos identificar as seguintes características:

Aqui, o Processo Democrático programa o Estado para que se volte para o interesse da sociedade.

O Estado é aparato de Administração Pública, e Sociedade é sistema de circulação de pessoas e de trabalho social. Não há como separá-los.

Os cidadãos estão interessados em si mesmos.

A normatização jurídico-estatal é a de uma sociedade econômica cuja tarefa é garantir um bem comum de forma apolítica. O Estado atua como defensor de uma sociedade econômica.

A formação política da vontade dos cidadãos possui função mediadora, de arranjo de interesses, para congregar e impor interesses sociais mediante um aparato estatal especializado no uso administrativo do poder político para fins coletivos.

Segundo Habermas, são instâncias ou fontes formais de integração social no modelo de democracia liberal:

- Instância hierárquica reguladora do poder soberano estatal (poder administrativo); e

- Instância descentralizada do mercado (interesses próprios) entre interesses dominantes.

No modelo liberal de democracia, o status do cidadão é a medida dos direitos que cada um em face do Estado e dos demais cidadãos. Cada cidadão pode contar com a defesa do Estado desde que defenda os próprios direitos nos limites impostos pela lei.

Desta forma, os cidadãos são portadores de direitos subjetivos negativos, que garantem um espaço de ação em cujos limites as pessoas se vêm livres da coação externa.

Para Habermas, nesse modelo de democracia liberal, os direitos políticos existem para oferecer ao cidadão direito de validar seus interesses particulares - como por exemplo no voto, na formação de corporações parlamentares e na composição de governo - para serem transformados em vontade política que exerça influência na administração. Assim, os cidadãos controlam o poder estatal para ser usado em favor deles na própria sociedade. O Estado também possui papel negativo.

A justificativa do Estado, neste modelo, reside na necessidade de defesa dos interesses e direitos subjetivos.

O sentido da ordem jurídica é identificar quais são os direitos cabíveis a cada indivíduo. A ordem jurídica é construída a partir de direitos subjetivos com noções negativas, do sujeito que age no caso concreto.

A formação democrática da vontade possui função de tão-somente legitimar o exercício do poder político.

Os Direitos são embasados em 'direitos superiores' da razão ou revelação transpolíticas, que proporcionam estruturas transcendentais e limitações de poder necessárias para que a busca de direitos diversos possa avançar de forma tão satisfatória quanto possível.

Política tem natureza de luta por posições que permitam dispor de poder administrativo. O processo de formação da vontade e da opinião política, tanto na opinião pública quanto no parlamento, é determinado pela concorrência entre agentes coletivos agindo pela manutenção ou conquista de poder.

O voto é expressão de preferências. As decisões das eleições têm a mesma estrutura dos atos eletivos de participantes do mercado voltados para a conquista de seu êxito. O paradigma é o mercado. Eleitores licenciam o acesso a posições de poder.

A maior desvantagem deste modelo é que ele reduz os fins coletivos a tão-somente negociação de interesses particulares.

## 2.2. Modelo de Democracia Republicana

O modelo de democracia republicana analisado por Habermas no nono capítulo do livro a inclusão do outro é caracterizado por:

Conter um processo democrático fruto de autodeterminação.

A Sociedade centra-se no Estado - o centro deste modelo é a autodeterminação democrática de cidadãos deliberantes. Estado é visto como comunidade ética, e pressupõe a sociedade consciente de si mesma mediante a vontade coletiva dos cidadãos. Democracia equivale a auto-organização política da sociedade.

Política e formação política da vontade não têm função mediadora, mas sim de autoentendimento ético (e este é o principal erro deste modelo, que supõe que os discursos políticos serão conduzidos de maneira estritamente ética, sempre). A política é tomada como forma constitutiva do processo de coletivização social como um todo, forma de reflexão sobre um contexto de vida ético.

Além das fontes de integração social admitidas no modelo de democracia liberal, a Democracia Republicana ainda admite uma terceira fonte, que é a solidariedade, entendida como vontade política horizontal.

A opinião pública de caráter político e sociedade civil têm significado estratégico: conferem força integrativa para os cidadãos, de sustentáculo.

O status do cidadão é de titular de direitos positivos, de participação e comunicação política. Direitos não garantem liberdade em relação à coação externa, mas sim à participação em uma *praxis* comum, por meio de cujo exercício os cidadãos só então se tornam o que tencionam ser: sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais.

O processo político serve apenas ao controle da ação estatal pelos cidadãos que, ao exercerem seus direitos e as liberdades que antecedem a própria política, tratam de adquirir uma autonomia já preexistente. Processo político não tem função mediadora entre Estado e Sociedade, pois poder estatal democrático não é uma força originária. Esta força decorre do poder gerado comunicativamente em meio à *praxis* de autodeterminação dos cidadãos do Estado.

A justificação do Estado reside na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, em que cidadãos livres chegam a acordo quanto aos objetivos e normas

que correspondem ao interesse comum. É mais do que orientação segundo interesses próprios, da Democracia Liberal.

Os direitos subjetivos, neste modelo de democracia republicana, se devem a uma ordem jurídica objetiva, que garante o convívio eqüitativo com respeito mútuo. Aqui o primado é do teor jurídico destes mesmos direitos.

A formação democrática constitui a sociedade como coletividade política.

A integridade e liberdades do indivíduo têm o mesmo valor que a integridade da comunidade e não atingem aspectos intersubjetivos, que exigem a consideração recíproca de direitos e deveres.

A legitimidade das leis decorre do procedimento democrático de sua criação, preservando coesão interna entre a *praxis* da autodeterminação do povo e do domínio impessoal das leis.

Os Direitos são determinações da vontade política prevalente. Objetivo é manter vigente o conjunto de Direitos que melhor se ajuste às condições e costumes da sociedade.

A formação de opinião e vontade política na opinião pública e no parlamento não obedece às estruturas dos processos de mercado, mas às renitentes estruturas de uma comunicação pública orientada para um entendimento mútuo.

O paradigma é a interlocução. Poder comunicativo que deriva da comunicação política na forma de opiniões majoritárias estabelecidas na via discursiva e difere do poder administrativo, aparato estatal. O poder administrativo só pode ser aplicado de acordo com políticas e no limite das leis que nascem do processo democrático.

Possui sentido radicalmente democrático de autorganização da sociedade pelos cidadãos por via comunicativa, entendida como acordo mútuo.

A maior desvantagem deste modelo é ser notadamente idealista, tornando o processo democrático dependente de virtudes de cidadãos voltados para o bem comum.

### **2.3. Modelo de Democracia de Política Deliberativa**

Para Habermas, o modelo de democracia de política deliberativa é possui como características:

O papel que cabe ao processo democrático. O papel do processo democrático neste modelo é o mesmo do republicano, pois também dá posição central ao processo político de

formação de opinião e vontade, mas sem entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário. O processo democrático é permeado pela Teoria do Discurso, que concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de Direito como uma resposta à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático.

Ele coaduna as noções existentes nos modelos republicano e liberal ao admitir posição central para o processo político de formação de opinião (modelo republicano) e dar relevância à constituição jurídico-estatal (modelo liberal), o que acarreta a criação de um processo democrático com conotações mais fortemente normativas que o modelo liberal, mas menos normativa que o modelo republicano.

Também no processo de formação política da vontade este modelo acolhe elementos dos dois outros e os integra no conceito de *um procedimento democrático ideal para o aconselhamento e tomada de decisões*<sup>1</sup>, criando uma coesão interna entre negociações, discursos de auto entendimento e discursos sobre a justiça, e supõe que sob tais condições se almejam resultados racionais, justos e honestos.

No que tange às fontes de integração social, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da estrutura da comunicação linguística.

Este modelo baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, de modo deliberativo.

A formação de opinião, que se dá de maneira informal, implica em decisões eletivas institucionalizadas. Respeita-se a separação entre Estado e indivíduo (concepção liberal), mas aqui a sociedade civil é fundamento social das opiniões públicas.

Segundo Habermas, são três os fundamentos sobre os quais a sociedade moderna satisfaz sua carência de integração e direcionamento:

- dinheiro,
- poder administrativo e
- solidariedade.

Abandonando a premissa do modelo republicano, aqui a efetivação de política deliberativa não depende de conjunto de cidadãos capazes de agir eticamente, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhes digam respeito. Nega atribuir a *praxis* a um sujeito totalizante (o conjunto de cidadãos é um agente coletivo que reflete o 'todo' e age em

---

<sup>1</sup> Todos os destaques dessa resenha referem-se ao texto resenhado.

seu favor) e nega o domínio anônimo das leis a sujeitos individuais concorrentes entre si (agentes individuais funcionam como variáveis). A efetivação da política deliberativa ocorre pela institucionalização de procedimentos.

Conceito de política deliberativa ganha referência se tomarmos ‘diversidade de formas comunicativas’ na qual se constitui ‘vontade comum’, não apenas por um *auto-entendimento mútuo de caráter ético*, mas também pela busca de *equilíbrio entre interesses* e estabelecimento de *acordos*, checagem de *coerência jurídica*, escolha de instrumento racional voltada para um fim específico e por meio, enfim, de uma fundamentação *moral*. Política dialógica e a política instrumental encontram-se nas deliberações. Essa construção depende das condições de comunicação e procedimento.

O conceito procedimental é o cerne normativamente consistente da teoria sobre democracia.

