

Obra realizada em homenagem ao Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza



&Filosofia &Direito

Um diálogo necessário para a Justiça

Volume 2

Alessandra Mizuta de Brito
Everton Miguel Puhl Maciel
José Conrado Kurtz de Souza
(Orgs.)

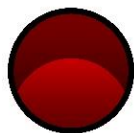


Autores

Agemir Bavaresco
Alessandra Mizuta de Brito
Alexandre Mussoi Moreira
Alfredo de J. Flores
Angela Vidal Gandra Martins
Arthur M. Ferreira Neto
Bruno Machado
Carlos Adriano Ferraz
Carolina Zenha Saraiva
Celestino Taperero Fernando
Claudia Lima Marques
Daniele Weber S. Leal
Daniel Ortiz Matos
Danilo Vaz C. R. de Menezes Costa
Delamar José Volpato Dutra
Dieter Axt
Draiton Gonzaga de Souza
Eduardo Luís Kronbauer
Elden Borges Souza
Elton Somensi de Oliveira
Everton Miguel Puhl Maciel
Fabio Caprio Leite de Castro
Guilherme Siqueira
Hans-Georg Flickinger
Henrique Montagner Fernandes
Ives Gandra da Silva Martins
Jaderson Borges Lessa
Jorge Trindade
José Conrado Kurtz de Souza
Josué Emilio Möller
Leandro Cordioli
Lenio Luiz Streck
Luã Nogueira Jung
Luciano D. Laise
Luis Fernando Barzotto
Marcus Paulo Rycembel Boeira
Maren Guimarães Taborda
Nagea Morais
Nelson Fossatti
Nythamar Fernandes de Oliveira
Paulo Caliendo
Pedro Adamy
Raquel von Hohendorff
Raul Madrid
Ricardo Willy Rieth
Silvia Marrama
Thadeu Weber
Victor Sales Pinheiro
Wilson Engelmann



Filosofia & Direito



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

Filosofia & Direito

Um diálogo necessário para a Justiça

Obra realizada em homenagem ao
Professor Dr. Draiton Gonzaga de Souza,
Decano da Escola de Humanidades (PUCRS).

Volume 2

Organizadores:

Alessandra Mizuta de Brito
Everton Miguel Puhl Maciel
José Conrado Kurtz de Souza

φ editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>



Esta obra contou com o fomento do CDEA
Centro de Estudos Europeus e Alemães.

Série Ciências Jurídicas & Sociais — 63

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BRITO, Alessandra Mizuta de; MACIEL, Everton Miguel Puhl; SOUZA, José Conrado Kurtz de (Orgs.)

Filosofia e Direito: um diálogo necessário para a Justiça, Vol. 2 [recurso eletrônico] / Alessandra Mizuta de Brito; Everton Miguel Puhl Maciel; José Conrado Kurtz de Souza (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

439 p.

ISBN - 978-85-5696-481-6

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Filosofia do Direito; 3. Direito; 4. Hermenêutica. I. Título. II. Série

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Autores

Agemir Bavaresco

Pós-Doutorado pela Fordham University (New York). Doutor em Filosofia pela Universidade Paris I (Pantheon-Sorbonne). Mestre em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Graduado em Filosofia (UCPEL) e Teologia (PUCRS). Bacharel em Direito (UCPEL). Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Filosofia (PPGFil, PUCRS). E-mail: abavaresco@puccrs.br

Alessandra Mizuta de Brito

Doutoranda em Educação (ULBRA, Canoas). Doutora em Direito Processual Civil (PPGDir, PUCRS: Bolsista CAPES). Mestra em Direito Empresarial e Cidadania (UNICURITIBA). Especialista em Direito Privado (IBEJ/CESCAGE) e em Metodologia e Didática do Ensino Superior (CEULJI/ULBRA). Bacharela em Direito (Faculdade de Direito de Curitiba). Professora e Coordenadora do Curso de Direito (ULBRA, Canoas). Advogada. Membro da Comissão de Educação Jurídica (OABRS). Avaliadora ad hoc do BASIS (MEC/INEP). E-mail: alessandra.mizuta@gmail.com

Alexandre Mussoi Moreira

Doutor em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Mestre em Direito (PPGDir, UNISINOS). Especialista em Direito Canônico – Matrimônio (PUCRS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). E-mail: alexmussoi@cpovo.net

Alfredo de J. Flores

Doutor em Direito e Filosofia (Universitat de València, Espanha). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Membro correspondente do Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (IIHD, Argentina). Professor na Faculdade de Direito (UFRGS) e no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir, UFRGS). Membro do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD). Membro efetivo do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul (IHGRGS). Membro da American Society for Legal History (ASLH). Membro da Associação Nacional de História, Seção Rio Grande do Sul (ANPUH-RS). E-mail: ajdmf@yahoo.com.br

Angela Vidal Gandra Martins

Doutora em Filosofia do Direito (PPGDir, UFRGS). Mestre em Filosofia do Direito (PPGDir, UFRGS). Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais (USP). Professora visitante e pesquisadora em Antropologia Filosófico-Jurídica (Harvard University). Professora de Filosofia do Direito (CEU LAW SCHOOL). Professora de Direito Tributário do Programa de Pós-Graduação (Universidade Mackenzie). Advogada. Diploma Advanced Management Program (AMP-IESE/Universidade de Navarra). Sócia da Advocacia Gandra Martins. Membro do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO e Representante na International Chamber of Commerce (ICC). Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Membro da Academia Brasileira de Filosofia. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. E-mail: angela.martins@gandramartins.adv.br

Arthur M. Ferreira Neto

Doutor em Direito (PPGDir, UFRGS). Doutor em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Mestre em Direito (PPGDir, UFRGS). Mestre em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Professor e Coordenador do Departamento de Propedêutica Jurídica da Escola de Direito da PUCRS. Advogado. E-mail: arthur.neto@pucrs.br

Bruno Machado

Graduando em Direito (ULBRA, Canoas). Pesquisador voluntário do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito (ULBRA, Canoas). E-mail: bruno.nunes38@gmail.com

Carlos Adriano Ferraz

Doutor em Filosofia (PPGFil, PUCRS), com estágio doutoral na State University of New York (SUNY). Mestre em Filosofia (PPGFil, UFSM). Graduado em Filosofia (UFPel). Professor na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Filosofia (PPGFil, UFPel). Professor Visitante na Universidade Harvard (2010). E-mail: ferrazca@hotmail.com

Carolina Zenha Saraiva

Mestre em Direito (PPGDir, PUCRS). Especialista em Direito Civil (UNIRITTER). Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Professora e Coordenadora Adjunta do Curso de Direito (ULBRA, Canoas). Advogada. Membro do Conselho da Escola Superior de Defesa do Consumidor (ESDC). E-mail: carolina.saraiva@ulbra.br

Celestino Taperero Fernando

Doutorando em História (PPGH, PUCRS: Bolsista da CNPq). Mestre em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Licenciado em Filosofia pela Universidade Pedagógica de Moçambique. Possui formação complementar em pedagogia de alternância para as Escolas Profissionais Familiares Rurais em Moçambique (DSOP e ESSOR). Foi docente e formador de ativistas pró-ambiente diplomado pelo MICOA (Moçambique). E-mail: ctaperero@hotmail.com

Claudia Lima Marques

Pós-Doutorado pela Universidade de Heidelberg (Alemanha). Doutora em Doctoris Iuris Utriusque (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, RCUH, Alemanha). Mestra em Direito Internacional Privado (Eberhard-Karls-Universität Tübingen, EKUT, Alemanha). Especialista em Europäische Integration (Europa-Institut der Universität des Saarlandes, EIUS, Alemanha). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Bolsista produtividade 1A do CNPq. Professora Titular (UFRGS). Professora Permanente e Coordenadora (PPGDir, UFRGS). Professora na Academia de Direito Internacional de Haia em 2009, é Árbitro do Mercosul e jurista-colaboradora da SENACON-MJ na OEA e Conferência de Haia. Coordenadora brasileira da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor (DAAD-CAPES). Relatora-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para a Atualização do Código de Defesa do Consumidor. Presidente do Comitê de Proteção Internacional do Consumidor da International Law Association, Londres. Diretora da Associação Luso-Alemã de Juristas (DBJV, Berlin) e da ILA-Branch Brazil. E-mail: cmarques.ufrgs@gmail.com

Daniele Weber S. Leal

Mestra em Direito Público (PPGDir, UNISINOS), vinculada à Linha de Pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação RS (LFG). Bacharela em Direito (UNISINOS). Professora Universitária (FACCAT) nas disciplinas Metodologia Científica e do Curso de Direito, Bioética e Biodireito e Ética Profissional. Advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq). E-mail: weber.daniele@yahoo.com.br

Daniel Ortiz Matos

Doutorando em Direito Público (PPGDir, UNISINOS). Mestre em Direito Público (PPGDir, UNISINOS). Bacharel em Direito (UESB, BA). Visiting scholar na McGeorge Law School (2017), bolsista Capes Proex. Advogado. E-mail: danielortizmatos@gmail.com

Danilo Vaz C. R. de Menezes Costa

Pós-Doutorado em Filosofia (PPGFil, UFRGS). Doutor em Filosofia (PPGFil, UFRGS). Mestre em Filosofia (PPGFil, UFPE). Bacharel em Direito (UNICAP).

Professor e Diretor do Centro de Teologia e Ciências Humanas (UNICAP). E-mail: danilocostaadv@hotmail.com

Delamar José Volpato Dutra

Pós-Doutorado pela Columbia University (New York) sobre o tema "Dworkin's Rationality of Adjudication and Habermas Critical Appraisal" e pela Aberystwyth University (País de Gales, Reino Unido) sobre o tema "Habermas's Critique of Kant and Hobbes". Doutor em Filosofia (PPGFil, UFRGS), com estágio de doutorado na Université Catholique de Louvain (Bélgica). Graduado em Filosofia (UCS) e em Direito (UFSC). Professor Titular na Graduação (UFSC) e nos Programas de Pós-Graduação em Filosofia (PPGFil, UFSC) e no (PPGICH, UFSC). E-mail: djvdutra@yahoo.com.br

Dieter Axt

Mestrando em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Roteirista do Programa de TV Direito & Literatura (TV JUSTIÇA). Membro da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL). Assistente Editorial da Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura. E-mail: dieter@rdl.org.br

Draiton Gonzaga de Souza,

Decano da Escola de Humanidades (PUCRS). Professor homenageado na 2ª Jornada Ulbra de Filosofia do Direito, "Filosofia e Direito: Um Diálogo Necessário para a Justiça", realizada na Universidade Luterana do Brasil, Campus Canoas, em 2017. Pós-Doutorado pela Ruhr Universität Bochum (Alemanha). Pós-Doutorado pela University of Tübingen (Alemanha) por três oportunidades. Doutorando em Direito (PPGDir, UFRGS). Doutor em Filosofia pela Universidade de Kassel (Alemanha). Mestre em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Mestre em Direito (PPGDir, UFRGS). Bacharel em Filosofia (PUCRS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Professor titular nos Programas de Pós-Graduação em Filosofia e Direito (PUCRS). Advogado. Vice-Diretor do CDEA (Centro de Estudos Europeus e Alemães - UFRGS - PUCRS -DAAD). Recebeu, em 2003, prêmio do DAAD, e, em 2013, da Fundação Alexander von Humboldt (Humboldt-Alumuni-Preis) devido ao engajamento na cooperação acadêmica Brasil-Alemanha. E-mail: dsouza@puccrs.br

Eduardo Luís Kronbauer

Doutorando em Direito (Alemanha, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg: Bolsista KAAD - Katholische Akademische Ausländer Dienst). Mestre em Direito (PPGDir, PUCRS: Bolsista CAPES). Pós-Graduado em Direito Tributário (PUCRS e IETRS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Associado ao Instituto de Estudos Tributários (IET). E-mail: eduardo.kronbauer@yahoo.com.br

Elden Borges Souza

Doutorando em Direito (PPGD, UFPA). Mestre em Direito (PPGD, UFPA). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Professor Substituto (UFPA). Membro do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”. E-mail: elden.borges@gmail.com

Elton Somensi de Oliveira

Doutor em Filosofia do Direito (PPGDir, UFRGS). Mestre em Teoria do Direito e do Estado (PPGDir, UFRGS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Professor do Curso de Bacharelado em Direito da Escola de Direito (PUCRS). Professor do Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões da Escola de Direito (PUCRS). Professor do Curso de Especialização em Compliance da Escola de Direito (PUCRS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PUCRS). Coordenador do Curso de Bacharelado em Direito (PUCRS). E-mail: elton.somenside@pucrs.br

Everton Miguel Puhl Maciel

Doutor em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Mestre em Filosofia (PPGFil, UFPel). Graduado em Filosofia (UFPel). Professor Adjunto (UNIFAP, AP). E-mail: jornalistamaciel@gmail.com

Fabio Caprio Leite de Castro

Doutor em Filosofia (ULg, Bélgica). Mestre em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais e em Filosofia (PUCRS). Membro da Société Belge de Philosophie, da Unit  de Recherches Ph nom nologues e do Groupe d' tudes Sartriennes (GES - Paris). Professor do Programa de Pós-Gradua o em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Advogado. Editor da Revista Intuitio. E-mail: fabio.castro@pucrs.br

Guilherme Siqueira

Graduando em Direito (ULBRA, Canoas). Pesquisador voluntário do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito (ULBRA, Canoas). E-mail: siqueiraguilhermeg3@gmail.com

Hans-Georg Flickinger

Doutor em Filosofia pela Universidade de Heidelberg (Alemanha). Graduado em Direito e Filosofia pela Universidade de Heidelberg (Alemanha). Professor da Universidade de Kassel (Alemanha) e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Autor de mais de cem obras, entre suas principais publica es estão os livros: Marx (1985), Marx e Hegel: o porão de uma filosofia social (1986), Em nome da liberdade: elementos da crítica ao liberalismo contempor neo (2002).   um dos organizadores de Hermen tica Filosófica:

nas trilhas de Hans-Georg Gadamer (2000). Publicou diversos artigos em revistas brasileiras e alemãs. E-mail: zarameurers12@gmail.com

Henrique Montagner Fernandes

Doutorando em Direito (PPGDir, UFRGS: Bolsista CAPES). Mestre em Direito (PPGDir, UFRGS: Bolsista CAPES). Bacharel em Direito (UFPel). Membro associado do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD). Membro da Associação Nacional de História, Seção Rio Grande do Sul (ANPUH-RS) e da American Society for Legal History (ASLH). E-mail: montagnerfernandes@gmail.com

Ives Gandra da Silva Martins

Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs - Paraná e RS. Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Doutor em Direito (Universidade Mackenzie). Especialização em Ciência das Finanças (USP). Especialização em Direito Tributário (USP). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (USP). Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O - SP, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal - 1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS. E-mail: ivesgandra@gandramartins.adv.br

Jaderson Borges Lessa

Doutor em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Mestre em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Bacharel em Filosofia (PUCRS). E-mail: jadersonbl@gmail.com

Jorge Trindade

Pós-Doutorado em Psicologia Forense e do Testemunho na Universidade Fernando Pessoa (Porto, Portugal). Livre-docente em Psicologia Jurídica (ULBRA, Canoas). Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Técnica de Lisboa. Doutor (PhD) em Psicologia (WIU, Estados Unidos). Mestre em Desenvolvimento Comunitário. Graduação em Psicologia (UNISINOS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Professor Titular na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Membro da Academia Brasileira de Filosofia. E-mail: trindade.voy@terra.com.br

José Conrado Kurtz de Souza

Mestrando em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). E-mail: kurtzconrado@gmail.com

Josué Emilio Möller

Doutor em Sistemas Jurídicos e Político-Sociais Comparados pela Università degli Studi di Lecce - Università del Salento/Itália (Dottore di Ricerca/PhD), como Pesquisador-Bolsista do Programa ALβAN/UE. Mestre em Direito (UNISINOS). Bacharel em Direito (UNISINOS). Professor de Filosofia do Direito e História do Direito, e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA, Guaíba). Professor Pesquisador responsável pelos Projetos e Grupos de Pesquisa “Justiça, Mediação e formas de resolução de conflitos” e “Influência da Reforma Luterana na emergência da modernidade: Justiça, Pluralismo e Direitos Humanos”. Secretário-Geral e Membro Fundador do Instituto de Estudos Culturalistas (IEC). Advogado. E-mail: josuemoller@gmail.com

Leandro Cordioli

Doutorando em Filosofia (PPGFil, PUCRS: Bolsista CAPES). Mestre em Direito (PPGDir, UFRGS). Especialista em Direito Civil: Contratos numa Economia de Mercado (UFRGS). Especialista em Direito da Economia e da Empresa (FGV). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Professor de Direito (ULBRA, Canoas). Advogado. Professor Líder do GPFDir. Site: www.GPFDir.com. E-mail: LeandroCordioli@me.com

Lenio Luiz Streck

Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito (PPGDir, UFSC). Mestre em Direito (PPGDir, UFSC). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (UNISC). Professor Titular da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir, UNISINOS). Professor Permanente em UNESA-RJ, ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC) e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: lenio@unisinos.br

Luã Nogueira Jung

Doutorando em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Mestre em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Advogado. E-mail: lnogueirajung@gmail.com

Luciano D. Laise

Doctor en Derecho (Universidad Austral, Argentina). Profesor de Teoría de la Constitución y Teoría del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Universidad de La Sabana, Campus Universitario del Puente del Común, Colombia). E-mail: luciano.laise@unisabana.edu.co

Luis Fernando Barzotto

Doutor em Direito (PPGDir, USP). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Professor na Faculdade de Direito (UFRGS) e no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir, UFRGS). E-mail: luis.barzotto@ufrgs.br

Marcus Paulo Rycembel Boeira

Doutor em Ciências (PPGDir, USP). Mestre em Direito (PPGDir, USP). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Professor na Faculdade de Direito (UFRGS). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Lógica Deontica, Linguagem e Direito. Coordenador editorial da Coleção Salamanca da Editora Concreta. Autor de “A Escola de Salamanca e a Fundação constitucional do Brasil”, obra publicada em 2018 pela Editora UNISINOS. E-mail: boeiramarcus@gmail.com

Maren Guimarães Taborda

Doutora em Direito Público (PPGDir, UFRGS). Mestra em Direito Público (PPGDir, UFRGS). Especialista em Gestão Tributária (UCLM, Universidad Castilla La Mancha). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Professora Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Graduação e programa de Mestrado), Professora de Direito Constitucional na Escola Superior de Direito Municipal. Procuradora da Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha "Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais". Tema: Teoria do Direito e da Constituição. E-mail: tabordamaren@yahoo.com.br

Nagea Morais

Graduanda em Direito (ULBRA, Canoas). Pesquisadora voluntária do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito (ULBRA, Canoas). E-mail: nagea.direito@gmail.com

Nelson Fossatti

Doutor em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Doutor em Comunicação Social (PUCRS). Mestre em Administração (UFRGS). Mestre em Filosofia (PUCRS). Graduado em Engenharia de Telecomunicações (PUCRS). Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: nfossatti@terra.com.br

Nythamar Fernandes de Oliveira

Pós-Doutorado pela University of Miami, University of Toledo, Universität Kassel, London School of Economics, New School for Social Research. Doutor em Filosofia pela State University of New York. Mestre em Filosofia pela Villanova University. Mestre e Licenciado em Teologia pela Faculté de Théologie Réformée, Aix-en-Provence. Graduado em Teologia (Faculté de Théologie Réformée, Aix-en-Provence). Professor Titular da Escola de Humanidades

(PPGFil, PUCRS). Coordenador de Área da Filosofia, CAPES. Pesquisador do CNPq. E-mail: nythamar.oliveira@puccrs.br

Paulo Caliendo

Doutorando em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Doutor em Direito (PPGDir, PUCSP). Mestre em Direito (PPGDir, UFRGS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir, PUCRS) e na Graduação em Direito (PUCRS). Professor Visitante na Universidade de Münster (Alemanha, 2013) e (Salamanca, 2015). Advogado. Árbitro da Lista brasileira do Sistema de Controvérsias do Mercosul. Participou do Program of Instruction for Lawyers da Harvard Law School (2001). E-mail: p.caliendo@terra.com.br

Pedro Adamy

Doutorando em Direito na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Alemanha). Mestre em Direito do Estado (PPGDir, UFRGS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Professor da Escola de Direito (PUCRS). Presidente do Instituto de Estudos Tributários – IET. E-mail: pedro.adamy@puccrs.br

Raquel von Hohendorff

Doutora em Direito Público (PPGDir, UNISINOS). Mestra em Direito Público (PPGDir, UNISINOS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (UNISINOS). Bacharel em Direito (UNISINOS). Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir, UNISINOS). Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq). E-mail: vetraq@gmail.com

Raul Madrid

Doctor en Derecho (Universidad de Navarra). Magister en Filosofía (Universidad de Navarra). Magister en Derecho Público (PUC Chile). Profesor Titular Ordinario de la Facultad de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile), y de la Facultad de Filosofía de la misma Universidad. Dirige el Programa de Derecho, Ciencia y Tecnología de la Facultad de Derecho. Ha sido Profesor Visitante (Universidad de La Coruña, España), y lo es en la actualidad de la Pontificia Universidad Católica (Argentina). E-mail: rmadrid@uc.cl

Ricardo Willy Rieth,

Reitor da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Pós-Doutorado pela Universität Leipzig (Alemanha). Doutor em História da Igreja (Kirchengeschichte) pelo Instituto de Estudos em História da Baixa Idade Média e da Reforma da Universität Leipzig (Alemanha). Bacharel em Ciências Sociais (UNISINOS). Bacharel em Teologia pelo Seminário Concórdia (Porto Alegre). De novembro de 2014 a 2018, Vice-Reitor (ULBRA). De 2013 a novembro de 2014, Pró-Reitor Acadêmico (ULBRA). De 2011 a 2012, Pró-Reitor de Graduação (ULBRA). De 2009 a

2011, Pró-Reitor de Extensão e Assuntos Comunitários (ULBRA). De 2000 a 2006, Coordenador de Pós-Graduação em Teologia Faculdades EST (São Leopoldo). Professor (PPGEdu, ULBRA). Professor de História e Teologia (ULBRA, Canoas). Membro do Comitê Científico Permanente do Congresso Internacional de Pesquisa de Lutero. Membro do conselho de colaboradores do periódico Lutherjahrbuch (Göttingen, Alemanha; Vandenhoeck & Ruprecht) e da Oxford Encyclopedia on Martin Luther. Membro Comissão Editorial Obras Seleccionadas de M. Lutero. Medalha do Mérito Farroupilha, Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: reitor@ulbra.br

Silvia Marrama

Doctora en Ciencias Jurídicas (PUCA). Magister en Desarrollo Humano (ULIA). Especialista en Derecho Tributario (UNL). Profesora Superior en Abogacía (PUCA). Abogada (PUCA). Mediadora (Humanitas). Miembro del Instituto de Bioética (ANCMYP). Investigadora categorizada conforme “Programa de incentivos a docentes investigadores Dec. 2427/93”. La autora publica este trabajo en el marco del Proyecto de Investigación “Análisis y propuesta de alternativas para la protección jurídica de los derechos humanos del embrión”, dirigido por el Dr. Siro De Martini. Programa Ius - Acreditación de Proyectos de Investigación Jurídica. Investigación jurídica aplicada. Facultad de Derecho (UCA). Convocatoria 2016-2018. Asimismo se publica como material didáctico de la cátedra Derecho Público y Privado de la Facultad de Ciencias de la Gestión (Universidad Autónoma de Entre Ríos). E-mail: marramasilvia@gmail.com

Thadeu Weber

Professor Homenageado na 1ª Jornada Ulbra de Filosofia do Direito, "A Invenção da Modernidade: As Relações entre Ética, Política, Direito e Moral", realizada na Universidade Luterana do Brasil, Campus Canoas, em 2016. Professor Homenageado na obra "A Invenção da Modernidade: As Relações entre Ética, Política, Direito e Moral" (Editora Fi, 2017). Doutor em Filosofia (PPGFiL, UFRGS). Mestre em Filosofia (PPGFiL, PUCRS). Graduado em Filosofia (FAFIMC). Professor Titular nos Programas de Pós-Graduação em Filosofia e Direito (PPGFiL e PPGDir, PUCRS). Professor da Graduação em Filosofia (PUCRS). E-mail: weberth@pucrs.br

Victor Sales Pinheiro

Doutor em Filosofia (PPGFiL, UERJ). Mestre em Filosofia (PPGFiL, PUC RIO). Bacharel em Direito no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Professor na Faculdade de Direito (UFPA) e no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD, UFPA). Coordenador do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”. Site: www.dialetico.com.br. E-mail: vvspinheiro@yahoo.com.br

Wilson Engelmann

Pós-Doutorado pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Doutor em Direito Público (PPGDir, UNISINOS). Mestre em Direito Público (PPGDir, UNISINOS). Bacharel em Direito (UNISINOS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir, UNISINOS) das atividades: “Transformações Jurídicas das Relações Privadas” (Mestrado) e “Os Desafios das Transformações Contemporâneas do Direito Privado” (Doutorado). Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS. Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinós.br

Sumário

Volume 2

Apresentação	21
Draiton Gonzaga de Souza	
Apresentação	25
Alessandra Brito; Elton Oliveira; Everton Maciel; José Souza; Leandro Cordioli	
1	33
Filosofia do direito: farol na era da pós verdade	
Angela Vidal Gandra Martins	
2	47
O direito ao esquecimento na Alemanha e no Brasil	
Arthur M. Ferreira Neto	
3	105
A ética na fundamentação jurídica: a proposta jusnaturalista	
Alexandre Mussoi Moreira	
4	125
As interfaces nanotecnológicas no/do direito: o repensar para as inovações responsáveis, avaliação dos impactos éticos, sociais e jurídicos e inovações metodológicas na pesquisa em direito	
Daniele Weber S. Leal; Raquel von Hohendorff; Wilson Engelmann;	
5	155
Algumas notas comparativas sobre a fundamentação da lei natural em Tomás de Aquino e Francisco Suarez	
Marcus Paulo Rycembel Boeira	
6	175
A proposta contemporânea do direito natural e a falácia naturalista	
Elden Borges Souza; Victor Sales Pinheiro	
7	203
El originalismo de intenciones: tres tesis y dos objeciones	
Luciano D. Laise	

8.....	233
Margem de apreciação nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea	
Silvia Marrama	
9.....	287
‘Direito natural’, ‘bem comum’ e os fundamentos de uma sociedade bem ordenada	
Carlos Adriano Ferraz	
10	319
Pluralismo: circunstância social e condição da justiça	
Josué Emilio Möller	
11.....	349
Aristóteles e o perfeccionismo na política: notas sobre o aristotelismo político, perfeição e neutralidade	
Jaderson Borges Lessa	
12.....	371
Porque a filosofia do direito é uma forma particular de saber prático	
Maren Guimarães Taborda	
13.....	387
Uma justificação pública: igualdade e liberdade	
Nelson Fossatti	
14	405
Linchamentos: entre o questionamento da desordem e a justiça	
Alessandra Brito; Bruno Machado; Guilherme Siqueira; Leandro Cordioli; Nagea Morais	
15.....	423
Do estado liberal ao estado democrático: um pressuposto teórico político em Norberto Bobbio	
Celestino Taperero Fernando; Everton Miguel Puhl Maciel	

Apresentação

*Draiton Gonzaga de Souza*¹

Foi-me solicitado pelo professor Leandro Cordioli que escrevesse algumas breves palavras de apresentação dessa obra, fruto do “esprit de finesse” de meus amigos. Diante de tamanha generosidade, sou arrebatado por profunda gratidão a muitas pessoas e instituições.

Agradeço ao professor Leandro Cordioli, pesquisador sério e profundo, a gentileza de ter concebido esse projeto. Professor Cordioli é um pensador comprometido com a busca da verdade na sua atividade intelectual, seja como jurista, seja como filósofo; em breve, vai nos brindar com uma extraordinária tese de doutorado que será referência na filosofia prática, orientada por mim e pelo professor Dr. Elton Somensi.

Agradeço à ULBRA (Universidade Luterana do Brasil), na pessoa do Magnífico Reitor professor Dr. Ricardo Willy Rieth, exemplo de intelectual e de retidão, esse gesto de apreço, no meu retorno à casa em dois sentidos: volta à minha cidade natal, Canoas, e à ULBRA, instituição na qual dei meus primeiros passos

¹ Decano da Escola de Humanidades (PUCRS). Professor homenageado na 2ª Jornada Ulbra de Filosofia do Direito, "Filosofia e Direito: Um Diálogo Necessário para a Justiça", realizada na Universidade Luterana do Brasil, Campus Canoas, em 2017. Pós-Doutorado pela Ruhr Universität Bochum (Alemanha). Pós-Doutorado pela University of Tübingen (Alemanha) por três oportunidades. Doutorando em Direito (PPGDir, UFRGS). Doutor em Filosofia pela Universidade de Kassel (Alemanha). Mestre em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Mestre em Direito (PPGDir, UFRGS). Bacharel em Filosofia (PUCRS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Decano da Escola de Humanidades (PUCRS). Professor titular nos Programas de Pós-Graduação em Filosofia e Direito (PUCRS). Advogado. Vice-Diretor do CDEA (Centro de Estudos Europeus e Alemães - UFRGS - PUCRS -DAAD). Recebeu, em 2003, prêmio do DAAD, e, em 2013, da Fundação Alexander von Humboldt (Humboldt-Alumuni-Preis) devido ao engajamento na cooperação acadêmica Brasil-Alemanha. E-mail: dsouza@pucrs.br

de atividade docente no nível superior, em 1990, a convite do meu ex-professor de matemática Osmar Rufato, no Colégio Cristo Redentor, também em Canoas. Lamentavelmente, após um semestre de atividades na ULBRA, pedi demissão, pois recebera bolsa para me dedicar, em tempo integral, ao mestrado em Filosofia na PUCRS (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul).

Gostaria de agradecer aos organizadores dessa obra, professora Alessandra Mizuta de Brito, professor Elton Somensi de Oliveira, professor Everton Miguel Puhl Maciel e Desembargador José Conrado Kurtz de Souza, que tiveram o enorme trabalho de reunir, revisar e ordenar os textos recebidos. Já organizei algumas obras coletivas e sei que se trata de trabalho árduo.

Agradeço aos professores, magistrados e estudantes que dedicaram parte de seu precioso tempo tanto na redação do texto como na participação e organização do evento realizado em novembro de 2017, no Campus da ULBRA, em Canoas. Esse Congresso - incluindo o recital de órgão na Capela da ULBRA com obras de Johann Sebastian Bach - foi o melhor presente de aniversário que já recebi na minha vida, uma vez que completei 52 anos durante o Congresso.

A vida concedeu-me copiosas bênçãos e uma delas é contar com a amizade dos colaboradores dos dois volumes que integram essa obra! A atividade intelectual é, em parte, trabalho solitário, de longas leituras, revisitação de textos e reflexão na “beata solidão”. É verdadeira ascese: em grego “askesis” (exercício). Mas não se restringe a essa dimensão! A vida no espírito também é um exercício comunitário, na medida em que, com os outros, temos a oportunidade de compartilhar nossas ideias, testá-las, aprimorá-las, especialmente nas Ciências Humanas e Sociais, já que não trabalhamos num ambiente com reagentes e microscópios como nas Ciências da Natureza (Naturwissenschaften). Nosso laboratório, nas Ciências do Espírito (Geisteswissenschaften), são os seminários, congressos, simpósios na Universidade e nas

churrascarias (Sym-posium), como aconteceu durante esse evento em terras gaúchas. Se Platão tivesse vivido no Rio Grande do Sul, seguramente o Banquete (em grego “Symposium”) teria outra denominação.

E nas discussões dos três dias do evento em Canoas, saí ainda mais agraciado, por ter crescido intelectual e humanamente.

Tomo, à guisa de conclusão, emprestado do hebraico uma estrutura linguística que, para expressar o grau superlativo (como ocorre no triságio), utiliza três vezes a mesma palavra e digo-lhes com profunda gratidão por essa homenagem: obrigado, obrigado, obrigado!!!

Frankfurt, novembro de 2018.

Apresentação

*Alessandra Mizuta de Brito*¹

*Elton Somensi de Oliveira*²

*Everton Miguel Puhl Maciel*³

*José Conrado Kurtz de Souza*⁴

*Leandro Cordioli*⁵

A presente obra "Filosofia e Direito: Um Diálogo Necessário para a Justiça" é fruto de um evento realizado em homenagem ao professor Dr. Draiton Gonzaga de Souza, Decano da Escola de Humanidades (PUCRS): a 2ª Jornada Ulbra de Filosofia do Direito.

¹ Doutoranda em Educação (ULBRA, Canoas). Doutora em Direito Processual Civil (PPGDir, PUCRS: Bolsista CAPES). Mestra em Direito Empresarial e Cidadania (UNICURITIBA). Especialista em Direito Privado (IBEJ/CESCAGE) e em Metodologia e Didática do Ensino Superior (CEULJI/ULBRA). Bacharela em Direito (Faculdade de Direito de Curitiba). Professora e Coordenadora do Curso de Direito (ULBRA, Canoas). Advogada. Membro da Comissão de Educação Jurídica (OABRS). Avaliadora ad hoc do BASIS (MEC/INEP). E-mail: alessandra.mizuta@gmail.com

² Doutor em Filosofia do Direito (PPGDir, UFRGS). Mestre em Teoria do Direito e do Estado (PPGDir, UFRGS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Professor do Curso de Bacharelado em Direito da Escola de Direito (PUCRS). Professor do Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões da Escola de Direito (PUCRS). Professor do Curso de Especialização em Compliance da Escola de Direito (PUCRS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PUCRS). Coordenador do Curso de Bacharelado em Direito (PUCRS). E-mail: elton.somensis@pucrs.br

³ Doutor em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Mestre em Filosofia (PPGFil, UFPel). Graduado em Filosofia (UFPel). Professor Adjunto (UNIFAP, AP). E-mail: jornalista maciel@gmail.com

⁴ Mestrando em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). E-mail: kurtzconrado@gmail.com

⁵ Doutorando em Filosofia (PPGFil, PUCRS: Bolsista CAPES). Mestre em Direito (PPGDir, UFRGS). Especialista em Direito Civil: Contratos numa Economia de Mercado (UFRGS). Especialista em Direito da Economia e da Empresa (FGV). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Professor de Direito (ULBRA, Canoas). Advogado. Professor Líder do GPFDir. Site: www.GPFDir.com. E-mail: LeandroCordioli@me.com

O evento buscou retratar a necessária transdisciplinaridade, explorando a intersecção entre filosofia, justiça e Direito, em que cada ramo da ciência pôde contribuir e receber contribuições do outro. Para tanto, contou com o esforço intelectual de mais de vinte e cinco pesquisadores que apresentaram os seus trabalhos nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2017, no Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), Campus Canoas.

Logo que começamos a organizar o evento, surgiram professores, orientandos e autoridades desejosos de participar e apoiá-lo. Aliás, desde a primeira edição da Jornada em 2016, muitos amigos, colegas e orientandos do professor interpelaram-nos no sentido de a realização de uma próxima edição, tendo como homenageado o professor Draiton Gonzaga de Souza. A sua importância inicialmente constatada na vida de alguns, mostrou-se como relevante também para a vida de muitas outras pessoas; o que possibilitou a reunião de um número significativo de mentes brilhantes para refletir sobre os diálogos entre a filosofia e o Direito, em três dias de intensos e frutíferos debates. Todos pretendiam compartilhar a admiração profissional, retribuir a amizade ou a aposta acadêmica feita em si, por este grande professor.

O imperioso tema proposto pelo professor homenageado retrata a sua carreira e preocupação teórica, pois galgou os mais altos graus acadêmicos na filosofia e se dispôs a repetir tais feitos no Direito. Quem desconhece o currículo do professor Draiton Gonzaga de Souza pode passar despercebido de seus quatro pós-doutorados e doutorado em filosofia nas mais respeitadas universidades alemãs, ou de sua formação jurídica com graduação, mestrado e doutoramento em curso no Direito, em razão de sua humildade, amabilidade e personalidade acessível. Em realidade, na academia, costumamos definir as pessoas por suas titulações, contudo, ainda que academicamente brilhante, a pessoa do homenageado não é perfeitamente retratada por seu belíssimo currículo.

A melhor forma de descrevê-lo talvez seja através de um excelente filme "O Clube do Imperador" (*The Emperor's Club*, 2002), dirigido por Michael Hoffman, com roteiro de Neil Tolkin, e que é estrelado por Kevin Kline, no papel do professor de um colégio masculino, "William Hundert". Esse filme retrata dilemas éticos, psicológicos e acadêmicos de um modo singular. Ainda, propõe respostas sobre algumas das questões mais importantes formuladas pela humanidade desde a antiguidade.

Logo no começo do filme já há uma sábia citação de Heráclito: "-O caráter de um homem é seu destino." Reflete o professor de história William Hundert, personagem principal do filme. Em seguida, inicia-se uma cena com jovens alunos em sua primeira aula de história, em que o professor solicita que um dos alunos leia a placa que se situa sobre a porta da sala de aula e que diz:

Eu sou Shutruk Nahunte, Rei de Anshand e Sussa, Soberano da terra de Elam. Eu destruí Sippar, tomei a estela de Niran-Sin, e trouxe de volta para Elam, onde eu a erigi como uma oferenda para o meu Deus. (Shutruk Nahunte - 1158 a. C.)

O professor William pergunta: "-Vocês já ouviram falar de Shutruck Nahunte, Rei de Anshand e Sussa? Leram sobre ele em algum livro de história?" Nenhum dos alunos havia ouvido falar dele; não havia sequer um livro escrito sobre ele e nenhum historiador havia registrado a sua história. Então, o professor conclui a lição com maestria: "-Uma grande ambição e grandes conquistas sem contribuição para as outras pessoas é sem importância. Qual será a sua contribuição? Como a história se lembrará de você?"

Mais adiante, já próximo ao final do filme, Deepak Mehta, um aluno de origem indiana que era o mais brilhante e o único a seguir a carreira acadêmica, diz o seguinte:

-Um excelente professor tem pouca história exterior para recordar. Sua vida passa para outras vidas. Esses homens são os pilares na estrutura mais íntima de nossas escolas. Eles são mais essenciais do que suas pedras ou vigas, e continuarão a ser uma força de iluminação e um poder revelador em nossas vidas.

Bem, concluindo, esse é para todos nós participantes da Jornada e do presente trabalho que agora apresentamos ao público, o verdadeiro professor Draiton Gonzaga de Souza, cujo caráter traçou um destino de sucesso e soube compartilhá-lo. Por tal razão, o seu nome será lembrado pela história. O prestígio de seus amigos é a maior evidência disso. Acima de tudo e de todos os títulos acadêmicos que ostenta é uma força iluminadora e um poder revelador nas vidas daqueles que tiveram a sorte de ser seus alunos, discípulos, colegas e amigos, e serem tocados por essa luz.

Ficamos todos muito agradecidos quando do aceite do convite da homenagem prestada na 2ª Jornada Ulbra de Filosofia do Direito. Foi um grande e inesquecível evento, que fez história no contexto do ensino superior brasileiro. Cremos que os muros da universidade promotora (ULBRA) foram ultrapassados, muito além do contexto atual da mercantilização do ensino universitário. Ficou claro que o conhecimento acadêmico não meramente profissionalizante ainda é um bem e deve ser valorizado. Em tempos de intolerância, mostrou-se que ideias ainda que opostas podem dialogar e crescerem juntas em direção à verdade, no mais nobre espírito acadêmico e fraterno. Graças ao grande prestígio e aos amigos do professor homenageado, contamos com os pesquisadores mais respeitáveis de diversas instituições de ensino. O professor Draiton Gonzaga de Souza por todos nós homenageado foi o grande responsável por tal sucesso. A sua presença incansável em cada minuto e apresentação da Jornada, foi iluminadora de cada um que teve a oportunidade de ser tocado por sua amizade. A ele, o nosso muito obrigado!