### **3. As consequências da Teoria do discurso para a compreensão da legitimação e da soberania popular, segundo Habermas**

Informadas as características de cada um dos três modelos normativos de democracia, o autor passa a discorrer sobre as consequências da Teoria do Discurso para a compreensão da legitimação e da soberania popular, apontando que:

- Para o modelo liberal, a formação democrática da vontade serve para legitimar o exercício do poder político. Resultados de eleições servem como licença para tomada de poder governamental, e o governo deve justificar o uso deste poder perante a opinião pública e o parlamento. Governo investido no poder para exercício de um mandato sem maiores vínculos, é o topo de um poder estatal separado.
- No modelo republicano, a formação democrática da vontade visa constituir a sociedade como uma coletividade política. Governo está comprometido programaticamente com a execução de determinadas políticas, e é parte de uma comunidade política que se administra a si própria.
- Para a Teoria do Discurso, procedimentos e pressupostos comunicacionais da formação democrática de opinião e da vontade funcionam como importantes esboços da racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados ao direito e à lei.

Para o autor, na Teoria do Discurso:

- A ação de constituir poder é mais que *Racionalização* ou mais que mera legitimação
- Poder administrativamente disponível exerce controle do exercício do poder político (que só pode agir) e também o programa.
- As estruturas comunicativas da opinião pública compõem uma rede ampla de sensores que reagem à pressão em determinadas situações.
- Opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo procedimentos democráticos, não pode dominar, mas apenas direcionar o uso do poder administrativo para determinados canais.

O conceito de soberania popular deve-se à apropriação republicana e à revalorização do conceito de soberania, inicialmente associadas aos déspotas. O Estado, que monopoliza os meios de aplicação legítima da força, é um concentrado de poder, capaz de prevalecer sobre todos os demais poderes. Rousseau traduziu isso como a vontade do povo unificado, mesclada à ideia de autodomínio de indivíduos livres e iguais.

Conceito de soberania permanece ligado a povo. Segundo esta concepção, o povo é portador de uma soberania que por princípio não poderia delegar. O poder constituinte funda-se na *praxis* autodeterminativa dos cidadãos, e não de seus representantes. Por outro lado, o liberalismo contrapõe a concepção mais realista de que no Estado de Direito Democrático o poder estatal que nasce do poder só é exercido em votações e eleições.

Ao conceito de discurso na democracia corresponde a imagem de uma sociedade descentralizada, que a diferencia em relação à opinião pública em um cenário propício à constatação, identificação e tratamento de problemas. Ao se sacrificar a formação do conceito ligado à filosofia do sujeito, a soberania não precisa se vincular de forma concreta ao povo.

Uma soberania popular, mesmo que se tenha tornado anônima, só se abriga no processo democrático e na implementação jurídica de seus pressupostos comunicacionais, já bastante exigentes segundo o autor, caso tenha por finalidade conferir validação a si mesma como poder gerado por via comunicativa. Esta validação provém das interações entre a formação da vontade institucionalizada de maneira jurídico-estatal e as opiniões públicas culturalmente mobilizadas, que de sua parte encontram uma base nas associações de uma sociedade civil igualmente distante do Estado e da economia.

A autocompreensão normativa de política deliberativa exige, para a comunidade jurídica, um modo de coletivização social.

A leitura da democracia feita segundo a Teoria do Discurso vincula-se a uma abordagem distanciada, própria às ciências sociais, e para a qual o sistema político não é o topo nem o centro da sociedade, e muito menos o modelo que determina sua marca estrutural, mas sim um sistema de ação ao lado de outros. A política comunica-se através do direito com todos os demais campos de ação legitimamente ordenados, seja qual for a maneira que eles se estruturam. Se o sistema político depende de outros sistemas, como, por exemplo, o fiscal ou o econômico, isto não se dá de uma maneira trivial. Ao contrário, a política deliberativa mantém uma relação interna com os contextos de um universo de vida cooperativo e racionalizado.

Os processos comunicativos de cunho político que passam pelo filtro deliberativo dependem de recursos do universo vital, da cultura política libertadora, de uma socialização política esclarecida e, sobretudo, de iniciativas de associações de formadores de opinião – recursos que se formam de maneira espontânea ou que só podem ser atingidos com grande dificuldade, caso o caminho escolhido para se tentar alcançá-lo seja o do direcionamento político.

#### **4. Conclusão**

Sem analisar criticamente o texto de Jürgen Habermas, este trabalho limita-se a apontar, através de uma resenha, as ideias expostas no capítulo nono, denominado três modelos normativos de democracia, do livro a inclusão do outro.

Naquele capítulo, o autor visita os modelos de Democracia Liberal, de Democracia Republicana e de Democracia de Política Deliberativa, para concluir examinando as consequências da Teoria do discurso para a compreensão da legitimação e da soberania popular.

**REFERÊNCIAS**

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. *In: HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Universitária, 2003.

## FUNCIONALISMO, CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO PENAL OBJETIVA

*José Carlos Henriques*<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente *paper* se dedica à apresentação das bases teóricas aptas a sustentar uma adequada construção dogmática acerca do tema da imputação objetiva, em matéria penal. As teses funcionalistas são apontadas como aquelas que melhor podem sustentar a elaboração de uma doutrina objetivista, normativamente orientada. Em seguida, pensa-se a temática da causalidade, bem assim as implicações do conceito de causa para a problemática da imputação objetiva. Na oportunidade, será demonstrado que o tema da causalidade, com todas as dificuldades que comporta, não foi afastado da dogmática da imputação, mas recebe novo tratamento após o advento das teses objetivistas.

**Palavras-chave:** Funcionalismo, Imputação, Causalidade.

### EL FUNCIONALISMO, LA CAUSALIDAD Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

**RESÚMEN:** El presente trabajo está dedicado a la presentación de posiciones para sostener la construcción de una dogmática sobre el tema de la imputación objetiva, en tema penal. Teorías funcionalistas se identifican como aquellos que pueden mejor apoyar mejor el desarrollo de una doctrina objetivista. Después, se piensa en la cuestión de la causalidad, así como en las implicaciones del concepto de causa para el problema de la imputación objetiva. En la ocasión, se demostrará que la cuestión de la causalidad, con todas las dificultades que ello conlleva, no está lejos del tema de la imputación, sino que recibe un tratamiento adicional después de la llegada de las teorías objetivistas.

**Palavras-claves:** Funcionalismo, Imputación, Causalidad.

#### 1. Introdução.

Já em outras oportunidades, em artigos publicados nos volumes anteriores desta revista *Diké*, temos nos ocupado da especial temática da imputação objetiva, em matéria penal. Trata-se de continuidade do projeto que visa apresentar um texto mais antigo, por nós elaborado como monografia, para obtenção do bacharelado em direito.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela UFMG, Mestre em Direito, Mestre em filosofia, Especialista em direito civil e processual civil. Professor do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

Até o momento, apareceram três artigos: o primeiro sobre as raízes do conceito de imputação, em geral, e de imputação objetiva, em especial; o segundo sobre o contexto histórico de formação das ideias objetivistas, como temos chamado as teses que advogam em favor de uma imputação objetiva; o terceiro sobre o conceito mesmo de imputação objetiva, em direito penal.

Agora, pretendemos cumprir, na sequência do projeto que temos desenvolvido, a tarefa de pensar o melhor lugar doutrinário que empresta apoio às teses objetivistas discutindo, ainda, a especial problemática da causalidade e do conceito de causa para a formação do juízo de imputação.

## **2. Bases funcionalistas para uma teoria da imputação objetiva.**

Desde a Antigüidade, já se havia percebido, em campo filosófico, que há um *reino dos fins* que, no que diz respeito às ações humanas, deve ocupar lugar de especial destaque, centralidade mesmo.

Apesar desta antiga convicção, firmada especialmente no campo específico do saber filosófico, na dogmática penal, fruto do sucesso do modelo científico que se firmou após a revolução científica, foi o conceito de causa alçado à categoria de elemento chave do sistema causalista: a imputação, deixando de lado as peculiaridades da ação humana, decidia-se com a verificação da ocorrência da causalidade material, segundo as leis regentes dos acontecimentos causais, cientificamente definidas.

O finalismo trouxe para o âmbito da dogmática penal a tese da especificidade da ação humana, ação esta que refoge aos determinismos naturais, apresentando-se como “exercício de uma atividade final”. O tema da imputação conhece, com isto, desenvolvimento de sua vertente subjetiva, já que descobrir as finalidades da ação e a direção possível a ela dada pela vontade do sujeito agente, por mais que seja meta objetivamente perseguida, só restará completa com a análise dos aspectos subjetivos conformadores da ação. Privilegia, pois, o finalismo a análise da imputação subjetiva em detrimento dos seus aspectos estritamente objetivos.

Deve-se reconhecer que, com o finalismo, renasce para a dogmática penal a oportunidade de se refundar sobre novas bases: redescobrem-se as peculiaridades da ação

humana como atividade pertencente ao mundo dos fins, escapando dos determinismos, devendo ser direcionada pela vontade do sujeito agente... Neste sentido, se devem reconhecer os méritos do sistema finalista.

Merece ser lembrado que a afirmação da existência de finalidades regentes das ações humanas repercute nas mais diversas áreas do conhecimento humano. Também se pode afirmar que há finalidades, objetivos, mais ou menos claros, que impulsionam o nascimento e o desenvolvimento das ciências. Do interesse em solucionar questões para satisfazer certas necessidades, mesmo que sejam apenas aquelas de explicar e interpretar o mundo, nascem as ciências. Escapar à ação das ideologias dominantes, constituindo-se como ramo do saber autônomo é o primeiro desafio de qualidade enfrentado por qualquer nova ciência.

No campo específico das denominadas ciências humanas, para cada ciência, precisamente na tentativa de cumprir a meta de escapar ao domínio das ideologias, torna-se imperioso que se descubram motivações, objetivos e funções que presidiram à constituição de seus problemas e ao percurso histórico de seu desenvolvimento.

Assim procedendo, poderá o estudioso escapar ao domínio das ideologias que tentam, a todo custo, submeter e instrumentalizar o conhecimento, para que este sirva a objetivos previamente moldados, na tentativa de direcionar as respostas alcançadas, segundo um quadro previamente definido de respostas. Apenas a consciência dos reais interesses e finalidades dos ramos do saber poderá libertar o conhecimento das amarras escusas do processo de dominação ideológica.

Como parte da ciência jurídica, não deve ser diferente o raciocínio quando contemplado o campo da ciência jurídico-penal. Aliás aconselha-se redobrar a vigilância quanto ao processo de dominação ideológica.

O Direito Penal é ramo do saber jurídico que tem suas próprias finalidades e funções constitutivas. Por isto, apresenta-se como tarefa fundamental para o seu intérprete conhecer-lhe estas finalidades e funções para que, tanto o processo de sua criação, quanto aquele de sua interpretação e aplicação, ajustando-se às verdadeiras finalidades e funções que o legitimam, não desbordem em direção a indevidas submissões ideológicas.

É preciso firmar que, como em todo ramo do saber, também preside a constituição do direito penal uma série de finalidades que definem suas reais funções. Neste sentido, cabe à dogmática jurídico-penal decifrar quais são as finalidades do direito repressivo e que funções cumprem as normas penais, no contexto geral do direito. Das respostas teóricas a esta problemática especializada, qual seja, a identificação das finalidades e funções próprias e legitimadoras do direito repressivo, depende a sorte da dogmática penal como um todo.

Fácil perceber que há vantagens teórico-práticas, tanto para a dogmática penal quanto para a justa aplicação das normas penais em concreto, quando as funções do direito penal, entendidas como componentes de sua interpretação sistêmica e teleológica, bem orientem a criação, interpretação e o processo de sua aplicação, situando este ramo do direito no quadro geral do saber jurídico e delimitando suas pretensões como ciência autônoma. O sistema funcionalista é cômico destas tarefas.

Em suma, no caso do direito penal, coube ao funcionalismo redescobrir e teorizar uma questão fundamental: afirmar que as finalidades e funções do direito repressivo devem ser o motor de análise e o arcabouço sistêmico de sua acertada criação, autêntica interpretação e justa aplicação.

O discurso funcionalista insiste no fato de que, no contexto de uma disciplina jurídica especializada, também seus vários institutos e conceitos fundantes devem ser lidos teleologicamente, ou seja, à luz de suas finalidades gerais e específicas. Assim, ponto importante sobre o qual insiste o funcionalismo é que a interpretação sistemática do direito repressivo oferece vantagens inarredáveis, já que o isolamento dos institutos e conceitos empobrece a realização das suas funções. Daí o acerto de se afirmar que são as finalidades do direito penal que devem, esclarecendo suas reais funções, estabelecer os contornos de seu processo de criação, interpretação e aplicação, iluminando a construção total do sistema, bem como a interpretação e a aplicação de cada um de seus institutos.

Em razão destas considerações, devemos admitir que pensar o tema da imputação objetiva no direito penal, deve significar pensá-lo de forma estruturalmente funcionalizada, ajustando-se os seus conceitos às funções de todo o sistema de direito repressivo. Trata-se, a nosso juízo, da tentativa de se oferecerem respostas à problemática

da imputação ao tipo objetivo, sempre situando tais respostas no contexto geral das finalidades do direito penal.

Eis porque uma perspectiva funcionalista é apta a, acertadamente, situar a imputação ao tipo objetivo no contexto de uma dogmática jurídico-penal, concebida esta à luz das finalidades do direito, em geral, e do direito penal, em particular.

Cedo, um dos maiores dogmáticos hodiernos o reconheceu. Foi Roxin um dos que, no contexto de um gigantesco esforço para repensar as bases do direito penal, percebeu a importância de se operar uma reconstrução do sistema repressivo, fundando-o em bases teleológico-sistemáticas.<sup>2</sup>

Por isto, o que nos parece acertado, defendeu Roxin que, somente situada no contexto mais amplo do sistema dogmático-penal, poderá ser adequadamente recolocada e repensada uma fundamentação da teoria da imputação objetiva, agora em adequadas bases funcionalistas.

Sob este aspecto, em nota posterior à primeira publicação de um seu artigo, intitulado “Reflexões sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal”, afirma Roxin que “... uma teoria da imputação como a que se discutiu no presente artigo deveria enquadrar-se dentro de um sistema de direito penal teleologicamente estruturado”.<sup>3</sup>

De se ver que uma teoria da imputação objetiva não poderá ser, portanto, construída sem vincular-se, de algum modo, à dogmática jurídico-penal, entendida esta em sua totalidade, como sistema. Assim, serão as finalidades e funções do direito penal que, decifradas pelo trabalho dogmático, poderão dar suporte e iluminar a particular construção de uma teoria da imputação, em geral, bem assim de uma teoria da imputação objetiva, em particular.

O conceito de imputação é central em matéria penal, embora tenha sido historicamente despojado deste papel de centralidade, pelo menos até os primeiros lustros do século passado.<sup>4</sup>

---

2 Para uma visão geral das obras de ROXIN consulte-se a bibliografia apresentada in: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 76. Tradução e introdução de Luís Greco.

3 ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3.ed. Lisboa: editora Veja, 1998. p 34. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz.

4 Segundo Luís Greco, “cabe a Hardwig o mérito de ter retomado o conceito de imputação, sem que, entretanto, seu trabalho tenha tido maior eco na doutrina da época”. GRECO, op. cit. p. 48.

Com efeito, por longo período, a ideia de imputação esteve à margem das preocupações dos dogmáticos, talvez obscurecida pelas discussões que se travavam em torno do conceito de ação e do denominado dogma causal, conforme sugere Hardwig.<sup>5</sup>

O embate histórico entre o conceito natural-causalista de ação e a teoria da ação desenvolvida pelos finalistas ocupou espaço amplo nas discussões dogmáticas, ao longo de quase todo o século XX, relegando para segundo plano a elaboração sistemática de uma teoria da imputação, o que restou tarefa adormecida e, sob certos aspectos, impensada, pelo menos até meados da segunda metade do século passado.

Mesmo hoje, apesar dos esforços de tantos teóricos, a construção de uma teoria geral da imputação é tarefa inacabada, bem como é inacabada a construção de uma teoria geral da imputação objetiva.

De fato, não se alcançaram bases doutrinárias consensuais suficientes para sustentar uma construção sistemática completa acerca do tema da imputação, em geral, bem assim do tema da imputação objetiva, em particular. A problemática da imputação é, ainda hoje, objeto de muitas controvérsias, o que enseja o aparecimento de várias teorias da imputação, na atualidade destacando-se mais a vertente objetiva.

Quanto às várias teorias objetivistas se pode dizer que, cada uma a seu modo, busca uma compreensão total da imputação, corretamente situando-a no contexto mais amplo da dogmática penal mas, talvez porque muito se dediquem à problemática específica da imputação objetiva, podem dar a pensar que, solucionada esta, se esgote toda a questão da imputação em geral, o que, seguramente, não pode ser aceito.

Uma teoria que se ocupe da imputação objetiva, não pode se configurar como uma teoria geral da imputação. Esta última é mais ampla e deve estender-se até o juízo de imputação ao tipo subjetivo, apenas com a construção dogmática acerca deste juízo estaria completa uma teoria geral da imputação. A teoria que venha a se ocupar da imputação objetiva resta como um esforço parcial de compreender o fenômeno jurídico-conceitual da imputação e, para ser geral, terá que comportar também a análise da imputação subjetiva.

---

<sup>5</sup> Afirma Hardwig que “foram principalmente o dogma causal e o conceito de ação que provocaram a ruína da teoria da imputação”. HARWIG, 1952. apud GRECO, op. cit. p. 48.

É forçoso reconhecer que, posto constatada a existência de várias construções, várias vertentes teóricas sobre o tema da imputação objetiva, por conseguinte, se deve concluir pela existência de várias teorias da imputação objetiva.<sup>6</sup>

A polêmica que se travou neste campo particular da dogmática jurídico-penal está longe de alcançar consenso. Sob a mesma denominação se escondem pressupostos e conclusões que não podem ser reduzidos a uma explicação sistemática uniforme, já que cada uma das teorias funda-se sobre bases teóricas diversas, têm pontos de partida diversos e chegam a elaborações também diversificadas. Contudo, já assentamos que é no contexto do discurso funcionalista que, solidamente, se pode construir uma sistemática e adequada teoria da imputação objetiva.

Duas observações se impõem.

Por um lado, é de se lamentar a ausência de consenso em torno das teses fundamentais acerca da teoria da imputação objetiva o que, em ocorrendo, poderia colaborar para uma discussão mais focalizada, evitando-se a prejudicial dispersão da matéria. Seria esta uma vantagem inarredável da sistematização do pensamento dogmático sobre o tema.