Exatamente este é o caso. A obra que agora se apresenta reúne uma seleção de 35 ensaios com a unidade temática da

filosofia e do Direito, sob os mais diversos enfoques. Foi necessária a sua distribuição em dois volumes, diante da incontestável adesão proporcionada pelo sentimento de amizade, respeito e retribuição. Além do professor Draiton Gonzaga de Souza, muitas outras autoridades e presenças acadêmicas ilustres demonstraram os seus sentimentos de gratidão e doaram parte de seu tempo para que a presente obra coletiva se materializasse. Cada um dos autores parou a sua rotina atribulada de trabalho e dedicou um tributo de amizade e conhecimento ao nosso querido professor.

Uma prova de que grandes pessoas ainda tornam a atividade acadêmica possível é o fato de reunirmos 48 autores, de mais de 25 instituições de ensino. Em sua maior parte, os autores estão vinculados a Programas de Pós-Graduações *Stricto Sensu* de norte ao sul do país. Contudo, também possuímos trabalhos internacionais de professores de universidades da Argentina, do Chile, da Colômbia, de Moçambique e da Alemanha. Além desses, é claro, contamos com o ensaio de lavra do professor homenageado que se intitula: "Religião e Sociedade Pós-Secular no Pensamento de Habermas". Nele, é proposta uma revolucionária revalorização do papel da religião na sociedade política atual, a partir de uma crítica da posição habermasiana.

Todos os trabalhos foram elaborados propriamente por ou sob a supervisão de professores doutores, o que confere um alto nível de academicidade aos dois volumes agora publicados. Participam com as suas reflexões os seguintes estudiosos da filosofia e do Direito: Agemir Bavaresco, Alessandra Mizuta de Brito, Alexandre Mussoi Moreira, Alfredo de J. Flores, Angela Vidal Gandra Martins, Arthur M. Ferreira Neto, Bruno Machado, Carlos Adriano Ferraz, Carolina Zenha Saraiva, Celestino Taperero Fernando, Claudia Lima Marques, Daniele Weber S. Leal, Daniel Ortiz Matos, Danilo Vaz C. R. de Menezes Costa, Delamar José Volpato Dutra, Dieter Axt, Draiton Gonzaga de Souza, Eduardo Luís Kronbauer, Elden Borges Souza, Elton Somensi de Oliveira, Everton Miguel Puhl Maciel, Fabio Caprio Leite de Castro,

Guilherme Siqueira, Hans-Georg Flickinger, Henrique Montagner Fernandes, Ives Gandra da Silva Martins, Jaderson Borges Lessa, Jorge Trindade, José Conrado Kurtz de Souza, Josué Emilio Möller, Leandro Cordioli, Lenio Luiz Streck, Luã Nogueira Jung, Luciano D. Laise, Luis Fernando Barzotto, Marcus Paulo Rycembel Boeira, Maren Guimarães Taborda, Nagea Morais, Nelson Fossatti, Nythamar Fernandes de Oliveira, Paulo Caliendo, Pedro Adamy, Raquel von Hohendorff, Raul Madrid, Ricardo Willy Rieth, Silvia Marrama, Thadeu Weber, Victor Sales Pinheiro e Wilson Engelmann. Uma riquíssima coleção dos melhores pensadores, como pode ser constatado do sumário que integra os dois volumes apontando os títulos, a autoria e a localização dos textos nas páginas da obra. A ideia é que formem um conjunto único dedicado ao professor, que teve que ser cindido em duas partes, apenas para que pudesse comportar todos os que desejavam participar e preenchiam os requisitos acadêmicos propostos pelo comitê de organizadores.

Vale ainda mencionar que a 2ª Jornada Ulbra de Filosofia do Direito foi promovida pelo Curso de Direito Ulbra Canoas e pelo Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito: GPFDDir.com. O evento foi organizado por uma Comissão Docente integrada pela Coordenadora do Curso de Direito, professora Dra. Alessandra Mizuta de Brito, pela Coordenadora Adjunta do Curso de Direito, professora Ma. Carolina Zenha Saraiva e pelo professor líder do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito, Me. Leandro Cordioli. A Comissão Discente composta com a mesma finalidade e integrada pelos pesquisadores do GPFDDir: Claiton Santos Peruzzo, Edmilson Gemelli Dantas Neto, Évellyn da Silva de Abreu, Guilherme Soares, Hiasmynn Quinhones, Jupira Maria Bittencourt da Silva, Luana Breyer, Nagea Morais Ienerich, Paulo André Borges Hendler foi fundamental para a organização e a realização da Jornada, assim como recepção dos palestrantes e dos convidados.

Uma homenagem deste porte não se realiza sem o suporte de toda a instituição de ensino. Nesse sentido, a 2ª Jornada Ulbra

de Filosofia do Direito (2017) recebeu o pronto apoio da Reitoria da Ulbra com a presença e discurso de abertura do então Reitor, professor Dr. Marcos Fernando Ziemer, a palestra de encerramento do então Vice-Reitor, professor Dr. Ricardo Willy Rieth, as presenças do Pró-Reitor de Planejamento e Administração, professor Me. José Paulinho Brand e do Pró-Reitor Acadêmico, professor Dr. Pedro Antonio González Hernández. Uma menção mais que especial deve ser feita ao professor Dr. Ricardo Willy Rieth, agora Magnífico Reitor da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA. Além de não medir esforços para apoiar o evento, também contribui magistralmente com o ensaio "Direito e Reforma Protestante" na presente obra escrita.

Foi fundamental para o sucesso do evento, o suporte oferecido pela Extensão e Assuntos Comunitários Ulbra, através de sua Coordenadora, professora Dra. Dalva Santana, pela Direção do campus Canoas na época (2017), através do Diretor, professor Dr. Erivaldo Diniz de Brito, pela Pastoral Universitária da Ulbra Canoas, em especial do Reverendo Me. Mário Rafael Yudi Fukue (Capelão) e do Reverendo Me. Paulo Fernandes Brum (Capelão de Música e Mestre de Capela), que protagonizou uma admirabilíssima aula teórica, histórica e prática sobre Johann Sebastian Bach (1685-1750) e sua obra, no órgão de tubos da Ulbra. Igualmente, não poderíamos deixar de mencionar, o fato de o professor Dr. Arthur Maria Ferreira Neto, Coordenador do Departamento de Propedêutica, Direito Público e Social da Escola de Direito PUCRS, ter proferido belíssimas palavras em homenagem ao professor Draiton Gonzaga de Souza, representando os colegas professores e os orientandos da PUCRS na abertura do evento.

A parceira de muitos outros feitos acadêmicos, Editora Fi (editorafi.org) e seu Diretor, Lucas Fontella Margoni, assim como as editoras Elegancia Juris, Revista dos Tribunais, Saraiva, GEN Grupo Editorial Nacional e Livraria do Advogado Editora também apoiaram o evento. Enfim, merecem ser mencionados os docentes

e os discentes do Curso de Direito que participaram ativamente e interessadamente das palestras. Alguns dos quais ainda não conheciam o homenageado, mas passaram a nutrir os mesmos sentimentos de admiração e inspiração diante de sua presença constante e acessível nas palestras acadêmicas.

Todas as pessoas referidas contribuíram com o seu esforço devido ao carinho que nutrem para com o nosso querido professor. Como constatou Deepak Mehta (O Clube do Imperador, 2002), a vida de um professor passa a ter valor nas vidas das pessoas, dos amigos, dos colegas e dos discípulos que são tocadas por ele. A função de um bom professor não é tão somente transmitir conhecimento, mas tocar a alma de cada um conduzindo-o ao crescimento pessoal e ao desenvolvimento de suas capacidades.

Professor Draiton Gonzaga de Souza, muito mais do que as paredes e os mobiliários da universidade, é o senhor que foi e é essencial para iluminar a vida de todos nós, seus amigos, que aqui nos reunimos em sua homenagem, e outros tantos que ainda estão por vir e que terão a sorte de serem tocados por sua luz. Aceite a nossa humilde homenagem como demonstração de amizade e gratidão. Os leitores que se debruçarem sobre os estudos que se seguem saibam que um homem de valor, amigo, colega, guia e formador de grandes almas os inspirou. Diante desses ideais, temos a certeza de que os leitores gozarão de uma boa leitura. Assim como Heráclito e o professor William Hundert advertiram, tenham o homenageado que soube e sabe compartilhar o seu sucesso como inspiração, pois o caráter de um ser humano é o seu destino; grandes conquistas sem compartilhamento não têm nenhum valor.

Canoas, outubro de 2018.

Filosofia do direito: farol na era da pós verdade

*Angela Vidal Gandra Martins*¹

Sumário

Introdução

1. Filosofia, direito, justiça e verdade
2. Antropologia filosófica à serviço do direito
3. A verdade como um direito
4. A denominada pós verdade
5. Emotivismo no direito
6. Realismo, racionalidade e afetividade

Conclusão

Referências

Introdução

Filosofia e Direito, a meu ver, são dois irmãos siameses, que não se podem separar, pois a Filosofia, ao buscar a dimensão maior do homem, influencia necessariamente a conformação do Direito,

¹ Doutora em Filosofia do Direito (PPGDir, UFRGS). Mestre em Filosofia do Direito (PPGDir, UFRGS). Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais (USP). Professora visitante e pesquisadora em Antropologia Filosófico-Jurídica (Harvard University). Professora de Filosofia do Direito (CEU LAW SCHOOL). Professora de Direito Tributário do Programa de Pós-Graduação (Universidade Mackenzie). Advogada. Diploma Advanced Management Program (AMP-IESE/Universidade de Navarra). Sócia da Advocacia Gandra Martins. Membro do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO e Representante na International Chamber of Commerce (ICC). Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Membro da Academia Brasileira de Filosofia. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. E-mail: angela.martins@gandramartins.adv.br

nada obstante a linguagem e o campo próprio de suas indagações, técnicas de abordagem e âmbito de atuação².

Em janeiro deste ano, tive oportunidade de participar de um Seminário organizado pela Universidade de Navarra, cujo tema central foi “O futuro da Filosofia do Direito” e do qual participaram professores e alunos de diferentes continentes.

Os trabalhos diversificados que foram sendo apresentados levantaram profundos debates sobre temas importantes tais como os direitos humanos, o Estado Democrático de Direito, etc. Tratamos ainda sobre metodologia, hermenêutica e liberdade acadêmica, entre outros tópicos.

Porém, as conclusões nos estimularam a continuar promovendo a reflexão através da Filosofia do Direito, sem subestimar a capacidade dos alunos com relação ao desejo de verdade e de justiça - que, em muitos casos serviu de motor para a escolha do Curso -, nem compactuar com uma suposta mediocridade, ou com uma cultura tecnológica, que pode promover mais a *curiositas* do que a *studiositas*³, obstaculizando atingir soluções mais profundas e eficazes para os problemas práticos que o Direito apresenta, para ir além de um pragmatismo imediatista.

Aplicando essa meta ao cenário concreto em que vivemos no tempo e no espaço - bem como de uma experiência concreta vivida na recente audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal a propósito da ADPF 422 - , pareceu-me oportuno refletir sobre o tema proposto para essa publicação a partir da pseudo-concepção de pós-verdade e o conseqüente emotivismo que pode ofuscar a completude de uma decisão jurídica, para estimular um maior compromisso em fomentar a reflexão acadêmica, em momento tão crucial para a Nação, de forma a capacitar os

² MARTINS, Ives Gandra. Uma Breve Introdução ao Direito, p. 19.

³ AQUINAS, Thomas. Summa Theologiae - II-II, q.166, a 1, ad 2 e ad 3.

estudantes para reconstruí-la, através dos sólidos alicerces da educação.

1. Filosofia, direito, justiça e verdade

A única verdade é a realidade.
Aristóteles

Os conceitos contidos neste tópico apresentam uma conexão profunda que a Filosofia do Direito pode vocacionalmente fortalecer.

Como ciência, a Filosofia, originada no amor à Sabedoria, tem como objeto conhecer o mais profundo do ente para oferecer uma explicação racional a partir da própria causa, bem como a visão global da realidade⁴.

Por outro lado, o Direito, visando a consecução de uma ordem social justa, necessita ser iluminado pela Filosofia, principalmente através de sua ramificação específica - a Filosofia do Direito -, campo de investigação filosófica que busca respostas para as questões jurídicas, a partir da verdade real e processual, de forma a orientar as decisões da forma mais equitativa⁵.

Nesse sentido, a justiça é uma questão primordial para a Filosofia do Direito, já que em sua definição mais densa e, ao mesmo tempo simples, resume-se na “vontade constante de dar a cada um o que é devido”⁶.

Para tal, aprofundará nos direitos e deveres humanos; em sua natureza social; nos fundamentos da autoridade; nos pressupostos para o desenvolvimento econômico, etc., a partir de um sólido conhecimento antropológico filosófico que respeita a compleição humana.

⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra. Manual Esquemático de Filosofia, p. 12-14.

⁵ REALE, Miguel. Filosofia do Direito, p. 5-13.

⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra. Manual Esquemático de Filosofia, p. 175-177.

Portanto, buscando as respostas mais profundas e justas para a regulação da vida em sociedade, deve apoiar-se plenamente em uma honesta projeção às soluções que mais correspondem à realidade e à verdade. O Direito regula a conformação social da vida humana e para tal deve observá-la como se apresenta em sua essência. Em palavras do Professor Lon Fuller: “*the ways things are (...) It is in the air*”⁷ ou a partir da “*self-evidence*”⁸, que é também razoabilidade e senso comum.

Na mesma linha, o Direito não é uma ciência de meias respostas: é mais ou menos culpado; está mais ou menos grávida; é mais ou menos vida, etc. Por essa razão, deve procurar esgotar a verdade geral e particular de cada caso, para veicular a solução realmente justa, iluminado por sua forma⁹. Logo, a verdade é seu guia e não deve contentar-se com menos, sendo a Filosofia do Direito um grande instrumento para que possa realmente implementar seu ideal de justiça, articulando as normas e preceitos que possam efetivamente entregar “*what’s owed to everyone alike*”¹⁰.

2. Antropologia filosófica à serviço do direito

*Justice in the soul, indeed in the whole make-up of the particular individual, is the source of, and mirrors and is reflected by justice in society. The nature of the political community is the nature of a human individual ‘writ large’—and vice versa*¹¹.

Como matéria componente do corpo filosófico, a Antropologia enraizada na filosofia - e que diverge da antropologia

⁷ FULLER, Lon. *Anatomy of the Law*, p. 52.

⁸ O’CONNEL, Irene. *Self-evidence in Finnis Natural Law Theory: A Reply to Sayers*, p. 25.

⁹ RUNDLE, Kristen. *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, p. 8-11.

¹⁰ FINNIS, John. *Natural Law. The Classical Tradition in COLEMAN, Jules and SHAPIRO, Scott. The Oxford Handbook of Philosophy of Law*, p. 24-25.

¹¹ FINNIS, John. *Natural Law. The Classical Tradition. In COLEMAN, Jules and SHAPIRO, Scott. The Oxford Handbook of Philosophy of Law*, p. 3.

cultural ou biológica - estuda o ser humano em sua completude, buscando também seu fim e razão de ser¹². Nesse sentido, pode ser definida como: “O estudo do homem em sua essência, natureza e individualidade, como ser que interpreta sua própria existência e entorno”¹³.

Dessa forma, pode oferecer ao Direito a medida mais exata e aproximada da natureza humana e da vida do homem em sociedade para poder julgar de forma universal e particular o que lhe é devido, e, assim, promover ainda que indiretamente, um real desenvolvimento individual e social, a partir da liberdade constitutiva própria do ser humano.

Como bem expõe o Professor Finnis:

(...) o florescimento humano é uma questão de autodeterminação através de escolhas livres possíveis a partir do horizonte aberto dos bens humanos. Dessa forma o conhecimento antropológico filosófico da natureza humana é prioritário (...) para compreender que tipo de florescimento é realmente humano¹⁴.

De fato, como afirma Francis Fukuyama¹⁵, todo sistema jurídico possui uma antropologia subjacente, ou seja, o modo com que concebe o ser humano é definitivo no sentido de como o regulará, manipulará ou promoverá efetivamente seu desenvolvimento. Daí a importância de buscar uma resposta verdadeiramente satisfatória, para que seja efetivamente dado ao homem o que lhe é constitutivamente devido.

3. A verdade como um direito

¹² YEPES, Ricardo. ARANGUREN, Javier. Fundamentos de Antropología, p. 15 et seq.

¹³ MARTINS, Angela Vidal Gandra da Silva. Antropologia Filosófica e Direito: Um confronto entre Lon Fuller e Richard Posner, p. 13.

¹⁴ FINNIS, John. Natural Law. The Classical Tradition. In COLEMAN, Jules and SHAPIRO, Scott. The Oxford Handbook of Philosophy of Law, p. 37-38.

¹⁵ FUKUYAMA, Francis. The End of History and the Last Man, Primeiro Capítulo e p. 263 et seq.

A verdade é o alicerce da autoridade. Catão

O estudo antropológico filosófico nos leva a deparar com umas das essenciais características do ser humano: sua racionalidade¹⁶. Nesse sentido, podemos afirmar ainda que o intelecto humano é projetado para a verdade¹⁷. Afirmar o contrário, seria como dizer que o estômago é incapaz de digerir. O ceticismo é uma postura ontologicamente negativa, pois o “não ser” não tem entidade. Por outro lado, conhecer a mentira ou esforçar-se por entender teorias inverídicas não pode ser um conhecimento *per se*, a não ser que vise simplesmente buscar entender os pressupostos do raciocínio como base do diálogo, já que a outra característica humana essencial é a relacionalidade¹⁸.

Uma sociedade edificada sobre a mentira - como bem expõe Hannah Arendt¹⁹ - leva necessariamente à tirania e à manipulação. Em realidade, ninguém quer ser enganado ou mal-entendido. Se somos tão estritos com a verdade no que se refere à nossa pessoa, é preciso fomentá-la também socialmente, através do Direito, para que a sociedade se edifique a partir do respeito e de valores comuns intrinsecamente compartilhados.

Nesse sentido, lembramos ainda que a concórdia sobre o essencial permite um diálogo muito mais frutuoso sobre o accidental, sendo a base de um verdadeiro pluralismo e um antídoto contra a intolerância, servindo o Direito como instrumento de unidade.

Para tal, o Direito deve também ser claro, coerente, consistente e congruente, gerando confiança a partir da segurança jurídica²⁰, que é estendida aos cidadãos, fortalecendo, assim, as

¹⁶ PLATO. *The Republic*, p. 14.

¹⁷ ARISTOTLE. *The Nicomachean Ethics*, IV.

¹⁸ MARITAIN, Jacques. *The Person and the Common Good*, p. 23 et seq.

¹⁹ ARENDT, Hannah. *As origens do Totalitarismo*.

²⁰ FULLER, Lon. *The morality of Law*, p. 95 et seq.

relações sociais²¹, o “*compliance*”, o sentido de compromisso, a lealdade e a fidelidade. De fato, a verdade é a primeira forma de se fazer justiça.

4. A denominada pós verdade

*O que vem após a verdade? A mentira*²².

A palavra pós verdade (*post-truth*) foi introduzida no Dicionário de Oxford em 2016 - fruto da escolha anual realizada pela Universidade -, definindo-a como um substantivo que se relaciona ou denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública que apelos à emoção e às crenças pessoais. Parece que a eleição seguiu a linha do ano anterior, em que a palavra contemplada foi um *emoji*, ou seja, uma daquelas carinhas amarelas, no caso, que chora de rir.

Essa decisão, embora de aparência inofensiva, traz necessariamente sua repercussão filosófica, que por sua vez termina por influenciar a sociedade como um todo - principalmente em um mundo globalizado -, atingindo também o Direito. Temos presenciado, por exemplo, em nosso país como a mídia infla os fatos de forma emocional já que, segundo a referida Universidade, a verdade está perdendo importância no debate político, o que, se analisado com profundidade, condena-nos a uma manipulação arbitrária, radicada na superficialidade ou na ignorância, inimiga do verdadeiro exercício da liberdade.

Porém, a gênese do termo não se deu de forma abrupta. De fato, o “conceito” é fruto de um distanciamento intencional que vai dificultando o retorno, ao ofuscar o desejo de verdade próprio da filosofia. O relativismo gerado pela ruptura filosófica da

²¹ FULLER, Lon. The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller edited by Kenneth Winston, p. 38 et seq.

²² Ministro Luis Fux, em palestra no Meeting Weekend 2018 organizado pela Consulting House. Guarujá, 22/09/18.

modernidade destacou o mundo subjetivo imanente, substituindo o esplendor do real pela sufocada - e muitas vezes orgulhosa - auto referencialidade e desembocando no esgotamento cético da posmodernidade, cada vez mais distante do real, ao fundamentar-se no emotivismo sentimental. Como bem definiu Gianni Vattimo e Zygmunt Bauman, respectivamente, entramos na era do “*pensiero debole*” e das “relações líquidas”.

Ao longo dessa trajetória nos deparamos com o utilitarismo econômico cético, que colocou o critério da moralidade nos sentidos, porta de entrada das emoções, já que não havia outro padrão seguro de verdade, reduzindo a felicidade humana à promoção do prazer e à fuga da dor.

Entre pensamento fraco, inflação de dados tecnológicos virtuais, vontade fraca e utilitarismo, é fácil deixar-se levar pelas emoções, criando uma “verdade” que justifique interesses pontuais e pragmáticos, regados pela emoção, sem que sejam suficientemente ponderados seus pressupostos, idoneidade e consequências.

Nesse sentido, as emoções - indiferentes em si, o que será brevemente exposto mais adiante - deveriam ser intelectualizadas para indicar o caminho correto, mas não servir de bússola absoluta para as decisões, sendo necessário convocar “a razão para dirigir o restante das dimensões humanas”²³.

Vejamos o que pode ocorrer quando esse centro de decisões é transferido.

5. Emotivismo no direito

No emotivismo, os juízos morais expressam sentimentos.

Alasdair Macintyre

Neste ano, tive a oportunidade de participar da Audiência Pública promovida no STF a propósito da ADPF 422, que visa

²³ YEPES, Ricardo. ARANGUREN, Javier. Fundamentos de Antropología, p. 55.

descriminalizar o aborto. Deslocado o tema do espaço democrático para o jurídico, a emoção tomou conta do local e as sessões tiveram de ser interrompidas várias vezes para que se restaurasse a ordem. Entre vaias e palmas, a frase de efeito era “o corpo é nosso”. De fato, pudemos visualizar o que expõe o professor escocês mencionado na epígrafe: a expressão dos sentimentos visa também produzir resultados em outras pessoas²⁴.

A emoção também se expande rapidamente pelos meios de comunicação, favorecendo a formação de opinião pública no sentido desejado, já que a vulnerabilidade do receptor, ocasionada pela superficialidade é um grande caldo de cultivo.

Dessa forma, as decisões jurídicas começam a ser iluminadas por movimentos subjetivos amplificados, sem fundamentar-se em uma base ontológica real que possa efetivamente servir de parâmetro seguro e estável, já que esta é também uma das garantias que oferece o Direito²⁵.

Evidentemente, a curto ou médio prazo, a sociedade terá que enfrentar as conseqüências objetivas de seus achaques emocionais, não sem grande sofrimento para muitos, tal como o *déficit* ocasionado pela crise da família e os consequentes desequilíbrios sociais e afetivos²⁶ dos quais padece o mundo pós-moderno.

6. Realismo, racionalidade e afetividade

Se estudamos a completude humana em termos antropológicos, percebemos que a pessoa é dotada de corpo e espírito (alma ou *psiqué*, ainda que estes termos apresentem *nuances*), e suas potências mais elevadas - espirituais - são a inteligência e a vontade, que veiculam sua racionalidade e

²⁴ MACINTYRE, Alasdair. After Virtue, p. 25 et seq.

²⁵ FULLER, Lon. The morality of Law, p. 93.

²⁶ FINNIS, John. Natural Law. The Classical Tradition. In COLEMAN, Jules and SHAPIRO, Scott. The Oxford Handbook of Philosophy of Law, p. 19 et seq. e p.26 et seq.

relacionalidade. O corpo, que recebe os estímulos através dos sentidos, oferece a informação para o centro de decisão humano, que são as potências intelectuais e volitivas. Como bem afirma o tomismo aristotélico “*nihil in intellectu nisi prius in sensu*”²⁷. Porém, há um estágio anterior, mais relacionado à nossa sensibilidade, como uma zona entre o corpo e a alma que denominamos sentimentos, paixões ou emoções, em si indiferentes, como afirma o filósofo já citado, mas que podem influenciar e acabar orientando nossas decisões.

Um homem seria incompleto se rejeitasse sua afetividade, sem a qual não se alcança a própria harmonia²⁸, ou, pelo contrário, se se submetesse cegamente a ela sem racionalidade. O elo perdido entre as paixões e uma conduta realmente humana seria a sua intelectualização de forma a ponderar e deliberar sobre seu impacto para identificar através do raciocínio, se realmente indicam o bem que apontam. Assim, é possível decidir assumindo as consequências e tornar nossas decisões realmente humanas, pois nelas não falta o coração²⁹.

Dessa forma, ultrapassamos a zona limítrofe e incompleta imposta pela dúvida pós-verdade, que ofuscada pelos sentimentos leva a decisões inconsequentes e incapazes de saciar a sede de felicidade e de justiça do coração humano, para abrir-se a um florescimento individual e social a partir do agir que segue o ser³⁰, ou, como afirmaria Hannah Arendt, por pensarmos simplesmente como humanos³¹.

Nesse sentido, o primeiro passo é abrir-se à verdade com simplicidade e honestidade, despojados de autointeresse, o que

²⁷ The Oxford Dictionary of Philosophy. Subject: Philosophy.

²⁸ YEPES, Ricardo. ARANGUREN, Javier. Fundamentos de Antropología, p. 55.

²⁹ HILDEBRAND, Dietrich. The Heart.

³⁰ “O agir segue o ser”. AQUINAS, Thomas apud DE FINANCE, Joseph. Etre et agir dans la philosophie de Saint Thomas.

³¹ ARENDT, Hannah. Eichmann in Jerusalem: A Report on the banality of Evil.

poderia levar-nos a ver o que desejamos, instrumentalizando-a, e não tal como ela se apresenta. Em seguida, procurar captar a essência para apresentar à vontade a partir da ponderação e deliberação, um objeto despojado de engano.

E, por fim, ao decidir-se pelo objetivamente mais adequado e conveniente, colocar todo coração para sustentar no tempo a decisão com vigor e intensidade, performando assim as atitudes plenamente humanas: “ quando a alma inteira aceita a guia da parte que ama a sabedoria - a razão - e não está em dissensão interna, o resultado é que as demais partes, em todos os sentidos, realizam sua obra própria, e assim, faz-se justa, pois desfruta realmente dos melhores prazeres segundo sua constituição”³².

Sendo o racional universal, ou seja, comum a muitos, será a razão que nos unirá³³, sendo a base da verdadeira comunicação, meta do Direito³⁴.

Conclusão

A verdade é alimento como o trigo.
Victor Hugo

O tema evocou-me um evento ocorrido em outubro de 2015, no *Harvard Club*, cujo o *speaker* era o filósofo Remi Brague, ao qual tive a honra de formular uma pergunta, aludindo ao *motto* da Escola de Direito que ostenta a palavra “*Veritas*”, e que muitas vezes parecia me gritar, “*hominen non habeo*³⁵”, no sentido de que faltam mais braços comprometidos com ela.

O Professor ficou pensativo, e, em seguida me respondeu que principalmente em nossa área, se não desejássemos buscar e ensinar a verdade, era melhor que fôssemos “*taxi drivers*”, no

³² PLATO. The Republic. 587 a.

³³ YEPES, Ricardo. ARANGUREN, Javier. Fundamentos de Antropología, p. 44.

³⁴ FULLER, Lon. The Law in Quest of Itself, p. 90.

³⁵ Jo 5, 7.

sentido de que só transportamos materialmente, não, intelectualmente.

A resposta trouxe-me por fim, à memória, um livro que li há tempos sobre a fidelidade, composto de várias histórias, que apresentava uma alegoria sobre um professor que se condenara e a pena eterna era um cachorro que lhe mordida a língua. Ele perguntou qual era a racionalidade do castigo e lhe foi respondido que o instrumento de trabalho que poderia ter servido a tantos com a verdade era o que agora sofria a punição.

Não quero terminar o breve ensaio de forma negativa, mas pelo contrário, animando os colegas e alunos a essa busca, com palavras do Professor Fuller, que foi um apaixonado pela formação jurídica e pela Filosofia do Direito:

Hoje há uma tendência a pensar sobre os valores como provenientes de uma origem espontânea que flui da *psyque* individual, expressando uma estrutura emocional peculiar da pessoa. Esses valores a flor da pele pouco se relacionam com o mundo externo real, exceto se o indivíduo moldou intelectualmente sua própria experiência acidental³⁶.

E conclui sobre como orientar os alunos para que realmente possam chegar a um pensamento fecundo:

Dar-lhes um sentido mais profundo. Não somente métodos e técnicas. Fazer pensar. Ir aos porquês. Treinar homens para que pensem como advogados. Ajudar a ter uma disciplina intelectual que leve a pensar sempre anteriormente no objetivo (...) a partir dos próprios professores que devem interessar-se de verdade pelos alunos³⁷.

A abordagem, portanto, não deve ser fútil ou trivial, a partir de *slogans* ideológicos: “A faculdade não um treino, mas uma

³⁶ FULLER, Lon. Legal Philosophy, Education and Practice. In -----, Legal Philosophy, Education and Practice in The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller edited by Kenneth Winston.

³⁷ FULLER, Lon. On Teaching Law.

represa de conhecimento”³⁸, sendo a filosofia do Direito um farol que ilumina essa trajetória, como afirma: “Posso ainda não ter um completo entendimento do que é certo ou errado, mas estou trabalhando para atingi-lo”³⁹.

Referências

- AQUINAS, Thomas. *Summa Theologica*. Catholic Way Publishing, 2014.
- ARENDT, Hannah. *As origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- , Eichmann in Jerusalem: A Report on the banality of Evil. New York: Penguin Classics, 2006.
- ARISTOTLE. *The Nicomachean Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- DE FINANCE, Joseph. *Etre et agir dans la philosophie de Saint Thomas*. Paris: Presses de L’Université Gregorienne, 1945.
- FINNIS, John. *Natural Law. The Classical Tradition in* COLEMAN, Jules and SHAPIRO, Scott. *The Oxford Handbook of Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- FUKUYAMA, Francis. *The End of History and the Last Man*. New York: Free Press, 2006.
- FULLER, Lon. *Anatomy of the Law*. Westport: Greenwood, 1987.
- , *Legal Philosophy, Education and Practice in The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller* edited by Kenneth Winston. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- , *On Teaching Law*. Cambridge: Harvard Law Repository, 1950.

³⁸ FULLER, Lon. *Legal Philosophy, Education and Practice in The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller* edited by Kenneth Winston, p. 296.

³⁹ FULLER, Lon. *Legal Philosophy, Education and Practice in The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller* edited by Kenneth Winston, p. 272.

-----, *The morality of Law*. New York: Fawcett, 1964.

HILDEBRAND, Dietrich. *The Heart*. South Bend: Saint Augustine Press, 2007.

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. South Bend: University of Notre Dame Press, 2007.

MARITAIN, Jacques. *The Person and the Common Good*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1947.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual Esquemático de Filosofia*. 2ª Edição Revista e Ampliada. São Paulo: LTR, 2003.

MARTINS, Angela Vidal Gandra da Silva. *Antropologia Filosófica e Direito: Um confronto entre Lon Fuller e Richard Posner*. São Paulo: Editora Noeses, 2017.

MARTINS, Ives Gandra. *Uma Breve Introdução ao Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

O'CONNEL, Irene. *Self-evidence in Finnis Natural Law Theory: A Reply to Sayers*. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2000, 25.

PLATO. *The Republic*. Translated by Allan Bloom. Chicago: Chicago University Press, 1991.

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

RUNDLE, Kristen. *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

YEPES, Ricardo. ARANGUREN, Javier. *Fundamentos de Antropología*. Pamplona: Eunsa, 2001.

O direito ao esquecimento na Alemanha e no Brasil¹

*Arthur M. Ferreira Neto*²

Sumário

Introdução

1. A fundamentalidade do direito ao esquecimento: tempo e memória
2. O direito ao esquecimento na Alemanha
3. O direito ao esquecimento no Brasil
4. Uma proposta para a fixação de critérios de concretização do direito ao esquecimento
 - 4.1. Fato prejudicial, vexatório ou desabonador
 - 4.2. Transcurso razoável de tempo ou não contemporaneidade
 - 4.3. Ausência de historicidade
 - 4.4. Esgotamento da relevância informativa do evento ou o atingimento da recomposição penal pela reabilitação e perdão

Conclusão

Referências

Introdução

Analisando-se a questão em uma perspectiva histórica, pode-se dizer que a sociedade contemporânea relaciona-se de um modo

¹ O presente artigo representa publicação original de nosso estudo sobre o Direito ao “Esquecimento”, realizada inicialmente em 2014. Para pesquisa mais aprofundada e completa sobre o tema, recomendamos a leitura do livro publicado em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet: O Direito ao “Esquecimento” na sociedade da informação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

² Doutor em Direito (PPGDir, UFRGS). Doutor em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Mestre em Direito (PPGDir, UFRGS). Mestre em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Professor e Coordenador do Departamento de Propedêutica Jurídica da Escola de Direito da PUCRS. Advogado. E-mail: arthur.neto@pucrs.br

inédito com a informação que produz, da mesma forma como os seus integrantes acessam esse mesmo conteúdo informativo com uma intensidade e com uma abrangência sem qualquer precedente. Isso se percebe claramente pelo volume de dados que, hoje, são gerados, transmitidos e armazenados pelos diferentes meios de comunicação e pela rede mundial de computadores, assim como pela propensão automática – muitas vezes sem qualquer reflexão – de cada indivíduo em ou querer publicizar fatos rotineiros e comecinhos da sua vida diária ou em querer replicar e transmitir a terceiros – muitas vezes desconhecidos – informações que podem ou não ter qualquer relevância, que podem ou não assumir contexto vexatório ou prejudicial e que podem ou não adquirir em poucos minutos uma repercussão mundial que, talvez há menos de uma década atrás, seria algo impensável e, com certeza, impraticável. Nesse contexto histórico, como sabemos, constitui-se a chamada sociedade da hiperinformação ou sociedade líquida³ como qualificam pensadores da atualidade.

Tais modificações nas estruturas comunicacionais por meio das quais, atualmente, interagimos, por certo, não poderiam deixar de causar grande impacto e até algumas rupturas na composição básica do tecido social sob o qual formamos os cidadãos do futuro e, inclusive, cultivamos a nossa própria humanidade.

Uma das consequências éticas mais evidentes dessa ampla reformatação no modo pelo qual nos relacionamos com o estoque de informação que produzimos e coletamos toca na corrente dificuldade de demarcação do espaço público e privado. Mesmo sendo indiscutível que as esferas pública e privada jamais representaram, em outros momentos históricos, conceitos que poderiam ser definidos de modo categórico e absoluto, não se pode negar que, no passado, tais áreas, ao menos, assumiam alguma

³ BAUMAN, Zygmunt. *A Modernidade Líquida*, *passim*.

demarcação minimamente compreensível e justificável⁴. De outro lado, atualmente, a dimensão do público e a dimensão do privado encontram-se quase que totalmente diluídas e obscurecidas e tal rompimento em grande parte se deu em razão do modo pelo qual manipulamos e transmitimos informações não só sobre nós mesmos, mas também sobre os demais. A exposição pública de pensamentos íntimos e eventos privados – em grande medida sem qualquer relevância para a coletividade – alcança no ambiente da sociedade da hiperinformação patamares incontroláveis, o que acaba ocasionado uma intensa reformulação acerca não só das atitudes do agente responsável pela transmissão de tais informações, como também do conteúdo informativo que passa a ser considerado como sendo de compartilhamento adequado em um ambiente público. Tais posturas acabam naturalmente provocando uma transposição daquilo que seria próprio do espaço íntimo e privado que passa a ser considerado como aceitável ou tolerável para receber tratamento aberto em um espaço de acesso não só público (no sentido tradicional), mas de alcance mundial irrestrito⁵. Exemplificando tais modificações na atitude do indivíduo diante do espaço público-privado, pode-se dizer que o fluxo extremado de informações (muitos vezes dispendo sobre intimidades ou assuntos sem maior relevância pública), criando redes massificadas de transmissão de dados (muitas vezes conectando pessoas desconhecidas, alcançando escalas jamais desejadas pelo transmissor da mensagem), acaba produzindo uma

⁴ Como exemplo, cabe citar a diferenciação clara e relativamente bem demarcada adotada na Antiguidade entre o espaço público (da Polis e do compartilhar valores comuns por cidadãos livres e iguais) e o espaço privado (da Oikia, da subsistência humana e da formação política do futuro cidadão), a qual foi esclarecida com precisão ímpar por Hannah Arendt no seu clássico *A Condição Humana* (The Human Condition. Estados Unidos da América, pp. 22-73).

⁵ Aliás, nesse contexto, chega-se, hoje, a ventilar a possibilidade de termos o “fim da esfera privada”, como se vê no livro de SCHAAR, Peter. *Das Ende der Privatsphäre: Der Weg in die Überwachungsgesellschaft*.

geração de indivíduos imediatistas⁶, inconsequentes⁷, narcisistas⁸ e até reificadores de si e do próximo⁹.

De outro lado, a fragmentação das fronteiras entre o ambiente público e o privado acaba alterando as próprias expectativas geradas por aqueles que transmitem informações, bem como as expectativas que são esperadas pelos afetados pela propagação desse conteúdo informacional, muitas vezes sem que esses tenham, efetivamente, manifestado qualquer concordância ou consentimento.

Com isso, tal sociedade pós-moderna, cunhada dentro dessa matriz ultracomunicativa e de ruptura nos limites das esferas pública e privada, acaba produzindo alguns paradoxos entre

⁶ O que se vê no desejo de que todo e qualquer evento da vida cotidiana do indivíduo (do cardápio do seu almoço ao estado anímico interno experienciado em cada instante) seja transmitido e replicado por toda a sua rede de contatos, como se cada átomo da vida tivesse de assumir significação instantânea e assim ser recebida por todos os destinatários da mensagem que comunica.

⁷ O que se vê na divulgação espontânea e automática de todo tipo de mensagem, de pensamentos íntimos, de opiniões, de imagens pessoais sem que sequer sejam efetivamente refletidas e mensuradas as consequências e os impactos que a divulgação de tais informações possam gerar no futuro e sem projetar os prejuízos que a perpetuação de tais conteúdos possam causar em relação a si próprio e – mais importante – em relação aos demais.

⁸ O que se vê pelo excesso de valorização que o “autor” de determinado conteúdo informativo atribui a si mesmo e aos eventos – muitas vezes banais – de sua vida, como se os eventos esporádicos do seu dia-a-dia tivessem de assumir o centro de relevância de narrativa épica que deveria ser amplamente informada e ser conhecida por todos.

⁹ A facilidade com que hoje se transmitem e se reproduzem dados e informações pessoais sobre si mesmo e sobre outras pessoas nas redes sociais faz com que muitos passem a ter a percepção de que os seres humanos sendo descritos por meio de tais representações apresentadas em perfis pessoais ou em sites de relacionamento não sejam outra coisa senão uma coletânea de características padronizadas ou de traços genéricos, o que acaba desumanizando as relações entre indivíduos reais, que passam a se tratar como entes reificados (i.e., coisificados) e sem personalidade singular. Tal atitude distanciada e desumanizadora culmina na autorreificação e na reificação do outro. Essa é a visão de Honneth: “En la otra dirección de la autorreificación, aquella en la que las sensaciones propias sob observadas y registradas solo de manera passiva, apuntan las practicas que han surgido en la actualidad com el uso de internet como instrumento de la búsqueda de pareja. En ellas, la forma estandarizada de la toma de contacto fuerza en primera instancia a los usuarios a assentar suas cualidades en secciones con títulos preestablecidos y con graduaciones, y una vez que se comprueba una coincidencia entre las cualidades de las dos personas, las parejas elegidas por obra de la electronica son invitadas a declarar sus sentimientos para con el otro en el tempo veloz de los mensajes de correo electronico.” (HONNETH, Axel. Reificación – Un Estudio en la Teoría del Reconocimiento, p. 145.)

pretensões individuais contraditórias, o que culmina em conflitos valorativos de difícil solução ou até aparentemente insolúveis.