À vista do dissenso, deve-se admitir que ainda está por vir uma construção sistemática completa sobre o tema, alicerçada em profundidade, construção que, se alcançada, poderá no futuro, como poderia desde já se existisse, ser norte seguro na interpretação e aplicação do direito penal, de forma mais consentânea com suas funções protetivas, preventivas e repressivas, em benefício de maior justiça material. Os doutrinadores, em quase todos os países em que tem lugar a discussão sobre a temática, são acordes em afirmar que ainda não se alcançaram a solidez e a clareza necessárias para se ter por acabada a tarefa de sistematização do saber dogmático em torno da questão da imputação.<sup>7</sup>

---

6 Para uma visão mais detalhada das várias vertentes teóricas acerca do tema da imputação objetiva, consultem-se GRECO, op. cit. passim; PRADO; CARVALHO, op. cit. passim. Consulte-se, ainda, a bibliografia indicada por estes autores.

7 A maioria dos penalistas que se ocupa do tema da imputação objetiva denuncia o estado de dispersão da matéria, mas se declaram esperançosos de que, as contribuições que oferecem somadas a outras mais trazidas por demais teóricos, venha a ocorrer a sonhada sistematização dogmática do tema, mesmo que, ao cabo dos esforços que empreendem, não consigam se desincumbir desta ingente tarefa. Por todos, veja-se GÜNTHER, Jackobs. Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal. São Paulo: RT, 2001. passim.

Por outro lado, ainda que por caminhos diferentes, as discussões têm servido para repensar a dogmática jurídico-penal sob os mais variados e frutíferos ângulos. Neste sentido, deslocou-se o interesse dos penalistas para o tema da imputação, concedendo-lhe merecido foro de centralidade.

Esta centralidade já tem se mostrado bem aceita entre os dogmáticos. Com efeito, assistimos, nas últimas décadas, a uma viragem que fez deslocar o centro da dogmática jurídico-penal, passando-se da centralidade dada aos conceitos de ação, causa... para se colocar no centro das discussões dogmáticas o tema da imputação, perspectiva inovadora e apta sustentar fundadas esperanças de que, no futuro, que não se quer longe, alcancem as aquelas discussões amplos desenvolvimentos.

Esta a vantagem da atual polêmica acerca da temática específica da imputação objetiva. Após ter sido colocada no centro das discussões doutrinárias, os dogmáticos, de uma forma ou de outra, não poderão mais escapar desta problemática: podem se posicionar a favor ou contra as teses defendidas pelas doutrinas objetivistas, mas não podem mais ignorá-las.

Este deslocamento do eixo de interesse dos teóricos é sustentado por uma convicção que Roxin bem sintetiza ao afirmar que

cada vez ganha mais terreno a concepção de que para o direito penal é menos importante averiguar se e com que requisitos se pode qualificar como 'ação' uma conduta humana, do que estabelecer quando e até que ponto se pode imputar como fundamento da responsabilidade, um resultado a determinada pessoa.<sup>8</sup>

Por isto, insistimos, é o sistema funcionalista aquele que melhor perspectiva sistemática oferece para se construir uma completa teoria da imputação objetiva. Neste sentido, eis uma tarefa de valia, que deve ser objeto de dedicação incansável do estudioso do direito penal: construir nova fundamentação de uma teoria jurídico-penal da imputação, à luz das finalidades e funções do direito.

Daí se poder afirmar que toda a dogmática penal resente-se da necessidade de se reestruturar, em bases funcionalistas. São as finalidades, concretizadas nas específicas

---

8 ROXIN, op. cit. p. 160.

funções exercidas pelo direito repressivo, que devem ditar os rumos da construção do sistema penal, portanto, deverá se este funcionalisticamente orientado.

Se é verdade que não está completa a elaboração de uma teoria geral da imputação, não é menos verdade que a afirmação da necessidade de uma interpretação teleológica do direito penal, atenta às funções por ele desempenhadas no amplo contexto do direito, é marco seguro que reputamos já alcançado, pela dogmática de inspiração funcionalista.

A partir desta pedra angular, ou seja, da convicção de que o direito penal há que ser interpretado e construído sob uma perspectiva teleológico-racional, os esforços teóricos dos dogmáticos devem se direcionar no sentido de refundar a teoria geral da imputação jurídico-penal, preservando-se uma interpretação holística do direito, e atentando para o fato de que a perspectiva funcionalista bem pode se prestar a sustentar as bases de uma necessária construção sistemática do problema da imputação. Em uma palavra: as bases teóricas reputadas adequadas e suficientes para o desempenho desta tarefa dogmática, a sistematização do tema da imputação, são aquelas apontadas pelo sistema funcionalista.

### **3. Causalidade e imputação objetiva.**

O conceito de causa, ao longo da história do pensamento ocidental, passou por um percurso bastante acidentado.

Com efeito, experimentou a ideia de causa reviravoltas conceituais, ocupando lugares categoriais diversos na evolução do pensar ocidental, ora sendo alçada à posição de conceito-chave e ponto de partida obrigatório das explicações filosófico-científicas, ora enfrentando críticas desconstrutivas reformulando-se, por força mesmo destas críticas, suas definições conceituais, reduzindo-se o alcance e a importância do dogma causal.

É preciso dizer que o conceito de causa variou sua posição na economia do pensamento filosófico em um ritmo lento: de conceito-chave da metafísica clássica, definida como força eficiente produtiva de um evento, apenas na Idade Moderna veio a

ter seu valor metafísico posto em cheque, por obra sobretudo de filósofos empiristas, com destaque entre estes para o pensador inglês David Hume.<sup>9</sup>

Desde o aparecimento das teses empiristas desenvolvidas por este eminente filósofo, passou o conceito de causa a ter como fundamento o hábito de relacionar idéias contíguas no tempo ou no espaço, não mais se pensando a relação causa/efeito como necessária, ou seja, como se fora uma determinada causa a força eficiente geradora de certo efeito, necessariamente daquela decorrente. Descobrir a causa de um evento, para Hume, não é descobrir a relação necessária que ocasionou o aparecimento de determinado efeito. Isto porque, posta a causa não se segue, necessariamente, seu efeito. A sensibilidade é que determina, pelo hábito, se há a relação causal, esta não é independente da percepção sensível do sujeito.

Recuperemos, *en passant*, a memória da evolução do conceito de causa, no Ocidente. Advirta-se que se procederá a uma rápida análise histórica do conceito de causa, porquanto este procedimento serve ao propósito deste trabalho, já que o tema da causalidade resta, ainda hoje, não integralmente solucionado, e somente nos ocuparemos daquela prometida análise histórica nos limites impostos por esta pesquisa monográfica. O tema é por demais extenso e importante, merecendo desenvolvimentos posteriores, fora dos limites desta pesquisa. Aristóteles, representando um dos momentos cruciais do pensamento filosófico clássico, elevou a noção de causa à *categoria de ser* que, ao lado de importantes outras, figurava como um modo fundamental do existir das coisas, de definição de seu ser essencial.

O pensamento aristotélico, com as adaptações impostas pela recepção cristã de suas doutrinas, no Medioevo, manteve-se como baluarte verdadeiro e seguro durante longos séculos, razão pela qual o conceito de causa veiculado naquele período, ou seja a concepção de causa como categoria do ser, gozou de grande prestígio, assim se firmando na tradição filosófica, pelo menos até a entrada da modernidade.

Na Idade Moderna, na esteira do ideário antitradicional propagado pelos pensadores iluministas, muitas teses filosóficas clássicas sofreram um processo de desconstrução total ou, tendo enfrentado severas críticas, viram-se obrigados seus

---

<sup>9</sup> Consultem-se, para rápida visão do pensamento de David Hume, excertos de suas obras, cuja coletânea foi publicada no Brasil, na coleção 'os pensadores', em obra citada na bibliografia geral.

defensores a homéricos esforços de reconstrução de suas bases, então solapadas e desprestigiadas, esforços estes nem sempre bem sucedidos. O conceito de causa, como tantos outros, não escapou das críticas acerbas dos modernos.

Coube ao já citado filósofo inglês David Hume, herdeiro e edificador da longa tradição empirista na Inglaterra, submeter a noção de causa ao crivo de sua penetrante análise epistemológica, descobrindo-o fruto de um hábito que se gera em nós, provocado seu aparecimento pela proximidade temporal ou espacial que, em geral, existe entre o efeito e aquilo a que atribuímos sua causa. Assim, para ele, deixaria de ser a causalidade uma categoria do ser, apresentando-se como uma idéia presente em nós por força da percepção habitual ao constatarmos uma relação entre algo anterior (causa) e uma ocorrência posterior (efeito). De categoria metafísica, como tal sustentada desde o aparecimento das teses aristotélicas até pelo menos o fim do período medieval, passa a causalidade a ser, após a ação crítica da navalha humeana, uma idéia complexa gerada empiricamente pelo hábito que regulamenta e organiza a sensação.

Immanuel Kant,<sup>10</sup> que pretendeu realizar uma total reconstrução crítica do saber filosófico, a começar precisamente pela análise das limitações das faculdades humanas para conhecer, mesmo reconhecendo que fora Hume quem o despertara para esta ampla atitude crítica, no que diz respeito à causalidade, não chega às mesmas conclusões a que chegara aquele filósofo inglês.

Com efeito, é a causalidade, no pensar kantiano, uma forma de nosso entendimento. Não é idéia gerada pelo hábito, mecanismo organizador da percepção. É a causalidade um modo de ser de nosso entendimento, um esquema que permite ao homem perceber uma relação possível de se estabelece entre fenômenos. A causalidade é, de novo, categoria, agora com contornos epistemológicos diversos, apresentando-se como forma própria do entendimento humano.

Seria longa a enumeração de outras vertentes conceituais que afetaram historicamente, no Ocidente, a evolução do conceito de causa, bastando estas que viemos

---

<sup>10</sup> Para que se tenha uma visão panorâmica mínima do pensamento de Immanuel Kant, bem como daquele elaborado por Aristóteles, recomenda-se leitura dos volumes dedicados a estes autores, publicados pela editora Abril, como parte da coleção 'Os pensadores'.

de expor para que se compreenda que, quanto ao tema da causalidade, não se poderá falar em existência de consenso filosófico.

O conceito de causa é, portanto, equívoco e, como tal, foi interpretado das mais variadas formas pelos filósofos, ocupando lugares e importância bem diversificados na economia do sistema de pensamento por eles construído.

A mesma afirmação, ou seja, a inexistência de consenso, vale para a noção de causalidade veiculada pelas ciências naturais.

Após o aparecimento das doutrinas quânticas e da relatividade, isto para não falar de outras hodiernas, a noção de causa, no âmbito das ciências ditas naturais, tem se firmado *como previsibilidade da ocorrência de determinados eventos*, abandonando-se a antiga certeza científica tradicional que cercava a noção de causa *como força eficiente e determinante da ocorrência de efeitos necessários*.

O paradigma científico tradicional estabelecia que um acontecer tem causas certas, definidas segundo leis naturais, leis que a ciência deve buscar descobrir, sendo a descoberta da regulação dos fenômenos o objeto e o fim principais de toda ciência.

Na dogmática penal, coube ao sistema causalista, ou causal-naturalista, ser o herdeiro direto do conceito de causa defendido pelo paradigma científico tradicional, ou seja, aquele que definia causa como força eficiente produtora de um resultado necessário.

Por isto, o problema da imputação, naquele sistema, se esgotava, com suficiência, na análise do tema da causalidade. Revestia-se de importância teórica o debate em torno do conceito de ação-causal, ou seja, trata-se de descobrir aquela ação que fora força eficiente produtora de resultado incriminado pelas normas de direito repressivo, ficando assim decidida a imputação penal.

O sistema finalista, fundando-se sobre novo conceito de ação humana, ação esta insusceptível de ser determinada por leis naturais, traz outros contornos para o conceito de causa em matéria penal, introduzindo-se na dogmática discussões relativas ao poder de regência da vontade humana, como força orientadora da realização de finalidades, atributo peculiar do agir humano. Compreende-se que um tal sistema penal, quanto ao tema da imputação, mais propendesse a valorizar seus aspectos subjetivos, já que perscrutar a direção imposta pela vontade à ação humana é tarefa que não pode prescindir

da descoberta das motivações subjetivas desta mesma ação, motivações volitivas estas que impulsionam a realização dos fins anteriormente previstos pelo agente.

Por sua vez, as doutrinas objetivistas, reconhecendo a insuficiência da relação de causalidade para decidir o juízo de imputação penal, trouxeram novas luzes ao tema da imputação objetiva. Não é a descoberta da relação causal que decide o juízo positivo de imputação objetiva. A mera causação não é, por si mesma, imputável. Somente a causação típica é penalmente imputável. E mais, a análise da causação típica deve ser orientada por critérios objetivo-normativos de atribuição de uma conduta ou de um resultado a determinado agente causador.

Constata-se que se operou, com o advento das doutrinas objetivistas, um giro da dogmática da imputação em direção a seus aspectos objetivos, superando-se a anterior posição finalista dominante, que supervalorizara seus aspectos subjetivos.

Como se vê, referências ao debate filosófico e científico não devem ser tidas para os penalistas, de modo algum, por desnecessárias, sobretudo quando o debate transcorre em torno de noções como as de causa e causalidade.

No âmbito do direito penal, a teoria do delito, sabidamente parte fundamental da dogmática, desenvolveu-se sob o influxo de idéias e doutrinas filosófico-científicas que, ganhando *status* e corpo doutrinário próprios, se tornaram dominantes nos diversos períodos históricos de sua elaboração.

De se reconhecer que há uma relação de proximidade entre as soluções filosóficas e científicas e aquelas encontradas, em muitos campos, pela dogmática jurídico-penal.

Assim, se conhecidos os pressupostos filosófico-científicos de uma determinada vertente dogmática, mais fácil será não somente lidar com seus conceitos, mas também fundamentá-la ou rejeitá-la com eficiência. Daí, também para os penalistas, a inequívoca utilidade teórica das referências históricas ao aparecimento e desenvolvimento dos conceitos em ambiente filosófico-científico.

O fato de inexistir consenso filosófico-científico em torno dos conceitos de causa e causalidade não obsta o aproveitamento dos resultados dos debates teóricos que em torno destes se travam, resultados que são de reconhecida fecundidade para a dogmática jurídico-penal.

Certo que, segundo se siga esta ou aquela corrente teórica, poderão variar as soluções dogmáticas apresentadas, mas certo é também que a própria existência de discussões conceituais gera maior exigência de fundamentação das soluções encontradas, propiciando um enriquecimento das temáticas e do conteúdo de todo o arcabouço sistemático.

Deste modo, cabe também ao dogmático o enfrentamento específico de temáticas filosófico-científicas, sobretudo daquelas que fazem fronteira com as respostas exigidas pela dogmática penal que pretenda construir. Tudo isto sem desesperar-se da ausência de consenso e, sobretudo, sem se arvorar em construtor de verdades que forcem o inexistente acordo de opiniões.

No fundo, no âmbito da ciência do direito penal, deve ocorrer não mera instrumentalização dos saberes derivados das fontes filosófico-científicas, mas o repensar de conceitos ali colhidos, no âmbito próprio do saber dogmático-penal.

Neste sentido, é preciso que o dogmático, a par de conhecer e refletir sobre os desenvolvimentos conceituais ocorrentes no campo filosófico e científico, também se posicione criticamente quanto à adoção deste ou daquele conceito, emitindo juízos de valor e esclarecendo, o quanto possível, a matriz doutrinária das idéias por ele aceitas ou, de algum modo, por ele reformuladas para servir a seus objetivos específicos.

Neste sentido, assiste razão a Roxin quando, após reconhecer as controvérsias existentes sobre o tema da causalidade, pensa poder afirmar que, mesmo sem a desejada precisão, o uso da terminologia causal não prejudica a aplicação prática do direito.

Com efeito, reconhece este autor que, embora a “força eficiente”, que poderia ser chamada de essência da causalidade, ainda não tenha sido descoberta pela ciência ou filosofia, o juiz sabe que não precisa verificar a existência desta “força causante”, “mas sim de regularidades segundo leis, para cuja descoberta ele pode recorrer aos conhecimentos das ciências naturais”.<sup>11</sup>

De se reconhecer, na esteira do pensamento roxiniano que, os conhecimentos filosófico-científicos, que são historicamente enraizados, ainda não chegaram a uma explicação cabal do fenômeno da causalidade, nem se pode, com segurança, antever se

---

11 ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: 2002, Renovar. p. 272. Tradução e Introdução de Luís GRECO.

isto ocorrerá. Este fato, contudo, não dispensa o dogmático ou o aplicador do direito de conhecer as contribuições e desenvolvimentos teóricos acerca do tema, recorrendo, para tanto, ao cabedal de conhecimentos historicamente disponível.

Eis porque é também tarefa do dogmático participar do debate filosófico-científico, auferindo de suas incursões neste debate, soluções mais consentâneas para as problemáticas enfrentadas por ele, no campo específico da dogmática penal.

O tema da causalidade, em especial, reveste-se de grande importância para as construções jurídico-penais e, dentre estas, muito interessa à dogmática penal.

Em suma, posto que a teoria do delito sofreu, ao longo de sua acidentada história, influxo de variadas concepções filosóficas e científicas, devem os doutrinadores conhecer estas inegáveis influências. Somente decifrando as concepções subjacentes às diversas construções dogmáticas é que tanto os dogmáticos quanto os aplicadores do direito poderão se furtar à adoção ou defesa de teses enganosas e desconexas com a realidade histórica, própria do tempo em foram construídas. Urge que o penalista participe do processo histórico de construção do saber jurídico-penal como um todo, sem desprezar o fato de que construir um saber dogmático isolado, para além de não ser criticamente possível, é um despropósito científico.

Por isto, ainda que brevemente, devem ser buscados os contornos de algumas noções de causa que fizeram história no âmbito da dogmática penal, com o que se confirma que o debate sobre o tema da causalidade é, ainda hoje, intenso e aberto.

Porém, antes de enfrentarmos as implicações das teorias da causalidade em matéria penal resta, por fim, lembrar que uma teoria geral da imputação, já desde as inarredáveis conquistas trazidas pelos finalistas, não comporta apenas a análise da causação de um resultado. Por isto, já se afirmou que a mera causação não decide o juízo de imputação.

Neste ponto crucial firmam-se as doutrinas objetivistas suas raízes críticas. Com efeito, as doutrinas objetivistas quando estendem ainda mais os horizontes do juízo de imputação, sobretudo ao pretenderem desenvolver uma dogmática que sistematize os princípios e critérios regentes da imputação ao tipo objetivo, rejeitam a mera causação como descoberta suficiente para preencher o juízo de imputação objetiva.