Um dos paradoxos mais marcantes surgidos nesse contexto envolve precisamente, as pretensões, em parte conflitantes e contraditórias, de um lado, por uma ampliação progressiva das possibilidades de auto-expressão em um ambiente público participativo e democrático, o que se reflete na exaltação progressiva dos valores inerentes à liberdade de expressão, de crença, de manifestação de pensamento etc.; enquanto que, de outro lado, se busca cada vez mais novas ferramentas de proteção contra a exposição excessiva e indesejada dos indivíduos nessa arena de escrutínio coletivo, o que se reflete no pleito por efetiva valorização da intimidade, privacidade, honra. Esse paradoxo surge, portanto, diante de dois desejos básicos por liberdades individuais que na pós-modernidade, diante do limites obscurecidos entre a esfera pública e privada, acabam entrando em choque.

Em síntese, pode-se dizer que toda busca por um exercício mais amplo e mais intenso de liberdades positivas ou ativas (*i.e.*, aquelas que garantem ao indivíduo agir sem opressão) provoca, como consequência, a necessidade de formulação de novos mecanismos protetivos estruturados em termos de direitos fundamentais negativos (*i.e.*, que impedem a invasão de determinada esfera jurídica intocável de cada particular), os quais se prestam, precisamente, a controlar o abuso e o excesso no uso de tais liberdades por terceiros, o que se bem executado presta-se a reestabelecer o equilíbrio que deve existir entre todas a gama de liberdades individuais e direitos fundamentais.

E é precisamente a partir desse entrechoque de valores individuais básicos que surge, na sociedade da hiperinformação, a necessidade de formulação de um novo feixe de direitos fundamentais que moldam a proteção contra a divulgação excessiva, injustificada e perpetuada no tempo de informações que afetam a esfera íntima e privada de determinada pessoa, inclusive nos casos em que tenha ela dado o seu consentimento expresso e

irrestrito¹⁰. Tal espécie de pretensão jurídica acabou sendo denominada de “*direito ao esquecimento*” (*right to be forgotten*¹¹, *derecho al olvido*¹², *droit à l'oubli*, *diritto all'oblio* ou *Recht auf Vergessenwerden*¹³).

Em sua origem histórica, o direito ao esquecimento representa um desdobramento e uma dimensão protetiva adicional que se revela necessária como forma de ser efetivar o direito à privacidade. Aliás, a problematização dessas questões encontra seu embrião na discussão jurídica anglo-saxã acerca da extensão do direito à privacidade, a qual já poderia ser localizada no clássico texto de Warren e Brandeis, do ano de 1890, em que se defende a existência a um “*direito de ser deixado só*” (*right to be let alone*)¹⁴. Chega, portanto, a ser espantoso que já no final do Século XIX suscitava-se a existência de novos riscos que surgiriam das inovações tecnológicas e da difusão dos meios de comunicação, as quais, em razão da velocidade e do alcance das publicações periódicas, poderiam provocar novas formas de violações aos direitos de personalidade¹⁵, na medida em que a exposição excessiva e maliciosa de imagens e relatos sobre determinados indivíduos poderiam causar modalidades inéditas de invasão à

¹⁰ Nesse sentido, SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição, p. 466.

¹¹ FELLNER, Robert. The Right to Be Forgotten in the European Human Rights Regime; GHEZZI, Alessia. The Ethics of Memory in a Digital Age.

¹² PENA, Alejandro Touriño. El derecho al olvido en Internet.

¹³ “Allgemeiner Konsens besteht darin, dass der Verbraucher ein Recht haben sollte, dass seine Daten auf Verlangen gelöscht werden sowie von der weiteren Verwendung und Verbreitung absehen wird.“ (SCHULZE, Sebastian. Das Recht auf Vergessenwerden – Essentielles Grundrecht im Netz?, p. 8).

¹⁴ WAREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. Estados Unidos da América: Harvard Law Review, Vol. IV, No. 5, 1890. Vide ainda SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, p. 409.

¹⁵ “Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right ‘to be let alone’. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that ‘what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops’.” (WAREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. Estados Unidos da América: Harvard Law Review, Vol. IV, No. 5, 1890).

esfera de privacidade daqueles expostos. Pois bem, como se verá, foi a partir da necessidade de proteção da privacidade de direitos referentes ao acesso e circulação de informações pessoais, que se construiu e se consolidou de modo gradual, principalmente, na comunidade europeia, o direito ao esquecimento.

Mais recentemente, o direito ao esquecimento ganhou notoriedade mundial, a partir do caso envolvendo o processo movido por cidadão espanhol contra Google Spain e contra Google Inc, no qual a Corte de Justiça da União Europeia, em decisão de 13 de maio de 2014 (C-131/12), veio a reconhecer que existiria, respeitadas determinadas condições, um direito ao esquecimento a ser protegido, por meio do qual a proteção de dados pessoais na rede mundial de computadores exigiria fossem apagados links e informações que constassem de bancos de dados de sites de pesquisa¹⁶.

É, portanto, o objetivo central deste estudo analisar o Julgado da Corte Europeia acima referido, bem como discorrer sobre o fundamento, sobre a estrutura e sobre os meios de concretização desse novo direito fundamental, tanto no Brasil, quanto na Alemanha, o qual surge como um reflexo da nova sociedade de comunicação em massa, na qual vivemos e que representa um sinal dos novos tempos do direito contemporâneo.

1. A fundamentalidade do direito ao esquecimento: tempo e memória

A autoridade, o valor prático e a dimensão cogente de um direito fundamental não se dá apenas em razão da sua positivação jurídica nem se constitui em argumento jurídico válido somente após um ato de escolha do legislador constitucional, que tenha elegido historicamente resguardar ou proteger uma determinada dimensão da nossa humanidade. Em outras palavras, a

¹⁶ Sobre esse julgamento *vide*: STEHMEIER, Marinus; SCHIMKE, Anna. Internet-Suchmaschinen und Datenschutz – Zugleich eine Besprechung von EUGH C-131/12 Google Spain und Google.

fundamentalidade de um direito não depende – tanto na sua compreensão teórica, quanto na sua valorização prática¹⁷ – de um processo de positivação nem da sua ampla aceitabilidade individual ou coletiva nem da incorporação textual em convenções sociais nem da sua plena concretização histórica¹⁸.

Na verdade, a noção de um direito fundamental ilustra a necessidade jurídica de proteção e promoção de determinados fins objetivos que ilustram aspectos essenciais do ser humano, individualmente considerado ou socialmente integrado, sendo evidente que, sem tais proteções e concessões jurídicas, ninguém estará capacitado a desenvolver as instâncias mais relevantes de uma vida humana minimamente ordenada. Nesse sentido, entendemos que seja possível (talvez até necessário) aproximar os conceitos de direitos fundamentais e de direitos humanos, no que tange à sua valorização prática e imperatividade jurídica, não obstante o risco de ambiguidade conceitual que a aproximação desses termos pode acarretar. Não se pretende, porém, com isso, desprezar a importância prática que tal distinção exerce no dia-a-dia do operador do direito. Por meio dessa distinção terminológica, que prioriza a dimensão jurídico-positiva do direito, permite-se, normalmente, de um lado, identificar, internamente, os diferentes graus de eficácia jurídica que um direito fundamental pode receber dentro de um sistema jurídico específico e, de outro lado, projetar, externamente, a necessidade jurídica de se reconhecer proteções

¹⁷ Evidentemente, a eficácia de um direito fundamental e as chances de sua concretização em uma comunidade política poderá encontrar sérios obstáculos – talvez até a sua inviabilização – se esse não tiver qualquer reconhecimento no direito positivo. Sobre a eficácia dos direitos fundamentais, *vide* o essencial A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. (SARLET, Ingo Wolfgang.)

¹⁸ Se a justificação e valoração jurídica de um direito fundamental dependesse apenas dos atos de escolha de um grupo de indivíduos ou das eventuais convenções sociais que se formassem com o propósito do seu reconhecimento ou, em última instância, das mais diferentes contingências históricas, todos os direitos fundamentais perderiam precisamente o seu traço conceitual mais básico, qual seja o de serem fundamentais para a própria compreensão do que é essencial a todo e qualquer ser humano.

supranacionais que deverão ser resguardadas a todos, independentemente de sua nacionalidade¹⁹.

Mesmo diante de tal recurso conceitual didático, não nos parece plausível definir e justificar a existência de direitos fundamentais a partir da sua fonte de produção jurídica²⁰, ou seja, como sendo aqueles direitos humanos que teriam sido, dentro de determinado quadrante espacial-temporal (*i.e.*, baseado no ato formal contingente em que uma comunidade jurídica decide promulgar, em determinado momento histórico, um documento oficial com lista de direitos fundamentais), objeto de um processo específico de positivação constitucional²¹. Se assim fosse, o valor e a inteligibilidade do conteúdo de um direito fundamental ficaria sempre na dependência do ato volitivo de um grupo humano

¹⁹ Veja-se, nessa esteira, a esclarecedora lição de Sarlet: “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”. (SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 29)

²⁰ Criticando a visão estreita das posturas que defendem apenas a observância de um critério formal, de acordo com o qual uma norma de direito fundamental exigiria apenas a positivação de enunciados em uma Lei Fundamental, *vide* ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 56.

²¹ Para ALEXY, uma teoria dos direitos fundamentais pode ser compreendida a partir de três dimensões, quais sejam: analítica, empírica ou normativa. A primeira visa a definir os direitos fundamentais apenas de modo intrassistêmico, *i.e.*, por meio da sua estrutura lógica de validação ou pelas suas técnicas de aplicação (*e.g.*, pela ponderação); a segunda pretende não apenas descrever o direito legislado que consagra direitos fundamentais, como também permitir sejam realizados prognósticos em que se estimam futuros reconhecimentos judiciais acerca de direitos fundamentais; por fim, a terceira dimensão preocupa-se com o traço ordenador, diretivo e valorativo dos direitos fundamentais, o que permite assumir uma postura crítica diante de uma prática jurídica específica, principalmente para avaliar os méritos e deméritos de um sistema constitucional ou judicial concreto que possa não reconhecer um determinado direito fundamental. É a dimensão normativa dos direitos fundamentais que permite seja enfrentado o problema da fundamentação jurídica a partir de critérios racionais de valoração. (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Alemanha: Suhrkamp, pp. 22-5). Em se adotando como correta ou ao menos razoável a distinção proposta por Alexy, neste trabalho, estaremos sustentado os direitos fundamentais a partir da sua dimensão normativa ou orientadora de qualquer prática jurídica.

específico dotado de autoridade ou poder para lhe conferir tal status normativo, o qual, por consequência, poderia escolher ampliar, modificar ou até revogar determinados direitos fundamentais, dependendo do momento histórico dessa tomada de decisão²².

Não se pode perder de vista que novos direitos fundamentais, muitas vezes, são reconhecidos institucionalmente e introduzidos em um sistema jurídico sem que qualquer dispositivo do texto constitucional tenha sido alterado, razão pela qual o processo de positivação constitucional não representa, em si, o elemento constitutivo de um direito fundamental. Na verdade, para a formulação de novos direitos fundamentais, basta que o intérprete ou o aplicador do direito venha, com base na dimensão finalística ou na carga valorativa que se encontra presente nos dispositivos constitucionais já positivados²³, a propor e a justificar argumentativamente a necessidade fundamental de proteção de um determinado aspecto essencial da existência humana que até aquele momento não havia assumido relevância ou que havia sido arbitrariamente rejeitado. Por isso, o reconhecimento institucional da cogência e da imperatividade de um direito fundamental, em regra geral, assume um traço declaratório e retrospectivo, jamais sendo uma pura criação do órgão que o torna eficaz.

Em última instância, isso significa dizer que qualquer lista de direitos fundamentais que poderá ser objeto de declaração e positivação em convenções internacionais ou em textos constitucionais jamais poderá ser compreendida como sendo

²² Mesmo que isso seja uma possibilidade fática dentro de um cenário histórico específico (e.g., a instauração de um governo tirânico ou ditatorial que cassa direitos fundamentais), não se pode dizer que a revogação do texto positivo que reconhece um direito fundamental tenha para sempre suprimido o valor e a necessidade de proteção do fim que é projetado por meio daquele reconhecimento jurídico. Esse eventual direito fundamental excluído do texto positivo não perderia, automaticamente, a sua relevância jurídica, a qual persistiria de modo fragmentado mesmo que seja apenas na sua qualidade argumentativa, como uma exigência racional de qualquer sistema normativo que possui a intenção de resguardar, proteger e promover aspectos essenciais de nossa humanidade.

²³ Sobre a diferença entre texto e norma, *vide*: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*.

exaustiva ou como apresentando um rol estanque, principalmente em relação ao futuro. Aliás, tal ideia mostra-se coerente com o nosso ordenamento constitucional que reconhece, no artigo 5º, parágrafo 2º²⁴, que outras garantias individuais (*rectius*, direitos fundamentais) podem ser identificadas e justificadas além dos limites textuais do elenco de proteções que está positivado no nosso texto constitucional.

Essas considerações introdutórias são de máxima importância para se iniciar o debate acerca do direito ao esquecimento como direito fundamental, principalmente porque se está diante de possível esfera de proteção jurídica que assume feição inovadora, na medida em que surge como relevante no atual contexto da chamada sociedade da hiperinformação²⁵. Com efeito, o chamado direito ao esquecimento, efetivamente reconhecido em inúmeros países, inclusive no Brasil, adquire relevância não por causa de algum processo de positivação que tenha introduzido esse direito fundamental em um texto constitucional, mas sim por causa de alguma dimensão da experiência humana que poderia ser, racionalmente, justificada e explicada como sendo indispensável para o pleno desenvolvimento moral e jurídico de qualquer indivíduo humano. Evidentemente o direito ao esquecimento poderá ser objeto de reconstrução interpretativa que pode partir da leitura conjugada de uma série de dispositivos textualmente consagrados em uma Constituição (por exemplo, artigos da Constituição que consagram o

²⁴ “Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

²⁵ Não se quer dizer com isso que o direito ao esquecimento seja uma proteção jurídica fundamental contingente ou historicamente datada. Mesmo que a urgência e a necessidade de se proteger juridicamente os indivíduos de uma exposição pública excessiva ou eterna somente se manifeste em um ambiente de conexão comunicativa extrema, como ferramentas de acesso e preservação de informações que acabam perenizando o conhecimento de fatos passados, não se poderia dizer que os bens jurídico tutelados por meio dessa relação sejam algo que somente manifeste importância no atual contexto histórico. A importância de se resguardar o indivíduo da exposição pública de certas memórias negativas ou prejudiciais ocorridas no passado representa uma dimensão protetiva que, em nosso juízo, é, amplamente, inteligível e justificável perante todos.

direitos à intimidade, privacidade, honra, etc.). No entanto, não é do processo de positivação de normas constitucionais que o direito ao esquecimento retira a sua carga valorativa nem deriva a sua força de justificação e de inteligibilidade acerca do bem humano que pretende resguardar.

A fundamentalidade do direito ao esquecimento toca em dois aspectos essenciais da experiência humana, elementos esses que refletem, em alguma medida, questões que, invariavelmente, assumem relevância para todos os indivíduos, o que, *a priori*, credencia essa pretensão jurídica a ingressar no debate por meio do qual se pretenda definir e justificar a existência desse novo direito fundamental a ser protegido e resguardado por todo e qualquer Sistema Constitucional. Tais aspectos são o *tempo* e a *memória*. Isso significa dizer que, em uma perspectiva externa, o direito ao esquecimento pressupõe a compreensão do fluir do tempo na estabilização e apaziguação de relações jurídicas e, em uma perspectiva interna, a mensuração dos efeitos que a memória exerce na manutenção da integridade moral e psíquica de cada indivíduo.

Como se sabe, tanto o tempo, quanto a memória representam dimensões da existência humana das mais complexas, sendo, possivelmente, a mais árdua das tarefas dentre aquelas que podem ser enfrentadas por qualquer filósofo. Aliás, é precisamente essa dificuldade conceitual que explica o aspecto polêmico que está por trás do debate acerca do direito ao esquecimento. Isso porque a delimitação do conteúdo fundamental do direito ao esquecimento exige seja esclarecida tanto a fluência do tempo – para se definir se um determinado acontecimento já esgotou as sua relevância social ou as suas potencialidades informativas –, quanto sejam analisados aspectos intrínsecos dos estados mentais de um indivíduo – para avaliar em que medida a contínua exposição pública de determinado evento causa-lhe um abalo diferenciado que não poderá ser admitido nem tolerado pelo direito –. Para ilustrar tal complexidade, cabe citar aqui a reflexão de dois pensadores que, reconhecidamente, enfrentaram com exuberância o desafio de delimitar as ideias

representadas pelos conceitos de tempo e de memória e que poderão pautar a compreensão dos aspectos essenciais que justificam o direito ao esquecimento como um direito fundamental.

Primeiramente, em relação ao tempo, não se poderia fazer referência a outro pensador que não Agostinho. Em suas *Confissões*²⁶, Agostinho inicia seus questionamentos sobre o tempo destacando, primeiramente, a dificuldade natural que enfrentamos quando pretendemos compreender e definir tal conceito²⁷. Além disso, ressalta que a percepção do tempo e, com isso, a sua relevância somente se dá em relação aos seres humanos, na medida em que “se nada sobrevivesse, não haveria tempo futuro, e se agora nada houvesse, não existia tempo presente”²⁸. Com efeito, a captação e a ponderação dos efeitos do tempo representa um fator eminentemente humano. Por fim, Agostinho enfrenta alguns paradoxos que são inerentes à percepção do fluir temporal, principalmente no que se refere à possibilidade de conhecermos e mensurarmos os três tradicionais momentos temporais: o passado, o presente e o futuro. Segundo ele, apenas o presente pode ser objeto de efetivo conhecimento, na medida em que o passado já não existe mais e o futuro ainda não se manifestou e por isso também não existe²⁹. Como podemos, pois, conhecer e medir o que não existe? Desse modo, segundo ele, somente o presente pode ser alvo de mensuração e avaliação, seja em relação ao pretérito, seja em relação ao futuro, pois, no presente, posso narrar e reconstruir verdadeiramente evento do passado³⁰ e, também no presente,

²⁶ AGOSTINHO. *Confissões*.

²⁷ “Quando dele falamos, compreendemos o que dizemos. Compreendemos também o que nos dizem quando dele nos falam. O que é, por conseguinte, o tempo? Se ninguém me perguntar, eu sei; se quiser explicá-lo a quem me fizer a pergunta, já não sei”. (AGOSTINHO. *Confissões*, p. 278.)

²⁸ AGOSTINHO. *Confissões*, p. 278.

²⁹ AGOSTINHO. *Confissões*, pp. 282-3.

³⁰ “Ainda que se narrem os acontecimentos verídicos já passados, a memória relata não os próprios acontecimentos que já decorreram mas sim as palavras concebidas pelas imagens daqueles fatos, os quais, ao passarem pelos sentidos, gravam no espírito uma espécie de vestígio”. (AGOSTINHO. *Confissões*, p. 282.)

posso avaliar causas que se manifestam no presente para fazer prognósticos acerca do futuro³¹.

Assim, não há propriamente nem tempo pretérito nem tempo futuro, mas apenas o “presente das coisas passadas, o presente das presentes e o presente das futuras”, razão pela qual os três tempos existentes na mente humana são “a lembrança presente das coisas passadas, a visão presente das coisas presentes e a esperança presente das coisas futuras”³². Importante ressaltar que Agostinho apenas enfrenta uma das dimensões do tempo, qual seja, a dimensão psicológica, *i.e.*, a apreensão sensitiva da experiência temporal na mente humana. Teríamos ainda a dimensão ontológica, que analisa o tempo como categoria metafísica, sobre a qual se especula em termos universais, e a dimensão naturalística, que avalia e mensura a mudança a que se submetem os objetos físicos. Conforme se verá, no que tange ao direito ao esquecimento mostra-se relevante apenas o aspecto psíquico do transcurso do tempo, principalmente no que se refere o impacto que esse exerce na memória do indivíduo ou da coletividade por força da lembrança presente dos fatos já ocorridos. Esse, portanto, o ponto de conexão do tempo com a memória.

Pois bem, quanto a esse segundo conceito, valemo-nos aqui de considerações que foram trabalhadas por Aristóteles em seu “*Sobre a Memória*”³³. O ponto de partida para se compreender o que é a memória, segundo Aristóteles, passa pela definição do seu objeto próprio.

Pois bem, o objeto da memória não é o futuro. Isso porque é impossível ter lembrança sobre o futuro, na medida em que os conteúdos do futuro não são propriamente conhecidos, mas são apenas objeto de opinião (*doxa*) ou de expectativa. Isso significa dizer que, relativamente ao futuro, o indivíduo ou desenvolve mera

³¹ “...as coisas futuras ainda não existem; (...) Mas podem ser prognosticadas pelas coisas presentes que já existem e se deixam observar”. (AGOSTINHO. Confissões, p. 283.)

³² AGOSTINHO. Confissões, p. 284.

³³ ARISTÓTELES. BARNES, Jonathan (editor). On Memory in The Complete Works of Aristotle, Vols. I, p. 714-720.

especulação subjetiva sobre determinado estado de coisas que ainda irá se manifestar ou realiza atividade de “adivinhação”, que pode ou não envolver algum tipo de ciência ou método. Do mesmo modo, o objeto da memória não é o presente³⁴, já que a atividade necessária em relação ao tempo presente é apenas a percepção sensorial, a qual, em si, não é a faculdade utilizada para conhecer imediatamente nem o passado nem o futuro. Obviamente, não se tem contato sensorial imediato com o passado, já que a sua manifestação física já se esgotou, nem com o futuro, pois a sua concretização material está guardada para momento que ainda não se apresenta fisicamente ao sujeito. Assim, o objeto do presente, enquanto presente, é a capacidade externa da percepção e não a capacidade interna da memória.

A memória, portanto, assume como objeto, necessariamente, o passado. Por isso, “a memória não é nem percepção nem concepção, mas um estado ou uma afetação de uma dessas condições, que é condicionada pelo transcurso do tempo”³⁵. Com efeito, toda memória pressupõe o transcurso do tempo, por meio do qual a lembrança (*remembering*³⁶) ou a reminiscência (*recollection*³⁷) do passado se manifesta novamente no presente dentro do imaginário mental do indivíduo³⁸. Assim, a memória não é apenas a capacidade de retomada mental de uma percepção passada, mas é o conhecer, efetivamente, tal percepção como pretérita, revivendo os vestígios do passado. Por essa razão, a

³⁴ “...one does not remember now what one experiences now”. (AGOSTINHO. Confissões, p. 717.)

³⁵ ARISTÓTELES. BARNES, Jonathan (editor). The Complete Works of Aristotle, Vols. I, p. 714. (Tradução livre do Autor.)

³⁶ Seria, para ARISTÓTELES, simples retomada de uma experiência passada pela reprodução da imagem na mente.

³⁷ Seria uma experiência memorial mais intensa, enquanto “uma fonte que se coloca sobre e acima daquilo que foi inicialmente apreendido”, exigindo o desenvolvimento de uma cadeia de lembranças que permitam alcançar uma conclusão diferente ou mais intensa que a experiência original.

³⁸ A “memória ... põe novamente em acto (evoca) sensações passadas, mas – o que é a sua função específica, que faz a sua distinção real das outras faculdades – ela conhece as sensações reevocadas como passadas” (RUPPEL, Ernesto. A captação da realidade segundo Tomás de Aquino, p. 45).

memória é a faculdade que conserva e reproduz, na atualidade, as formas sentidas no passado, impondo à consciência do sujeito sejam novamente conhecidos os objetos que apresentaram tais formas no passado³⁹.

Partindo-se dessas considerações, percebe-se que a formulação de um direito ao esquecimento deve levar em consideração os seguintes aspectos:

- (i) o tempo representa categoria que afeta, exclusivamente, os seres humanos, na medida em que estão capacitados a avaliar e mensurar o seu transcurso, refletindo sobre o seu transcurso e sofrendo os seus efeitos;
- (ii) o transcurso do tempo, em sua dimensão psicológica, assume relevância apenas no tempo presente, pois não se conhece propriamente nem o passado nem o futuro, i.e., o passado afeta o indivíduo na sua projeção presente, na medida em que o pretérito torna-se relevante enquanto provoca efeitos na atualidade;
- (iii) a capacidade memorial do ser humano dá-se, exclusivamente, em relação a eventos passados, os quais assumem relevância na medida em que eventos já ocorridos são reproduzidos no imaginário mental do indivíduo; e
- (iv) a lembrança ou a reminiscência do passado não representa atividade mental neutra nem passiva, uma vez que tais experiências internas levam ou forçam o indivíduo a reviver os vestígios do passado, de modo, inclusive, a experienciar novamente o já ocorrido com maior intensidade⁴⁰.

Com efeito, o chamado direito ao esquecimento busca reconhecer que, não obstante não esteja ao alcance de ninguém apagar da memória o tempo passado nem refazer as suas escolhas pretéritas, mesmo assim deverá ter a legítima pretensão jurídica de garantir não venha a ser essa pessoa obrigada a reviver eventos que envolveram seus passados, em razão do seu traço traumático,

³⁹ “Whenever one actually remembers having seen or heard or learned something, he perceives in addition as we have already observed that it happened before, and before and after are in time”. (ARISTÓTELES. BARNES, Jonathan (editor). *The Complete Works of Aristotle*, Vols. I, p. 715).

⁴⁰ GHEZZI, Alessia. *The Ethics of Memory in a Digital Age*.

vexatório ou desagradável. Dentro do escopo dessa mesma pretensão, mostra-se também interessante a proposta adicional de Mayer-Schonberger⁴¹, de acordo com a qual o direito ao esquecimento não deveria estar associado apenas à pretensão ativa de se excluir informações de registros acessíveis ao público por meio de provocação daquele afetado por tais dados, mas também deveria alcançar, principalmente na era digital, também mecanismos de gravação e armazenamento de dados que contenham datas de expiração, em que se poderia programar automaticamente fossem deletadas tais informações uma vez transcorrido determinado prazo.

Percebe-se, portanto, que os termos “direito ao esquecimento” ou “direito de esquecer o passado” ou “direito de ser esquecido” contêm certa impropriedade terminológica, na medida em que tais pretensões jurídicas não pretendem provocar um estado de ignorância em relação a fatos passados nem desejam provocar a expurgação de certas memórias seja da coletividade seja dos indivíduos afetados pelo evento pretéritos. Na verdade, a expressão que se mostraria mais precisa em nossa opinião seria o “direito de não lembrar compulsoriamente”, pois o que se pretende com tal proteção é simplesmente evitar que determinada pessoa seja obrigada a reviver publicamente e de modo perene no tempo determinadas experiências passadas negativas⁴². Mesmo que assim seja, “direito ao esquecimento” acabou sendo a expressão que se incorporou ao nosso vocabulário jurídico contemporâneo, motivo pelo qual continuaremos aqui a utilizá-lo.

2. O direito ao esquecimento na Alemanha

A reconstrução dos fundamentos normativos do direito ao esquecimento dentro do sistema jurídico alemão somente poderia

⁴¹ MAYER-SCHONBERGER, Viktor. Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age, p. 171.

⁴² Nesse sentido, SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição, p. 468.

iniciar pelo famoso caso Lebach⁴³, o qual é frequentemente lembrado como sendo o caso paradigmático de colisão entre o direito fundamental do livre acesso à informação e o direito fundamental à privacidade. Aliás, no Brasil, esse caso é comumente utilizado na ilustração do modo como deve ser aplicada a ponderação de direitos fundamentais, principalmente a partir da divulgação no país das ideias de Robert Alexy⁴⁴.

Pois bem, nesse caso, um canal de televisão alemão pretendia reapresentar documentário (“*Der Soldatenmord von Lebach*”) que reproduzia fatos sobre crime ocorrido na cidade de Lebach, em 1969, no qual quatro soldados que guardavam depósito de munições foram mortos enquanto dormiam. Um dos cúmplices desse crime, que havia sido condenado e estava prestes a sair da prisão, entendeu que a reprodução televisiva desse documentário iria violar seus direitos de personalidade, na medida em que estaria sendo forçado reviver fatos pretéritos de sua vida que seriam, de um lado, vexatórios para ele e, de outro, não mais relevantes para a sociedade. Nesse caso, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que, havendo uma relação de tensão entre o direito fundamental de proteção à personalidade (mais especificamente a privacidade e intimidade), tal como previsto no artigo 2º parágrafo 2º, c/c artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei Fundamental alemã⁴⁵, e o direito fundamental à liberdade de informação, previsto no artigo

⁴³ BVerfGE 35, 202, 05 de junho de 1973, in <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html#>, consultado em 10 de junho de 2015.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Alemanha: Suhrkamp, 1994, p. 84.

⁴⁵ “1. Dignidade da pessoa humana

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

2. Direito de liberdade

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não se opõem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei” (Tradução Assis Mendonça. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>, consulta em 11 de junho de 2015).

5^o, parágrafo 1^o⁴⁶, também da Lei Fundamental alemã⁴⁷, deveria o primeiro prevalecer sobre o segundo, na medida em que uma informação televisiva sendo reproduzida, sem qualquer relevância atual, iria colocar em risco a chance de ressocialização do condenado, motivo pelo qual, em nome da privacidade, deveria ser proibida a reprodução televisiva do referido documentário. O caso *Lebach*, evidentemente, não menciona expressamente o chamado direito ao esquecimento, mas, com certeza, fixou as bases da discussão jurídica acerca dos mesmos direitos fundamentais que entram em colisão nos casos aqui sendo tratados.

Em segundo lugar, merece menção o caso da Lei do recenseamento julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 15 de dezembro de 1983 (*Volkszählungsurteil* von 1983⁴⁸), no qual se reconheceu a existência do direito fundamental à autodeterminação informativa, como direito geral derivado da personalidade e da dignidade humana⁴⁹, o qual estaria sendo suprimido por força de censo organizado pelo Estado. Por meio da referida lei de censo, pretendeu-se submeter-se os cidadãos a questionário que se prestaria, não apenas para contagem numérica da população, mas também para a coleta de dados pessoais sobre profissão, situação econômica, condições de moradia etc... Inúmeras objeções foram apresentadas contra esse instrumento legislativo por cidadãos preocupados com a invasão da sua esfera privada, na medida em que se criaria situação de insegurança no que se refere à coleta e ao

⁴⁶ “5. Liberdade de opinião, de arte e ciência

1 Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o ^[1]seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura”.

⁴⁷ JARASS, Hans; PIEROTH, Bodo. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, pp. 199 e ss.

⁴⁸ BVerfGE 65, 1, 15 de dezembro de 1983 in <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bvo65001.html>, consultado em 10 de junho de 2015.

⁴⁹ SCHULZE, Sebastian. Das Recht auf Vergessenwerden – Essentielles Grundrecht im Netz?, p. 13.

uso dessas informações pessoais, bem como não se teria certeza sobre o tempo que permaneceriam tais dados armazenados sobre o controle do Estado. Nessa decisão, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que a coleta e o armazenamento de dados pessoais pelo Estado, sem justificativa razoável e de modo despropositado, afetaria o livre desenvolvimento individual, violando a autodeterminação informacional de cada cidadão, agredindo, ainda, a ideia de bem comum inerente ao regime democrático liberal da República Federativa alemã. Esse julgado do Tribunal Constitucional, considerado um marco no direito de proteção de dados pessoais, também não referiu expressamente o direito ao esquecimento como proteção básica resguardada pela Constituição alemã, mas exigiu a alteração da legislação que dispunha sobre o tratamento de informações pessoais por agentes públicos, constituindo-se assim como um dos pilares que estruturaram o reconhecimento desse novo direito fundamental.

No plano legislativo, o direito ao esquecimento remonta à Lei Federal alemã de proteção de dados (*Bundesdatenschutzgesetz* - BDSG), publicada em janeiro de 1977, mas com revisão textual em dezembro de 1990, em grande medida para se adaptar ao Julgado do Tribunal Constitucional alemão mencionado no parágrafo anterior. Esse diploma legal, um dos primeiros a serem editados no Mundo sobre o tema, agrega as regras nacionais que regulam a coleta, uso, tratamento e trânsito informações pessoais que constem de sistemas de dados, de armazenagem de informação e de comunicação, processados digital ou manualmente. A BDSG fixa princípios jurídicos fundamentais a serem observados no processamento de dados pessoais, tais como o princípio de que o uso de informações pessoais será, como regra geral, proibido, ressalvados os casos em que o sujeito afetado tenha dado consentimento expresso ou ainda o princípio de utilização mínima possível de informações pessoais. Como se vê, a base normativa do direito ao esquecimento na Alemanha deve ser reconduzida ao mencionado diploma legal. Por fim, cabe referir que a BDSG teve

de se adaptar à Diretiva 46 de 1995 da Comunidade europeia, a seguir analisada.

Isso porque, integrando a Comunidade Europeia, a República Federativa da Alemanha encontra-se vinculada às disposições normativas que são editadas pelo Parlamento Europeu e seus outros órgãos reguladores. Nessa esteira, cabe mencionar a Diretiva 46 de 1995/CE, por meio da qual o Parlamento Europeu e o Conselho da Comunidade Europeia estabeleceu critérios gerais para a proteção de pessoas naturais no que tange ao tratamento e circulação dos dados pessoais⁵⁰, fixando, porém, que cada Estado europeu assumiria a responsabilidade pela edição de leis nacionais que delineassem regras específicas de proteção de dados (artigos 4º e 5º). Mesmo que tal Diretiva não tenha previsto explicitamente o direito ao esquecimento, veio ela a fixar importantes princípios relacionados à forma legítima de tratamento e circulação de dados, dispondo, entre outras exigências, que a transmissão e manutenção de informações pessoais deveria contar com consentimento expresso e inequívoco do interessado, com proteção dos seus interesses vitais e com o atendimento a algum interesse público (artigo 7º). De outro lado, a Corte de Justiça da Comunidade Europeia chega a referir que o direito ao esquecimento poderia ser extraído do artigo 12 da Diretiva 46/95, que dispõe sobre o direito de acesso, *in verbis*:

Direito de acesso

Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento:

[...]

- b) Consoante o caso, a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente diretiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados;
- c) A notificação aos terceiros a quem os dados tenham sido comunicados de qualquer retificação, apagamento ou bloqueio

⁵⁰ SCHULZE, Sebastian. Das Recht auf Vergessenwerden – Essentielles Grundrecht im Netz?, p. 5.

efetuado nos termos da alínea b), salvo se isso for comprovadamente impossível ou implicar um esforço desproporcionado.

No entanto, como se demonstrará no tópico 4 deste trabalho, o direito ao esquecimento possui particularidades e exigências adicionais que não permite seja ele confundido com a pretensão genérica de apagamento ou bloqueio de todo e qualquer tipo de dado pessoal que tenha sido utilizado de modo indevido. Assim, mesmo que o dispositivo acima referido possa abarcar o direito ao esquecimento, entendemos que ele não dedica tratamento específico e autônomo à pretensão jurídica aqui sendo estudada.

Por fim, em período mais recente, o sistema jurídico alemão veio a se deparar com decisão da Corte de Justiça Europeia, a qual decidiu que usuários da rede mundial de computadores residentes de países membros da Comunidade Europeia teriam direito de requer que a empresa norte-americana Google suprimisse registros e impedisse que seus mecanismos de busca apresentassem informações pessoais desatualizadas ou imprecisas acerca de questões pessoais de cidadão europeu. Tal caso teve início em 2010, quando Mario Costeja, cidadão espanhol, ajuizou ação contra o Google Spain e o Google Inc, na qual se opôs ao direcionamento de notícias desatualizadas por meio do mecanismo de busca dessa empresa que informavam fato passado do leilão do imóvel desse indivíduo que, à época, estava em situação inadimplência em relação a dívidas de Seguridade Social. Defendendo que a veiculação dessa notícia passada seria, hoje, irrelevante, na medida em que tal processo já havia se resolvido há muitos anos, sustentou que a perpetuação na exposição pública dessa informação violaria seu direito à privacidade. O Tribunal Espanhol remeteu o caso à Corte de Justiça Europeia, formulando os seguintes questionamentos:

- (i) Se seria aplicável a Diretiva de Proteção de Dados de 1995/CE aos mecanismos de busca na internet, tal como o oferecido pelo site Google;

- (ii) Se a legislação da comunidade europeia aplicável ao Google Spain poderia alcançar o trânsito de informações que se dá por meio de servidores que estão localizados na empresa-matriz nos Estados Unidos da América;
- (iii) Se o indivíduo teria direito de requerer que seus dados pessoais foram excluídos de banco de dados ou tornados inacessíveis em sistema de buscas de uma empresa de pesquisa de informação na internet, em razão da existência de um direito ao esquecimento.

A Corte de Justiça Europeia, em 13 de maio de 2014, apreciando tais questões, decidiu (C-131/12)⁵¹ que:

- (i) as regras europeias de proteção de dado teriam aplicabilidade fora da Europa, de modo a alcançar trânsito de dados em servidores localizados em país fora da comunidade europeia, desde que a respectiva empresa tivesse filial ou subsidiária em país europeu, a qual explorasse economicamente a atividade de pesquisa de dados por meio de venda de espaço publicitário em seus sites;
- (ii) As empresas promotoras de ferramentas de pesquisa na internet estariam no controle do fluxo de informações pessoais, razão pela qual poderiam ser responsabilizadas pelo uso indevido de tais informações de acordo com as regras de proteção de dados da comunidade europeia;
- (iii) Todo indivíduo teria proteção em relação ao chamado direito ao esquecimento, desde que atendidas determinadas condições, para ver removidos dos sites de pesquisas links e informações pessoais que possam lhe ser prejudiciais. O direito ao esquecimento, no entanto, somente seria reconhecido:
 - (iii.1) mediante análise casuística, com correto balanceamento de outros direitos fundamentais, na medida em que não existe direito ao esquecimento absoluto; e
 - (iii.2) em caso de informação “imprecisa, inadequada, irrelevante ou excessiva”, relativamente ao objetivo do que estaria sendo noticiado ou reportado.

⁵¹ STEHMEIER, Marinus; SCHIMKE, Anna. Internet-Suchmaschinen und Datenschutz – Zugleich eine Besprechung von EUGH C-131/12 Google Spain und Google, p. 664.

A partir dessa importante decisão da Corte Europeia, inúmeros Estados europeus, inclusive a Alemanha, iniciaram discussões sobre o impacto desse julgado perante as suas leis nacionais de proteção de dados⁵², bem como a necessidade de sua atualização, de modo a incluir expressamente a previsão do direito ao esquecimento e para reformular os mecanismos de efetivação desse direito⁵³.

3. O direito ao esquecimento no Brasil

De modo semelhante ao desenvolvimento do instituto do direito ao esquecimento na Alemanha, também no Brasil tal conceito jurídico não se encontra expressamente positivado. Na verdade, seguindo a experiência germânica, o reconhecimento dessa pretensão origina-se, primeiramente, do balanceamento axiológico de direitos fundamentais previstos na nossa Constituição, passando por derivações que podem ser feitas a partir do conteúdo implícito de dispositivos contidos na nossa legislação civilista, principalmente no que se refere às proteções extraídas dos direitos de personalidade, até alcançar regulações legislativas específicas que tocam na proteção de dados na internet (sendo, porém, a nossa produção legislativa bem mais jovem que o *Bundesdatenschutzgesetz*). Além disso, trilhando o mesmo caminho da experiência tedesca, o direito ao esquecimento, no sistema jurídico brasileiro, somente veio a ser reconhecido e efetivado em razão de delongada construção doutrinária e jurisprudencial, por meio da qual os argumentos constitucionais e legislativos pertinentes foram sendo gradualmente maturados e

⁵² “Für das deutsche Recht gilt, dass die Wertungen des EuGH bei der Anwendung des BDSG nunmehr Berücksichtigung finden müssen” (STEHMEIER, Marinus; SCHIMKE, Anna. Internet-Suchmaschinen und Datenschutz – Zugleich eine Besprechung von EUGH C-131/12 Google Spain und Google. Alemanha: Archive für Urheber- und Medienrecht, Stampfli, 2014, p. 682).