Neste diapasão, para estas doutrinas, causar um evento jurídico-penalmente relevante é apenas um dos requisitos para que uma determinada conduta ou um determinado resultado sejam típicos e, procedimentalmente falando, é apenas o primeiro momento de análise do processo total de imputação, que deverá prosseguir, guiado por outros critérios que venham a confirmar a atribuição da conduta ou do resultado lesivos ao agente causador (juízo positivo de imputação objetiva) ou que permitam excluir a atribuição destes ao agente causador (juízo negativo de imputação objetiva).

Eis porque, por um lado, se deve admitir a existência de princípios e critérios positivos de atribuição, que permitam atribuir a alguém, como obra sua, uma conduta ou o resultado lesivos e que sejam jurídico-penalmente relevantes. Eis também porque, por outro lado, se pode falar em critérios negativos da atribuição, que excluam a imputação ao tipo objetivo.

No fundo, os princípios e critérios regentes da imputação objetiva têm dupla face, uma positiva outra negativa da atribuição, mas todos servem a um propósito definido: guiar, nortear e decidir o processo de imputação ao tipo objetivo, depois de alcançado e decidido o nexos de causalidade.

Por isto, para que se complete a análise do processo de imputação, para além da constatação da relação causal, necessária a mediação de princípios e critérios de atribuição de certa conduta ou de um resultado a determinado autor e da qualificação da causação como evento típico jurídico-penalmente relevante.

Ser ou não ser a conduta ou o resultado relevantes, do ponto de vista jurídico-penal, dependerá da análise de princípios e critérios objetivo-normativos que assim os caracterize. *As doutrinas objetivistas buscam precisamente isto: identificar e dar tratamento sistemático a tais princípios e critérios delimitadores do juízo de imputação ao tipo objetivo.*

Vê-se que o tema da causalidade não é, nem de longe, o único problema da imputação. É apenas a primeira e espinhosa fase de análise de um complexo processo. Como parte da teoria da imputação, a identificação da relação de causalidade é a primeira e fundamental condição para se avançar em direção a outros critérios objetivos de atribuição de uma conduta ou de um resultado ao agente já identificado como causador. Somente o agente causador pode, em tese, merecer a reprimenda penal, sabendo-se que

esta só deverá ser aplicada se se completar o juízo positivo de imputação e após regular processo, *nulla pena sine imputatio, nulla pena sine processum*.

Diríamos que, *decidido o nexu causal, o ato de imputar uma conduta ou um resultado a alguém passa por um crivo normativo posterior*, ou seja, deve ser submetido aquele acontecimento causal a critérios outros de imputação, repita-se, critérios objetivo-normativos. São as doutrinas objetivistas que conseguem apontar os princípios e critérios objetivos aptos a conduzir o processo de verificação do juízo de imputação penal objetiva.

Contudo, deve ser dito, uma teoria da imputação objetiva deve se pautar pela consciência de seus limites. Como se depreende das considerações acima, não poderá uma adequada doutrina objetivista se firmar como uma teoria geral da imputação, embora seja um seu momento decisivo. Também não se reduz à identificação da existência de um acontecimento causal, já que a mera causação de um resultado, nos delitos comissivos, não decide de per si a realização do tipo objetivo.<sup>12</sup>

A tarefa própria de uma teoria da imputação objetiva é *estabelecer mecanismos de imputação que contribuam para uma qualificação de certo evento causal sob o prisma normativo*, apontando sua relevância jurídico-penal.

Os princípios e critérios descobertos pelas doutrinas objetivistas para cumprir esta tarefa, como já se afirmou, apresentam-se em dupla face, agindo positiva ou negativamente para ou confirmar a atribuição ou excluí-la, tudo de um ponto de vista normativo orientado pelas escolhas da política criminal.

Como se vê, para se decidir o processo de imputação objetiva, primeiro passo é verificar se há o nexu causal. Mas a verificação da ocorrência deste nexu, não é suficiente para se formular completo juízo de imputação.

Portanto, não basta a identificação do acontecimento causal, devendo-se avançar para além da causação, para que se completem as fases de análise do processo de imputação. Mas, nunca é demais lembrar, com isto não se evita o tratamento do complexo tema da causalidade. Uma conduta, ou o que dela resulte, só poderá ser

---

12 ROXIN, op. cit. p. 277.

imputado a algum agente se pelo menos este a tiver causado, de algum modo. Subsiste íntegro o problema da causalidade e, com ele, todas os debates que o rodeiam.

Há quem defenda que os princípios e critérios de imputação objetiva seriam limitadores do nexos causal destinando-se, por ora, a corrigir e, no futuro, a substituir a verificação da causação. Neste sentido, os defeitos de que padece o conceito de causalidade, que patrocinam indevida extensão da atribuição, seriam disciplinados pelos critérios de imputação objetiva.

No mesmo sentido, com maior radicalismo, costuma-se afirmar que a ‘teoria’ da imputação objetiva “... tem o destino de substituir, no futuro, a causalidade material.”<sup>13</sup>

Não compartilhamos desta posição doutrinária no tratamento do tema da imputação. As *doutrinas objetivistas não são teorias da causalidade e sim da atribuição de eventos causados a determinado agente causador*. O tema da causalidade subsiste nas aquelas doutrinas como pressuposto da imputação, não se avistando os horizontes de seu desaparecimento. Mesmo porque só se deve atribuir a alguém certa conduta ou determinado resultado se, pelos menos, aquele agente os tenha causado.

A teor das teses anteriormente esposadas, não se pode falar de uma substituição do nexos de causalidade, sem prejuízos para qualquer construção teórica da imputação. Nem a identificação da causalidade material, no futuro ou no presente, será substituída, devendo ser admitido apenas que podem variar seus conceitos, já que historicamente construídos.

Em suma, é forçoso reconhecer que *uma teoria da imputação objetiva não é uma teoria da causalidade e, como tal, tampouco pode substituir a análise da causação. É sim parte de uma teoria geral da imputação ou da atribuição que, guiada por princípios e critérios objetivo-normativos, busca decidir se uma causação, já anteriormente constatada, pode ou não receber a qualificação de causação típica*.

Por fim, cremos valha para as construções teóricas da imputação objetiva, o que Roxin dissera ao avaliar a teoria da adequação de Mezger,

ela não diz quando uma circunstância é causa de um resultado, mas ela procura responder à pergunta quanto a que circunstâncias causais têm importância para o Direito e podem ser imputadas ao autor.<sup>14</sup>

---

13 JESUS, Damásio Evangelista de. Imputação Objetiva. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XVII.

Em uma palavra, insistimos: é, pois, uma teoria da imputação objetiva não uma teoria da causalidade, mas da atribuição de uma causação a determinado agente como causação típica e evento jurídico-penalmente relevante.

#### **4. Considerações finais.**

Se assim é, dois pontos importantes devem ser fixados.

Uma teoria da imputação objetiva *não é teoria causal*, não sendo apta precisamente por isto, nem no presente, nem no futuro, a substituir a análise da ocorrência ou não da causalidade material.

Uma teoria da imputação objetiva, posto verificado onexo causal, ocupar-se-á de *qualificar os acontecimentos causais*, decidindo sua relevância para o direito penal, sempre de uma perspectiva normativa, com atenção posta nos fins que legitimam a existência do direito repressivo e nas regulações de direção apontadas pela política criminal.

Permanecendo a necessidade de se analisar o nexo de causalidade, como primeiro passo na análise do processo total de imputação, segundo cremos, não poderão os dogmáticos escapar das controvérsias que envolvem as discussões sobre o denominado dogma causal.

Contudo, apesar das longas e profundas discussões dogmáticas, pensamos que ao se falar em causa, no âmbito do direito penal, não se quer pensar o conceito apenas filosófica ou cientificamente.

Se é verdade que os debates sobre o conceito de causa, travados fora do ambiente jurídico-penal, podem esclarecer as reflexões dos penalistas, não é menos verdade que falar em causa, no âmbito da dogmática penal, é falar no sentido que tem aquele conceito para o conhecimento espontâneo e ordinário de todos os homens: uma relação de antecedente/conseqüente logicamente justificada, substituindo-se a lei causal necessária

---

14 ROXIN, op. cit. p. 304.

(pesquisa própria das ciências naturais) por critérios de probabilidade limitada normativamente.<sup>15</sup>

Em fim, no âmbito da dogmática penal, reputamos nova a função da relação causal após o advento das doutrinas objetivistas. Não se trata agora de descobrir a relação necessária entre antecedente/conseqüente, mas de submeter à análise, por meio de princípios e critérios normativos, a relação causal logicamente descoberta.

Na verdade, a descoberta do nexa causal limita o juízo máximo de atribuição, já que somente se pode imputar o que pelo menos tenha sido causado pelo agente mas, além de sua identificação, o que de fato decide o juízo de imputação objetiva são, de um lado, os princípios e critérios normativo-objetivos apontados pelas doutrinas objetivistas e, de outro, o aperfeiçoamento da imputação ao tipo subjetivo.

## 5. Referências Bibliográficas.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *La exclusion de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (Imputación a la Víctima)*. In: AA.VV. *Estudios sobre la teoría de imputación objetiva*. Buenos Aires: AD-HOC, 1998.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal – Parte Geral*. Vol. I. São Paulo: Forense Editora, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Imputação objetiva: O que é isso?* Disponível em: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), acesso em 21/05/2009.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio de. *A Doutrina Brasileira e a Teoria da Imputação – Alguns posicionamentos*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, acesso em 5 de outubro de 2001. Disponível em: [www.damasio.com.br/novo/hltn/frame artigos.htm](http://www.damasio.com.br/novo/hltn/frame_artigos.htm). Acesso em 3 de outubro de 2008.

---

15 DE LA CUESTA AGUADO, op. cit. p. 4.

JESUS, Damásio Evangelista. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

KÖSTER, Mariana Sacher de. *La evolución del tipo subjetivo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

ORDEIG, Enrique Gimbernat, *Delitos qualificados por el Resultado Y Causalidad*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramos Areces, 1990.

PRADO, Luís Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado – Uma Aproximação Crítica a seus Fundamentos*. São Paulo: RT, 2002.

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: De Spinoza a Kant*. Trad. Ivo Storniolo. Rev. Zolferino Tonon. São Paulo: Paulus, 2005.

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Do Romantismo ao Empirio-criticismo*. Trad. Ivo Storniolo. Rev. Zolferino Tonon. São Paulo: Paulus, 2005.

ROXIN, Claus, *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. Tradução de Luís Greco.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Veja: Lisboa, 1998, 3. ed. Tradução

ROXIN, Claus. *Tem Futuro o Direito Penal?* In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, número 790, pp. 459 – 474. agosto/2001.

TERRAGNI, Marco Antonio, *Causalidad e imputación objetiva en la doctrina y la jurisprudencia Argentina*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

WELZEL, Hans, *Direito Penal*, Trad. Dr. Afonso Celso Resende. Campinas: Ed. Romana, 2003.

## HÁ ETHOS SEM VIOLÊNCIA?

*Bernardo G.B. Nogueira<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O texto pretende tratar de problemas éticos em um entrelaçamento filosófico-literário no qual as linguagens filosófica e literária intercambiam na tentativa de narrar com acuro o que se entende por ética e evidenciar uma possível apreensão ideológica violenta a partir do medo instaurado na construção cultural.

**Palavras chave:** ética, violência, medo.

## ¿HAY ETHOS SIN VIOLENCIA?

**RESUMEN:** El artículo pretende abordar las cuestiones éticas en un enredo filosófico-literario en el que las lenguas de intercambio filosóficos y literarios en un intento de narrar con precisión el qué se entiende por la ética y la evidencia de un posible toma violenta ideológico del miedo criado en la construcción cultural. Palabras clave: ética, la violencia, el miedo.

**Palavras-claves:** etica, violencia, miedo

Este breve relato deveria e se prestará a dizer a respeito de um outro lado do pensamento ético que, por vezes, e na maioria das vezes, não é explorado, talvez por medo. Aliás, é com alguma consideração sobre essa questão que iniciamos essa digressão sobre o problema da ética visto sob um prisma ideológico. Ética que está por detrás daquilo que chamamos ética. O medo, o esclarecimento e um novo olhar sobre a ética são nossos objetivos para esta reflexão.

Em uma fala realizada na Estoril Conferences, Mia Couto, escritor moçambicano, disse algumas palavras sobre o medo em seu texto nominado: “Morar o medo”. Após ouvi-las, não consegui delas me desvencilhar e o acaso acabou por trazê-las para dentro deste texto. Em sua exposição, disse dos binômios que criam medos, disse das fábulas sobre o medo que, porventura, são bem maiores e mais reais que o próprio medo.

---

<sup>1</sup>Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em direito pela Faculdade de direito da Universidade de Coimbra. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

O medo que povoa o imaginário do homem, por vezes, é mais atroz do que aquele que o mesmo homem pode produzir. Temos, em muitas das vezes, o medo a instaurar uma forma nossa de existência. Presenciamos com essa ideia a criação de mitos e a criação destes mitos a justificar atitudes extremamente difíceis de serem explicadas. Lembro aqui, para falar de maneira contemporânea, a guerra contra o terror de Bush, e para dizer no nosso país, em tempos mais passados, a luta contra o comunismo. Todos estes problemas hauridos de um medo criado/inventado, um do terror, o outro, o comunismo, e por essa via do medo, todas as ações acabam por se justificar.

Trouxe essa questão do medo para que a partir dela comecemos nossa análise daquilo que quis chamar a ética por detrás da ética. Ainda dentro do texto de Mia Couto, o autor nos diz que o medo foi a ele seu primeiro mestre e também que esse medo lhe foi ensinado, no sentido de que deveríamos temer o desconhecido. Por aqui, já podemos iniciar nossas reflexões. Ora, temos uma educação que realmente nos ínsita a temer aquilo que a nós não é dado a conhecer, e pior, quanto mais distante, mais respeitado, mais temido. Criam-se paradigmas de pensamento a partir de uma ideia de ideologia do medo, uma opressão que degenera a possibilidade do humano: o de ser projeto livre. É por essa via que se justificam ideologias opressoras. Ideologia no sentido negativo, no sentido que levantou Karl Marx ao dizer que um pensamento ideológico encontre a possibilidade de voltar-se contra o *status quo*. Como diria Žižek, psicanalista e filósofo esloveno, essa ideologia no sentido negativo, seria aquilo que encobre o real. A impossibilidade de mirar os acontecimentos fora de uma situação imposta.

Em nossa ideia, o medo, criado por artifícios vários, sejam econômicos, jurídicos ou políticos, torna a existência das pessoas menor. Essa menoridade foi exposta por Immanuel Kant quando conclamou os homens a tornarem-se ilustrados e, portanto, livres para o pensamento - o que lhes permitiria uma existência autônoma. Pensar a partir de si e com liberdade é o que Kant chama de saída da menoridade. O medo então seria essa venda que é colocada nos homens a impedir uma existência autêntica, livre e ética. Pois, a ética seria uma das formas de libertação dessa opressão a que vimos aludindo neste texto. A explanação acerca disso aparecerá ao fim do texto.

Mia Couto diz que “o medo foi o mestre que mais o fez desprender”. Nesse sentido, as impossibilidades do medo causam ao ser humano talvez o crime que de certa forma pode ser considerado o mais violento. Não permite ao homem se desprender de sua situação - seja ela qual for - e alcançar voos que não podem ser previstos. Está aí a

chave para a criação de políticas opressoras e a nosso ver, extremamente desligadas daquilo que é ético. Anunciar que aquilo que não é conhecido deve ser temido é retornar a um pensamento que teve muita locução na Idade Média, quando a Igreja Católica anunciava e criava mitos de várias montas. Criação de mitos que vinham acompanhados da criação do medo, e que por sua vez, tiveram como consequência a imposição de atrocidades que não precisamos dar conta aqui. Evidente que não restringimos nossa fala sobre o medo aos episódios que envolveram a Igreja Católica, esse exemplo, contudo, serve para ilustrar um dos momentos de opressão do homem pelo homem, sob o julgo de mitos e medos.

Desvecilhar do medo seria, portanto, um dos primeiros passos para uma existência plena do humano. Platão, no mito da caverna, também simbolizava aquilo que estamos a nos referir. Os homens viventes dentro da caverna não tinham coragem para transpor o subsolo e deixarem as sombras para trás. Isso é uma escolha a que nos devemos questionar: o medo ou a audácia de se entregar ao novo? É claro que essa resposta não poderá ser dada antes mesmo que nos lancemos à experiência, não podemos, por nossa condição humana e finita, prever os acontecimentos. Somos seres de escolhas. Diferentemente dos deuses, os homens estão lançados no mundo e são questionados a cada momento, e, como sabido, ao escolher, deixamos para trás todas as outras possibilidades diferentes da nossa escolha. Isso nos coloca uma questão extremamente ética, pois, essa escolha trágica, importa influenciar o caminho de todos os outros que conosco partilham a existência. A ética seria aqui uma forma de existência trágica.

Ainda sobre essa questão do medo, da ideologia e das violências que isso pode causar, irei me voltar mais uma vez para Zizeck e também para Bertold Brecht. Aquele filósofo nos ensina que existe uma distinção entre as formas de violência. Uma delas é a violência subjetiva, violência que por mais das vezes é aquela que atacamos comumente. Se, porventura, dentro de nossa sala de aula ou em nosso trabalho somos surpreendidos por uma ação que imprime um corte na situação dita normal, estamos a sofrer uma violência subjetiva. E é ela que estado, escolas de direito e poder judiciário de uma forma geral estão a combater. Contudo, a violência possui, em acordo com o autor, ainda uma outra face, qual seja, uma face simbólica. Nesse sentido, e o qual nos interessa diretamente, temos as expressões de violência em nossa sociedade. Por exemplo, quando nos referimos aos alunos em sala de aula, falamos “os alunos”, mesmo que ali tenham mais mulheres do que homens. Essa opressão da língua é uma das

formas que imprimem as diferenças que permeiam nossa sociedade e nos permitem detectar essa violência simbólica, que irá desembocar na ideia de violência subjetiva. As formas como nos relacionamos com os outros, os binômios vários que distinguem as pessoas geram uma sociedade egoísta e que não se importa com o outro. O olhar doado ao outro é que deve ser tratado, a violência simbólica é uma forma de mirar o outro de maneira distinta da ética. Quando os conceitos antecipam a pessoa nosso encontro fica por si só prejudicado. Isso é uma evidência.