⁵³ Aliás, o Parlamento europeu estuda e discute a possibilidade de se incluir texto específico que preveja o direito ao esquecimento e de apagamento de dados não mais necessários.

casuisticamente avaliados, até se chegar ao atual cenário em que a existência desse novo direito fundamental aparenta estar encaminhando-se para um ponto de consolidação, não obstante ainda haver amplo espaço para se discutir os efeitos e os potenciais riscos do reconhecimento dessa pretensão jurídica como legítima. Aliás, no tópico 4 deste estudo, pretende-se apresentar lista de exigências que poderão servir de critérios de controle e de identificação dos casos em que possa haver necessidade de proteção ao direito ao esquecimento.

A reconstrução normativa do direito ao esquecimento, evidentemente, não poderia partir de outra fonte jurídica que não o texto constitucional, principalmente no que se refere às previsões que tocam, de um lado, na proteção da esfera privada de cada indivíduo⁵⁴ e, de outro, no reconhecimento da liberdade de manifestação de pensamento e de expressão. Isso porque, como se viu, são essas as pretensões jurídicas que se colocam em tensão nos casos de direito ao esquecimento, as quais, portanto, necessitam ser contrastadas para que se possa especificar os seus pontos de colisão e para se identificar os critérios de harmonização dessas esferas protetivas.

Em um primeiro momento, a lista de direitos fundamentais no prevista artigo 5º da nossa Carta Constitucional, aparentemente, atribui idêntico valor tanto à proteção à intimidade, privacidade, honra e imagem, quanto à liberdade de manifestação de pensamento e de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação⁵⁵. Da leitura desses dispositivos

⁵⁴ “[...] o direito à privacidade consiste num direito de ser deixado em paz, ou seja, na proteção de uma esfera autônoma da vida privada, na qual o indivíduo pode desenvolver a sua individualidade, inclusive e especialmente no sentido da garantia de um espaço para seu recolhimento e reflexão, sem que ele seja compelido a determinados comportamentos socialmente esperados” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, p. 409).

⁵⁵ Art. 5º (...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

constitucionais, não há como se identificar uma prioridade necessária de um conjunto de proteções em relação ao outro, na medida em que a previsão constitucional desses direitos fundamentais visa apenas a afirmar – ainda de um modo relativamente indeterminado – a existência desses dois focos de liberdades humanas básicas, as quais não poderão ser abolidas, desprezadas nem gravemente penetradas por outras pretensões jurídicas. Os limites do seu exercício e as situações em que, uma e outra, cederão em sua relevância deverão ainda ser objeto de especificação e de análise casuística. Por isso, partindo-se dessa exegese constitucional, deve-se iniciar reconhecendo que os dois conjuntos de direitos fundamentais encontram-se, aprioristicamente, em pé de igualdade, na medida em que essas esferas protetivas visam a resguardar e proteger duas instâncias distintas de imensurável valor humano, nenhuma delas, porém, absoluta: uma, com propósito de viabilizar o pleno desenvolvimento espiritual e autônomo de cada indivíduo, no que tange à proteção do plano interno de sua consciência e dignidade, resguardando-o de uma exposição pública desnecessária ou estigmatizante, enquanto que a outra visa a viabilizar o pleno desenvolvimento no plano externo não só de cada indivíduo, por meio da possibilidade desse manifestar, publicamente, a sua visão de mundo, garantindo assim a sua auto-expressão – que também representa uma das dimensões da sua dignidade –, como também, por meio do livre fluxo de ideias e opiniões, estabelecer e efetivar o próprio sistema democrático que a nossa Constituição estabelece⁵⁶, o qual não se desenvolve sem a possibilidade de externalização de um pluralismo de ideais.

Mesmo que, em um primeiro momento, a Constituição coloque em idêntico status protetivo a privacidade e a garantia da

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, p. 456.

liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, tal como se vê das regras constitucionais contidas nos artigos 220 e 221. Isso porque a Constituição de 1988, além de fixar de antemão impedimentos legislativos (§ 1º e § 3º do artigo 220), entendeu por bem já prever a proibição categórica à censura (§ 2º do artigo 220), assim como fixar princípios diretos que deverão guiar a produção publicitária, de rádio e de televisão (§§ 4º, 5º e 6º do artigo 220 e artigo 221). Tal opção constitucional pode ser interpretada como sendo um sinal de que o Constituinte foi mais seletivo no que se refere às restrições que poderão ser aplicadas à liberdade de manifestação de pensamento e de expressão do que foi em relação à proteção da intimidade e da privacidade, a qual deverá contar com uma ponderação *a posteriori* para identificar as situações de grave e intolerável interferência na esfera de proteção privada. Ou seja, as restrições a primeira gama de liberdades aqui referida já estão pré-fixadas na Constituição, ao passo que as da segunda foram deixadas para especificação posterior não só pelo legislador, como pela apreciação equitativa do Judiciário. Essa atitude pode ser interpretada como indicando a escolha constitucional por tratar restrições à liberdade de manifestação e expressão como sendo algo excepcional, exigindo que as restrições adicionais a essa esfera de proteção necessitem de um esforço argumentativo diferenciado e mais intenso que consiga justificar a necessidade particular de uma nova limitação.

Por isso, nas situações concretas do dia-a-dia, deve-se dar prevalência à liberdade de manifestação e de expressão, observadas as regras constitucionais restritivas acima referidas, somente encontrando obstáculos adicionais ao seu exercício quando se conseguir comprovar que o uso de tal liberdade estará agredindo de morte ou violando de modo intolerável o direito fundamental à privacidade e intimidade. Diante desse cenário, não se poderá, em

qualquer situação particular, invocar automaticamente a proteção à privacidade e intimidade para qualquer manifestação pública que reflita ou exponha algum aspecto da vida privada de alguém. Ora, todo e qualquer fato social relevante acaba trazendo à luz elementos que assumem contornos privados, até porque a participação humana é inerente a qualquer fato social de importância. Além disso, seria absurdo pretender que somente pudesse ser ventilado sob a proteção da liberdade de pensamento e expressão questões de ordem físico-natural (e.g., fenômenos da natureza ou referências geográficas) ou abstrações teóricas desprovidas de qualquer fator humano (e.g., fórmulas matemáticas). Por essa razão, diante de casos concretos de colisão entre os dois direitos fundamentais aqui discutidos, a liberdade de manifestação de pensamento e de expressão assume certa prevalência diante da privacidade e intimidade, a qual – não será sempre descartada, por óbvio – mas deverá assumir o ônus argumentativo que comprove que a exposição pública de determinada informação abala arbitrariamente ou desproporcionalmente à esfera íntima de alguém⁵⁷. Pois bem, o direito ao esquecimento, sem dúvida alguma, poderá representar tal situação de restrição adicional à liberdade de pensamento e expressão, identificável em certos casos concretos, razão pela qual a sua pertinência deverá ser comprovada e argumentada de modo completo e detalhado diante de cada caso, conforme se verá no último tópico deste texto.

Adentrando-se no plano infraconstitucional, o direito ao esquecimento também pode ser deduzido do conteúdo implícito de dispositivos legais específicos que se encontram positivados no direito privado pátrio.

Primeiramente, a pretensão jurídica ao esquecimento de informações tornadas públicas, mas que, com o passar do tempo,

⁵⁷ “[...]existindo dúvida a respeito da legitimidade constitucional da restrição, é de se privilegiar a liberdade de expressão segue sendo um parâmetro que não deve cair jamais em esquecimento” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, p. 473).

tornaram-se irrelevantes ou despropositadas, deriva da proteção ao direito de personalidade previsto no artigo 20 do Código Civil⁵⁸, na medida em que a superexposição de facetas da esfera íntima de um indivíduo, sem que haja qualquer pertinência social do conteúdo informativo que se pretende restringir ou apagar, impede o pleno desenvolvimento autônomo dessa pessoa, agredindo a manutenção da sua “*honra, boa fama e respeitabilidade*”. De outro lado, o artigo 21 do Código Civil⁵⁹, além de reconhecer a natureza inviolável da esfera privada de cada pessoa, mimetizando o texto constitucional, também apresenta importante regra protetiva adicional à esfera íntima e privada, principalmente ao atribuir competência ao juiz para que esse possa avaliar casuisticamente as situações concretas em que deve ser restringido ou impedido o acesso a fatos particulares tornados públicos, o que, por certo, abarca a possibilidade de o Magistrado reconhecer o direito ao esquecimento, determinando sejam expurgados dados de registros públicos ou privados. Veja que o Código Civil vai além da dimensão protetiva à intimidade e privacidade estruturada pela Constituição, na medida em que, não só anuncia a existência do direito fundamental aqui em discussão, mas também concede ao Juiz a possibilidade de criar, para cada caso, novas exigências e novas ferramentas de resguardo dessa esfera de proteção individual.

Em segundo lugar, mais recentemente, veio a ser editada a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, mais conhecida como “Marco Civil da Internet”, a qual estabeleceu princípios, garantias, direitos

⁵⁸ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

⁵⁹ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

e deveres para o uso da Internet no Brasil. Tal diploma legal, mesmo não prevendo expressamente o direito ao esquecimento, contém importantes diretrizes e regras concretas que podem ser reconstruídas para fins de se reconhecer a necessidade de acolhimento dessa pretensão jurídica individual em determinados casos, conforme se vê dos seguintes dispositivos que, interpretados sistematicamente, reconduzem à conclusão que aponta para a existência do direito ao esquecimento no direito nacional:

- (i) o seu artigo 2º já estabelece que o “uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão”, razão pela qual a sua utilização deverá sempre garantir e efetivar “II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais”;
- (ii) o seu artigo 3º prevê que o “uso da internet no Brasil” tem como princípios: “I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei”;
- (iii) o seu artigo 4º reconhece que a internet no Brasil tem como objetivo “o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos”, reconhecendo assim a importância da divulgação e publicização de ideias na rede mundial de computadores, dando valor – não absoluto – à liberdade de expressão e de pensamento;
- (iv) o seu artigo 7º e o seu artigo 8º, por outro lado, reconhecem que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, sendo inviolável a “intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” e sendo garantido tanto o direito à privacidade, quanto à liberdade de expressão nas comunicações;
- (v) os seus artigos 10, 11 e 12 fixam regras de proteção aos dados pessoais que sejam coletados, armazenados e guardados por provedores, afirmando que esses somente deverão disponibilizar tais informações por força de determinação judicial e reconhecendo a possibilidade desses provedores serem sancionados em causa de descumprimento das regras previstas nessa lei;

- (vi) Por fim, os artigos 18 a 21 fixam regras de responsabilidade dos provedores por falhas na coleta, armazenagem, guarda e divulgação de dados mantidos em seus registros, sendo que não responderão civilmente por danos causados por terceiros que sejam a fonte de produção ou manutenção do conteúdo violador de direito⁶⁰, mas podendo responder de modo sucessivo, caso, após determinação judicial, não tomem todas as providências para evitar danos causados pelo terceiro que divulgou dados indevidamente⁶¹, ou ainda poderão ser subsidiariamente responsabilizado caso disponibilizem informações mantidas por terceiros, sem que os afetados pelo conteúdo tornado público tenha dado o seu consentimento expresso ou quando esses não atendam aos termos de notificação extrajudicial enviada pelo ofendido⁶².

Como se vê, a interpretação sistemática desses dispositivos legais permite identificar, de modo implícito e indireto, a existência do direito ao esquecimento no direito pátrio, principalmente ao prever a possibilidade de determinação judicial que obrigue provedor de internet a “tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente”⁶³. De outro lado, de acordo com a lei, afasta-se a responsabilização imediata dos provedores de internet e de outros fornecedores de serviços de busca, em relação a dados mantidos e produzidos por terceiros, exigindo que esses sejam previamente

⁶⁰ Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

⁶¹ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

⁶² Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

⁶³ Nem toda determinação de exclusão de dados ou informação corresponde ao direito ao esquecimento, pois o primeiro é mais abrangente que o segundo, na medida em que o direito ao esquecimento exigirá o atendimento a outros requisitos, conforme se verá no tópico 4 (e.g., o transcurso de tempo ou não contemporaneidade).

notificados pelo ofendido, o qual deverá requerer à empresa que opera na internet a exclusão do conteúdo ofensivo, vexatório ou prejudicial sendo divulgado. Levando-se a exigência do artigo 21 da Lei nº 12.965/14 para o campo do processo civil, poder-se-ia concluir que a notificação extrajudicial dos operadores e prestadores de serviço na internet que estejam viabilizando a divulgação de material ofensivo seja condição da ação para que venha a ser ajuizada eventual ação judicial que busque ver reconhecida a existência de direito de esquecimento e que pleiteie eventual indenização. Isso significa dizer que uma ação judicial que não tenha atendido a essa exigência deverá ser extinta sem julgamento de mérito, uma vez que não comprovado o interesse processual da parte.

Em outro plano, o direito ao esquecimento já se encontra bastante consolidado em plano doutrinário e jurisprudencial⁶⁴. Mesmo que existam perante os tribunais de segunda instância inúmeros julgados que tocam na questão aqui sendo tratada, iremos nos ater, neste estudo, às decisões produzidas pelos tribunais superiores, principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual já conta com cinco Acórdãos que enfrentam de modo expresso o tema do direito ao esquecimento⁶⁵, nos quais a apreciação particular de cada caso concreto levou ao não reconhecimento do direito em três situações e a afirmação da

⁶⁴ Por exemplo, na 6.^a Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, consensualizou-se o teor do Enunciado nº 531, que veio a reconhecer expressamente a necessidade de proteção ao direito ao esquecimento: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

⁶⁵ STJ, 3.^a Turma, REsp 1434498/SP, Relator para Acórdão Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, DJe 05/02/2015; STJ, 6.^a Turma, HC 284307/SP, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 26/08/2014; STJ, 6.^a Turma, HC 256210/SP, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 13/12/2013; STJ, 4.^a Turma, REsp 1335153/RJ, Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 10/09/2013; STJ, 4.^a Turma, REsp 1334097/RJ, Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 10/09/2013.

necessidade de sua proteção nas outras duas. Vejamos cada julgado, adotando exposição que seguirá cronologia invertida (*i.e.*, do mais recente ao mais antigo).

No Recurso Especial nº 1.434.498 (2015), a 3ª Turma do STJ enfrentou Ação declaratória da ocorrência de danos morais ajuizada por quatro pessoas que afirmavam ter sido torturadas em instalações do DOI-CODI, durante o período do Regime Militar no Brasil contra o ex-Comandante Carlos Alberto Brilhante Ustra, buscando a declaração da existência de relação jurídica que reconhecesse que o réu, por agir com dolo e cometer ato ilícito passível de reparação, causou danos morais e danos à integridade física dos quatro autores. Nesse caso, prevaleceu o entendimento majoritário de que deveria ser negado provimento ao Recurso Especial do ex-militar sendo processado, acolhendo-se a pretensão declaratória (não se buscou condenação para reparação monetária no caso) de que ele havia provocado danos morais aos autores que sofreram atos de tortura durante o período da Ditadura Militar. O relator para o Acórdão, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, rejeitou a necessidade de se resguardar o direito ao esquecimento no caso ao ressaltar o traço histórico dos fatos ilícitos que causaram danos aos autores, destacando que “[a] recuperação da memória histórica é fundamental para uma nação para evitar que essas graves violações aos direitos humanos voltem a ocorrer”. De outro lado, mostrou-se pertinente o voto-vencido da Ministra Nancy Andrichi, a qual entendia que seria “preciso reconhecer... o direito ao esquecimento dos ^[L]~~[S]~~^[E]~~[P]~~anistiados políticos - sejam eles agentes públicos, sejam aqueles que lutaram contra o sistema posto -, direito esse que, no particular, se revela como o de não ser pessoalmente responsabilizado por fatos pretéritos e legitimamente perdoados pela sociedade, ainda que esses fatos sobrevivam como verdade histórica e, portanto, nunca se apaguem da memória do povo”.

Já no Habeas Corpus nº 284.307/SP (2014), a 6ª Turma do STJ enfrentou alegação de que o direito ao esquecimento deveria

ser considerado como possível critério de relativização de fatos passados para a dosimetria da pena em processo penal, pois, no caso concreto, teria havido fixação da pena-base acima do mínimo legal, não obstante as condenações passadas já terem transitado em julgado há longa data. Entendeu-se, porém, que, mesmo que condenações penais transitadas em julgado há mais de cinco anos não possam caracterizar a reincidência, podem elas ser invocadas como maus antecedentes para cálculo da pena. Assim, nesse caso particular, acabou-se afastando a possibilidade de invocação do direito ao esquecimento⁶⁶, pois, das muitas condenações do acusado, algumas delas eram bastante recentes, razão pela qual seria “razoável a elevação da pena-base 50% acima do mínimo legal cominado ao tipo”. Veja-se, portanto, que o critério adotado para o afastamento da pertinência do direito ao esquecimento no caso concreto foi a existência de contemporaneidade dos fatos que se pretendia fossem descartados, bem como a persistência do potencial ofensivo e da carga sancionatória (por fator agravante da pena) relativamente as mesmas ocorrências passadas.

Por sua vez, no Habeas Corpus nº 256.210/SP (2013), a 6ª Turma do STJ novamente tratou da questão de invocação do direito ao esquecimento com o propósito de relativizar naquele caso as implicações de condenações passadas para a fixação da pena-base. Nesse caso, porém, a conclusão final foi oposta à da decisão proferida no Habeas Corpus nº 284.307/SP, tendo sido frutífera a invocação do direito ao esquecimento, na medida em que, não obstante tivesse o acusado onze condenações passadas, seriam elas bastante antigas (“a mais recente das sanções transitou em julgado para a defesa em 17.11.1999, há 14 anos”), de modo que “seria desarrazoada a fixação da pena-base em três vezes o seu mínimo legal cominado”. Nessa caso, porém, a ausência de

⁶⁶ Constou da ementa que “[a] ideia que subjaz ao chamado ‘direito ao esquecimento’ não tem como implicar, diante das peculiaridades do caso concreto, a relativização dos registros penais do paciente, pois o relevo imprimido ao conjunto de condenações foi proporcional, considerando o piso e o teto abstrato previsto para o tipo penal”.

contemporaneidade e o esgotamento do potencial ofensivo dos fatos ilícitos cometidos no passado foram fundamentais para o reconhecimento do direito ao esquecimento.

Por fim, merecem destaque diferenciado os Recursos Especiais nº 1335153/RJ e nº 1334097/RJ (2013), os quais representam os dois *leading cases* que forjaram as bases jurisprudenciais para o direito ao esquecimento em nosso sistema jurídico. Curiosamente, nesses dois casos, julgados pela 4ª Turma da Corte Superior no mesmo dia, foram alcançadas conclusões entre si opostas, sendo que, em uma situação particular se reconheceu a necessidade de proteção da privacidade em nome do direito ao esquecimento e em outra se afastou a existência de violação a tal direito, na medida em que haveria contextualização histórica dos fatos que se queriam fossem apagados. Tal discrepância, longe de apontar para atitude contraditória do STJ, demonstra como o direito ao esquecimento impõe seja promovida intensa análise das particularidades de cada caso concreto para averiguar se os requisitos do direito ao esquecimento foram efetivamente atendidos. No primeiro recurso, tivemos o caso Aida Curi (RESP 1.335.153/RJ) e no segundo o caso Chacina da Candelária (RESP nº 1.334.097/RJ), sendo que, em ambos, se pretendeu evitar a veiculação de programa televisivo (Linha Direta) em rede nacional que iria provocar a retomada de experiências passadas negativas dos envolvidos.

No caso “*Aida Curi*”, os familiares da vítima de assassinato cometido em 1958, que havia adquirido ampla notoriedade à época em que praticado, queriam impedir que programa televisivo reencenasse, décadas depois, esse mesmo episódio traumático, fazendo com que “antigas feridas já superadas” fossem reabertas em público. Defenderam os autores, portanto, que deveria ser acolhida a pretensão de se declarar, no caso, “seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas”. No

entanto, analisando as particularidade do caso, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão entendeu que:

- (i) as vítimas de crimes e seus familiares, em tese, também podem ser titulares do direito ao esquecimento, na medida em que não podem ser obrigadas a se submeter desnecessariamente a “lembranças de fatos passados que lhes causaram inesquecíveis feridas”;
- (ii) a resolução adequada do caso exige a ponderação da possível historicidade do fato narrado com a proteção à intimidade e privacidade dos ofendidos;
- (iii) no caso, o crime entrou para o domínio público, tornando-se histórico, não podendo ser transformado em fato inacessível à imprensa e à coletividade, pois seria impraticável “retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi”; e
- (iv) diante da situação concreta seria desproporcional o corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança aos familiares da vítima.

Nesse caso, portanto, prevaleceu o critério da historicidade do fato, o qual, segundo o STJ, seria fator impeditivo para a concessão dos efeitos do direito ao esquecimento⁶⁷.

Já no caso “Chacina da Candelária”, o entendimento do mesmo Ministro Relator Luis Felipe Salomão, diante das particularidades daquele contexto fático, foi no sentido de se reconhecer a necessidade de se promover o direito ao esquecimento, na medida em que:

- (i) mesmo sendo os crimes reportados famosos e de contornos histórico e não obstante fosse a reportagem jornalística fiel à realidade, deveria prevalecer a proteção à intimidade e privacidade dos condenados, uma vez que a “vida útil da informação criminal” já havia alcançado o seu termo final;

⁶⁷ Interessante de outro lado referir o Voto-Vencido do Ministro Marco Buzzi que destacou deveria ser acolhida a pretensão, já que se estaria diante de “uma informação desprovida de interesse público ou histórico”, o que violaria “o direito ao esquecimento a que tem a família da vítima do crime”.

- (ii) alguns dos condenados já haviam cumprido integralmente as suas respectivas penas, havendo outros que, inclusive, haviam sido absolvidos no processo criminal; e
- (iii) o direito ao esquecimento deve ser privilegiado diante da liberdade de imprensa neste caso, na medida em que, aqui, se afirmaria como “um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana”.

Nesse segundo caso, portanto, prevaleceu o critério do esgotamento da função sancionatória e da necessidade de reabilitação dos condenados, o que superaria o peso argumentativo não apenas da possível historicidade dos fatos que seriam objeto da reportagem jornalística, como também da liberdade de expressão inerente à atividade da imprensa.

Por fim, cabe mencionar que a questão envolvendo o direito ao esquecimento ainda não foi apreciada sob a ótica constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, no atual cenário, tão-somente reconheceu a existência de repercussão geral dessa matéria⁶⁸, uma vez que seria passível de apreciação em sede de Recurso Extraordinário a alegação de que “o direito ao esquecimento é um atributo indissociável da garantia da dignidade humana, com ela se confundindo, e que a liberdade de expressão não tem caráter absoluto, não podendo se sobrepor às garantias individuais, notadamente à inviolabilidade da personalidade, da honra, da dignidade, da vida privada e da intimidade da pessoa humana”.

⁶⁸ “Direito Constitucional. Veiculação de Programa Televisivo que Aborda Crime Ocorrido há Várias Décadas. Ação Indenizatória Proposta Por Familiares Da Vítima. Alegados Danos Morais. Direito ao Esquecimento. Debate Acerca da Harmonização dos Princípios Constitucionais da Liberdade de Expressão e do Direito À Informação com aqueles que Protegem a Dignidade da Pessoa Humana e a Inviolabilidade da Honra e da Intimidade. Presença de Repercussão Geral” (STF, ARE 833248 RG/RJ, Min. Dias Toffoli, 19/02/2015).

4. Uma proposta para a fixação de critérios de concretização do direito ao esquecimento

Partindo-se dos casos judiciais analisados nos tópicos anteriores, sejam os de procedência nacional, sejam os de direito comparado, pode-se identificar uma série de razões objetivas que teriam servido de fundamento aos referidos julgados, as quais, naqueles casos, permitiram fosse justificada a existência de uma instância protetiva fundamental denominada de “direito ao esquecimento”. Havendo uma certa uniformidade entre tais razões, torna-se relevante – principalmente para se permitir uma controlabilidade externa dos futuros casos de “direito ao esquecimento” que ainda poderão ser enfrentados perante o Judiciário – formular, com base nelas, critérios ou *standards* que podem ser vistos como pressupostos necessários ao reconhecimento de violação ao direito fundamental aqui sendo analisado. O somatório desses pressupostos pode, portanto, ser compreendido como um teste jurídico a ser executado diante de uma situação em que se argumenta a presença do direito ao esquecimento, funcionando assim como uma espécie de lista de exigências que operador do direito deverá analisar em cada caso, identificando uma a uma o atendimento ou não dos respectivos pressupostos no contexto concreto da sua aplicação. Assim sendo, vejamos.

4.1. Fato prejudicial, vexatório ou desabonador

O direito ao esquecimento aqui tratado, como se viu, pressupõe a existência de uma pretensão protetiva individual que estaria se opondo à divulgação pública de certos dados e informações que poderiam assumir relevância coletiva, na medida em que se busca restringir, obstaculizar e até impedir o acesso e a exposição excessiva, desproporcional e prolongada no tempo de um determinado evento pretérito ou contexto fático no qual tenha o indivíduo participado ou mantido alguma vinculação direta. Por

certo, o fato atrelado à esfera privada de um indivíduo, contra o qual esse invoca a necessidade afastar a divulgação pública, deverá assumir algum traço que manifeste dano real ou potencial à esfera jurídica desse particular. Essa exigência se impõe na medida em que o Direito não deve intervir para proteger situações que não manifestem qualquer potencial danoso nem deve se engajar em resguardar interesses individuais pelo simples desejo arbitrário daquele que manifesta tal pretensão.

Com efeito, o direito ao esquecimento exige, em primeiro lugar, que as informações que se pretende sejam expurgadas de determinado registro público ou banco de dados devam tocar em fatos, eventos, ocorrências passadas que possam assumir, mesmo que *a priori*, vetores prejudiciais, agressivos, vexatórios ou desabonadores ao particular. De outro lado, isso significa dizer que o direito ao esquecimento, por certo, não pode ser baseado em mero capricho da pessoa que deseja, arbitrariamente, que determinado fato passado não seja mais de conhecimento público, pelo só-fato de não querer que algo sobre a sua vida seja mantido como acessível à coletividade. Veja-se, portanto, que a veiculação judicial de uma pretensão ao reconhecimento do chamado direito ao esquecimento irá impor ao autor dessa demanda o ônus probatório de demonstrar que o fato que busca seja expurgado de registros públicos assume traço prejudicial, vexatório ou desabonador à sua imagem, honra, identidade ou integridade moral, podendo de algum modo agredir a sua esfera jurídica.

Tal exigência acaba impondo uma restrição a esse tipo de pleito judicial, pois não poderão ser objeto de ações que visam à afirmação do direito ao esquecimento notícias e reportagens que veiculam simples curiosidades sobre a vida privada de pessoas públicas ou relatos sobre práticas rotineiras de celebridades (muitas vezes fúteis e irrelevantes), sem qualquer potencialidade de dano. Aliás, se assim não fosse, o direito ao esquecimento culminaria na excessiva valorização da esfera privada que poderia, arbitrariamente, suprimir a relevância pública que o livre trânsito

de informações deve assumir em qualquer sociedade democrática, na medida em que se permitiria que o indivíduo exercesse absoluto controle acerca dos relatos públicos referentes a fatos que podem estar vinculados, mesmo que indiretamente, à sua vida.

4.2. Transcurso razoável de tempo ou não contemporaneidade

Ultrapassada a primeira exigência ao direito ao esquecimento aqui proposta, deverá ser justificado, em segundo lugar, que o evento ou contexto fático que se pretende seja apagado de determinado banco de dados não seja uma ocorrência atual nem contemporânea. Conforme referido no primeiro tópico deste estudo, a fundamentalidade do direito ao esquecimento se escora em dois elementos que se mostram essenciais à própria compreensão da experiência humana, quais sejam o *tempo* e a *memória*. Isso significa dizer que o fluxo de tempo é indispensável para a análise do que poderá ser objeto de esquecimento (*rectius*, digno de não mais ser lembrado e rememorado), na medida em que o transcurso de um período razoável a contar da ocorrência do fato pretérito mostra-se, por um lado, como necessário à consolidação adequada de determinados estados memoriais no sujeito que vivenciou tal experiência, mas, por outro lado, também permite fixar um demarcador temporal para avaliar quando determinadas memórias podem já ter atingido o seu propósito, tanto no que tange à aprendizagem que a experiência passada pode ter exercido na formação do caráter ou na reabilitação do indivíduo, como também para o atingimento da função informativa que tais ocorrências passadas podem exercer no estabelecimento de memórias coletivas que influenciam a formação de opiniões públicas e viabilizam o acesso ao conhecimento de situações passadas que podem ter importância social presente.

Dito de outro modo, somente se poderá advogar a existência concreta de uma pretensão jurídica ao “esquecimento” de fatos já ocorridos quando esses autorizarem seja argumentado e

demonstrado o esgotamento das funções pedagógicas que a experiência presente do passado pode exercer – no que se refere a função social das informações sendo veiculadas – ou quando do exaurimento da sua carga informativa – quando se estiver diante de situação cuja relevância impõe por força do conhecimento que se pretende produzir hoje com base no passado⁶⁹. Aliás, a não contemporaneidade⁷⁰ irá complementar e dar sentido ao conteúdo da quarta exigência aqui proposta (Esgotamento da recomposição penal ou da relevância informativa do evento)⁷¹.

Por outro lado, fatos contemporâneos não permitem que tal requisito seja atendido, na medida em que as ocorrências manifestadas no presente ou em passado recente não passaram por período de maturação que permite avaliar a relevância pública e importância que esses eventos podem assumir perante a coletividade. Com efeito, não será legítima a pretensão ao esquecimento de fatos que não tenham ultrapassado a barreira temporal aqui delineada⁷², pelo simples fato de não ser ainda possível avaliar a importância e relevância para a comunidade de tais eventos recentes, de modo a avaliar tanto a sua possível historicidade (requisito 3), quanto o esgotamento das suas funções informativas (requisito 4). Isso significa dizer que existe uma gama de eventos desabonadores ou vexatórios a determinado indivíduo (Requisito 1) que, mesmo diante do seu potencial negativo à esfera privada de alguém, ainda assim deverão continuar sendo acessíveis ao público e poderão ter seu conteúdo transmitido por terceiros. Por exemplo, a condenação de

⁶⁹ “Dies bedeutet, dass nicht jede aktuelle Berichterstattung erlaubt ist.” (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 86)

⁷⁰ Cabe ressaltar que tal expressão consta também do Voto do Ministro Relator do RESP 1.335.153 antes mencionado.

⁷¹ Veja-se que esses dois critérios serviram de fundamento para a tomada de decisão nos antes analisados Habeas Corpus nº 284.307/SP e Habeas Corpus nº 256.210/SP.

⁷² Por certo, o transcurso razoável de tempo não representa interstício uniforme para todos os casos. Na verdade, caberá às partes envolvidas em cada situação concreta argumentarem pela ocorrência ou não desse limitador temporal, ficando a cargo, em última instância, do Judiciário de definir, casuisticamente, se tal requisito foi atendido.

alguém – seja na esfera criminal, seja na esfera cível – provocam abalo na imagem daquele sendo punido ou constrangido por sanção jurídica. No entanto, se tal evento sancionatório se deu hoje ou em passado recente não será legítimo o pleito judicial ao esquecimento, não se mostra possível, na atualidade, verificar a efetiva e real dimensão social dos fatos que afetam e até prejudicam a esfera particular daquele que foi condenado.

Por fim, cabe ressaltar que este requisito não se confunde com a ausência de historicidade a seguir analisada, uma vez que existe inúmeros fatos pretéritos que ocorreram há longa data (ou seja, não são mais contemporâneos), mas, mesmo assim, jamais poderão ser alvo da pretensão ao “esquecimento”, na medida em que demonstram relevância pública perene no tempo. Por isso, impõe-se definir quais fatos não contemporâneos podem manifestar traço de relevância histórica.

4.3. Ausência de historicidade

O traço histórico que um evento passado pode assumir representa fator determinante para se avaliar a legitimidade de uma pretensão ao “esquecimento” formulada por determinado indivíduo. Isso porque, conceitualmente falando, fatos históricos, em razão da sua relevância social constante no tempo, sempre transcendem os interesses individuais, ingressando, assim, na seara de direitos que devem ser qualificados como difusos ou coletivos, *i.e.*, pretensões jurídicas protegidas pelo direito que pertencem à comunidade humana como um todo ou a um grupo social. Por isso, todo evento qualificável como sendo dotado de relevância histórica automaticamente obstaculiza qualquer pleito judicial ao esquecimento de fatos pretéritos, mesmo que esses sejam gravemente penosos para o indivíduo afetado ou para seus herdeiros (Requisito 1) e mesmo que um longo período de tempo já tenha transcorrido desde a data de sua ocorrência (Requisito 2). Com efeito, ninguém estaria intitulado, por exemplo, a requerer

judicialmente que registros que relatam atos ilícitos praticados por oficiais públicos durante o período do Regime Ditatorial do Brasil sejam expurgados dos bancos de dados, da internet ou de livros escolares, em razão do possível sofrimento que os familiares desses agentes hoje experimentam ao serem forçados a relembrem esse passado distante⁷³.

Isso mostra que historicidade não é simples transcurso de tempo relativamente a ocorrências passadas. Para qualificarmos um fato como histórico, mostra-se necessário atrelar a esse determinado evento um juízo de valor que permite defender e comprovar que tais ocorrências agregam determinada carga axiológica especial que deve ser retransmitida a todas as gerações futuras, uma vez que permite sejam extraídas mensagens e informações de tais experiências que necessitam ser para sempre replicadas, mesmo que causem desconforto coletivo ou provoquem certo abalo a esferas individuais. Assim, fatos históricos são memoriais públicos de lições universais a serem extraídas do passado, as quais, para que atendam ao seu fim, deverão ficar acessíveis a todos e eternamente expostas à comunidade humana para que essa possa, com base em erros e acertos do passado, ensinar os cidadãos do futuro.

O critério da historicidade é, simultaneamente, o mais relevante na qualificação do direito ao esquecimento e o mais penoso de se identificar por meio de critérios jurídicos. Isso porque é inviável definir-se aprioristicamente o que manifesta e o que não manifesta importância histórica. Na verdade, o status histórico de determinado evento é sempre fruto de uma construção intelectual e cultural prologada no tempo, a qual surge a partir tanto da

⁷³ Cabe, novamente, lembrar que no caso *Aida Curi* (RESP 1.335.153/RJ) a improcedência do pleito ao esquecimento se deu precisamente em razão do fator histórico que qualificariam as ocorrências do passado, mesmo que viessem tais fatos antigos a causar abalo aos familiares da vítima do respectivo crime. E o mesmo se deu no antes referido Recurso Especial nº 1.434.498, no qual também foi precisamente o traço histórico do fato ilícito que se pretendia reconhecer como danoso que impediu fosse reconhecida a existência de direito ao esquecimento naquele caso, não obstante assim tivesse sido defendido pela Ministra Nancy Andrighi.

discussão pública, quanto do debate restrito a certos círculos fechados, do qual participam, simultaneamente, acadêmicos, jornalistas, testemunhas oculares, órgãos de Estado e os mais variados setores sociais. É precisamente em razão do surgimento difuso e incontrolável do qualificador histórico de um fato passado que se poderia pressupor que nenhum indivíduo ou grupo de indivíduos possuiria a competência plena para determinar, de modo primário e definitivo, a existência de um traço histórico em relação a um determinado fato ou conjunto de fatos. Por isso, em razão do risco de se banir do conhecimento humano determinado fato histórico, poderíamos imaginar alguém que vislumbrasse todos esses casos de direito ao esquecimento como ilegítimos e arbitrário. Isso porque se poderia defender que nenhum ser humano possui autoridade para decretar definitivamente se tal ocorrência pretérita tem ou não tem mérito histórico. E, considerando que a consequência natural do acolhimento a pedido de esquecimento é, precisamente, tornar inacessível certa informação sobre o passado, uma desqualificação da relevância histórica desse fato a ser esquecido poderá assumir contornos permanentes e irreversíveis, o que, em alguns casos, poderia representar um trágico prejuízo à humanidade.

Diante disso, considerando que, por se tratar de uma pretensão jurídica a ser conhecida pelo Poder Judiciário, estar-se-á, necessariamente, impondo às partes do processo e, ao final, ao julgador da causa a árdua tarefa de defender e justificar que tais fatos ocorridos no passado não apenas não possuem hoje relevância histórica, como também jamais poderão assumir tal importância. Por tudo isso, mesmo que tal dificuldade seja incontornável, entendemos que a possível mitigação desse dilema pode se fixar por meio do maior rigor que se deve exigir no debate jurisdicional a ser travado em processos envolvendo o chamado “direito ao esquecimento”, na medida em que tais processos deverão ampliar os participantes dessa discussão judicial, permitindo sejam incluídos no diálogo terceiros interessados na

preservação de fatos históricos, autoridades que tenham conhecimento técnico desses eventos, assim como a coletividade como um todo, o que deveria exigir a participação do Ministério Público na referida demanda, em razão da existência de potencial direito difuso que poderia ser violado caso acolhida a pretensão. Nessa esteira, sustentamos que o Presentante do Ministério Público deve ser chamado a atuar nas lides dessa natureza, agindo como o órgão protetor da eventual dimensão histórica dos fatos em discussão, caso em que tais fatos jamais poderão ser apagados.

4.4. Esgotamento da relevância informativa do evento ou o atingimento da recomposição penal pela reabilitação e perdão

Por fim, o reconhecimento do direito ao esquecimento exige um esforço adicional para se justificar que os fatos que se pretendem excluir de registros ou bancos de dados alcançaram um determinado ponto de saturação no que se refere a sua veiculação pública, motivo pelo qual qualquer exposição adicional dos respectivos fatos que causam abalo a um indivíduo deverá ser considerada excessiva, desproporcional ou abusiva⁷⁴. Por meio deste critério fixa-se, portanto, um marco qualitativo dentro do qual nada mais justificará manter tais informações como acessíveis pela coletividade⁷⁵. Isso significa dizer que os fatos desabonadores

⁷⁴ Conforme referido anteriormente, a Corte de Justiça europeia qualificou o direito ao esquecimento com base no critério que exigiria a identificação de informação “imprecisa, inadequada, irrelevante ou excessiva”, a qual que seria passível de exclusão da internet. No entanto, entendemos que tais qualificadores são por demais amplos para especificar os casos de direito ao esquecimento. Isso porque informações imprecisas e inadequadas demonstram erros no próprio conteúdo informativo, o que autoriza a sua exclusão de banco de dados a qualquer momento, tendo em vista as impropriedades ou mendacidades conditas na reprodução dos fatos sendo relatados. Nesses casos, portanto, não se estará, propriamente, diante de hipótese de esquecimento.

⁷⁵ Cabe destacar que os sistemas informatizados da rede mundial de computadores utilizam-se, hoje, dos chamados programas de webcrawlers que representam ferramentas de pesquisa automatizada e metódica por meio das quais sites de busca atualizam seus registros de modo espontâneo. Por isso, em tese, tais programas estariam habilitados a regravarem eternamente informações pessoais nos seus bancos de dados. Nesse sentido, veja: STEHMEIER, Marinus; SCHIMKE, Anna. Internet-Suchmaschinen und Datenschutz – Zugleich eine Besprechung von EUGH C-131/12 Google Spain und Google. Alemanha: Archive für Urheber- und Medienrecht, Stampfli, 2014, p. 665.

ao particular (Requisito 1), que não sejam contemporâneos (Requisito 2) e que sejam desprovidos de qualquer elemento de historicidade (Requisito 3) deverão ainda ter alcançado sua trajetória final no que se refere à sua relevância pública e à sua carga informativa⁷⁶. Nesse particular, podemos identificar duas situações distintas relacionadas a este ponto de esgotamento acerca da relevância pública de fatos passados.

De um lado, destaca-se a situação geral em que as ocorrências pretéritas devem ser avaliadas apenas com base na relevância atual da carga informativa, educacional ou pedagógica que fato pretérito pode exercer, situação em que deverá ser verificado se ainda persiste algum “resíduo informacional que supera a contemporaneidade da notícia” (a expressão foi utilizada pelo Ministro Luís Felipe Salomão no RESP 1.335.153). Com efeito, em questões primordialmente cíveis, *i.e.*, sem qualquer repercussão criminal, caberá tão-somente analisar se a informação que se pretende excluir do acesso público ainda poderá projetar alguma função social, no que tange ao seu potencial educativo, formador, pedagógico ou protetivo de terceiros⁷⁷. Vislumbramos, por exemplo, esta primeira situação de esgotamento da relevância informativa acerca de fato passado nas relações de consumo, mais especificamente no que se refere à necessidade de exclusão de cadastros restritivos de crédito da informação de inadimplência de consumidor que seja anterior a 5 anos, *ex vi* o disposto no artigo 43, parágrafo 1º, do CDC⁷⁸. Aliás, poder-se-ia especular se, dentro desse mesmo quadrante consumerista, não seria legítimo também

⁷⁶ Por exemplo, informações podem ser avaliadas pelo critério da relevância pública no que se refere a dados estatísticos, fatos de importância na saúde pública, fatos protetivos de consumidor etc...

⁷⁷ Cabe lembrar que fatos dotados de contornos históricos, sabidamente, não permitirão seja vislumbrado tal esgotamento de relevância informativa, na medida em que são eles, conceitualmente, ocorrências pretéritas cuja importância persistirá durante o transcurso dos séculos, sem que haja uma supressão completa de sua importância.

⁷⁸ Art. 43. [...] § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

às empresas obterem a proteção por meio do direito ao esquecimento em relação a fatos prejudiciais ou desabonadores do passado em que estiveram envolvidas. Podemos identificar situações em que determinada empresa veio a adotar práticas irregulares que violaram o direito do consumidor – *e.g.*, o envolvimento em venda de produtos que se mostraram defeituosos ou viciados –, mas que, em relação a essas falhas cometidas, veio ela a adotar todas as medidas reparatórias e informativas do consumidor que permitiram corrigir os erros passados e contribuir para que se evitassem ocorrências futuras semelhantes⁷⁹.

Por outro lado, o direito ao esquecimento também possui campo frutífero para sua aplicação na área das condenações de natureza criminal. Nessas situações específicas, não basta avaliar se os fatos condenatórios passados já exerceram plenamente sua função informativa da sociedade, mas também exigirá verificar se as sanções impostas ao ofensor já atingiram os seus objetivos típicos⁸⁰. Cabe, portanto, neste ponto, desenvolver algumas considerações sobre a função punitiva do Estado como instrumento de restauração da ordem jurídica e como mecanismo de reabilitação da estima dos envolvidos no evento ilícito ocorrido no passado.

De acordo com Ricouer⁸¹, toda pretensão punitiva do Estado deve ser compreendida dentro de uma trajetória que se manifesta em diferentes etapas de um processo contínuo de recomposição da nossa ordem social, cada etapa assumindo um propósito específico de reconhecimento ou de restauração da estima dos envolvidos. Assim, para ele, toda medida coercitiva imposta pelo direito deverá

⁷⁹ Em se reconhecendo que as pessoas jurídicas também possuem identidade perante o mercado de consumidor, direitos de personalidade (*ex vi* artigo 52 do Código Civil) e possuem patrimônio moral a ser protegido pelo direito (SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade, p. 94 e ss.), entendemos que se mostra, em tese, plausível a defesa do direito ao esquecimento relativamente às empresas, desde que atingidos os quatro critérios aplicativos aqui delineados.

⁸⁰ Novamente cabe referir que esse critério inspirou a fundamentação adotada no Habeas Corpus n° 284.307/SP e no Habeas Corpus n° 256.210/SP.

⁸¹ RICOUER, Paul. Sanction, Rehabilitation and Pardon, in The Just.

observar o fluxo *Sanção-Reabilitação-Perdão*. Aliás, seria precisamente a observância dessas três etapas que permitiria diferenciar um ato de justiça de um ato de vingança coletiva⁸². No que é pertinente ao presente estudo, entendemos que o transcurso dessas três etapas permitirá identificar o ponto de esgotamento da liberdade informativa que deverá ceder à proteção da esfera privada do indivíduo (seja a vítima, seja o ofensor condenado), qualificando assim – por meio do quarto requisito aqui sendo analisado – o direito ao esquecimento em questões penais. Assim, vejamos.

Em primeiro lugar, relativamente à sanção, deve-se reconhecer com um fato humano necessário (portanto, em um certo sentido natural) o reconhecimento de que, invariavelmente, alguns indivíduos irão valer-se de modo inadequado do seu livre arbítrio, exercendo a sua liberdade de forma abusiva e tomando para si algo que não lhe é devido ou evadindo-se de um encargo que lhe cabe⁸³, *i.e.*, cometendo um ato de injustiça contra a coletividade. Por isso, diante desse desequilíbrio na ordem jurídica, será necessária a instauração de relações de justiça que visem a corrigir a desordem jurídica que foi causada pela prática do ofensor, com o intuito de restaurar o sistema de igualdades que veio a ser rompido. Assim, a necessidade de sanção é justificada em razão de uma forma de igualdade que restou desrespeitada, tendo em vista a violação por um indivíduo de duas ordens distintas: uma, compreendida mediatamente, referente ao abuso no exercício da sua própria vontade, que agride as expectativas legítimas da sociedade como um todo e outra, identificada de forma mais imediata e direta, relacionada à privação de um bem ou de uma liberdade legítima que seria de titularidade de outra parte individual da sociedade (*i.e.*, a vítima ou o ofendido)⁸⁴. Assim,

⁸² RICOUER, Paul. *Sanction, Rehabilitation and Pardon*, in *The Just*, pp. 134 e 137.

⁸³ AQUINO, Tomás de. *Commentary on Aristotle's Nicomachean Ethics*, p. 295.

⁸⁴ AQUINO, Tomás de. *Commentary on Aristotle's Nicomachean Ethics*, p. 302.

diante dessa situação de desequilíbrio, alguma medida punitiva será exigida como meio de *restauração* da ordem jurídica que foi desestabilizada, bem como por meio da correção ou compensação (*reparatio*) daquele que teve a sua esfera jurídica violada⁸⁵.

Nessa esteira, Ricoeur⁸⁶ sustenta que uma medida sancionatória transita para a sua instância da reabilitação a partir de momentos distintos de reconhecimento e de recuperação da estima violada pela ofensa cometida no passado. Primeiramente, a sanção atinge um dos seus momentos iniciais de reabilitação quando se reconhece, publicamente, que a vítima foi agredida e violada pelo ato criminoso praticado, de modo que a punição do ofensor representa o anúncio público de que a sociedade está engajada no reestabelecimento da auto-estima da vítima. Portanto, a publicidade e a ampla transmissão de informações sobre atos ilícitos praticados pelos indivíduos mostra-se como algo necessário e indispensável para a recomposição das esferas jurídicas violadas. No entanto, esse esforço reparatório por meio da publicização de eventos ilícitos ocorridos no passado não poderá perdurar para sempre, conforme se verá em seguida.

Em segundo lugar, a dimensão reabilitadora da sanção também deve ser direcionada a garantir a recomposição da estima pública que restou agredida em razão da quebra da ordem jurídica, a qual foi violada pelo abuso particular no exercício de sua liberdade. Nesse cenário, também se justifica a publicidade e a pleno acesso a informações sobre o ilícito praticado, na medida em que a punição pode exercer tanto uma função de catarse social, como também uma função educativa e cívica sobre o significado da justiça e do respeito à ordem⁸⁷. Novamente, a publicização, mesmo

⁸⁵ FINNIS, John. Retribution: Punishment's formative aim. In *Collected Essays – Vol. III*, pp. 167-79.

⁸⁶ RICOEUR, Paul. Sanction, Rehabilitation and Pardon, in *The Just*, p. 133.

⁸⁷ “We cannot overemphasize the effect of publicity, in the sense of making public, given among others by the media to the ceremony of the trial process and the promulgation of the penalty. This publicity should consist in an education about fairness, by disciplining our impure vindictive desires” (RICOEUR, Paul. Sanction, Rehabilitation and Pardon, in *The Just*, p. 138).

que necessária, também encontrará seu ponto de saturação no momento em que se puder justificar que a função social da sanção, enquanto medida que recompõe a estima pública agredida, foi plenamente alcançada.

Em terceiro lugar, a sanção também deverá encontrar um ponto final, por meio do qual se busca a reabilitação da auto-estima da própria pessoa que cometeu o ilícito causador da punição – que sofreu a supressão de sua liberdade por tê-la exercido de modo arbitrário e excessivo. A punição do ofensor serve como o reconhecimento público de que ele integra a ordem social e que, enquanto dotado das suas faculdades de auto-determinação, será pessoalmente responsabilizado pelos atos cometidos que violem as expectativas legítimas formadas e protegidas nesse ambiente comum. De outro lado, a exposição pública dos atos ilícitos cometidos por alguém deve ter um limite, pois, do contrário, não se viabilizará a reabilitação e o perdão coletivo do ofensor, *i.e.*, o último degrau do percurso delineado por Ricoeur. Por essa razão, colocar o ofensor em evidência constante e irrestrita, sem qualquer restrição acerca da exposição pública dos erros por ele cometidos no passado, representará uma negação indevida da possibilidade de o ofensor recuperar a sua auto-estima pela ofensa cometida, o que inviabiliza a sua reabilitação e, ao final, poderá representar espécie punição perpétua (mesmo que apenas psicológica), o que, sem dúvida, mostra-se como medida jurídica abominável e ilegítima⁸⁸.

Diante disso, a reabilitação, quando implementada de forma adequada, deverá culminar na reconciliação do indivíduo com a ordem violada, o que, em alguns casos, pode-se dar por meio de perdão⁸⁹, por meio de anistia⁹⁰, ou por meio do “esquecimento”

⁸⁸ “[...]the notion of a ‘life sentence’ constitutes a flagrant negation of any idea of rehabilitation, and in this sense completely negates any project of reestablishment, even in the execution of the sentence, of a just distance between the detainee and the rest of society” (RICOEUR, Paul. Sanction, Rehabilitation and Pardon, in *The Just*, p. 142).

⁸⁹ Não se pode descartar hipóteses em que o perdão seja negado pela vítima nem se pode esquecer que existem algumas ofensas cometidas podem ser compreendidas socialmente como imperdoáveis,

público das ofensas cometidas⁹¹. Somente por meio de algum desses mecanismo se mostra possível uma reconciliação da ordem pública com a esfera de interesses privados⁹². Na verdade, o perdão que marca a etapa final da trajetória projetada por RICOUER não representa, propriamente, um ato de esquecer, na medida em que não se pretende apagar da memória o fato passado. Esse perdão do passado, representaria para o filósofo francês uma espécie de *cura da memória*, por meio do qual ela se liberta para a realização de projetos futuros. Por isso, para Ricouer, “o perdão dá para a memória um futuro”⁹³. Portanto, é precisamente o direito ao esquecimento que reabilita o ofensor para que este supere o passado, permitindo que ele seja reintegrado a convivência social e tenha uma segunda chance no futuro⁹⁴. O direito ao esquecimento, nesses casos, representará, pois, o direito a um recomeço⁹⁵.

Com efeito, seguindo tais lições, pode-se concluir que somente se poderá afirmar a existência de uma pretensão jurídica legítima ao esquecimento de fatos criminosos cometidos no passado, quando for possível argumentar que houve o atingimento

casos em que o esquecimento será inviável, principalmente em razão da importância histórica que tais ilícitos manifestarão (RICOUER, Paul. Sanction, Rehabilitation and Pardon, in *The Just*, p. 144).

⁹⁰ Segundo Ricouer, a anistia representa uma modalidade de reabilitação mais política do que jurídica, sendo nesse sentido uma antítese em relação ao perdão judicial (RICOUER, Paul. Sanction, Rehabilitation and Pardon, in *The Just*, p. 143).

⁹¹ Extrai-se do voto-vencido da Ministra Andrighi no Recurso Especial nº 1.434.498 o seguinte excerto relevante: “Anistiar – do grego amnestía, do latim amnesia – é esquecer, perdoar, é virar a página, definitivamente. E não há meio perdão. [...] Não há pacificação social sem pacificação jurídica!”.

⁹² “Certainly, national reconciliation. And in this regard, it is perfectly legitimate to seek to mend things by forgetting the tears in the social fabric” (RICOUER, Paul. Sanction, Rehabilitation and Pardon, in *The Just*, p. 143).

⁹³ “Pardon is a kind of healing of memory, the end of morning. Delivered from the weight of debt, memory is freed for great projects. Pardon gives memory a future” (RICOUER, Paul. *The Just*, p. 144).

⁹⁴ “[...] often such social forgetting gives individuals who have failed a second chance” (MAYER-SCHONBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, p. 13).

⁹⁵ “Das Vergessen hat daher auch eine Neustartfunktion, sowohl für zwischenmenschliche Beziehungen als auch eine das gesellschaftliche Zusammenleben” (SCHULZE, Sebastian. *Das Recht auf Vergessenwerden – Essentielles Grundrecht im Netz?*, p. 10).

da recomposição penal pela reabilitação e perdão⁹⁶. A contar desse momento, não mais se justificará a divulgação e a publicização de informações referentes ao cometimento de infrações por uma pessoa que já percorreu o trajeto da sanção–reabilitação–perdão⁹⁷.

Conclusão

Não há dúvida de que o tempo e a memória causam impactos tanto positivos, quanto negativos sobre o ser humano. Isso porque a lembrança de ocorrências pretéritas pode exercer, de um lado, funções educativas e pedagógicas, ao fazer o sujeito dessas experiências refletir sobre seus erros e acertos do passado, como também, de outro, pode forçar a retomada indesejada de tais ocorrências, impactando agressivamente – em especial quando imposta por terceiros – na consciência daquele que se vê obrigado a reviver situações traumáticas já ocorridas. Tal imposição de lembrar o passado pode-lhe causar, em um plano individual, sentimentos vexatórios e abalos emocionais, como também, em um plano coletivo, pode acabar estigmatizando o indivíduo perante o restante da sociedade, de modo a provocar até perda da sua personalidade, na medida em que a sua identidade passa a ser confundida com o fato passado até o ponto de ser absorvida por ele.

É precisamente em razão da importância que a memória e o transcurso do tempo exercem sobre a experiência humana que as produções cinematográficas de Hollywood constantemente tocam nessa temática, cabendo, aqui, com a licença do leitor, fazer-se um pequeno e lúdico esforço comparativo. Uma produção norte-americana que bem ilustra esse ponto – e até poderia dar diferente

⁹⁶ Tais ideias foram incorporadas expressamente em nosso sistema jurídico, como se vê dos artigos 93 a 95 do Código Penal e artigo 748 do Código de Processo Penal.

⁹⁷ Pertinente neste ponto o excerto do RESP n° 1.334.097/RJ: “[...] o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso”.

perspectiva ao direito ao esquecimento – é o filme *Groundhog Day* (em português *Feitiço do Tempo*), no qual um jornalista mal humorado, a contragosto, vai, em um dia 2 de Fevereiro, à uma pequena cidade do interior para fazer reportagem de previsão do tempo sobre uma prática local pitoresca (o *Dia da Marmota*). Após uma tempestade, o personagem de Bill Murray acaba sendo forçado, por algum motivo não explicado, a reviver, repetidamente, de modo constante e sucessivo, esse mesmo dia do presente – para ele enfadonho e insuportável, já que a pequena cidade da reportagem não lhe oferecia nada de interessante –, forçando-o a experimentar incontáveis vezes as mesmas situações rotineiras desagradáveis daquele dia que se repetia, sendo obrigado, por exemplo, a interagir com colegas de trabalho que desprezava, a reencontrar as mesmas pessoas que queria distância e a reencenar os mesmo diálogos maçantes que já havia travado inúmeras vezes. Tal situação perdurou, no filme, até que o personagem principal, após a repetição exaustiva das mesmas situações diárias, conseguiu vivenciar com perfeição um desses dias constantemente repetidos, realizando, nesse intervalo de vinte e quatro horas, ações caridosas, atos nobres e corrigindo alguns dos seus defeitos de personalidade, tornando-se, assim, no final, um melhor ser humano. Ao que interessa à comparação que aqui se pretende estabelecer, a repetição exaustiva do mesmo dia presente pelo personagem central chega, em um determinado momento do filme, a tal ponto de saturação que ele entra em profunda depressão, perde o gosto por viver e, inclusive, acaba cometendo o suicídio (o que teve de ser praticado por ele inúmeras vezes, por meio das mais variadas técnicas, pois ele acaba sendo surpreendido com o fato de, após tirar a sua vida, acordar imediatamente, no dia seguinte, ileso na sua cama de hotel, mostrando que, para ele, por fim a sua vida não seria solução para encerrar o trauma de se ver obrigado a reviver, infinitamente, o mesmo dia presente).

Essa ficção cinematográfica cria, em nossa visão, interessante paralelo com o direito ao esquecimento, pois, se, no

filme, o reviver eternamente o presente, apenas em uma perspectiva individual, culminou em ponto de saturação que provocou depressão e desejo de morte no personagem, podemos imaginar, no plano real e guardadas as devidas proporções, como a imposição por terceiro da necessidade de reviver experiências traumáticas do passado, especialmente em um ambiente público, irrestrito e incontrolável (hoje graças ao alcance irrestrito e à divulgação ilimitada de informações pela internet) também pode provocar profundos abalos emocionais e agressões irreparáveis na consciência do indivíduo que se vê forçado a caminhar novamente por estradas que gostaria de deixar no passado.

Não há dúvida de que obrigar alguém, publicamente e de modo eterno, a expor feixes de sua vida particular que desejaria fossem esquecidos representa não apenas causa para profundos abalos emocionais dos afetados, como também pode acabar causando a negativa da própria identidade e dignidade daqueles que poderão sofrer estigmatização social provocada pela perenização de tais fatos. Isso significa dizer que negar a possibilidade de esquecimento de fatos passados pode acabar criando situação em que tais indivíduos, submetidos ao eterno escrutínio coletivo, não serão mais pessoas autônomas com seus projetos particulares de vida, mas serão expostos na arena pública apenas como uma representação indelével dessa ocorrência pretérita, revivida coletivamente, fazendo com que a sua identidade pessoal não seja outra coisa senão um reflexo desse fato passado. Portanto, se de um lado o reviver experiências passadas pode provocar aprimoramentos pessoais e também coletivos (em razão da sua função informativa, educadora e formadora de caráter), não se pode negar que tal lembrança forçada poderá em muitos casos alcançar pontos de saturação que exigirá sejam tais fatos retirados do fórum público de debate e guardados apenas como uma memória individual, para que esse sujeito possa curar a sua consciência e, eventualmente, se abrir para novas experiências futuras.

É precisamente a natureza dúplice (positiva e negativa) de que se reveste a exposição pública de memórias individuais e coletivas que torna a especificação e a concretização do direito ao esquecimento algo tão complexo e polêmico. Aliás, conforme se viu nos julgados do Superior Tribunal de Justiça essa dimensão positiva e negativa da divulgação de ocorrências passadas acaba produzindo situações em que dois casos – até certo ponto bastante semelhantes – culminem em conclusões opostas entre si, ora afirmando a pertinência do direito ao esquecimento, ora afastando a sua aplicabilidade ao caso. Isso mostra que o direito ao esquecimento deverá ser sempre analisado como um ponto intermediário entre os dois extremos, o qual exige uma avaliação que leve em consideração as particularidades de cada caso, verificando-se a existência dos quatro critérios de controle propostos neste artigo (Fato prejudicial, vexatório ou desabonador; Transcurso razoável de tempo ou não contemporaneidade; Ausência de historicidade; Esgotamento da relevância informativa do evento ou o atingimento da recomposição penal pela reabilitação e perdão).

Referências

- AGOSTINHO. Confissões. São Paulo: São Francisco, 23ª Edição, 2008.
- ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. Alemanha: Suhrkamp, 1994.
- AQUINO, Tomás de. Commentary on Aristotle's Nicomachean Ethics, Reino Unido, Dumb Ox, 1991.
- ARENDT. Hannah. The Human Condition. Estados Unidos da América: Chicago Press, 1958.
- ARISTÓTELES. BARNES, Jonathan (editor). On Memory in The Complete Works of Aristotle, Vols. I. Estados Unidos da América: Princeton University Press, 1995.

- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 16ª edição, 2015.
- FELLNER, Robert. The Right to Be Forgotten in the European Human Rights Regime. Alemanha: Grinn, 2014.
- FERREIRA NETO, Arthur Maria; SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito ao “Esquecimento” na sociedade da informação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- FINNIS, John. Retribution: Punishment’s formative aim. In Collected Essays – Vol. III. Reino Unido: Oxford University Press, 2012.
- GHEZZI, Alessia. The Ethics of Memory in a Digital Age – Interrogating the right to be forgotten. Reino Unido: Palgrave MacMillan, 2014.
- HONNETH, Axel. Reificación – Un Estudio en la Teoría del Reconocimiento. Argentina: Katz, 2007.
- JARASS, Hans; PIEROTH, Bodo. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar. Alemanha: C. H. Beck, 13ª edição, 2014.
- MAYER-SCHONBERGER, Viktor. Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Estados Unidos da América: Princeton University Press, 2009.
- PENA, Alejandro Touriño. El derecho al olvido en Internet. Espanha: Los Libros de la Catarata, 2014.
- RICOUER, Paul. Sanction, Rehabilitation and Pardon, in The Just. Estados Unidos da América: Chicago Press, 2000.
- RUPPEL, Ernesto. A captação da realidade Segundo Tomás de Aquino. Portugal: Livraria Cruz.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ed. 11ª, 2012.
- ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Edição, 2014.

SCHAAR, Peter. Das Ende der Privatsphäre: Der Weg in die Überwachungsgesellschaft. Alemanha: Goldmann, 2009.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013.

----- . Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2ª edição, 2014.

SCHULZE, Sebastian. Das Recht auf Vergessenwerden – Essentielles Grundrecht im Netz? Alemanha: Grin, 2013.

STEHMEIER, Marinus; SCHIMKE, Anna. Internet-Suchmaschinen und Datenschutz – Zugleich eine Besprechung von EUGH C-131/12 Google Spain und Google. Alemanha: Archive fur Urheber- und Medienrecht, Stampfli, 2014.

WAREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. Estados Unidos da América: Harvard Law Review, Vol. IV, No. 5, 1890.

A ética na fundamentação jurídica: a proposta jusnaturalista

*Alexandre Mussoi Moreira*¹

Sumário

Introdução

1. Jusnaturalismo, direito e fundamentação

2. A contribuição de Tomás de Aquino

Conclusão

Referências

Introdução

Desde que o ser humano se organizou em grupos sociais, há mais de meio milhão de anos, busca formas de controlar o comportamento de seus semelhantes.

É atribuído a Hamurábi, Rei da Babilônia, o código de conduta, surgido no século XVI antes de nossa era, que consistia em um compêndio de regras que ainda hoje são impressionantes, por sua extensão e qualidade, bem como por seus claros conceitos de justiça, nos quais não se incluem considerações místicas ou

¹ Doutor em Filosofia (PPGFI, PUCRS). Mestre em Direito (PPGDir, UNISINOS). Especialista em Direito Canônico - Matrimônio (PUCRS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). E-mail: alexmussoi@cpovo.net

dogmáticas. Este código² não foi ultrapassado como preceito legal até o tempo de Justiniano, 17 séculos mais tarde.

O homem é, necessariamente, membro da sociedade humana, esse é um dado de sua própria existência e harmonizar essa existência social é sua tarefa. Essa harmonia é uma exigência moral, aberta à humanidade, A consciência moral a reconhece como expressão de seu próprio aperfeiçoamento e, assim, vive-a como reflexo de um dever. Também por isso, tem-se o direito como obrigatório, pois é parte da moral.

O positivismo jurídico se encontra em uma crise na medida em que resta evidente que não oferece respostas às questões ainda mais complexas que se lhe apresentam, situação essa reconhecida pela maioria dos jusfilósofos contemporâneos³.

O próprio Herbert Hart reconhece os atrativos do jusnaturalismo, como se vê na seguinte passagem:

Na verdade, a reafirmação continuada de alguma forma da doutrina do Direito Natural deveu-se em parte ao facto de que o seu atractivo é independente, quer da autoridade divina, quer da humana, e ao facto de que, apesar de uma terminologia e de muita metafísica que poucos podem aceitar nos nossos dias, contém certas verdades elementares de importância para a compreensão não só da moral como do direito⁴.

Esta reacção ao modelo positivista do conhecimento e da prática jurídica pôs-se em evidência através das idéias de um grupo relevante, ainda que heterogêneo de estudiosos, tais como Ronald Dworkin, John Rawls, John Finnis, Lon Fuller, Michel Villey, Richard Lyons, Georges Kalinowski, Robert Alexy, Hotfried Höffe,

² No preâmbulo deste código se adverte não quanto à imponente majestade do monarca, como também a modernidade de suas ideais: "A mim Hamurabi, de antiga semente da realeza, Rei todo poderoso e filho de Babilônia, foram os deuses, que me designaram para promover o bem estar do povo, para fazer a justiça na terra, para destruir ao malvado e ao perverso, e impedir que o forte oprima o fraco".

³ Cfe. CORREAS, Carlos Ignacio Massini. El derecho natural y sus dimensiones actuales, p. 20.

⁴ HART, Hebert. O Conceito de Direito, p. 204.

Robert Spaemann, entre outros, que buscaram a necessária introdução e articulação de categorias éticas no estudo e na prática do direito.

A grande maioria dos pensadores anti positivistas está empenhada numa persistente busca de uma nova via que, sem recair num jus naturalismo simplista, proveja o direito de certos elementos racionalmente indispensáveis, antes de tudo, uma justificação racional da obrigação jurídica, mais além do mero fato do poder coercitivo, seja estatal ou social, e, uma instância de apelação ética, desde a qual seja possível julgar crítica ou valorativamente os conteúdos do direito positivo⁵.

Falar em Direito natural implica na aceitação de que, em razão da própria natureza humana, há bens/atributos inerentes à própria idéia de pessoa. Os bens pertencentes à pessoa por tomar parte no seu ser (vida, liberdade, intimidade, etc.) geram para as outras pessoas o dever de respeitá-los.

Logo, os direitos do homem preexistem ao direito positivo, sendo estruturantes da sociedade, diretivos para os governos, alcançando caráter constitucional, e definidos, por isso mesmo, como direitos fundamentais.

Os direitos humanos, fundamentais, são o núcleo duro da ética social de nosso tempo, ou seja, o limite além do qual é inadmissível – sem possibilidade de exceção – qualquer ação na vida pública⁶.

Portanto, trata-se de direitos subjetivos de caráter universal, cujos titulares são todos os homens, sem exceção; está-se diante de direitos cujo título ou fundamento, reside no fato de pertencer à espécie humana; aparecem como prévios e superiores

⁵ MASSINI CORREAS, denomina “transpositivistas” todas as posições ou doutrinas filosóficas que não aceitam a tese central do positivismo jurídico em sentido estrito, isto é, a redução de todo o jurídico ao jurídico-positivo (CORREAS, Carlos Ignacio Massini. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, p. 20).

⁶ As constituições de estados democráticos se encontram, inundadas de princípios, aos quais Alexy denomina de “princípios fundamentais de direito natural e racional e da moral moderna do direito e do estado.

axiologicamente em relação aos demais direitos e normas; e , são dotados de uma especial intangibilidade, ou seja, dadas as condições requeridas para sua titularidade, tem-se sempre e sem exceções, sem que possam ser superados ou anulados por considerações de utilidade ou de bem comum.

Não há como entender o direito, a justiça, a obrigação, sem referência à pessoa – fundamento do próprio direito. Em virtude da condição ontológica, que é própria da pessoa, é que se pode falar em algo justo ou injusto, devido ou não devido, etc. O domínio ontológico que a pessoa exerce se orienta à obtenção dos fins a que está naturalmente ordenada.

1. Jusnaturalismo, direito e fundamentação

O que buscam os autores ditos transpositivistas contemporâneos é alcançar as vantagens próprias do jus naturalismo clássico: sua defesa de um fundamento racional da normatividade jurídica e um critério objetivo de consideração ética, sem assumir um comprometimento com a existência de normas de caráter absoluto, tampouco com a existência de bens humanos básicos, nem com a adoção das realidades ético-jurídicas⁷.

A maior parte dos pensadores envolvidos nesta pretendida alternativa entre jus naturalismo e jus positivismo acaba por adotar uma concepção explícita ou implicitamente construtivista da normatividade ética, ou seja, uma perspectiva segundo a qual os princípios são, de algum modo, construídos ou elaborados pelos sujeitos através de um determinado procedimento da racionalidade prática⁸.

Assim, a razão prática estabelece só os pontos de partida e as regras do procedimento racional necessárias para alcançar certos

⁷ CORREAS, Carlos Ignacio Massini. El derecho natural y sus dimensiones actuales, p. 21.

⁸ CORREAS, Carlos Ignacio Massini. El derecho natural y sus dimensiones actuales, p. 21.

princípios éticos que serão o resultado de mera construção mental social⁹.

Deste modo, a tradicional divisão alternativa (até certo ponto maniqueísta) entre jus positivismo e jus naturalismo passa para uma visão tripartida entre o positivismo jurídico remanescente, o jus naturalismo e as diversas correntes construtivistas¹⁰.

Hodiernamente, segundo Correias¹¹, é necessário levar a efeito uma nova divisão dentre as teorias tidas como de direito natural, a saber, as teorias que podem ser denominadas propriamente jusnaturalistas já que supõem uma remissão ao conhecimento da natureza das realidades humanas como fonte de objetividade ética, e aquelas que aceitam a existência de princípios ético-jurídicos suprapositivos, mas cuja fonte não tem raiz no conhecimento da realidade, mas em alguma construção da razão prática.

Geralmente, aqueles que comungam desta última corrente não aceitam ser denominados “jusnaturalistas”; alguns, inclusive, autodenominam-se “positivistas” com algum adjetivo, tal como, “conceitual”¹², enquanto outros buscam simplesmente escapar de qualquer tipo de classificação.

Por isso, passou-se a denominar “transpositivistas” a todas as correntes de pensamento que aceitam a existência de pelo menos um princípio jurídico não positivo, podendo estas serem

⁹ RODRIGUEZ-ARIAS trata a questão nos seguintes termos: “Sin duda alguna fue un error del positivismo, que encarna la doctrina liberal, proclamar la separación tajante entre el derecho y la moral, lo que ha conducido a un empobrecimiento del derecho, el cual inclusive en nuestra época se ha desligado del campo de la cultura integral. El derecho debe proporcionar una base sólida para la sociedad, que solo puede lograrse dando paso a los valores y tradiciones representados por esa sociedad en la historia pasada, en la medida que responden a las necesidades del presente.” (Del derecho liberal al derecho comunitario, p. 78.).

¹⁰ Recorde-se que, tradicionalmente, a visão era enfrentada de forma dicotômica, de um lado o jusnaturalismo, e de outro aqueles que negam a existência de algum princípio jurídico que não fora meramente positivo (sobre a questão veja-se: SOAGE RAMOS, Guido. Diferentes concepciones del derecho natural. In CORREAS, Carlos Ignacio Massini [Compil.]. El jusnaturalismo actual, p. 321-346).

¹¹ CORREAS, Carlos Ignacio Massini. El derecho natural y sus dimensiones actuales, p. 22.

¹² V. NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos.

subdivididas, tomando em consideração de um lado as teorias que fazem algum tipo de remissão ao conhecimento das realidades humanas, ditas jusnaturalistas em sentido estrito, e, de outro, as teorias que não realizam esta remissão e se limitam a propor algum tipo de construção racional de princípios éticos, denominadas de forma genérica de construtivistas.

Evidencia-se, pois, que o direito não é independente da moral, já que tanto seus princípios, objetos e fins, guardam uma dependência, uma conexão, com aquela, embora o saber jurídico se constitua num saber específico. Este conhecimento específico (científico), por sua vez, orienta a determinação precisa do justo no “aqui e agora”, em cada circunstância de tempo e lugar, tarefa que é própria da prudência. A diferença não é de grau, mas de natureza, e depende de que, mais além do caráter de racionalidade e de eticidade, o imperativo jurídico tem como especificidade seu caráter político, que o distingue da atividade humana, da atividade ética¹³.

A especificidade do direito a respeito da moral vem dada pelas exigências e necessidades da vida política que limita o âmbito da moral, restringindo-a àquele mínimo necessário para a existência e à própria convivência (por isso a ordem jurídica renuncia, salvo situações particulares, à investigação das intenções), conforma-se com um juízo “amoral” (v.g. não interessa se o devedor paga sua dívida com “bom ânimo”)¹⁴.

O direito é primordialmente um fazer humano social, retificado pela justiça e pelas leis, faculdades, decisões ou saberes, que com ele se vinculam. Disso resta claro que a causa material do direito é a idéia de alteridade, ou seja, a adequação se dirige ao outrem; enquanto a causa formal é adequação, que se refere ao dever; dever relacionado à causa final do direito que é a justiça que, por sua vez, é alcançada através da igualdade (o direito é

¹³ QUINTANA, Eduardo Martin. Notas sobre el derecho en el jusnaturalismo, p. 60-61.

¹⁴ QUINTANA, Eduardo Martin. Notas sobre el derecho en el jusnaturalismo, p. 60-61.

objeto da justiça); e, por fim, tem-se como causa eficiente a natureza ou convenção.

Em outras palavras, a causa material do direito é o fazer social do homem, acionar o homem na vida em sociedade, em sua interatividade com o outro. A causa formal, que vai determinar se a matéria é direito, propriamente dito, é a ordenação deste fazer ao bem comum, retificando este fazer através da justiça, objetivando a finalidade da sociedade política. Daí se pode concluir que direito consiste essencialmente em uma medida de ordenação do fazer social do homem.

Se o Direito é algo que o homem faz visando o seu próprio bem, mais especificamente, seu bem próprio na vida social (vida em comum), pertence, portanto, à ordem prática e deve consistir em um determinado fazer do homem, isso porque o ser humano constrói sua vida, a partir de atos concretos destinados à obtenção dos bens que necessita para sua própria vida, que, à sua vez, está dirigida à perfeição.

Esse fazer, essa obra justa, é uma atividade social do homem que está ordenada ao bem comum, através dos títulos jurídicos de outro, daí porque Santo Tomás refere que o direito é obra adequada a outrem.

Portanto, o que interessa fundamentalmente ao direito é alcançar que a convivência, com suas múltiplas facetas relacionais humanas, encaminhando-se efetivamente ao bem comum através da justiça, significa dizer, que o objetivo do direito é fazer com que a vida social se encaminhe ao bem de todos, tornando possível o desenvolvimento das virtualidades contidas no modo próprio de ser do homem.

A razão da existência da ordem jurídica não pode ser a perfeição teórica de suas estruturas formais (leis, instituições, conceitos jurídicos, etc.), mas a perfeição prática, operativa, de seus conteúdos. Não interessa primordialmente a redação perfeita de uma norma, mas sua qualidade em promover relações sociais harmônicas. Afinal, o direito existe por causa dos homens, não tem

um fim em si mesmo, mas busca a vida boa dos homens, esgotando-se seu sentido em ser um instrumento do aperfeiçoamento social, sem esse fundamento de existência, resta sem razão suficiente.

O que interessa, para o direito, é a efetiva ordenação das condutas sociais ao bem do homem em comunidade, o restante é instrumento, meio, que por respeito a outro bem se deseja.

Tendo o Direito como uma obra justa, evidente que as demais realidades, que também assim são denominadas (lei, sentença, etc.), recebem esse nome em virtude desta obra justa e da relação que guardam com esta.

Para a filosofia realista o direito é um fazer humano retificado pela justiça e pelas leis, exigibilidade, decisões ou saberes, que com ele se vinculam, merecendo essa denominação pela relação intrínseca de vinculação que mantêm com essa realidade primária. Dessas, as que em maior medida tendem a ser consideradas como realidades jurídicas fundamentais, são a norma e a exigibilidade.

Daí surgem duas concepções extremas e errôneas, quais sejam, o normativismo e o subjetivismo jurídico.

O normativismo é a concepção que identifica o Direito com a norma. Neste posicionamento, o Direito seria formado por normas que dirigem os comportamentos humanos diante da realidade. Decorrente desta percepção da essência e das fontes do direito tem-se o dualismo da filosofia moderna que separa dois mundos distintos o do espírito e o das realidades, ou em outras palavras, o ser e o fenômeno e dever ser do ser.

Uma lei merece assim ser chamada na medida em que contribua para realizar uma ordem social que torne possível o bem viver do homem. Do contrário, que sentido haveria na submissão a uma série de mandatos que imperassem qualquer coisa, sem um fim objetivamente valioso?

Assim, o direito não se extrai de uma norma, mas o que o direito é se faz norma, ou na lição de Santo Tomás, a lei não é o direito propriamente dito, mas é certa razão de direito¹⁵.

O que importa é que as leis promovam a justiça na convivência, fazendo com que os homens efetivem essa convivência buscando o bem comum.

Assim a finalidade da lei é a obra justa, pois esta é que justifica sua existência e dá razão a seus conteúdos, o que permite que a lei seja qualificada como direito.

A obra justa, que deve estar contida na lei, evidencia-se, ainda mais, quando se analisa a exigibilidade, pois se alguém tem a possibilidade de exigir uma determinada conduta, assim é em razão de que esta é devida pelo sujeito passivo do vínculo jurídico. Não é devida pelo fato de que se tenha a possibilidade de exigir, mas pelo fato de que determinada conduta é devida. Para que essa conduta se realize, a lei outorga ao sujeito ativo da relação jurídica a possibilidade de exigí-la, por isso, a possibilidade sem a contraprestação seria impensável, seria algo completamente potencial, faltar-lhe-ia finalidade, objetivo e, até, razão de ser.

2. A contribuição de Tomás de Aquino

Como é cediço, o direito pertence à ordem prática, que abrange as coisas que o homem faz para chegar à sua própria perfeição, consistindo numa conduta social do homem orientada pela justiça. Isto, em razão de que o processo, na ordem prática, finda em um ato singular e concreto pelo qual o homem realiza as ações e obras que tornam possível o desenvolvimento das virtualidades contidas na sua essência. No caso do direito, trata-se da existência

¹⁵ Kalinowski escreveu que Tomás de Aquino tinha razão quando indicava ser usual dar às palavras novos significados em lugar dos antigos. O termo direito, no século XII e mais tarde, significava “obra justa”, “coisa justa”, “ato justo”, e, hodiernamente, significa principalmente “lei”. Não é porque o termo “lei”, tenha sido reaplicado (sem o desaparecimento completo na sua velha acepção), pelo nome metonímico de direito que se pode reprovar alguém ao definir direito como regra. (Kalinowski, Georges. *Ley y Derecho*. In *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, p. 22-26.)

social do homem e da dimensão comunitária de sua natureza, por isto, o direito é um agir social orientado ao bem comum, bem que constitui o fim próprio da vida societária dos homens.

As constituições de estados democráticos se encontram, inundadas de princípios, aos quais Alexy denomina de “princípios fundamentais de direito natural e racional e da moral moderna do direito e do estado”¹⁶.