A outra forma de violência seria a violência objetiva, que na verdade é a estrutura na qual nos encontramos. Essa estrutura que é a imposição estatal de uma sociedade estratificada e extremamente dividida que causa a ideia de violência objetiva. Bertold Brecht possui uma fala que nos explica exatamente o que significa essa violência, e ainda, ilustra o ponto em que devemos agir. Parece que combater apenas a violência subjetiva não é o bastante. Brecht diz: "Do rio que tudo arrasta, diz-se que é violento. Mas ninguém chama violentas às margens que o comprimem". E com essa fala explicamos essa ideia. Quando falamos que as águas são violentas, estamos a nos equivocar, ou não estamos a perceber, de fato, o problema. Não é a água do rio que é revolta ou violenta. São as margens que oprimem as águas tornando-as revoltas e violentas.

Esse ensinamento ético traz aqui uma reflexão à forma como o humano construído pela ideologia do medo se coloca ante o mundo. Ora, para este indivíduo, não há uma visão por de trás do conceito, a nomenclatura imposta já nos diria tudo sobre o que é e não. Há aí, portanto uma forte alusão às duas formas de violência que são impostas: a violência simbólica, pois enquanto alienado dentro de um *a priori* lingüístico, não consegue perceber os símbolos de poder a que está submetido. À essa forma de existir Heidegger chamaria inautêntica. Sofre-se também de violência objetiva, quando a estrutura à qual está a servir torna sua colocação no mundo pré-determinada. A margem da existência conceitual, herança moderna, torna-o quase um fantasma perante o outro. E se não há uma relação para além das amarras conceituais, não há, em verdade, uma relação humana. Como resolver isso? Essa seria uma pergunta que imediatamente nos saltaria aos olhos. Ora, uma não resposta a isso importaria assumir vidas sem vidas, vidas sem humanidade, relações esvaziadas de sentido, vidas desperdiçadas.

Assim, a violência simbólica atua junto com a violência objetiva. A estrutura – a que comumente chamamos sistema – sufoca o humano preso ao conceito, por jogos de

linguagem, que é ao mesmo tempo violência simbólica, e que vem em forma de “preconceitos” trazidos por toda uma sociedade que se moldou sob a égide do engodo e da confusão primeva do conceito abstrato e moderno.

“Uma invisível mão roubava-me minha coragem de viver e audácia de ser eu mesmo”. Esse novo dito de Mia Couto, toma-nos de repente, pois, parece que o medo que castra o homem, não permite a esse mesmo homem transcender as imposições opressoras a que as ideologias acima descritas nos emprestam. Mais uma vez, a ideologia do medo. O medo como essa “invisível mão”, assola a existência do humano, e atentemo-nos, nosso maior medo é o outro, e o motivo é simples: ele não pode ser alcançado por nossa objetivação, por nossa conceituação. O outro nos toma de dúvidas e im-possibilidades, ele é, então, maior que nós mesmo.

Às questões que acima aludimos queremos responder com o pensamento do filósofo francês Emmanuel Lévinas. A estrutura de opressão e de medo que ilustramos com Zizek e com Mia Couto, de certa forma podem ser combatidas com a ideia ética deste autor. Como dissemos, o medo criado é extremamente maior do que de fato existe. Estamos aqui no terreno, se quisermos, do problema da imaginação, poderia ela ser produtora, ou, contraproducente. Ética ou não. Portanto, enfrentaremos o problema do medo e das violências simbólica e objetiva sob a perspectiva ética do autor agora em questão.

Se o problema é o medo, seja ele real ou criado, estamos no campo de percepção do outro. Ora, um medo só poderá partir e surgir a partir do outro, daquele que não conhecemos, daquele infinito que nos assola em nossa subjetividade arrogante de “eus possessivos”. O rosto do outro imprime em nossa existência um terror que o homem por vezes não suporta. O medo, como nos falou Mia Couto, daquilo que não conhecemos. Perceber essa distância é tarefa simples: faça o exercício de observar alguém a partir de seu rosto. Enquanto tentamos descrever o rosto, percebemos uma infinidade de questões que não podem ser absovíveis – sentimentos, fracassos, realizações, insucessos. Todos são elementos que compõem a história daquele rosto, que, além do mais, possui um porvir também inserido nele, ou seja, tem aquilo que aquele rosto pode vir a ser. Ele é possibilidade, e isso, definitivamente é inalcançável!

No sentido que estamos a pensar, qualquer tentativa de absorção e entendimento do outro, é ela mesma uma violência, simbolizar o outro é uma forma de conceituá-lo, uma forma, portanto, de torná-lo dentro de um conceito que podemos entender, sem perceber assim, que aquele conceito não abarca o todo que o rosto é. Assim, a violência

simbólica que é impressa aos homens dentro das tabelas conceituais, que chama-se também nomeações, é flagrante quando por essa via os nominamos. Toda a existência por trás da ética está colocada nessa forma pré-concebida e violenta de pensar esse indivíduo, que agora não é mais um humano, uma pessoa, mas sim, o conjunto das caricaturas que foram criadas para dizer o que ele é, e pior, o que ele deve ser.

Esse é um problema ético fundante. Fundante como é a filosofia, que interroga os inícios e quando procede assim, toca o cerne de nossa questão: Que tipo de ética deve ser a que enreda o humano? Uma ética fundada nessa estrutura pré-concebida, violenta e conceitual, ou ainda, uma ética que entende, ou não entende o humano e o permite enquanto infinito? Nossa resposta aponta para a ideia de Lévinas como uma maneira de superar esse paradigma que se diz ético, mas que, em verdade, é violento enquanto conceitual e reduz o humano. Reduz seu raio de atuação quando cria o rótulo conceitual e, diante daí, é instaurado um raio de atuação, um estilo de relação, um modelo, uma estrutura, dentro da qual cabe ao objeto do conceito existir. Assim, há uma anulação da pessoa em detrimento do conceito, não ver a outra face é, desde já, violentar o humano. O simbólico e o objetivo violento se misturam e fica impossível procurar uma forma outra de relação e relacionamento.

Entregar-se ao outro é o imperativo ético de Lévinas. Essa utopia, que endereça o homem a um patamar de santidade, é o núcleo fundamental do pensamento deste autor e a forma que entendemos ser possível responder aos problemas que aqui colocamos. É preciso atentar que estamos a problematizar algo *a priori* na relação do servidor público. Não estamos a questionar os problemas que nascem da relação administrador e administrado, não. O problema é de cunho nascente, ou seja, a preocupação é com a violência que o servidor recebe em sua existência pessoal, fora dos limites de seu espaço de trabalho, que, ademais, atentemos: é um espaço público e isso gera muitos dos problemas ínsitos à violência simbólica e objetiva. Assim, pensar o servidor de maneira a antecipá-lo em sua colocação seria uma forma de não se entregar às violências aludidas. Esse dizer se funda na ideia levinasiana de que o outro tem precedência sobre mim e que não posso alcançá-lo em minha própria conceituação, a partir de minha própria visão. Aceitar o outro em sua indefinição, este seria o caminho que propomos para essa reflexão. O outro não é um conceito, e ao procedermos assim, qualquer ato que o subjulgue em sua humanidade não seria aceito, não seria um agir ético. Ética aqui figura como aceitação, como aceitação da diferença, do outro, de sua infinitude.

Assim, o outro não poderia ser uma justificativa para minhas ações maléficas, pois ele me antecede no existir, e de maneira mais radical, só existo a partir dele, por seu intermédio e por sua causa. O medo do outro permitiu que fossem criados os armamentos nucleares mais potentes, as guerras mais desmedidas e o desamor que reina entre os homens se funda nesse medo do outro. Há que se ter uma nova visão sobre esse outro para que o medo deixe de ser o que separa os homens e passar a ser aquilo que os aproxima enquanto seres que comungam e partilham o mesmo mundo. O dizer não seria tampouco o de tolerância, não devo “tolerar” o outro, devo recebê-lo em ovação, em hospitalidade total, sem condicionamentos.

Demos um passo atrás para pensar o humano por trás dos conceitos, esse é já um grande feito. O humano, ao dar um passo atrás e ao retornar à sua posição original não é mais o mesmo, perdeu ou ganhou em sua reflexão. Esse foi o nosso objetivo, dar um passo atrás e ver além dos olhos, da boca e do nariz dos homens e mulheres, queremos investigar sobre seus corações, sobre aquilo que constitui o humano enquanto humano, mais do que as maquilagens que usamos para proteger as olheiras casusadas por uma noite mal dormida. O imperativo do rosto do outro aqui comparece como fundamento desta reflexão – o outro não tem face, miremos sua nuca, que é indefinida, e a ela nos permitimos sem maiores nem menores privações. Quando identificamo-nos pelo conceito é o fim de qualquer tratamento ético. É o encerramento do humano e o nascimento do abstrato sem cor. Perguntar sobre a forma de tratar-se enquanto humano é se decidir pela sua própria existência: homem ou máquina? Eis a nossa questão.

### **Referências bibliográficas:**

COUTO, Mia, *Morar o medo*, conferência, disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=ao-QKp9qnQ>, acessado em 28/12/2013.

KANT, Immanuel, *Resposta à pergunta: O que é o Esclarecimento?*, disponível em: [http://ensinarfilosofia.com.br/\\_pdfs/e\\_livors/47.pdf](http://ensinarfilosofia.com.br/_pdfs/e_livors/47.pdf), acessado em 28/12/2013.

LEVINAS, Emmanuel, *Ética e Infinito*, Editora Edições 70, Lisboa.

ZIZECK, Slavoj, *Sobre la violencia: seis reflexiones marginales*, Editorial Paidós, 2009.