Em *Natural Law and Natural Rights*, John Finnis enumera sete valores ou bens básicos¹⁷: vida, conhecimento, jogo, experiência estética, sociabilidade, razoabilidade prática e religião. Sustenta que através de uma “reflexão fria”, as pessoas com um pensamento claro reconheceriam a mesma lista de bens básicos.

Esses bens são conhecidos por evidência, podem ser justificados – não rigorosamente demonstrados, pois são *primários* – através de uma argumentação dialética¹⁸.

Na Idade Média, o conceito de direito de Tomás de Aquino é, usualmente, apontado como o modelo por excelência de construção hierárquica do direito, especialmente por classificar as modalidades de lei, pode-se observar na Suma Teológica o escalonamento entre lei eterna, lei natural e lei humana¹⁹.

O conceito de lei natural e suas implicações na ética geral na ordem sócio política e jurídica, bem como na moralidade individual e coletiva dos homens encontra no Aquinate uma síntese que supera seus antecedentes doutrinários, cujas fontes primeiras são Aristóteles, passando pelos Santos Padres e outros filósofos e pensadores da antiguidade. De qualquer sorte, não há como afastar-se da realidade de que o estagirita exerce a maior influência

¹⁶ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho y otros ensayos, p. 76.

¹⁷ FINNIS, John. Ley natural y derechos naturales, p. 117-121.

¹⁸ Finnis leva a efeito esta argumentação a propósito do valor do conhecimento, considerado um modelo da defesa racional do caráter básico ou primário dos bens enumerados. (FINNIS, John. Ley natural y derechos naturales, p. 96-100).

¹⁹ AQUINO, Tomás de. Summa Theologiae, I –II, q. 91.

no pensamento tomista, o que se pode notar pelos comentários feitos à “Ética a Nicômaco”.

Portanto, o pensamento filosófico moral e político do Aquinate deve ser reconstruído, a partir de seus tratados e comentários teológicos, seus comentários à Ética Nicomaquéia e aos dois primeiros livros da Política. Sua interpretação adequada tem sido uma tarefa difícil desde a época de sua morte (1274). Num passado recente, essa é objeto de disputas árduas²⁰.

Ao comentar a obra de Aristóteles, Tomás de Aquino, quando trata do justo natural, desenvolve a doutrina ²¹, expressa anteriormente na Suma Teológica, dos primeiros princípios práticos em matéria de justiça. Ali escreve que o filósofo grego mostra um justo natural segundo a sua causa quando diz que dito direito natural não consiste no que parece a uma pessoa, não se origina a partir de uma opinião humana, mas da natureza. Pois há certos princípios naturalmente conhecidos, como princípios quase indemonstráveis e o que está próximo a eles, tais como “evitar o mal”, que “não se deve causar dano a ninguém, injustamente” e outros similares²².

Adiante, explica a razão da universalidade dos princípios do justo natural, afirmando que se deve observar que assim como as razões das coisas mutáveis são imutáveis, o que em nós é natural como pertencente à razão mesma do homem, não varia. De igual modo, conclui-se que coisas que pertencem à mesma razão de justiça, de nenhuma forma podem mudar, como o dever de não roubar (uma ação injusta), portanto, os primeiros princípios em matéria de justiça, que seguem de modo evidente a índole mesma das relações jurídicas, têm significado universal, ou seja, valem sempre.

²⁰ FINNIS, John. Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto juspositivista analítico, p. 23.

²¹ "O direito ou o justo natural é aquele que por natureza é adequado ou ajustado a outro. O que pode acontecer de dois modos. Primeiro: considerando a coisa absolutamente e em si mesma... Segundo: considerando a coisa em relação com suas consequências..." (ST 2-2, q. 57, a. 3).

²² CORREAS, Carlos Ignacio Massini. La ley natural y su interpretación contemporánea, p. 167.

Ao contrário, os preceitos que derivam apenas mediatamente da natureza do homem e das realidades humanas podem variar conforme se modifiquem as circunstâncias e condições de sua aplicação. A causa dessa mutabilidade dos princípios está no fato de que incluem na sua formulação, ainda que de forma genérica, certas circunstâncias contingentes e, enquanto tais, suscetíveis de variações e transformações (o doutor angélico traz diversos exemplos desta mutabilidade dos princípios derivados ou secundários).

Desse modo, Tomás de Aquino soluciona o problema estabelecido pelos textos aristotélicos quando, buscando solucionar a questão da contingência, traz uma série de exemplos que mais confundem do que esclarecem (v.g., “o uso da mão direita é mais natural que o da esquerda.”)²³.

Outro aspecto relevante diz com os aportes feitos pelo Aquinate quanto ao sentido preciso de se afirmar que algo é “justo por natureza” e como se chega ao seu conhecimento.

A doutrina das inclinações naturais como expressão ou manifestação do que é “naturalmente justo”, é uma contribuição pessoal à doutrina aristotélica, esboçada no comentário que “o justo natural é ao que se inclina a natureza do homem”, vem de forma completa na Suma Teológica, especificando os bens humanos a que se ordenam os preceitos morais, afirmando que tudo o que o homem tem inclinação natural é apreendido naturalmente pela inteligência como bom e, assim, como algo a realizar. Portanto, a ordem dos preceitos da lei natural coincide com a ordem das inclinações naturais²⁴.

Desenvolvendo essa linha de pensamento, apresenta três tipos de inclinações fundamentais (deixando claro que podem existir outras): a) manutenção da vida e sua integridade; b)

²³ CORREAS, Carlos Ignacio Massini. La ley natural y su interpretación contemporánea, p. 167-168.

²⁴ S.T. I-II, q. 94, a. 2.

inclinação à união sexual de homens e mulheres, para procriação; c) saber viver em sociedade, buscando a realização efetiva nesta²⁵.

O conhecimento das inclinações naturais é o que torna possível passar, poeticamente, do conhecimento da natureza humana ao discernimento dos bens que são as dimensões de sua perfeição e dali ao conteúdo dos preceitos éticos fundamentais ou preceitos da lei natural, que tem essa perfeição como finalidade.

De outro lado, Tomás de Aquino afirma que “tudo aquilo que se deve fazer ou evitar-se cai sob os preceitos da lei natural enquanto a razão prática pode captar que tais ações são bens humanos”²⁶. Evidencia-se que a determinação de uma norma de direito natural se realiza pela razão prática enquanto vinculada ao primeiro princípio (fazer o bem, evitar o mal), com algumas das mencionadas inclinações morais.

Conclusão

Surge a necessidade, oriunda da própria natureza humana de uma ordem moral, que não tem outra função se não, de forma coadjuvante, fazer com que o homem alcance o que natural e profundamente mais ama, sua realização como ser humano.

Na verdade, o homem é o único ser que atua “com um fim”. O que implica atuar conscientemente quanto aos meios e os fins e da relação entre estes²⁷. Por isso, o homem foi provido na natureza do uso prático de sua razão, de participação especial na razão divina de governo (“lei eterna”), como uma espécie de “termostato” frente aos bens e normas por si evidentes, ou

²⁵ Veja-se a lista de HERVADA. In HERVADA, Javier. Introducción crítica al Derecho Natural, p. 129.

²⁶ ST I-II, q. 94, a. 2.

²⁷ LACHANCE, T. R. P. Louis, El concepto de derecho segun Aristóteles y Santo Tomas, p. 61 e seguintes.

naturalmente evidentes, contidos em um “hábito quase natural” chamado *sinderesis*²⁸.

Os três sentidos de natureza se envolvem e se sustentam mutuamente, chegando na ordem moral a um requerimento de uma medida racional que, como guia exemplar, garanta o curso natural da liberdade humana. E esta ordem racional da normatividade, ordem da razão norma- prática-moral frente ao destino existencial da natureza humana, seja como *norma modelo*, ou como forma obrigatória *norma preceito ou lei moral*, sendo que ambos tipos de norma apresentam um nível “natural” e outro de “aplicação prudencial”.

Para John Finnis, o que permite uma convivência harmônica é a virtude ética baseada na racionalidade prática, a teoria do jusfilósofo australiano inclui princípios para valorar como deve ser tratada uma pessoa pela outra, ou dito de outra forma, que direito alguém tem de ser tratado de uma maneira determinada.

Assim, compreende a exigência de Justiça como um conjunto de exigências da racionalidade prática que existe porque a pessoa humana deve buscar realizar e respeitar os bens humanos não simplesmente em si mesma (como proposto no sistema de Rawls) e em seu próprio benefício, mas, também, em comum, em comunidade.

Esse Bem Comum é o conjunto de fatores que permitem, presentes como considerações na racionalidade prática de uma pessoa, dar um sentido, uma razão, para sua colaboração com os outros e dão aos outros uma razão para sua colaboração entre si mesmos e com esta pessoa. Assim se dá porque há um Bem Comum para os seres humanos, verdadeiro pilar fundamental para florescimento de uma sociedade, pois a vida, o conhecimento, o jogo,

²⁸ Para Tomás de Aquino: “O fim último da vida humana é a felicitas ou beatitudo... Então o interesse principal da lei (incluída a lei natural – moral) deve se dirigir para a beatitudo. De novo, desde que cada parte está para o todo como o incompleto para o Completo, os seres humanos individuais são cada um parte de uma comunidade completa, o enfoque apropriado da lei é necessariamente no sentido de dirigir para a felicitas comum... isto é, o bem comum (ST I-II, q. 90, a. 2)” In FINNIS, John. Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto juspositivista analítico, p. 27.

a experiência estática, a amizade, a religião e a liberdade na racionalidade prática são bons para todas e cada uma das pessoas²⁹.

Os direitos individuais, na medida em que são reivindicados, pressupõem deveres relativos ao bem comum, aqui entendido não como um simples somatório de bens pessoais, individuais; o bem comum diz respeito ao todo e a cada um.

Finnis sustenta que uma teoria do direito natural pretende ser capaz de identificar condições e princípios de retidão prática, de uma ordem boa e correta entre os homens e em sua conduta individual, deixando para atrás os limites contratualistas de “Justice as Fairness”, pois além do negocial, se atende à ética individual, onde pontifica a idéia de Bem, para facilitar as reflexões práticas daqueles que estão preocupados em atuar e não somente calcular a possibilidade de aplicação de um modelo.

O substrato valorativo de todos os juízos morais são os atos de compreensão prática, nos quais os homens aceitam os valores básicos da existência e, desta em especial, também os princípios básicos de toda racionalidade prática.

Convém, ainda, verificar a apreciação finnissiana quanto às relações entre os direitos, em especial os direitos humanos, e o bem comum político. O primeiro aspecto trazido por Finnis é que nas declarações de direito mais difundidas, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, faz-se menção a certos limites ao exercício desses direitos, em especial no que diz com as “exigências de bem estar geral”³⁰. Da leitura de tais declarações parece que as pessoas, de uma parte, seriam titulares de direitos humanos fundamentais e inalienáveis; e, de outra, haveria certos limites externos, ou seja, de uma índole distinta, ao exercício desses direitos, limites que seriam exigências do bem comum ou do bem estar geral³¹.

²⁹ Cada um desses valores é o mesmo, um bem comum, pois pode ser participado por um número incomensurável de pessoas, em uma variedade inesgotável de formas e ocasiões.

³⁰ Art. 29, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

³¹ V. CORREAS. Teoría del Derecho y derechos humanos, p. 36.

Para Finnis estas declarações ou manifestos de direitos humanos são uma forma de esboçar os contornos do bem comum, os diferentes aspectos do bem-estar individual na comunidade. O que a referência aos direitos traz a esse esboço é uma expressão enfática do que está implícito no termo “bem comum”, ou seja, o bem-estar de todos e de cada um, no que diz com cada um de seus aspectos básicos, que deve ser considerado e favorecido em todos os momentos pelos responsáveis por coordenar a vida em comum³².

Para o filósofo australiano, não há oposição normativa entre duas realidades diversas: direitos individuais, de um lado, e bem comum, de outro³³. Ao contrário, na filosofia prática clássica, em especial na versão proposta por Finnis, referida oposição desaparece, uma vez que o bem humano é, em definitivo, um bem comum, que se busca e se alcança, embora nunca de forma integral, em uma comunidade completa ou política. Porém, esse bem é propriamente comum, na medida em que se participa realmente por aqueles que integram essa comunidade (bem comum, enquanto bem de todos, não individual, mas participativo)³⁴.

Fora das comunidades humanas, não existem direitos, nem humanos, nem meramente positivos; a expressão “direito” só faz sentido se usada em referência ao bem comum a partir de quem nele participa.

Então, a questão poderia ser resolvida a partir da conceituação dos direitos humanos a partir da noção de dignidade humana? Segundo Finnis:

³² CORREAS. Teoría del Derecho y derechos humanos, p. 36-37.

³³ Essa separação é própria do pensamento jurídico e político moderno, herdeiro de Hobbes, que opõe o indivíduo ao Estado e a autonomia das pessoas aos interesses públicos. Assim, a ordem pública ou o interesse geral se contrapõem com- e limitam – as áreas de autonomia do indivíduo, para cuja defesa foram pensados os direitos “do homem e do cidadão”. Ao desaparecer no pensamento político moderno da noção de bem comum, estabelecem-se oposições entre esses dois extremos, incompatíveis dentro das categorias desse pensamento. (Sobre o pensamento político de Hobbes, vide: STRAUSS, Leo. *The Political Philosophy of Hobbes*.)

³⁴ “O bem comum é o fim das pessoas singulares que existem em comunidade, como o bem do todo é o fim de qualquer das partes.” (Tomás de Aquino. *ST II-II*, q. 58, a. 9)

Cada membro da espécie humana tem títulos de justiça. Portanto, desde que o objeto da justiça é sempre o direito de alguém (jus), existem direitos a que cada membro de nossa espécie tem título: os direitos humanos(...). Melhor ainda, cada um de nós tem um título porque cada membro individual da espécie tem a dignidade de ser uma pessoa. E isto não é um “status” a ser conferido ou retirado, mas uma realidade a ser reconhecida³⁵.

Com esta referência ao fundamento da dignidade humana, o jusfilósofo australiano assinala que “a essência dos poderes lá estão outorgadas a cada indivíduo completamente desde o começo de sua existência enquanto tal. Esta é a raiz da dignidade que todos tem como seres humanos”³⁶. E explica que a noção de dignidade traz consigo a conotação de superioridade, quanto a valor intrínseco e não dependente.

Os direitos do homem estão ancorados precisamente na dignidade humana. Na realidade, “*o bem do homem – digamos da pessoa na comunidade – e (...) como fator fundamental do bem comum, deve constituir o critério essencial de todos os programas e regimes*”³⁷.

A noção de que sejam direitos humanos, para Finnis, remonta a Tomás de Aquino, que aponta o significado de *ius* como “a mesma coisa justa”: atos, objetos ou estados de coisas, mas, também, outras vezes, sustenta ser o objeto da justiça particular (simplesmente justiça) são os direitos de outra pessoa (*ius*)³⁸, com uma referência ao direito como faculdade.

No pensamento do jusfilósofo australiano, não há uma prioridade dos direitos sobre deveres, ou destes sobre àqueles, mas apenas uma ordenação das realidades prático-jurídicas à realização (concreção, promoção ou respeito) de alguma das dimensões do

³⁵ FINNIS, John. Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory, p. 176 (Tradução livre.).

³⁶ FINNIS, John. Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory, p. 179.

³⁷ Papa João Paulo II, In Redemptor hominis, 14a. Apud GROCHOLEWSKI, Zenon. A filosofia do direito nos ensinamentos de João Paulo II e outros escritos, 140p.

³⁸ FINNIS, John. Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory, p. 133.

aperfeiçoamento humano. Aperfeiçoamento que só se alcança a partir da convivência, que torna possível a realização social e, assim, uma perfeição, ou bem, constitutivamente comum³⁹.

A rigor, a autonomia considerada em si mesma, sem relação a determinados bens ou perfeições humanas, não tem valor ético positivo, pois se constitui não num valor em si, mas na condição ou no suposto antropológico de toda conduta moral⁴⁰.

A fundamentação dos direitos proposta por Finnis, com base na necessidade de realização social dos bens humanos básicos, considerados estes como razões para proceder, proporciona uma justificação racional e adequada e suficiente da exigibilidade dos direitos.

Os direitos têm por função própria e constitutiva o resguardo e a promoção necessários para a concretização de alguma instância de um bem humano básico à convivência social. Assim direitos e deveres adquirem o sentido deôntico de sua ordenação constitutiva à realização dos bens humanos básicos na convivência em sociedade, que é, de outro lado, o único meio pelo qual se pode alcançar, ainda que de forma sempre incompleta, uma concretização efetiva⁴¹.

A noção de dignidade humana é a noção que justifica a titularidade humana e a inviolabilidade dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que inviabiliza qualquer concepção estruturada a partir de meros objetivos. A concepção finnisiana, estruturada com base na noção de dignidade humana, de direitos não excepcionais e justificados por sua ordenação aos bens humanos, não apenas supera propostas como estas, mas provê uma explicação mais realista, coerente e completa.

³⁹ CORREAS, in Teoria del Derecho y derechos humanos, p. 40-42.

⁴⁰ “O caminho para explicar a natureza condicional da autonomia, e tornar óbvio, ao mesmo tempo, o problema de tratar algo cujo valor é condicional como se fosse algo bom em si mesmo, é advertir quanto aos aspectos nos quais a autonomia é uma condição da racionalidade prática.” GEORGE, Robert Peter. Natural Law Theory. Contemporary Essays, p. 176-179.

⁴¹ CORREAS, in Teoria del Derecho y derechos humanos, p. 44-45.

A partir desse modelo contemporâneo de direito natural que estabelece, de plano, a existência de bens fundamentais em si mesmos: conhecimento, vida estética, vida lúdica, racionalidade prática, religiosidade, amizade, analisa-se a posição de Finnis.

Estes bens referidos são bens em si mesmos, não meios, não supõem uma hierarquia entre si, sendo moral aquela ação que contribui para o desenvolvimento destes valores, cujo reconhecimento da validade moral é consensual, o que leva a uma análise do homem em sua integralidade e numa perspectiva de sua integração social.

Diante disso, Finnis afasta a posição de que só se pode falar em direitos quando há um título que o torne exigível, pois a discussão que se põe, versa sobre o que é moralmente exigível, ou seja, o que se deve, pode, ou não pode, fazer a respeito, versa, pois, sobre os direitos e injustiças, o que transcende a questão do “título”.

O que toma importância não é o sentido geral em que se emprega termos como “responsabilidade”, “dever”, “obrigação ou “licitude”, mas o conteúdo dos deveres, responsabilidades e obrigações de cada um, assim como as exigências que o bem da humanidade impõe.

Referências

ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho y otros ensayos. Tradução de J. M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

CORREAS, Carlos I. Massini. (Compil.) El iusnaturalismo actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

-----, Filosofia del derecho: el conocimiento y la interpretación jurídica. 1ª. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, v. III.

-----, La ley natural y su interpretación contemporánea. Pamplona: EUNSA, 2006.

-----, El derecho natural y sus dimensiones actuales. Buenos Aires: Ábaco, 1999.

- , Teoría del Derecho y derechos humanos. Lima: ARA Editores, 2011.
- CORTINA, Adela. ¿PARA QUÉ SIRVE realmente...? La Ética. Barcelona: Paidós, 4^a. Ed., 2014.
- FINNIS, John. Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- , Direito Natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto juspositivista analítico. Tradução de Leandro Cordioli e Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.
- , Ley Natural y Derechos Naturales. Tradução e prólogo de Cristóbal Orrego S.. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 2000.
- GEORGE, Robert Peter. (Edit.) Natural Law Theory. Contemporary Essays. Oxford: Claredon Press, 1994.
- HART, Hebert. Conceito de Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- HERVADA, Javier. Introducción crítica al Derecho Natural. Bogotá: Themis, 2000.
- JOÃO PAULO II, Papa. Cruzando o limiar da esperança. Tradução de Antônio Angonese e Ephraim Ferreira Alves. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1994.
- KALINOWSKI, Georges. Concepto, fundamento y concrecion del derecho. Tradução de Catalina E. A. de Ronchietto, Bernardo Beltrán Calderón e Carlos I. Massini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.
- LACHANCE, T. R. P. Louis. El concepto de derecho segun Aristóteles y Santo Tomas. Tradução de Fernando N.A. Cuevillas. Buenos Aires, sem editora.
- NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. Buenos Aires: Astrea, 1984.
- QUINTANA, Eduardo Martin. Notas sobre el derecho em el jusnaturalismo. Buenos Aires: Educa, 2008.
- RODRIGUEZ-ARIAS B., Lino. Del derecho liberal al derecho comunitario: la presencia de la moral en el derecho. Bogotá: Themis, 1995.

**As interfaces nanotecnológicas no/do direito:
o repensar para as inovações responsáveis,
avaliação dos impactos éticos,
sociais e jurídicos e inovações metodológicas
na pesquisa em direito¹**

Daniele Weber S. Leal²
Raquel von Hohendorff³
Wilson Engelmann⁴

¹Resultado parcial dos seguintes projetos de pesquisa desenvolvidos pelos autores: a) Chamada CNPq n. 12/2017 - Bolsas de Produtividade em Pesquisa - PQ, projeto intitulado: “As nanotecnologias e suas aplicações no meio ambiente: entre os riscos e a autorregulação”; b) “Observatório dos Impactos Jurídicos das Nanotecnologias: em busca de elementos essenciais para o desenvolvimento do diálogo entre as Fontes do Direito a partir de indicadores de regulação às pesquisas e produção industrial com base na nano escala”: Edital Universal 14/2014 - CNPq, em prorrogação até o dia 31/07/2018; c) Edital 02/2017 - Pesquisador Gaúcho - PqG: Título do Projeto: “A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos”, com apoio financeiro concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS.

² Mestra em Direito Público (PPGDir, UNISINOS), vinculada à Linha de Pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação RS (LFG). Bacharela em Direito (UNISINOS). Professora Universitária (FACCAT) nas disciplinas Metodologia Científica e do Curso de Direito, Bioética e Biodireito e Ética Profissional. Advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq). E-mail: weber.daniele@yahoo.com.br

³ Doutora em Direito Público (PPGDir, UNISINOS). Mestra em Direito Público (PPGDir, UNISINOS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (UNISINOS). Bacharela em Direito (UNISINOS). Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir, UNISINOS). Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq). E-mail: vetraq@gmail.com

⁴ Pós-Doutorado pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Doutor em Direito Público (PPGDir, UNISINOS). Mestre em Direito Público (PPGDir, UNISINOS). Bacharel em Direito (UNISINOS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir, UNISINOS) das atividades: “Transformações Jurídicas das Relações Privadas” (Mestrado) e “Os Desafios das Transformações Contemporâneas do Direito Privado” (Doutorado). Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em

Sumário

Introdução

1. As possibilidades das nanotecnologias: do que se trata? Há algo novo?
2. Novos cenários: as possibilidades do *Responsible Research and Innovation e dos Ethical, Legal and Social Impacts* para construir fundamentos qualitativos para avaliar os avanços viabilizados pelo acesso à escala manométrica

Referências

Introdução

O mundo na escala nano sempre existiu como parte integrante da natureza. Mas, apenas a partir da metade para o final do Século XX, o ser humano conseguiu acessar esta ordem de grandeza, graças ao desenvolvimento de *nanoscópios*, em condições de visualizar a bilionésima parte de um metro. A incrível criatividade humana e a incansável busca por novas soluções para os problemas levaram os cientistas a desenvolver condições técnicas para pesquisar nesta escala, desvendando um “mundo novo”, com possibilidades e riscos ainda em grande parte desconhecidos.

Apesar disso, a utilização industrial da escala nanométrica está avançando rapidamente, incrementando-se os produtos desenvolvidos à base da nano escala, sem que se tenha uma certeza científica sobre a segurança das nanopartículas e sem que a área jurídica tenha construído marco regulatório específico. Em grande parte, este cenário está circunscrito à busca da inovação e a necessidade de se transferir o conhecimento científico gerado nos laboratórios das Universidades e Centros de Pesquisa para o setor industrial, que transforma a pesquisa em produtos.

O tema das nanotecnologias integra a Estratégia do Programa Quadro “Horizonte 2020” da União Europeia, estabelecendo expressamente: “[...] As tecnologias facilitadoras essenciais, como, por exemplo, a indústria de ponta e de materiais avançados, a

biotecnologia e as nanotecnologias, estão no cerne dos produtos inovadores: telefones inteligentes, baterias de alto rendimento, veículos ligeiros, nanomedicamentos, tecidos inteligentes e muito mais. A indústria transformadora europeia é o maior empregador, com 31 milhões de trabalhadores em toda a Europa”⁵.

O desenvolvimento das nanotecnologias é importante para o Brasil, país emergente em termos de produção industrial, e que busca mercado para novos produtos, isto se a análise for do ponto de vista econômico. Já do ponto de vista de avanços na saúde, a aplicação da nanotecnologia auxiliará no incremento de novos medicamentos, sistema de aplicação de medicamentos “*drug delivery*”, terapias medicinais, o desenvolvimento de tecidos celulares sintéticos, pesticidas que atuarão apenas em determinadas espécies vegetais, fertilizantes com atuação mais específica e imediata, entre outros benefícios, porém a aplicação dos avanços tecnológicos na área da nanotecnologia em processos industriais gerará ganhos econômicos, mas que não podem coexistir com riscos sociais, especialmente no tocante à saúde ambiental, incluída aí a saúde dos seres humanos, das espécies animais e vegetais.

O problema de pesquisa a ser abordado neste artigo pode ser assim definido: Uma vez que o desafio das nanotecnologias para o Direito é como a sociedade poderá colher os benefícios da produção em nano escala e, concomitantemente não sofrer os danos associados com a saúde humana e riscos ambientais que podem advir juntamente com esta tecnologia, qual a percepção de risco do cidadão leigo acerca da nanotecnologia? De que maneira é observado esse movimento interdisciplinar? Possível promover interfaces entre novas formas de desenvolvimento das nanos? Outra questão norteadora, que deriva dessa, busca saber: em que medida a *Responsible Research and Innovation* (RRI) conjugada

⁵ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. HORIZON 2020: em breves palavras: o programa-quadro de investigação e inovação da EU. Bruxelas, 2014. Disponível em: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_PT_KI0213413PT N.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018.

com a preocupação com os *Ethical, Legal and Social Impacts* (ELSI) contribuirá para qualificar o acesso do cidadão/consumidor às informações sobre as propriedades dos nano produtos?

Como objetivos podem-se citar: apresentar o atual estado da arte acerca das nanotecnologias, seus usos e riscos; estudar o significado e a abrangência de pesquisa e desenvolvimento de inovações responsáveis (sigla em inglês RRI – *Responsible Research and Innovation*) e também da avaliação dos impactos éticos, sociais e jurídicos (sigla em inglês ELSI – *Ethical, Legal and Social Impacts*) na gestão dos riscos nanotecnológicos a partir dos eixos estruturantes desenvolvidos com base no direito fundamental à informação e do dever de informar e apresentar os resultados de um estudo de campo desenvolvido pelo grupo de pesquisa JUSNANO, por meio de entrevistas parcialmente estruturadas, que teve como meta definir os “conhecimentos” acerca das nanotecnologias no público alvo, bem como avaliar a percepção dos riscos nanotecnológicos. Trata-se de uma pesquisa de opinião pública com participantes não identificados, o que, de acordo com o parágrafo único do artigo 1º da Resolução nº 510, do Conselho Nacional de Saúde, de 07 de abril de 2016, não precisa ser registrada e nem avaliada pelo sistema CEP/CONEP.

Para desenvolver este artigo, utilizou-se a perspectiva metodológica sistêmico-constructivista, a fim de observar como as bases jurídicas poderão ser desenvolvidas e comunicadas independente da sua conexão com o Sistema da Política tradicional, ou seja, o Poder Legislativo, fomentando a comunicação inter e intra-sistêmica. O fato nanotecnológico, fenômeno que está sendo vivenciado pela sociedade neste momento histórico tem seus efeitos invisíveis e, em grande parte, ainda indeterminados – quando considerado o conjunto de técnicas, materiais e formas de utilização das nanotecnologias. Alguns testes toxicológicos, realizados com materiais específicos (como a nano prata, nano tubos de carbono e outros), já apontam para existência de riscos. Os referidos resultados, por enquanto, são apenas amostras de um mundo de possibilidades,

proporcionado pelas nanotecnologias, mas eles são indicativos de que o debate sobre o tema é necessário e que esta é, sim, uma questão que deverá merecer a atenção do Sistema do Direito, a ser estudada e comunicada ao público consumidor e não-especialista. Esse método é propício para o desenvolvimento tendente à transdisciplinaridade, que impõe dinâmica que pretende lidar com ação de vários níveis de realidade, de semânticas diversas. Para que o Sistema do Direito consiga dar conta dos desafios trazidos pelos avanços das nanotecnologias, deverá abrir-se para dois caminhos: perpassar outras áreas do conhecimento que poderão ajudá-lo a compreender a complexidade das realidades que as nanotecnologias viabilizarão e deixar ingressar as ideias vindas de outras áreas e saberes.

Assim, justificada resta a opção pelo método sistêmico, pelo qual se busca a análise da problemática proposta de forma enredada e comunicativa, ou seja, contextualizada, inter-relacionada. A metodologia empregada, por isso, permite a observação da inter-relação dos fenômenos sociais, pelo fato de o método sistêmico permitir uma observação de segunda ordem. É possível observar a forma de descrição de diversos sistemas sociais e os diversos acoplamentos e ressonâncias estabelecidos entre si, observando as dinâmicas não lineares da sociedade complexa.

Como justificativa para a escolha do tema e a sua importância atual se pode destacar: uma vez que não há hoje, conhecimento disponível para definir todos os possíveis riscos associados aos nanomateriais se torna necessária e imprescindível a gestão dos riscos para que as decisões possam objetivar a redução deles.

O desenvolvimento das nanotecnologias gera impactos éticos, legais e sociais importantes, relacionados também ao princípio da precaução e informação, bem como reflexos nas relações de trabalho e no meio ambiente. Não há como se imaginar avanços científicos e tecnológicos, além de econômicos, alicerçados sobre retrocesso social em termos de saúde e de proteção. O Direito também foi atingido por esta nova realidade repleta de incertezas, colocando em xeque os tradicionais postulados jurídicos, especialmente a previsibilidade e a

certeza. Assim, resta claro que, para que o Direito brasileiro não permaneça alheio e à margem da grande revolução tecnológica que está em andamento, sendo capaz de, ao menos, propor alternativas para decisões em relação às situações que já vem ocorrendo, é necessário que se utilize da transdisciplinaridade. O estudo de diferentes temas da revolução tecnocientífica que implicam em necessárias mudanças de paradigmas e da tradicional percepção do Sistema do Direito de agir apenas após o fato se torna condição *sine qua non* para que a Ciência do Direito permaneça em evolução e adequada às necessidades da sociedade. E, para isso, se faz necessária a inovação no Sistema do Direito, que deve permitir-se alçar voos metodológicos de forma a superar e seu anacronismo frente às demais ciências. A utilização de novas metodologias poderá aproximar as pesquisas jurídicas das demais pesquisas científicas e permitirá uma interação transdisciplinar, desejada e necessária no estudo das nanotecnologias.

1. As possibilidades das nanotecnologias: do que se trata? Há algo novo?

As nanotecnologias estão em quase todos os setores produtivos, que se encontram disponíveis na atualidade. O que está contido nesta palavra? A manipulação e a produção na escala atômica, ou seja, na bilionésima parte do metro, que equivale à notação científica 10^{-9} . De acordo com o Comitê Técnico 229 da ISO (*International Organization for Standardization*), a utilização da escala nanométrica pode ser encontrada nos seguintes setores, aqui exemplificativamente apresentados: têxteis, plásticos, embalagens para alimentos, agricultura⁶ material de construção, medicamentos, diagnóstico de

⁶ SUPPAN, Steve. No Small Task: Generating Robust Nano Data. Posted July 16, 2015. Disponível em: <<http://www.iatp.org/blog/201507/no-small-task-generating-robust-nano-data>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

doença, protetores solares, medicamentos, equipamentos médicos⁷ e odontológicos, energia, equipamentos esportivos, equipamentos bélicos e equipamentos eletrônicos⁸.

Quanto mais larga for a utilização da nano escala na indústria, maior será a quantidade de produtos colocados à disposição do consumidor. Qual o motivo da preocupação? Por meio de equipamentos especializados, em condições de interagir com o nível 1 atômico, se geram produtos com características físico-químicas diferentes daquelas encontradas no seu similar na escala macro. Aliado a esse aspecto, inexistente regulação específica para as nanotecnologias ao longo do ciclo de vida de um nanomaterial. As Ciências Exatas, dentre as quais se sublinha: a Engenharia, a Química, a Física, a Biologia e outras, ainda não conseguiram calibrar a metodologia para a avaliação da segurança dos produtos desenvolvidos à base da nano escala; se desconhece o número de nanopartículas já produzidas pela ação humana, as denominadas nanopartículas engenheiradas. Apesar de tudo isso, já existem muitos produtos desenvolvidos a partir da escala nano – que equivale à medida entre, aproximadamente, 1 e 100 nanômetros (nm).

Uma nova data-base de produtos nanotecnológicos foi criada em janeiro de 2016 e colocada online em julho deste mesmo ano. A NPD tem acesso aberto, com a missão primária de reunir, analisar e publicar informações sobre os produtos da nanotecnologia introduzidas nos mercados globais. Na página da NPD que, em dados colhidos no dia 17 de outubro de 2018, existem 8.452 produtos que tem alguma nanopartícula; estes produtos são desenvolvidos por 2.052 empresas, localizadas em 56 países⁹.

⁷ ABBONDANZA, Sébastien. Les Enjeux de la robotique. Destination Science Les Thématiques, Naintré, França, n. 1, novembre 2015, p.6

⁸ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). ISO/TC 229: nanotechnologies. Geneva, 2005. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/standards_development/technical_committees/list_of_iso_technical_committees/iso_technical_committee.htm?commid=381983>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁹ INTRODUCTION. Nanotechnology Products Database (NPD). [S.l.], 2018. Disponível em: <<http://product.statnano.com/>>. Acesso em: 17 out. 2018.

As propriedades incomuns de nanopartículas são principalmente baseadas em seu tamanho em nano escala e sua área de superfície. À medida que o tamanho de uma partícula diminui e se aproxima da nano escala, muitas propriedades começam a mudar em comparação com o mesmo material no seu tamanho macro. Cita-se, como exemplo, a cor e a temperatura de fusão do ouro, as quais são muito diferentes em nano escala que em ouro convencional. Os efeitos tóxicos de materiais que se mostram como inertes na escala macro, também são muito diferentes na escala nano.

Em razão do tamanho os materiais passam a ser regidos por leis físicas muito diferentes daquelas com as quais a ciência está habituada, abrindo possibilidades de que as nanopartículas apresentem maior grau de toxicidade do que em tamanhos maiores, esta é a razão pela qual existe a necessidade de se avaliar os riscos que existem decorrentes da manipulação, desenvolvimento e aplicação destas novas tecnologias, observando a toxicidade, os métodos apropriados para testes em toxicidade, bem como os impactos na saúde humana e ambiental¹⁰.

A entrada da nanotecnologia na fabricação de objetos tem sido comparada com o advento das tecnologias anteriores que têm afetado profundamente as sociedades modernas, tais como plásticos, semicondutores e até mesmo a eletricidade. Aplicações da nanotecnologia prometem melhorias transformadoras em desempenho materiais e longevidade para a eletrônica, medicina, energia, construção, máquinas-ferramentas, agricultura, transporte, vestuário, e outras áreas¹¹.

Como há um crescente interesse na produção de nanomateriais, deve-se considerar o potencial destes materiais como contaminantes ambientais. Assim, ainda existem inúmeras questões

¹⁰ HOHENDORFF, Raquel Von; ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil: a gestão dos riscos a partir do Diálogo entre Fontes do Direito. Curitiba: Juruá, 2014, p. 26-27.

¹¹ BERGER, Michael. A nanotechnology perspective for manufacturing. Disponível em: <<http://www.nanowerk.com/spotlight/spotid=44211.php>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

sem respostas, que precisam ser discutidas e refletidas, como por exemplo, quais são as principais vias de contato/interação dos nanomateriais com os biossistemas? Através de qual meio (aquático, aéreo ou terrestre) os nanomateriais penetram no ambiente? São solúveis em água? Qual é a toxicidade desses materiais frente aos biossistemas? Quais mecanismos de interação estão envolvidos? É possível remover ou remediar nanomateriais do ambiente caso ocorra algum acidente? Qual é o ciclo de vida dos produtos contendo esses materiais nanométricos¹²?

Aqui surge o cenário para a nanotoxicologia. Esses fenômenos deverão ser comunicados aos consumidores. Como fazê-lo? Como transformar a linguagem técnica em comunicação compreensível? Existe alguma preocupação ética no desenvolvimento das pesquisas pelas Ciências Exatas? São questões que não estão sendo devidamente tratadas pelas empresas que produzem a partir da nano escala e vendem os seus produtos no mercado consumidor. Quanto aos riscos, eles existem e estão sendo destacados por pesquisas científicas publicadas em revistas qualificadas de diversas áreas, relacionadas a diferentes nanomateriais como os nanotubos de carbono e a nanop prata.

Há comprovação de evidências de que os nanotubos de carbono são potencialmente perigosos em ambientes aquáticos, e que o mecanismo de toxicidade é complexo e insuficientemente compreendido até o momento¹³. Outro estudo mostra possíveis efeitos tóxicos no cérebro (neurotoxicidade) dos peixes *Zebrafish* (*Daniorerio*) expostos aos nanotubos de carbono¹⁴. Compostos da

¹² MARTINEZ, Diego Stefani Teodoro; ALVES, Oswaldo Luiz. Interação de nanomateriais com biossistemas e a nanotoxicologia: na direção de uma regulamentação. Revista da Sociedade Brasileira para o progresso da ciência, a. 65, n. 3, jul/ago/set, 2013, p.33.

¹³ BRITTO, Roberta Socoowskiet al. Effects of carbon nanomaterials fullerene C₆₀ and fullerol C₆₀(OH)₁₈₋₂₂ on gills of fish *Cyprinus carpio* (Cyprinidae) exposed to ultraviolet radiation. Aquatic Toxicology, v. 114-115, 2012. p. 86. Disponível em: <www.elsevier.com/locate/aquatox>. Acesso em: 09 jul. 2018.

¹⁴ OGLIARI DAL FORNO, Gonzalo. Intraperitoneal Exposure to Nano/Microparticles of Fullerene (C₆₀) Increases Acetylcholinesterase Activity and Lipid Peroxidation in Adult Zebrafish (*Daniorerio*) Brain. Bio Med Research International. [s.l.]: Hindawi Publishing Corporation, v. 2013, Maio 2013.

indústria de nanotecnologia, como os nanomateriais à base de carbono, são fortes candidatos a contaminar ambientes aquáticos, pois sua produção e eliminação têm crescido exponencialmente em poucos anos, sem que se tenha estudos conclusivos sobre a sua efetiva interação com o meio ambiente. Recente estudo demonstrou que o fulereno C₆₀ diminuiu a viabilidade das células e prejudicou a detoxificação de enzimas, evidenciando interações toxicológicas¹⁵.

A nanop prata é um dos nanomateriaisengenheirados (aqueles produzidos a partir da ação humana) mais comuns usados em produtos para o mercado consumidor. Tem uma relevante atividade bactericida¹⁶ e baixo custo de produção. No entanto, apresenta mecanismos de toxicidade¹⁷, aspecto que não está recebendo a devida atenção pelos fabricantes ou, pelo menos, esse “detalhe” não aparece em nenhum rótulo ou material de divulgação. A nano prata, por exemplo, é utilizada na linha branca de eletrodomésticos, bebedouros, aparelhos de ar condicionado e outros itens de uso e contato diário pelo consumidor.

Pesquisas começam a mostrar o potencial poluente das nanopartículas e como esses compostos podem afetar o meio ambiente numa escala bastante perigosa. A principal ameaça está nos efluentes de indústrias que empregam esse tipo de material, mas eles também podem chegar ao ambiente por meio de pesticidas ou da rede de esgoto doméstica, na forma de água misturada com produtos comuns, como xampu ou pasta de dentes. Uma análise recente do Laboratório Suíço de Tecnologia e Ciência dos Materiais (EMPA)

¹⁵ FERREIRA, JonseclerL. Ribas et al. Co-exposure of the organic nanomaterial fullerene C₆₀withbenzo[a]pyrene in Daniorerio (zebrafish) hepatocytes: Evidence of toxicological interactions *Aquatic Toxicology*, v. 147, 2014. p. 76. Disponível em: <www.elsevier.com/locate/aquatox>. Acesso em: 09 jul. 2018.

¹⁶ QUIÑONES-JURADO, Zoe Vineth et al. Silver nanoparticles supported on TiO₂ and their antibacterial properties: effect of surface confinement and nonexistence of plasm on resonance. *Materials Sciences and Applications*, 5, p. 895-903, 2014., p.896

¹⁷ MARQUES, Bianca Fell et al. Toxicological effects induced by the nanomaterials fullerene and nanosilver in the polychaeta *Laeonereisacuta* (Nereididae) and in the bacteria communities living at their surface. *Marine Environmental Research*, v. 89, 2013, p. 53.

mostra, por exemplo, que até mesmo roupas tratadas com prata liberam partículas do composto na água usada para a lavagem das peças. Um trabalho publicado por pesquisadores norte-americanos há um ano também sugere que esses materiais acabam liberados pelo esgoto a partir de alimentos. Os cientistas testaram oito bebidas de suplementos nutricionais que têm entre os ingredientes nanopartículas de ouro, prata, cobre, zinco, platina e paládio¹⁸.

Estes estudos ratificam a necessidade de um crescente cuidado com a saúde e a segurança do ser humano e a atenção com o meio ambiente. As respostas obtidas das Ciências Exatas, que também poderão ser denominadas como Ciências Produção, até o momento, são provisórias, não conclusivas e, muitas vezes, contraditórias, mas com evidências de riscos, merecendo a atenção das Ciências de Impacto. Allan Schnaiberg, ex-engenheiro químico na indústria aeroespacial canadense, elaborou uma distinção adequada para a Revolução Tecnocientífica trazida pelas nanotecnologias, entre as Ciências de Produção e as Ciências de Impacto: a primeira, leva a um aumento na produção, distribuição e consumo de bens e serviços (inclusive militares). Independentemente dos níveis em que é aplicada, a ciência da produção visa gerar resultados, que podem vir na forma de novos bens de consumo, novos sistemas de armas, novos processos de produção, ou novos materiais. Vale dizer, a Ciência Moderna, diferente da noção clássica de Ciência, não se contenta em observar e descrever a natureza, mas precisa interagir, produzindo alguma coisa, ou seja, o conhecimento tecnocientífico deverá gerar um produto de inovação. Já as Ciências de Impacto procuram entender os efeitos gerados pelos resultados gerados nas linhas de produção, estando ligada às interrelações que se estabelecem entre o sistema natural e o social, ampliando a

¹⁸ MACHADO, Roberta. Estudos apontam riscos do uso de nanopartículas ao meio ambiente. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2016/01/17/interna_ciencia_saude,514245/estudos-apontam-risco-do-uso-de-nanopartículas-ao-meio-ambiente.shtml>. Acesso em: 08 jul. 2018.

compreensão dos impactos dos processos produtivos e suas externalidades sobre o meio ambiente e a saúde humana¹⁹.

Aqui se abre um interessante campo para o Direito, de modo a inserir o jurídico no cenário da Revolução Nanotecnológica, mediante a avaliação da preocupação com os impactos éticos, jurídicos e sociais.

A avaliação e a gestão dos riscos dos produtos nanotecnológicos não é possível dissociada da avaliação dos produtos ao longo de todo o seu ciclo de vida, inclusive e principalmente considerando a destinação final. As inúmeras embalagens dos produtos que contém nanotecnologias podem ser fontes muito importantes de contaminação ambiental, basta verificar-se ao longo da história recente da humanidade o grande problema das embalagens de agrotóxicos, por exemplo, e de medicamentos. Muitos contaminantes chegam aos cursos de água e ao ambiente através da destinação inadequada das embalagens.

Muito pouco hoje é conhecido acerca do comportamento ambiental e os efeitos da liberação de nanopartículas, embora estes sejam materiais que já se encontram efetivamente presentes no ambiente. Mais pesquisas são necessárias para determinar se a liberação e os processos de transformação resultam em um conjunto de nanopartículas similar ou mais diversificada e, finalmente, como isso afeta o comportamento ambiental²⁰.

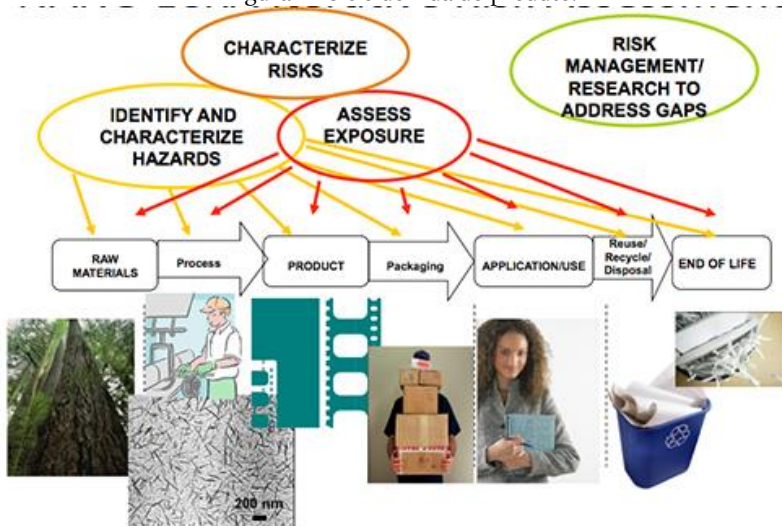
Outro aspecto que tem gerado preocupação é o destino final destes materiais com nanotecnologia quando do fim de seu ciclo. Estes materiais podem não ser biodegradáveis e assim, permaneceriam no ambiente, interagindo com outros materiais. Este risco em potencial já está causando preocupação dos países

¹⁹ GOULD, Kenneth. *Unsustainable Science in the Treadmill of Production: The declining Salience of Impact Science in environmental conflicts*. Denver: American Sociological Association, Ago. 2012. Disponível em: <http://www.allacademic.com/meta/p_564435_index.html>. Acesso em: 09 jul. 2018.

²⁰ NOWACK, Bernd; RANVILLE, James F.; DIAMOND, Stephen; GALLEGO-URREA, Julian A.; METCALFE, Chris; ROSE, Jerome; HORNE, Nina; KOELMANS, Albert A.; KLAINÉ, Stephen J. Potential scenarios for nanomaterial release and subsequent alteration in the environmental. *Environmental Toxicology and Chemistry*, v. 31, n. 1, 2012.

em desenvolvimento para onde os resíduos contendo nanomateriais podem ser exportados²¹. A avaliação do ciclo de vida está diretamente vinculada, e vice-versa, com a avaliação do risco das nanopartículas. A figura 1 demonstra as principais rotas de exposição ao longo do ciclo de vida dos nanomateriais.

Figura1 – Ciclo de vida do produto.



Fonte: Shatkin, KIM, 2012²².

A comunidade científica ainda é muito carente de pesquisas voltadas aos riscos das nanotecnologias, bem como as suas considerações sociais e regulatórias. O desenvolvimento de técnicas de avaliação nanotoxicológica e análise do ciclo de vida dos produtos são imprescindíveis para que se desfrute dos benefícios

²¹ FAO/WHO-. Food and Agriculture Organization of the United Nations/World Health Organization. Seminar on Nanotechnologies in food and agriculture. Roma, 27 Mar. 2012. Disponível em: http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/agns/news_events/Nano_Seminar_Agenda_FINAL.pdf >. Acesso em: 07 jul. 2018.

²²Shatkin, Jo Anne; KIM, Baram. Cellulose nanomaterials: life cycle risk assessment, and environmental health and safety roadmap. Environmental Science: nano, London, n. 2, p. 479, July 2015. Disponível em: <<http://pubs.rsc.org/-/content/articlehtml/2015/en/c5en00059a>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

desta tecnologia com segurança e proteção do patrimônio ambiental das atuais e futuras gerações.

O desenvolvimento de técnicas de monitoramento e diagnóstico de nanomateriais (objetivando ampliar os conhecimentos na área nanotoxicológica e sobre o ciclo de vida destes materiais) bem como para se determinar formas apropriadas, sustentáveis e seguras de produção, é imprescindível para que se possa desfrutar das benesses das nanotecnologias com segurança e objetivando a proteção do meio ambiente para as atuais e futuras gerações²³.

O vasto potencial das nanotecnologias é evidente desde o papel fundamental desempenhado por suas diversas aplicações tanto que as nanotecnologias já foram indicadas como a solução para 5 dos 8 Objetivos do Milênio das Nações Unidas para combater a pobreza. Entre estas soluções estão os nanossensores e nanocomponentes para melhorar o fornecimento de água e fertilizantes às plantas, de modo a reduzir a pobreza e a fome no mundo²⁴.

No entanto, a utilização das nanotecnologias sem uma avaliação adequada dos riscos e de uma gestão adequada destes riscos pode configurar-se em caminho como o do amianto, dos transgênicos e dos aerossóis, onde a comercialização passou muito à frente da avaliação ambiental holística dessas tecnologias.

Como já mencionado, não há regulação específica para as nanos, o que traz ainda maiores dificuldades na gestão do risco e na atenção com os possíveis danos e preservação desta e das futuras gerações. Contudo, ocorre um movimento paralelo ao Direito, que já vem promovendo regulações. No que tange às agências reguladoras, até mesmo no contexto brasileiro existem instituições que apresentam uma dinâmica inicial de estudos sobre as nanos, as quais

²³ ENGELMANN, Wilson; MACHADO, V. S. Do Princípio da Precaução à Precaução como Princípio: construindo as bases para as nanotecnologias compatíveis com o meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, v. 69, 2013., p. 50.

²⁴ ONU. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2000. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/ODM.aspx>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

se apropriam de estudos e protocolos internacionais para buscar marcos regulatórios²⁵. Encontra-se um indicativo de regulação - de maneira mais significativa - e preocupação com as nanotecnologias em pelo menos duas agências brasileiras, a ANVISA, que já inseriu em seu cronograma a possibilidade de regulação e vigilância sobre produtos em nanoescala, bem como a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), que possui uma série de relatórios que derivam de pesquisas nesta área, e por conseguinte, proporcionam um norte sobre quais medidas adotar face sua preocupação com os (possíveis) impactos ambientais²⁶. Portanto, merece uma maior atenção por parte do Direito para buscar alternativas jurídicas, com base nas regulações já existentes, a fim de dar conta das novas complexidades e promover respostas mais adequadas às novas demandas.

O avanço responsável da nanotecnologia depende da capacidade científica confiável para acesso e gerenciamento dos riscos e à tomada de decisões no âmbito governamental, buscando levar em consideração os impactos sociais que a tecnologia poderá gerar na sociedade global.

2. Novos cenários: as possibilidades do *Responsible Research and Innovation* e dos *Ethical, Legal and Social Impacts* para construir fundamentos qualitativos para avaliar os avanços viabilizados pelo acesso à escala manométrica

²⁵ LEAL, Daniele Weber S. A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos: a possibilidade de utilização do protocolo da OECD e do pluralismo jurídico (Teubner) para Gestão do Risco do Nanowaste. 2017. 279 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2017. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6755>>. Acesso em: 25 jun. 2018, p.134.

²⁶ LEAL, Daniele Weber S.; ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias e meio ambiente: o movimento inicial de marcos regulatórios nacionais em face do contexto de (possibilidade) riscos. In: BIZAWU, Sébastien Kiwonghi; OLIVEIRA, Márcio Luís de (Coord.). IV Congresso Internacional de Direito Ambiental: constitucionalismo, economia e desenvolvimento sustentável. Organização Escola Superior Dom Helder. Belo Horizonte: ESDH, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/t5ssa9m9/1r807z77/3cSqY9RcMsXdIKI3.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

Diante deste panorama de evoluções tecnológicas, é essencial tratar do tema da gestão de riscos, que passa, obrigatoriamente, na atualidade, pelas noções de pesquisa e inovação Responsáveis (RRI) e pela análise dos impactos éticos, legais e sociais (ELSI).

Quando se fala em *pesquisa e inovação responsáveis* (sigla em inglês, RRI), busca-se o seguinte delineamento:

é um processo interativo transparente onde os atores sociais e inovadores tornam-se mutuamente responsáveis pela perspectiva da aceitabilidade (ética), sustentabilidade e desejabilidade social do processo de inovação e a comercialização dos produtos²⁷.

Existem, pelo menos, quatro dimensões próprias da RRI: a antecipação; a inclusão; a reflexividade e a responsabilidade. Por conta delas, “a inovação responsável significa cuidar do futuro através do manejo coletivo de ciência e inovação no presente”²⁸. Os objetivos gerais foram definidos para RRI ao nível da União Europeia (UE), incluindo um melhor alinhamento da ciência (políticas), com as necessidades da sociedade e a consideração dos aspectos éticos, a estimulação ou implementação de processos inclusivos e deliberativos (envolvimento das partes interessadas e envolvimento público), bem como a partilha de responsabilidade para os processos de inovação entre uma vasta gama de partes interessadas por meio de engajamento precoce e aprendizagem mútua. O trabalho conceitual sobre RRI ainda está em curso e pode ser considerado uma inovação de processo, envolvendo aspectos éticos, de engajamento da sociedade e de ensino de ciências²⁹.

²⁷ Von Schomberg, René. A vision of responsible innovation. In: OWEN, Richard; BESSANT, John; HEINTZ, Maggy (Ed.). Responsible innovation: managing the responsible emergence of science and innovation in society. Nova Jersey: Wiler, 2013. p. 54.

²⁸ Stilgoe, Jack; OWEN, Richard; Macnaghten, Phil. Developing a framework for responsible innovation. Research Policy, Amsterdam, v. 42, n. 9, p. 1568-1580, Nov. 2013. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048733313000930>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

²⁹ COENEN, Christopher. Broadening Discourse on Responsible Research and Innovation (RRI). Nanoethics, Dordrecht, v. 10, n. 1, p. 1-4, Apr. 2016. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11569-016-0255-4>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

Na sequência das ideias de RRI surgem os aspectos ou impactos éticos, legais e sociais, (ELSI), que devem ser levados em consideração durante a realização de pesquisas científicas. Mais uma vez, a comunidade europeia procura, não bloquear o desenvolvimento, mas pensá-lo de forma mais segura, evitando maiores riscos, especialmente no tocante às pesquisas genômicas e com nanotecnologias. Na última década foram investidos cerca de 20 milhões de Euros em programas desta categoria. A criação da ELSI gerou inúmeras críticas por ser focado especialmente nos aspectos dos efeitos e resultados³⁰.

Muito significativos são os estudos sobre a RRI desenvolvidos por Armin Grunwald, enfocando a governança reflexiva, como uma alternativa para o panorama de incerteza, que está sendo gerado pelas nanotecnologias³¹. No fundo, a conjugação de esforço ELSI e RRI, buscam antecipar uma espécie de responsabilidade, que se poderá denominar de “levar a responsabilidade a sério”³²: projetar, inovar, avaliar e assumir os riscos decorrentes.

Os temas de RRI são muitos no contexto de tecnologias novas e emergentes. O caso de tecnologias em nanoescala é paradigmático aqui como eles levantam não só esperanças, mas também temores, que são refletidas por visões utópicas relacionadas. As perspectivas futuras distantes sobre estas tecnologias são confusas por causa de sua abstração e realizações incertas sobre nanocompostos que são distantes da experiência de vida diária e controle individual, permitindo assim a especulação em qualquer direção. Esta profunda incerteza em desafios futuros em nano é para onde as avaliações éticas, sociais e ambientais das

³⁰ ELSA. What is ELSA research. Disponível em: <<https://www.ntnu.edu/elsa/what-is-elsa-research>>. Acesso em: 23 mai.2018.

³¹ GRUNWALD, Armin. Modes of orientation provided by futures studies: making sense of diversity and divergence. *European Journal of Futures Research*, [S.l.], v. 15, n. 30, p. 1-9, 2014. Disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs40309-013-0030-5.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

³² SUPIOT, Alain e DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Prendre la responsabilité au sérieux*. Paris: PUF, 2015.

nanotecnologias devem convergir para tentar equilibrar os seus benefícios e riscos para a sociedade³³.

Esta dimensão política e social da pesquisa em nanotecnologia está recebendo mais importância na medida em que a nanotecnologia entra no foco do público, por exemplo, pelo desenvolvimento de produtos bem-sucedidos ou novos resultados das investigações sobre os riscos potenciais. Os impactos éticos, legais e sociais da nanotecnologia oferecem insights importantes para o público interessado, ajudando a identificar as expectativas e preocupações e, ao mesmo tempo, eles são importantes para os formuladores de políticas para responder a essas necessidades, em termos de boa governança da investigação, incluindo a gestão de riscos³⁴.

Angela Hullmann³⁵ relata que as recentes discussões sobre o crescimento das novas tecnologias ao redor do mundo demonstram que este desenvolvimento não progride independentemente da sociedade, muito pelo contrário, estamos diretamente interligados. Observa-se que muitos pesquisadores com diferentes visões e entendimentos percebem que algumas aplicações das nanotecnologias podem implicar em significantes preocupações éticas, legais e sociais. Assim a *ELSI* representa uma importante ideia nesta área de pesquisa, e sugere que exista a participação do público bem como o diálogo entre os benefícios e os riscos das nanotecnologias para a sociedade.

³³ LINGER, Stephan; WECKERT, John. Nanoscale-technologies as subjects of responsible research and innovation. *Nanoethics*, Dordrecht, v. 10, n. 2, p. 173-176, Aug. 2016. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11569-016-0269-y>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

³⁴ HULLMANN, Angela. European activities in the field of ethical, legal and social aspects (ELSA) and governance of nanotechnology. *Nano and Converging Sciences and Technologies*, Luxembourg, p. 3-48, Oct. 2008. Disponível em: <http://cordis.europa.eu/pub/nanotechnology/docs/elsa_governance_nano.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018.

³⁵ HULLMANN, Angela. European activities in the field of ethical, legal and social aspects (ELSA) and governance of nanotechnology. *Nano and Converging Sciences and Technologies*, Luxembourg, p. 3-48, Oct. 2008. Disponível em: <http://cordis.europa.eu/pub/nanotechnology/docs/elsa_governance_nano.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018.

Em atenção ao disposto acerca da necessidade da participação da sociedade no desenvolvimento das pesquisas, o grupo de pesquisa JUSNANO realizou visitas a escolas de ensino médio para a exposição de suas atividades, através do uso de vídeos explicativos sobre nanomateriais e nanocosméticos e a divulgação de materiais produzidos pelo grupo, tais como folders e histórias em quadrinhos. Ao longo de todas as atividades pode-se destacar o seguinte aspecto marcante: a interação com os alunos, que demonstraram muito interesse sobre o tema, participando ativamente das apresentações e da discussão, porém demonstrando desconhecer os riscos que podem advir da revolução nanotecnológica. Essa situação vem a corroborar o fato de que a nanotecnologia já está no mercado, sendo conhecida do público em geral, porém sem maiores preocupações acerca dos riscos e possíveis danos que podem surgir. Em uma das visitas de 2016, foi aplicado um questionário breve, semiestruturado, com algumas questões acerca do tema, que atingiu 48 alunos.

As pesquisas empíricas não fazem parte, tradicionalmente, das investigações científicas desenvolvidas na área do Direito, ao contrário do que ocorre em diversas outras áreas do conhecimento. Até meados do século XX, afirmava-se que a Ciência do Direito se limitava a um conjunto de teorias sobre as normas vigentes e suas exigências práticas, ressaltando o aspecto regulador e dogmático do Direito e não à produção de conhecimento inovador³⁶. Mas essa realidade passa por suaves mudanças, e hoje, cada vez mais são observadas pesquisas com trabalhos de campo na área do Direito, e inclusive há no país a rede de pesquisa empírica em direito (REED) que vem realizando publicações, seminários, congresso e cursos na área. Assim, hoje, as investigações no campo da Ciência do Direito estão voltadas (ou deveriam estar) “à procura de possibilidades

³⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; LARA, Mariana Alves; CORRÊA DA COSTA, Maria Batista Leite. Pesquisa Quantitativa na produção de conhecimento jurídico. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 60, p. 291-316, jan./ jun. 2012. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/186>>. Acesso em: 15 jul. 2018, p. 292.

emancipatórias dos grupos sociais e dos indivíduos”³⁷. Percebe-se que frente aos inúmeros novos desafios surgidos com as nanotecnologias, uma vez que o Direito é uma ciência social aplicada, a produção de seu conhecimento deve ser sempre contextualizada a partir de situações problematizadas na sociedade e “não se restringir apenas a elucubrações teóricas sem qualquer vínculo com o mundo fático”³⁸.

A seguir apresentam-se os dados coletados nas entrevistas aplicadas aos alunos de ensino médio.

Quanto ao questionário, os dados referentes à idade, indicam que 40% dos entrevistados tinham entre 15 e 18 anos, 33% entre 18 e 29 anos, acima de 29 anos 19% e 4% não responderam. Quanto ao grau de escolaridade, 77% possuía o ensino médio incompleto, 8% ensino fundamental completo, 4% pós graduação completa, 4% pós graduação incompleta, 2% superior completo, 2% superior incompleto e 3% ensino médio completo³⁹.

Já em relação aos questionamentos que tratavam da avaliação da apresentação, o grau de importância do assunto, a percepção sobre a segurança, e o que os entrevistados pretendiam fazer com as informações recebidas, os resultados são descritos a seguir. Assim, em relação à avaliação da apresentação, a maioria, 56% dos entrevistados considerou a apresentação esclarecedora, 25% muito esclarecedora, 15% disseram que não se interessavam pelo assunto e 4% acreditaram ser pouco esclarecedora. Disso pode-se observar que a maioria dos entrevistados teve uma boa impressão sobre a apresentação⁴⁰.

³⁷ GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza F. (Re)pensando a Pesquisa Jurídica, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

³⁸ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; LARA, Mariana Alves; CORRÊA DA COSTA, Maria Batista Leite. Pesquisa Quantitativa na produção de conhecimento jurídico. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 60, p. 291-316, jan./ jun. 2012. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/186>>. Acesso em: 15 jul. 2018, p. 296.

³⁹ JUSNANO, comunicação pessoal. 2016. Disponível em: <<http://jusnano.blogspot.com>>.

⁴⁰ JUSNANO, comunicação pessoal. 2016. Disponível em: <<http://jusnano.blogspot.com>>.

Quanto ao questionamento acerca do grau de importância dado ao tema, 54% consideraram muito importante, 25% mais ou menos, 15% nenhum grau de importância e 6% consideraram pouco importante. Percebe-se que a há interesse em relação ao assunto e que a apresentação cumpriu uma de suas metas, qual seja, aguçar o interesse acerca do tema. Esta resposta sinaliza que o consumidor pretende conhecer o tema. Cabe, portanto, aos pesquisadores e produtores relacionados às nanotecnologias dar condições para que as informações possam fluir da melhor maneira possível⁴¹.

Em relação à percepção do risco, 54% considerou inseguro, 17% não responderam ou marcaram mais de uma alternativa, 13% consideraram que vale a pena correr os riscos pelos benefícios que as nanotecnologias representam, 10% consideraram seguro e 6% informaram que não se importam com isso⁴². Quanto a estes resultados, a partir deles pode-se pensar que uma vez conhecendo os riscos, ou seja, detendo a informação, cabe a cada um, como consumidor fazer suas opções de consumo, assumindo os riscos. Aqui se tem um resultado significativo, pois a questão relativa aos riscos exige o adequado manejo do direito à informação. Somente poderá haver preocupação com a segurança ou não dos nano produtos, se houver certo nível de conhecimento sobre as nanotecnologias e a sua inserção nos mais variados tipos de produtos, que se encontram à disposição do consumidor.

A questão 8 questionava os alunos sobre suas pretensões em relação às informações recebidas, e, 65% mencionaram que iriam falar com familiares e amigos, eis que consideraram o assunto importante. Já 17% mencionaram que não iriam falar com ninguém sobre o tema, por não se interessarem e 15% disseram que não iriam falar com ninguém pois as pessoas não iriam entender. Ainda, 4% não responderam. Aqui fica claro que é

⁴¹ JUSNANO, comunicação pessoal. 2016. Disponível em: <<http://jusnano.blogspot.com>>.

⁴² JUSNANO, comunicação pessoal. 2016. Disponível em: <<http://jusnano.blogspot.com>>.

necessário desenvolver trabalhos deste tipo, levando a informação, de modo mais adequado à realidade, de modo que ela possa ser compreendida e divulgada. O objetivo prioritário da atividade de divulgação dos integrantes do Grupo de Pesquisa JUSNANO é justamente provocar este diálogo, a partir do momento em que os alunos são aproximados ao tema. O intuito é multiplicar a informação, promovendo o debate e fomentando a busca de mais informações sobre o tema das nanotecnologias.

O cenário global, onde está inserida a pesquisa e a produção nanotecnológica, é o momento da emergência da participação de um diversificado conjunto de autores, dos quais os consumidores tem um papel essencial, especialmente no que tange ao direito à informação, para que possam fazer opções fundamentadas, objetivando resguardar sua saúde e a do meio ambiente.

É necessário que se avance em busca do conhecimento para que as nanotecnologias sejam vetores de desenvolvimento e não de agravos à saúde, e assim, considerando-se a ampla diversidade de produtos já em circulação no mercado consumidor e os possíveis riscos destes produtos ao longo de todo o seu ciclo de vida, se faz necessária abordagem de pesquisa e inovação responsáveis e dos impactos éticos, legais e sociais.

As nanotecnologias provocarão como legado, no Direito, uma revolução, uma vez que exigirão a tomada de posicionamentos jurídicos e não apenas legalistas, ou seja, exigirão inovação no/do Direito, o que passa também pelo desenvolvimento de diferentes metodologias, entre as quais o uso de pesquisa empírica no direito.

Conclusão

Deve-se, sem dúvida, perder o receio de se utilizar metodologias que não são aquelas tradicionalmente usadas no campo do Direito. Através do uso de novas metodologias é que se vislumbra a possibilidade de aproximar as pesquisas jurídicas das demais

pesquisas científicas, favorecendo assim a interação inter ou transdisciplinar⁴³.

A produção de dados é tarefa cansativa e toma, quase sempre, mais tempo do que se espera, pois exige do pesquisador paciência, perseverança e esforço pessoal, além do cuidadoso registro dos dados e de um bom preparo anterior⁴⁴.

Há ainda que se ter em mente que o desafio de realizar pesquisas empíricas, para os pensadores do Direito, é grande, eis que, além de não serem treinados de forma alguma a este tipo de atividade durante a sua formação, devem dispor de tempo e perseverança para a realização desta atividade.

Para que seja possível um avanço na construção de saberes no Direito é essencial que se aprenda a observar a realidade jurídica como fenômeno transdisciplinar e histórico, dando oportunidade para que a comunidade acadêmica encontre espaço para o desenvolvimento da capacidade reflexiva, observatória, imaginativa e linguística, em busca de sempre novas informações, sem se ater aos compartimentos estanques⁴⁵.

Os esforços para articular o impacto da nanotecnologia no desenvolvimento não devem incluir apenas as vozes de cientistas e engenheiros, mas de vários outros especialistas de outras áreas, de modo a refletir as mudanças tecnológicas e sociais necessárias para a nanotecnologia efetivamente podem impactar na luta contra a pobreza global⁴⁶.

⁴³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; LARA, Mariana Alves; CORRÊA DA COSTA, Maria Batista Leite. Pesquisa Quantitativa na produção de conhecimento jurídico. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 60, p. 291-316, jan./ jun. 2012. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/186>>. Acesso em: 15 jul. 2018, p. 313.

⁴⁴ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina. Técnicas de pesquisa. São Paulo: Atlas, 2002, p. 32.

⁴⁵ HUPFFER, Haide Maria. Ensino Jurídico. Um novo caminho a partir da hermenêutica filosófica. Viamão: Entremeios, 2008, p. 70.

⁴⁶ BEUMER, Koen. Broadening nanotechnology's impact on development. Nature Nanotechnology. Vol. 11, May, 2016. p. 398-400, p. 399.

Os benefícios e prejuízos são de responsabilidade do ser humano, que, em conjunto com o Planeta Terra, sofrerão as consequências de suas escolhas. Cabe um alerta a ser observado:

[...] com nuestra capacidade de manipular la vida hemos asumido también la pesada carga de tener que darle, como los propios dioses, un sentido que Ella misma, por sí sola, no es ya capaz de alumbrar. Este es el gran cambio que debe afrontar nuestra inteligencia y nuestra afectividad. Que el ser humano sea capaz de humanizar la vida es La gran esperanza de la vida em este momento de La historia Del hombre, de la técnica y del cosmos. [...] ⁴⁷.

Assim, no que tange ao problema esboçado na Introdução, que buscava investigar: Uma vez que o desafio das nanotecnologias para o Direito é como a sociedade poderá colher os benefícios da produção em nano escala e, concomitantemente não sofrer os danos associados com a saúde humana e riscos ambientais que podem advir juntamente com esta tecnologia, qual a percepção de risco do cidadão leigo acerca da nanotecnologia? Tem-se uma segunda questão norteadora, que deriva dessa, buscando saber em que medida a *Responsible Research and Innovation* (RRI) conjugada com a preocupação com os *Ethical, Legal and Social Impacts* (ELSI) contribuirá para qualificar o acesso do cidadão/consumidor às informações sobre as propriedades dos nano produtos?

Quanto ao primeiro questionamento, a partir do questionário aplicado, se pode constatar que o público alvo tem interesse em conhecer mais sobre os efeitos – positivos e negativos – que as nanotecnologias poderão provocar. O caminho escolhido, no sentido de levar informações e uma história em quadrinhos para os alunos do ensino fundamental e médio, é um caminho para potencializar as informações, fazendo com que a pesquisa desenvolvida na Universidade possa atingir àqueles que estão em outros contextos

⁴⁷ QUINTANILLA NAVARRO, Ignacio. Los propios dioses: razón y biotecnología. IN: QUARESMA, Alexandre (Coord.). Engenharia genética e suas implicações. Madrid: Common Ground Publishing, Espanha, 2014, p. 47.

formativos. Além disso, a preocupação com os elementos estruturantes da RRI e da ELSI poderão qualificar este caminho de aproximação entre a produção do conhecimento científico e a sua divulgação entre o público leigo, que é o consumidor. Esses aspectos deverão nortear o desenvolvimento das pesquisas e direcionar as escolhas público-privadas de quais temas merecerão ser investigados e receber o apoio de verba pública, oriunda os órgãos estatais de fomento. Sem isso, não se terá uma inovação que possa concretizar o desenvolvimento humano, por meio da melhora da qualidade de vida das pessoas e a preservação do meio ambiente social.

Referências

ABBONDANZA, Sébastien. Les Enjeux de la robotique. Destination Science Les Thématiques, Naintré, França, n. 1, novembre 2015.

BERGER, Michael. A nanotechnology perspective for manufacturing. Disponível em: <<http://www.nanowerk.com/spotlight/spotid=44211.php>>. Acesso em 08 jul. 2018.

BEUMER, Koen. Broadening nanotechnology's impact on development. Nature Nanotechnology. Vol. 11, May, 2016. p. 398-400.

BRITTO, Roberta Socoowskiet al. Effects of carbon nanomaterials fullerene C₆₀ and fullerol C₆₀ (OH)₁₈₋₂₂ on gills of fish Cyprinus carpio (Cyprinidae) exposed to ultraviolet radiation. Aquatic Toxicology, v. 114-115, 2012. p. 86. Disponível em: <www.elsevier.com/locate/aquatox>. Acesso em: 09 jul. 2018.

COENEN, Cristopher. Broadening Discourse on Responsible Research and Innovation (RRI). Nanoethics, Dordrecht, v. 10, n. 1, p. 1-4, Apr. 2016. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11569-016-0255-4>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

ENGELMANN, Wilson; MACHADO, V. S. Do Princípio da Precaução à Precaução como Princípio: construindo as bases para as nanotecnologias compatíveis com o meio ambiente. Revista de Direito Ambiental, v. 69, 2013.

ELSA. What is ELSA research. Disponível em: <<https://www.ntnu.edu/elsa/what-is-elsa-research>>. Acesso em 23 mai.2018.

FAO/WHO-. Food and Agriculture Organization of the United Nations/World Health Organization, Seminar on Nanotechnologies in food and agriculture Roma, 27 Mar. 2012. Disponível em: http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/agns/news_events/Nano_Seminar_Agenda_FINAL.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2018.

FERREIRA, Jonsecler L. Ribas et al. Co-exposure of the organic nanomaterial fullerene C60withbenzo[a]pyrene in Daniorerio (zebrafish) hepatocytes: Evidence of toxicological interactions. *Aquatic Toxicology*, v. 147, 2014. p. 76-83. Disponível em: <www.elsevier.com/locate/aquatox>. Acesso em: 09 jul. 2018.

GOULD, Kenneth. *Unsustainable Science in the Treadmill of Production: The declining Salience of Impact Science in environmental conflicts*. Denver: American Sociological Association, Ago. 2012. Disponível em: <http://www.allacademic.com/meta/p_564435_index.html>. Acesso em: 09 jul. 2018.

GRUPO JUSNANO, comunicação pessoal, 2016. Disponível em: <<http://jusnano.blogspot.com>>.

GRUNWALD, Armin. Modes of orientation provided by futures studies: making sense of diversity and divergence. *European Journal of Futures Research*, [S.l.], v. 15, n. 30, p. 1-9, 2014. Disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs40309-013-0030-5.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; LARA, Mariana Alves; CORRÊA DA COSTA, Maria Batista Leite. Pesquisa Quantitativa na produção de conhecimento jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte*, n. 60, p. 291-316, jan./ jun. 2012. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/186>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza F. (Re)pensando a Pesquisa Jurídica, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HOHENDORFF, Raquel Von; ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil: a gestão dos riscos a partir do Diálogo entre Fontes do Direito. Curitiba: Juruá, 2014.

HULLMANN, Angela. European activities in the field of ethical, legal and social aspects (ELSA) and governance of nanotechnology. Nano and Converging Sciences and Technologies, Luxembourg, p. 3-48, Oct. 2008. Disponível em: <http://cordis.europa.eu/pub/nanotechnology/docs/elsa_governance_nano.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018.

HUPFFER, Haide Maria. Ensino Jurídico. Um novo caminho a partir da hermenêutica filosófica. Viamão: Entremeios, 2008.

INTRODUCTION. Nanotechnology Products Database (NPD). [S.l.], 2017. Disponível em: <<http://product.statnano.com/>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). ISO/TC 229: nanotechnologies. Geneva, 2005. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/standards_development/technical_committees/list_of_iso_technical_committees/iso_technical_committee.htm?commid=381983>. Acesso em: 15 jul. 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina. Técnicas de pesquisa. São Paulo: Atlas, 2002.

LEAL, Daniele Weber S. A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos: a possibilidade de utilização do protocolo da OECD e do pluralismo jurídico (Teubner) para Gestão do Risco do Nanowaste. 2017. 279 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2017. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6755>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

LEAL, Daniele Weber S.; ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias e meio ambiente: o movimento inicial de marcos regulatórios nacionais em face do contexto de (possibilidade) riscos. In: BIZAWU, Sébastien Kiwonghi; OLIVEIRA, Márcio Luís de (Coord.). IV Congresso Internacional de Direito Ambiental: constitucionalismo, economia e desenvolvimento sustentável. Organização Escola Superior Dom Helder. Belo Horizonte: ESDH, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/t5ssa9m9/1r8o7z77/3cSqY9RcMsXdIKI3.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

- LINGER, Stephan; WECKERT, John. Nanoscale-technologies as subjects of responsible research and innovation. *Nanoethics*, Dordrecht, v. 10, n. 2, p. 173-176, Aug. 2016. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11569-016-0269-y>>. Acesso em: 18 jul. 2018.
- MACHADO, Roberta. Estudos apontam riscos do uso de nanopartículas ao meio ambiente. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2016/01/17/interna_ciencia_saude,514245/estudos-apontam-risco-do-uso-de-nanopartículas-ao-meio-ambiente.shtml>. Acesso em: 08 jul. 2018.
- MARQUES, Bianca Fell et al. Toxicological effects induced by the nanomaterials fullerene and nanosilver in the polychaeta *Laeonereis acuta* (Nereididae) and in the bacteria communities living at their surface. *Marine Environmental Research*, v. 89, p. 53-62, 2013.
- MARTINEZ, Diego Stefani Teodoro; ALVES, Oswaldo Luiz. Interação de nanomateriais com biosistemas e a nanotoxicologia: na direção de uma regulamentação. *Revista da Sociedade Brasileira para o progresso da ciência*, a. 65, n. 3, jul/ago/set, 2013. p. 32-36.
- NOWACK, Bernd; RANVILLE, James F.; DIAMOND, Stephen; GALLEGU-URREA, Julian A.; METCALFE, Chris; ROSE, Jerome; HORNE, Nina; KOELMANS, Albert A.; KLAINE, Stephen J. Potential scenarios for nanomaterial release and subsequent alteration in the environment. *Environmental Toxicology and Chemistry*, v. 31, n. 1, 2012.
- OGLIARI DAL FORNO, Gonzalo. Intra-peritoneal Exposure to Nano/Microparticles of Fullerene (C₆₀) Increases Acetylcholinesterase Activity and Lipid Peroxidation in Adult Zebrafish (*Danio rerio*) Brain. *Bio Med Research International*. [s.l.]: Hindawi Publishing Corporation, v. 2013, Maio 2013.
- ONU. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2000. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/ODM.aspx>>. Acesso em: 15 jul. 2018.
- QUINTANILLA NAVARRO, Ignacio. Los propios dioses: razón y biotecnología. IN: QUARESMA, Alexandre (Coord.). Engenharia genética e suas implicações. Madrid: Common Ground Publishing, Espanha, 2014.

QUIÑONES-JURADO, Zoe Vineth et al. Silver nanoparticles supported on TiO₂ and their antibacterial properties: effect of surface confinement and nonexistence of plasmon resonance. *Materials Sciences and Applications*, 5, p. 895-903, 2014.

SALAMANCA-BUENTELLO, F.; Et al. Nanotechnology and the Developing World. *PLoS Medicine*, a. 5, v. 2, 2005. Disponível em <<http://www.plosmedicine.org/article/info:doi/10.1371/journal.pmed.0020097>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

SHATKIN, Jo Anne; KIM, Baram. Cellulose nanomaterials: life cycle risk assessment, and environmental health and safety roadmap. *Environmental Science: nano*, London, n. 2, p. 479, July 2015. Disponível em: <<http://pubs.rsc.org/-/content/articlehtml/2015/en/c5en00059a>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

STILGOE, Jack; OWEN, Richard; MACNAGHTEN, Phil. Developing a framework for responsible innovation. *Research Policy*, Amsterdam, v. 42, n. 9, p. 1568-1580, Nov. 2013. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048733313000930>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

SUPIOT, Alain e DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Prendre la responsabilité au sérieux*. Paris: PUF, 2015.

SUPPAN, Steve. No Small Task: Generating Robust Nano Data. Posted July 16, 2015. Disponível em: <<http://www.iatp.org/blog/201507/no-small-task-generating-robust-nano-data>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *HORIZON 2020: em breves palavras: o programa-quadro de investigação e inovação da EU*. Bruxelas, 2014. Disponível em: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_PT_KI0213413PTN.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018.

VON SCHOMBERG, René. A vision of responsible innovation. In: OWEN, Richard; BESSANT, John; HEINTZ, Maggy (Ed.). *Responsible innovation: managing the responsible emergence of science and innovation in society*. Nova Jersey: Wiler, 2013.

Algumas notas comparativas sobre a fundamentação da lei natural em Tomás de Aquino e Francisco Suarez

Marcus Paulo Rycembel Boeira¹

Sumário

Introdução

1. Noções históricas e conceituais sobre a lei natural
2. Noções preliminares de lei e virtude: entre Isidoro de Sevilha e Alberto Magno
3. Teoria da lei natural em Tomás de Aquino
4. Teoria da lei natural em Francisco Suarez S.J.

Considerações finais

Referências

Introdução

O presente artigo visa traçar algumas notas comparativas entre a teoria da lei natural de Tomás de Aquino (1225-1274) e de Francisco Suarez (1548-1617). Não pretendemos aqui apresentar uma comparação exaustiva, considerando todos os aspectos gerais de fundamentação dos atos humanos. O intento aqui perseguido é o de pontuar alguns pontos-chave das noções tomista e suareziana, cotejando algumas das diferenças específicas de cada uma.

¹ Doutor em Ciências (PPGDir, USP). Mestre em Direito (PPGDir, USP). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Professor na Faculdade de Direito (UFRGS). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Lógica Deontica, Linguagem e Direito. Coordenador editorial da Coleção Salamanca da Editora Concreta. Autor de “A Escola de Salamanca e a Fundação constitucional do Brasil”, obra publicada em 2018 pela Editora UNISINOS. E-mail: boeiramarcus@gmail.com

A *segunda escolástica* recebeu todo o arcabouço doutrinário desenvolvido entre os séculos XII e XV durante a primeira escolástica. Com ela, os teólogos e juristas dos séculos XVI e XVII, especialmente na península ibérica, deram seguimento ao projeto de aprofundamento nos campos especulativos, como a metafísica e a lógica, e práticos, como a moral e o direito. A articulação entre a tradição escolástica e o humanismo renascentista, entre o medievo e a modernidade constituíram o *background* sobre o qual soergueu-se a escolástica tardia. Esta nova escolástica, fundamentalmente localizada nas universidades peninsulares, como Salamanca e Coimbra, foi, em seu conjunto, decisiva para a solução dos problemas típicos da modernidade. Dentre os temas que povoaram o cenário cultural, desponta a questão da fundamentação da lei e dos atos humanos. A lei natural, inserida no miolo da teologia e do direito canônico, desce ao horizonte das ciências prático-morais para ordenar o agir humano na comunidade e determinar o bem concreto na periferia da vida social.

Três são os postulados axiomáticos dos atos humanos: intenção, objeto e circunstância. Porque medeia a origem e a finalidade da ação humana segundo a *reta razão*, a lei natural perpassa cada um dos três axiomas, abastecendo a intencionalidade com a indicação do fim a ser perseguido; o objeto, com a forma de bem que é predicável da razão de fim; a circunstância, porque no caso concreto, o agente não só delibera o método de persecução do bem devido pela virtude intelectual da razão prática, a saber, a prudência, mas também é ordenado ao bem segundo a lei natural, análoga às causas da razão de agir.

A teoria da lei natural em Tomás de Aquino pode ser vista aqui como a de maior repercussão sobre o assunto durante a primeira escolástica. O mesmo pode ser dito da teoria suareziana relativamente à segunda escolástica. Assim, pontuaremos algumas diferenças centrais entre ambas, buscando com isso esclarecer uma distinção importante dentre as muitas existentes na escala das divergências medievais e renascentistas.

1. Noções históricas e conceituais sobre a lei natural

A temática da lei natural atravessou os séculos na história ocidental. Foi Cícero (106-43 a.C.) quem a anunciou, retirando-a do silêncio para expô-la ao auditório do espírito humano. Assim a define o grande mestre latino:

a verdadeira lei é a reta razão congruente com a natureza, difundida em todos os seres, imutável e sempiterna, e que, ordenando, nos chama a cumprir o nosso ofício, e, proibindo, nos aparta da fraude. E, não obstante, nem manda ou proíbe vanamente aos bons, nem ordenando ou proibindo atua sobre os maus. Não é permitido alterar esta lei, nem é lícito interrogá-la em parte, nem ab-rojá-la em seu todo. Não podemos ser dispensados de sua obediência, nem pelo Senado, nem pelo povo. Não necessitamos de alguém que a explique ou interprete-a. E não haverá uma lei deste gênero em Roma e outra em Atenas, nem uma hoje e outra amanhã. Pelo contrário, todos os povos em todos os tempos serão regidos por uma só lei sempiterna e imutável. E haverá um só deus, senhor e governante, autor, árbitro e sancionador desta lei. Quem não obedece esta lei foge de si mesmo e nega a natureza humana, e, por isso mesmo, sofrerá as maiores penas ainda que tenha escapado das outras que consideramos suplícios².

Da definição do grande Cícero, podem ser extraídos três atributos da lei natural: (i) universalidade; (ii) imutabilidade; (iii) coeternidade. A lei natural é *universal* porque há uma ética das virtudes universalmente compartilhada, uma lei conhecida de

² CICERO, M. Tullius. *Librorum de Re Publica, liber tertius, 33*. Tradução livre do autor. Texto original: “Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat; quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat nec improbos iubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est neque derogari ex hac aliquid licet neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpres eius alius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus, ille legis huius inventor, disceptator, lator; cui qui non parebit, ipse se fugiet ac naturam hominis aspernatus hoc ipso luet maximas poenas, etiam si cetera supplicia, quae putantur, effugerit”.

modo evidente, não pela observação da natureza humana, mas porque o juízo estabelecido sobre os atos humanos é uma ordem da razão e possui fundamento teleológico para os atos humanos. Logo, a lei natural não é, como defendia Gabriel Vasquez (1549-1604), teólogo jesuíta, sinônimo de natureza racional, como se a potência e o ato pudessem ser consumativos e fundidos na estrutura gnosiológica do ser humano. A lei natural é uma lei porque tem razão de ordem e de fim. De ordem, porque é preceptiva, ordenando o agente a perseguir o bem e evitar o mal. De fim, pois indica ao intelecto o bem e sua predicabilidade nas circunstâncias do agente humano, agente que obra em direção a um fim adequado e proporcional ao objeto de sua própria atividade. A universalidade, portanto, está na conexão entre o ato judicativo da razão prática que capta o fim como bem e ordena o agente a obrar de modo a persegui-lo, a realizar o bem nas circunstâncias da própria ação.

Em segundo lugar, a lei natural é *imutável*, pois a razão de lei é extraída da conexão entre as potências intelectivas da alma e os fins a que o agente se inclina, fins tais invariáveis em virtude da natureza teleológica do bem perseguido, mas variáveis no modo de aplicação e execução. Por isso é necessário distinguir a lei natural de seus modos de conclusão e determinação, como estabelece Tomás de Aquino. A lei natural é imutável no que diz respeito aos seus princípios primeiros, correspondentes aos preceitos que determinam os modos de agir segundo uma razão de bem³. Os preceitos comuníssimos, conhecidos “*quae sunt omnibus nota*” são indemonstráveis, evidentes e não podem ser deletados da mente racional. São princípios primeiros na ordem da razão prática, pelo que contém de generalidade e universalidade.

Por fim, a lei natural é *sempiterna*. Na tradição cristã, por exemplo, a lei natural é compreendida, em primeiro lugar, como “a

³ TOMÁS DE AQUINO. Suma de Teologia I-II: q.94, a. 5, p. 137ss.

*participação da lei eterna na criatura racional*⁴." A lei eterna, que dispõe sobre a concepção, ordenação e governação do *cosmos*, estabelece a disposição ontológica dos entes e de seus respectivos fins. A razão da sabedoria divina é explicável pelo que possui de ideia, arte e exemplo. Ao mover as coisas aos seus respectivos fins, o faz por determinação de lei. A moção divina é determinada por uma lei coeterna ao próprio Artífice. Daí dizer que a lei que determina o movimento da ordem cósmica se chama lei eterna. Nas palavras de Tomás de Aquino: "*a lei eterna não é outra coisa que a razão da divina sabedoria enquanto dirige todos os atos e movimentos*"⁵."

2. Noções preliminares de lei e virtude: entre Isidoro de Sevilha e Alberto Magno

No alvorecer do medievo, o continente europeu assistia a queda do Império romano e a dissolução da ordem civil no vasto território. A edificação dos reinos bárbaros era acompanhada pela expansão da tradição cristã. A extensão missionária atingiu os confins da Europa, delineando a grande civilização que se ergueria poucos séculos mais tarde. No mundo ibérico, o reino visigodo, Toledo e Sevilha protagonizaram relevantes episódios para a história do direito. Membro permanente nos Concílios de Toledo, Isidoro de Sevilha (560-636) foi de indiscutível proeminência para o aperfeiçoamento conceitual de muitos institutos herdados da antiguidade e ingressantes no arcabouço doutrinário do ocidente. A temática da lei não lhe escapou. Nos *Theologicalarum Sententiarum Libris* e nas *Etymologiae* aborda o assunto. Resumidamente, aduz ser a lei é um comando dado pelos príncipes para a justiça política de suas comunidades. O poder dos reis é instituído por Deus, conforme dispõe o texto bíblico da Carta de Paulo aos Romanos, cap. 13. Todavia, isto não significa que o monarca não deve prestar

⁴ TOMÁS DE AQUINO. Suma de Teologia I-II: q.94, a. 2, p. 127ss.

⁵ TOMÁS DE AQUINO. Suma de Teologia I-II: q.93, a. 1, p. 89ss.

satisfações ao povo, como se lhe fosse outorgado um direito potestativo sem limites. A correta exegese, apoiada nos Padres da Igreja, indica que o poder político encontra limites materiais e formais na natureza mesma da comunidade humana, vincula-se ao bem comum, razão pela qual o exercício será contra a lei natural se despótico ou injusto. Porque instituído por *razão de fim*, o poder político não é artifício concebido para reestabelecer a ordem perdida com a queda original, mas condição *ex natura rei*, subsistente *per se* e simultaneamente ao estado de inocência. A tese de Isidoro apoia-se nas noções aristotélica e ciceroniana de que o poder político deve buscar a conservação da *república* e destina-se a reger a comunidade para a utilidade comum através da lei (*Lex*)⁶.

Diz Isidoro no *Livro de Sentenças*:

Deus concedeu aos príncipes a soberania para o governo dos povos, quis que eles estivessem à frente daqueles que compartilham com eles a mesma sorte de nascer e morrer. Portanto, o principado deve favorecer aos povos e não lhes prejudicar; (...) É justo que o príncipe obedeça a suas leis. E, assim, estime que todos tenham que cumprir sua justiça quando ele por sua parte o faça. Os príncipes estão obrigados a suas leis, e não podem derogar em seu favor os preceitos que estabelecem para os súditos, já que a autoridade de sua palavra é justa na medida em que se recusam a que lhes seja concedido o que não o é para seus povos⁷.

A teoria de Isidoro sobre o poder não pode ser entendida corretamente sem o entrelaçamento com a noção de lei. A legalidade ocupa a posição chave na institucionalização da ordem civil. O poder civil é, em certa medida, um poder regido pela lei, pelo que extraímos da ilação três sólidos princípios: (i) o poder político é um fator natural; (ii) subsiste por uma razão teleológica, a *utilidade* comum;

⁶ ISIDORO DE SEVILHA. *Etymologiae* I. Sevilha: Parrhisij Sumptibus Ioanni Petit, 1520, p. I-IX. Acessível no endereço eletrônico <https://archive.org/stream/ARes31216#page/n51>

⁷ ISIDORO DE SEVILHA. *Sententiarum Libris tres*. Torino: 1593, p. 195. Acessível no endereço eletrônico http://expobus.us.es/omeka/exhibits/show/sanisidoro/obras_index/portadas#item5

(iii) os princípios regem as comunidades nos termos da lei, razão pela qual o poder civil é um poder *secundum legem*.

Porque o poder civil é um fator natural, o é por direito natural. Reside aqui a articulação entre Cícero e Aristóteles (384-322 a.C.). A lei natural é uma lei universal tanto quanto o seja a forma da pólis, da comunidade política perfeita, tomada por alusão a ordem natural. Logo, o *direito natural é comum a todos os povos*, pelo que fundamenta a lei civil⁸.

Na ordem dos assuntos humanos, a pessoa humana e os fins que lhe aperfeiçoam acarretam exigências operacionais práticas que, quando ativadas, conduzem o agente ao bem perseguido. Para tal, é necessário que a lei eterna esteja participada no intelecto do agente, condicionando a vontade humana para eleger racionalmente o bem devido, não por mera escolha acidental ou passional, mas porque a vontade racional delibera o meio adequado para realizá-lo. As virtudes intelectuais, notadamente a prudência, conformam o meio ao fim no hábito e na disposição para agir de forma reta.

Um dos grandes nomes da escolástica, mestre intelectual de Tomás de Aquino, Alberto Magno (1193-1280) foi exímio comentarista de Aristóteles e teólogo de notável reputação. Especialmente sobre a ética e a natureza do bem, possui magnífica *opera omnia*, destinada a tratar dos aspectos principais e periféricos das virtudes fundamentais.

Sobre a temática subjacente à questão da lei natural, nos diz sobre as virtudes, em especial sobre a prudência:

todas as virtudes se conservam essencialmente na felicidade, mas a prudência tem nela o ato mais excelente, sendo a mesma felicidade um ato segundo a virtude perfeita do ânimo. E, assim, a prudência dirige para o primeiro bem, no qual está a suma

⁸ ISIDORO DE SEVILHA. *Etymologiae* V, 4, p. XXIV. Acessível no endereço eletrônico <https://archive.org/stream/ARes31216#page/n51>

felicidade, e desdenha as coisas inferiores na contemplação do bem superior a escolher⁹.

O apetite reto- *recta ratio agibilium* - condiciona o agente ao bem, segundo a razão indicativa de fim, e em acordo à ordem racional tomada como lei. Pois bem. A lei natural é, assim, a lei que ordena o agente a perseguir o bem. É, em outras palavras, a lei da razão prática, operação do intelecto que capta o bem e conduz o agente a operar segundo a razão de fim. A posição de Vasquez, antes mencionada, é incompleta porque ao confundir a natureza racional com a lei natural, confunde o âmbito da essência predicativa com o ato de ser, onde reside o conhecimento do bem e da verdade, o local da luz natural da razão, que capta o bem como fim para o agente. De acordo com a metafísica clássica, a posição é indefensável, pois fusiona a potência e o ato, a faculdade e o termo, a natureza e a lei.

Os atributos aí aludidos, como se pode ver, foram decisivos para a incorporação da lei natural no patrimônio do cristianismo e do ocidente. O desenvolvimento doutrinário da lei natural foi sendo enriquecido. Seu aperfeiçoamento conceitual foi alimentado pela exegese bíblica e pela recepção da Ética de Aristóteles, além do patrimônio legado pelo direito romano e pela *ars inveniendi* dos poetas e escritores latinos. Mais tarde, Isidoro e Alberto aperfeiçoaram com maestria alguns dos conceitos centrais para a composição referencial da lei natural.

A lei natural é uma obra da razão, determinada em virtude do fim e da faculdade que lhe é correspondente. Não é hábito, nem paixão, tampouco propriedade da natureza física ou inclinação apetitiva. É *opus rationis*, algo produzido pela indústria racional. É propriamente proposição ou enunciação designativa de um fim, entendido pelo intelecto como um bem devido às ações humanas em geral.

⁹ MAGNO, Alberto. Tractatus Quartus- De Prudentia, Quaestio I, a. 2, 423-16, p. 59.

3. Teoria da lei natural em Tomás de Aquino

Para Tomás, a lei encontra na razão prática sua fundamentação formal. A lei natural corresponde analogamente aos princípios práticos evidentes e indemonstráveis que são, *pari passu*, conhecidos pelo intelecto prático. Se o conhecimento teórico busca o conhecimento do *ente*, analogamente se pode inferir que o conhecimento prático discerne o *bem* e o *persegue*. O autor situa a lei natural na ordem do *dever-ser*, em analogia ao âmbito dos primeiros princípios da razão prática, cujo axioma primitivo é o conhecimento do bem como tal. Os preceitos da lei natural, assim, correspondem aos primeiros princípios práticos com a adição do verbo *dever*, que lhes completa a definição. Por isso, a lei natural é preceptiva para agente e compartilhada por toda criatura racional. Assim como a lei eterna dispõe o ente e seu fim, cujo autor regula e mede segundo um grau de perfeição para a *moção* e o *termo*, a lei natural, como participação sua no agente racional, ordena-o ao seu fim, ao seu bem, regulando e medindo o objeto e as circunstâncias do ato. Logo, tantos serão os preceitos da lei natural quanto forem os princípios práticos conhecidos pelo intelecto, correspondentes aos fins próprios do agente humano.

O conhecimento prático para Tomás pode ser visto também como um reposicionamento da *Ética das Virtudes* de Aristóteles dentro da teologia moral do cristianismo. Aqui, a fé é a luz natural da razão. A inteligência, aperfeiçoada pelas virtudes teologias, a fé, a esperança e a caridade.

Nesse diapasão, o direito, a ética e a política inserem-se no âmbito do conhecimento prático. A lei humana é derivada da lei natural e com ela compõem a arquitetura das classes imanentes de lei, regendo os atos humanos na comunidade, ordenando as relações sociais de acordo com as exigências do justo político. Há uma série de atos e operações que o intelecto realiza para adequar plenamente o direito positivo à lei natural, articulando os bens básicos com a vida social.

Como vimos, a lei natural contém muitos preceitos. Esses preceitos são análogos aos princípios primeiros da razão prática. Princípios, portanto, evidentes e indemonstráveis, já que justificam e fundamentam todas as operações da racionalidade prática sem que se possam conhecer quaisquer outros princípios anteriores a eles. São primeiros na ordem do conhecimento e, por isso, pré-conhecidos, pois todas as conclusões que se possa inferir da lei natural estão contidas potencialmente nestes princípios. São evidentes por si mesmos, pelo que contêm todas as disposições ulteriores para a adequada ordenação dos atos humanos, não admitindo perguntas que possam indagar causas anteriores a eles mesmos¹⁰.

O primeiro princípio da razão prática é “fazer o bem e evitar o mal”. A razão opera para captar o bem devido em cada circunstância concreta, conduzindo o ser humano a perseguir a *vida boa* no âmbito pessoal, o bem comum no ambiente particular, quando então os princípios da razão prática são realizados em concreto.

As faculdades humanas dispõe a ordem das inclinações naturais, às quais correspondem bens devidos. A razão prática medeia a natureza e a teleologia dos atos humanos, atribuindo uma causa final ao conjunto das moções ínsitas à natureza humana. Sobre as inclinações repousa a ordenação ao fim devido, a razão de preceito, a ordem da lei natural. Diz Tomás:

A ordem dos preceitos da lei natural é paralela à ordem das inclinações naturais. Com efeito, o homem, em primeiro lugar, sente uma inclinação ao bem, que é o bem de sua natureza. Essa inclinação é comum a todos os seres a que apetece a própria conservação em conformidade com a respectiva natureza. Em

¹⁰ Sobre os princípios evidentes e indemonstráveis, ver TOMÁS DE AQUINO. Comentário de los Analíticos Posteriores, L. I, Lectio 3 e 6, p. 40ss. Também ARISTÓTELES. Analítica Posterior, L. I, 2, p. 354. O estagirita fornece alguns atributos dos princípios evidentes: primários, indemonstráveis, verdadeiros, causas das conclusões, melhor conhecidos em relação às conclusões e anteriores a elas, previamente conhecidos comparativamente ao conhecimento científico.

razão dessa tendência, pertence à lei natural todos os preceitos que contribuem a conservar a vida do homem e a evitar seus obstáculos¹¹.

A lei natural não “reside” nas inclinações, mas as ordena ao bem, segundo as determinações axiomáticas da razão prática. Tomando os primeiros princípios da razão prática como preceitos racionais, a lei natural dispõe o conjunto dos preceitos correspondentes, as ordenações da razão para o agente. Os primeiros princípios ordenam a pessoa humana para a plenitude existencial, para uma vida com e de sentido.

Do ponto de vista da moralidade dos atos humanos, os preceitos da lei natural são anteriores à própria moral e fundamentam a moralidade. Porque análogos aos princípios práticos, são igualmente evidentes e indemonstráveis, abastecendo a luz natural da razão para conferir ao agente as condições gnosiológicas necessárias para perseguir uma vida feliz, plena e virtuosa. O objeto das inclinações naturais é tomado como bem, como uma parte constitutiva da atualidade de ser pessoa, ao que o agente almeja a beatitude atinente à criatura racional.

Sendo a lei natural identificada pela operação racional que a inteligência prática exerce, é fundamental reconhecer que é a razão prática que a decifra e torna-a uma lei para o agente.

Porque é uma lei da razão, é imperioso que ilumine o sistema jurídico criado e concebido pelo legislador humano. Na elaboração e constituição da lei positiva, o poder de legislar deve observar os requisitos da inteligência prática, dentre os quais irrompem os princípios evidentes da racionalidade. Para satisfazer as exigências formais que o intelecto planta, o legislador cinge-se a cotejar os princípios na disposição dos comportamentos, inferindo das premissas práticas os requerimentos de racionalidade segundo os padrões de justiça. Como objeto do justo político, o direito positivo será tomado como o objeto adequado para a

¹¹ TOMÁS DE AQUINO. Suma de Teologia I-II: q.94, a. 2, p. 128.

proporcionalidade e equidade das relações humanas, solicitando dos agentes envolvidos condutas compatíveis com as formas básicas do bem comum. A sociabilidade natural do ser humano é sopesada na densidade da comunicação, no envolvimento recíproco dos agentes, pelo que a razoabilidade tempera a ordenação das atividades na participação comunitária. Na vida social, as circunstâncias concretas impõe, por vezes, certa flexibilidade no trato com os princípios práticos. O Direito e a estrutura institucional devem, assim, abrigar a razoabilidade, o justo meio subsidiário na consecução do bem em concreto, medianeiro entre a lei natural e a aplicação do justo político nas relações sociais. As regras que formam o horizonte da razoabilidade dos atos e decisões constituem a própria moralidade, o direito natural. Para Tomás, o direito natural é formado pelo conjunto das regras da moralidade. É derivado da lei natural, reforça substancialmente o conteúdo da lei humana e ordena a comunidade ao bem comum. A moralidade é produto dos princípios *per se nota*, não se confundem com eles. O direito natural institui o elo entre os preceitos da lei natural e a comunidade política, intermediando o justo natural e o justo político. A *lex humana* só terá validade se derivar da lei natural e, assim, do direito natural, satisfazendo três exigências: (i) procedimento formal de elaboração de leis; (ii) legitimidade do legislador para legislar; (iii) a lei deve conter matéria justa¹².

4. Teoria da lei natural em Francisco Suarez S.J.

O desenvolvimento doutrinário da lei natural em período posterior concentrou-se basicamente na península ibérica, sobretudo pelo notável papel desempenhado pelos teólogos e juristas de Salamanca e Coimbra. A escolástica tardia valeu-se do tratamento conferido ao tema pelos medievais e adicionou

¹² TOMÁS DE AQUINO. Suma de Teologia I-II: q.94, a. 2, p. 128ss.

contribuições teóricas importantes, muito em virtude dos acontecimentos que marcaram o período. O início da modernidade, a formação do Estado, o encontro entre o velho mundo e as Américas, o debate sobre os habitantes do novo mundo e a emergência do *ius gentium* conduziram o âmbito investigativo da lei natural para uma seara mais ampla e intercultural, vertendo-a para o horizonte dos problemas atinentes ao poder civil, a extensão da autoridade política, a abstenção da jurisdição eclesiástica sobre os bens temporais e a justificação da guerra.

Francisco de Vitória (1483-1546), Domingo de Soto (1494-1560), Melchior Cano (1509-1560), Domingos Bañez (1528-1604), Luis de Molina (1535-1600), Gabriel Vasquez e Francisco Suarez, dentre outros, formam a geração de intelectuais que restauraram o patrimônio escolástico e abordaram os temas filosóficos e práticos desde uma perspectiva que, em maior ou menor medida, articulava o tomismo com o voluntarismo e o nominalismo. Sobre a lei natural, Domingo de Soto, de todos os *salmanticenses* o mais fiel à perspectiva tomista, irá afirmar que a lei natural é um ato proposicional do entendimento, movido pela vontade, em direção ao bem tomado como fim para a criatura racional¹³.

Distanciando-se um pouco da usual definição tomista de lei em geral e de lei natural em particular, Francisco Suarez aduz que *a lei é em geral um preceito comum, justo e estável, suficientemente promulgado*¹⁴. A definição por si já carrega diferenças em relação ao conceito medieval de *lex*. Absorvendo parcialmente a metafísica e a filosofia prática de Duns Scotus (1266-1308), Suarez traça alguns parâmetros para a definição de lei natural. Em primeiro lugar, sustenta ser esta classe de lei uma via média entre a razão indicativa e a razão imperativa. Diz que *“a lei natural não é só*

¹³ SOTO, Domingo de. De Iustitia et Iure, Lib.I, q. 4. 1ª ed. Salamanca: Portonariis, 1553, p. 28ss.

¹⁴ SUAREZ, Francisco. De Legibus ac Deo Legislatore I, 12. 1ª ed. Madrid: CSIC, 1971, p.70. Texto original: “Lex est commune preceptum, iustum ac stabile, sufficienter promulgatum” (I, XII, 5, 13-14).

*indicativa do mal e do bem; implica também propriamente verdadeira proibição do mal e mandamento ao bem*¹⁵."

Como lei em sentido próprio, a lei natural pressupõe um juízo da mente que, embora preceda a vontade na ordem lógica, pois para adequar o objeto ao ato humano é necessário julgá-lo segundo uma razão indicativa que enuncia ser determinado ato absolutamente reto e necessário, não é, todavia, apenas e somente um ato do entendimento. O ato da vontade se inclina ao ato do entendimento para, a partir de então, perseguir o bem. Assim, o ato de vontade também participa na formação do juízo que inclina o agente ao bem, ordena-o a conformar a própria atividade ao que indica a razão natural.

A lei natural não é, para Suarez, somente uma lei indicativa, mostrativa do bem a ser perseguido, como sustentava Gregorio de Rímíni (1300-1358). Tampouco apenas preceptiva, como se fosse um ato da vontade divina que ordena ao bem segundo uma determinação normativa, como defendia Guilherme de Ockam (1285-1349). Para o granadino, a lei natural possui ao mesmo passo razão de amostra e de ordem porque apoia-se na natureza racional para, com a força e o poder da luz natural da razão, determinar que o agente persiga o bem e conforme suas ações ao objeto de seus preceitos. É lei indicativa e preceptiva simultaneamente. Ao legislador humano cabe determinar o bem moral. Ao Legislador divino, um ato conjunto da vontade e da mente criadora que impõe a lei natural à criatura racional. Diz

não é incongruente a identidade de Deus do ato da vontade com o do entendimento. Basta uma distinção conceitual para poder afirmar de fato que a vontade de Deus se inclina ao que manifesta

¹⁵ SUAREZ, Francisco. De Legibus ac Deo Legislatore II, 6, 5, p. 84. Texto original: "Lex naturalis non tantum est indicativa mali et boni, sed etiam continet propriam prohibitionem mali et praeceptionem boni" (II, VI, 5, 3-5).

o entendimento precisamente porque assim lhe o indica. Bastará isto para ser lei, pois isso é suficiente para sua essência¹⁶.

Na teoria suareziana da lei natural, o que lhe vai de encontro fere verdadeira lei, violando a proibição de uma autoridade superior à criatura racional, a saber, o próprio Deus Legislador. A lei natural manifesta dois sentidos: primeiro, o objeto adequado dos atos humanos em si mesmo, ou seja, o bem a ser perseguido; em segundo lugar, um mandamento ou uma proibição de algum superior, o autor da lei eterna. Logo,

tudo o que a lei natural dita como mal é proibido por Deus com preceitos concretos de sua vontade. Quer assim vincular-nos e obrigar-nos a cumpri-la em virtude de sua autoridade. A lei natural é, portanto, uma lei preceptiva propriamente falando porque transmite autênticos preceitos¹⁷.

Do ponto de vista do objeto causal em si, ou seja, do bem, a proibição ou obrigação não nasce da determinação em si. Ou melhor, os atos não são bons ou maus porque a lei determina. A razão primeira da bondade ou malícia dos atos humanos está de modo absoluto na própria bondade ou malícia em si. Diz o granadino:

“A vontade de Deus, proibitiva ou preceptiva, não é a razão total da bondade e malícia que há na observância ou transgressão da lei natural. Necessariamente supõe certa retidão ou deformidade nesses mesmos atos e lhes adiciona uma especial obrigação da lei divina (...). Se deduz deste axioma que determinados atos maus foram proibidos porque são maus. Pois bem. Se se proíbem porque são maus, a razão primeira de sua malícia não está na

¹⁶ Op.cit., p. 86. Texto original: “Quia tunc non obstat quod Deus non habeat superiorem, quia lex naturalis non imponitur ab aliquo superiore. Neque obstat identitas, quia sufficit rationis distinctio, ut voluntas Dei vere dicatur Ferri in id quod intellectu manifestatur et quia sic proponitur. Ergo sufficet ut sit lex, nam illud dicitur esse satis ad rationem legis” (II, VI, 6, 20-25).

¹⁷ Op.cit., p. 89. Texto original: “Quia omnia quae lex naturalis dictat esse mala, prohibentur a Deo speciali praecepto et voluntate, qua vult nos teneri et obligari vi auctoritatis eius ad illa servanda. Ergo lex naturalis est proprie lex praeceptiva seu insinuativa proprii praecepti”. (II, VI, 8, 1-5)

proibição, pois o efeito não é a razão de sua causa (...). A tese pode ser embasada naquele princípio metafísico de que as naturezas das coisas são imutáveis em sua essência e, por conseguinte, também o são quanto a conformidade ou não conformidade de suas propriedades naturais¹⁸.

Por isso, a lei natural indica o bem a ser perseguido e proíbe o mal, e o estabelece mediante preceitos que ordenam o agente segundo uma “obrigação moral”. Em Suarez, a “obrigação moral” nasce dos preceitos, apoia-se na matéria sobre a qual recai a razão preceptiva e sustenta-se na autoria divina da lei natural. Não há uma clara distinção entre os preceitos da lei tomados por analogia aos primeiros princípios práticos, o que os tomaria como evidentes e indemonstráveis, e a razão de ordem que lhes caracteriza. Daí o autor afirmar que

a lei natural pode ser considerada em Deus e em nós. Em Deus supõe um juízo que Deus mesmo emite relativamente à conveniência ou inconveniência de tais atos. E acrescente-se ademais a vontade de obrigar aos homens a cumprir o que dita a reta razão¹⁹.

Assim, para Suarez, a lei natural dispõe os preceitos que proíbem ou obrigam em virtude não só de um mero juízo indicativo do bem, vez que o caráter de lei se fundamenta na vontade. É a vontade de proibir ou obrigar o que confere o caráter

¹⁸ Op.cit., p. 92 e 94. Texto original: “Haec Dei voluntas, prohibitio aut praecepto non este tota ratio bonitatis et malitiae quae est in observatione vel transgressione legis naturalis, sed supponit in ipsis actibus necessariam quamdam honestatem vel turpitudinem et illis adiungit specialem legis divinae obligationem (...) Et quoad priorem partem colligitur ex illo communi axiomate theologorum: quaedam mala esse prohibita quia mala. Si enim prohibentur quia mala, non possunt primam rationem malitiae accipere a prohibitione, quia effectus non est ratio suae causae (...). Fundarique potest in illo metaphysico principio quod naturae rerum quoad esse essentiae sunt immutabiles, et consequenter etiam quoad convenientiam vel disconvenientiam proprietatum naturalium”. (II, VI, 11, 1-11/26-29)

¹⁹ Op.cit., p. 95. Texto original: “Et declaratur, quia lex naturalis potest vel in Deo vel in nobis considerari. Et in Deo quidem secundum rationis ordinem supponit iudicium ipsiusmet Dei de convenientia vel disconvenientia talium actuum. Addit autem voluntatem obligandi homines ad id servandum quod recta ratio dicat”. (II, VI, 13, 7-12.)

vinculante e a força de obrigação moral, conduzindo o agente a conformar-se ao que a razão natural captou como o devido, o correto ou o incorreto nas circunstâncias específicas. Lei natural é verdadeira e autêntica lei divina e seu legislador é Deus, pelo que subsiste na lei positiva humana o condicionamento à determinação da lei natural, ou seja, desponta a regra jurídica como determinação concreta do bem moral.

A distinção quanto ao entendimento de Tomás de Aquino e Soto, ainda assim, não se apoia apenas na fraca separação entre o nível da evidência e o âmbito das obrigações morais, senão também na dispensabilidade do raciocínio prático para a conexão do bem com o ato humano realizado segundo a inclinação da natureza. Vejamos o que diz Suarez:

tudo aquilo que se deduz de um ditame necessário da razão natural, tem necessariamente sua raiz na natureza e se deriva de uma inclinação natural, seja porque é formado de modo imediato, ou então de modo mediato em virtude de um processo discursivo. Da natureza flui não só a inclinação imediata senão também a mediata. E não é natural só o princípio intrínseco de um impulso, mas também o próprio impulso e o fim pretendido. Tudo isso é natural. No campo das obrigações morais pouco importa que intervenha ou não o raciocínio, se a obrigação mesma possui uma conexão intrínseca com o objeto e com a natureza²⁰.

Para Tomás, a obrigação é uma “necessidade racional” para atingir um fim objetivo dado pela ordem do ser, para perseguir o bem e, assim, articular o objeto adequado dos atos humanos à razão e à natureza. Em Suarez, pouco importa a participação dos

²⁰ Op.cit., p. 120 e 121. Texto original: “Ad primam vero rationem respondeo, quidquid est ex necessário dictamine rationis naturalis, consequi ex necessitate ad naturam et esse ex naturali inclinatione, sive immediate sive mediate et per discursum tale dictamen formetur. Quia non solum immediata passio, sed etiam mediata fluit a natura; nec solum principium internum motus, sed etiam motus ipse et terminus eius naturalis est; et ad rem moralem seu obligationem parum refert quod interveniat vel non interveniat discursus, si obligatio ipsa et cum obiecto et cum natura habet intrinsecam connexionem. Ad secundam rationem ostendam infra legem naturalem non esse proprie mutabilem, quamvis quaedam praecepta eius possint habere materiam magis vel minus mutabilem, quod non variat rationem formalem legis”. (II, VII, 10, 5-18.)

raciocínios na consumação da obrigação em si. O que realmente importa é a conexão intrínseca entre o objeto e a natureza, a despeito do raciocínio prático. A obrigação do agente moral não é uma necessidade racional *simpliciter*, mas orbita em torno do domínio efetuado sobre a própria vontade. É a força obrigatória do *direito moral* o que justifica a obrigação, sua razão suficiente.

Em Tomás, os princípios indemonstráveis e evidentes são indispensáveis para o raciocínio prático. Esses princípios básicos da racionalidade prática são, por sua vez, de onde derivam os princípios morais, isto é, os juízos acerca do que é correto ou incorreto. Se a lei é a medida adequada e proporcional que ordena os atos humanos ao bem, então é da natureza mesma da lei natural a judicção sobre a conformidade ou não dos atos em virtude do objeto e da natureza correspondente.

Considerações finais

Como se vê, as distinções entre as posições de Tomás de Aquino e Suarez, embora radicais em alguns pontos, não afastam completamente o segundo do vocabulário e do patrimônio escolástico da idade média. Há, no fundo, uma tradição da lei natural que, mesmo frente a acentuadas diferenças internas, persistiu no ocidente e atravessou os séculos.

É notável a influência do voluntarismo na confecção da teoria da lei de Suarez. A posição que a vontade ocupa na justificação dos atos humanos é levemente enfática se compararmos sua filosofia do direito com a ética clássica das virtudes de Aristóteles e Tomás de Aquino. Na questão específica da lei natural, a harmonia estabelecida por Tomás entre a teologia e a doutrina da lei ganha, no granadino, um elemento adicional e uma nova chave de entendimento: o destaque ao papel desempenhado pela “vontade” do Deus Legislador na indústria da *lex*.

Referências

- ARISTÓTELES. *Analítica Posterior*. 1ª ed. Madrid: Aguilar, 1962.
- CICERO, M. Tullius. *Librorum de Re Publica, liber tertius*, 33. Mueller, Leipzig, Teubner. 1889. Perseus digital library.
- ISIDORO DE SEVILHA. *Etymologiae I*. Sevilha: Parrhisij Sumptibus Ioanni Petit, 1520, p. I-IX. Acessível no endereço eletrônico <https://archive.org/stream/ARes31216#page/n51>
- , *Sententiarum Libris tres*. Torino: 1593, p. 195. Acessível no endereço eletrônico http://expobus.us.es/omeka/exhibits/show/sanisidoro/obras_index/portadas#item5
- MAGNO, Alberto. *Tractatus Quartus- De Prudentia, Quaestio I, a. 2, 423-16*. 1ª Reimp. São Paulo: Paulus, 2017.
- SOTO, Domingo de. *De Iustitia et Iure, Lib.I, q. 4*. 1ª ed. Salamanca: Portonariis, 1553.
- SUAREZ, Francisco. *De Legibus ac Deo Legislatore I*. 1ª ed. Madrid: CSIC, 1971.
- , *De Legibus ac Deo Legislatore II*. 1ª ed. Madrid: CSIC, 1974.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teologia*. 1ª ed. Madrid: BAC, 1955.
- , *Comentário de los Analíticos Posteriores, L. I, Lectio 3 e 6*. 1ª ed. Pamplona: Eunsa, 2002.

A proposta contemporânea do direito natural e a falácia naturalista

*Elden Borges Souza*¹

*Victor Sales Pinheiro*²

Sumário

Introdução

1. O direito natural a partir da concepção tomista: lei e justiça
2. A falácia naturalista e o direito natural: empirismo, ceticismo e subjetivismo
3. O direito natural revigorado por John Finnis
4. Teoria da lei natural em Francisco Suarez S.J.

Considerações finais

Referências

Introdução

O século XX colocou diante da humanidade diversas situações em que a questão central era saber como limitar o poder do homem. O século das violações ao que se convencionou chamar direitos humanos mostrou que o poder de opressão do homem pelo homem exige uma análise de ordem política, ética e jurídica. A legitimidade jurídica de regimes genocidas transfere o debate

¹ Doutorando em Direito (PPGD, UFPA). Mestre em Direito (PPGD, UFPA). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Professor Substituto (UFPA). Membro do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”. E-mail: elden.borges@gmail.com

² Doutor em Filosofia (PPGFI, UERJ). Mestre em Filosofia (PPGFI, PUC RIO). Bacharel em Direito no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Professor na Faculdade de Direito (UFPA) e no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD, UFPA). Coordenador do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”. Site: www.dialetico.com.br. E-mail: vvspinheiro@yahoo.com.br

unicamente para os planos político e moral? Ou também é possível uma impugnação jurídica à validade desses ordenamentos?

A discussão, nesse sentido, passou a ser sobre a validade do Direito, especialmente do direito positivo. Um dos caminhos para discutir um limite à validade do direito positivo é o recurso ao Direito Natural – uma retomada, principalmente, a partir da concepção clássica de Tomás de Aquino. No entanto, isso exige uma discussão também sobre a validade do Direito Natural.

Em uma visão clássica, a rejeição de uma lei positiva injusta poderia ser afirmada a partir do recurso à lei natural – que, até então, era concebida a partir de noções éticas, políticas e jurídicas. Todavia, a teoria contemporânea enfrentou diversos desafios à afirmação do caráter *jurídico* da lei natural. A opção mais clara foi permitir que a lei natural servisse para julgar a lei positiva, no entanto não necessariamente a partir de uma análise de validade. Ou seja, poderia existir um direito positivo violador da lei natural, ainda assim válido.

Contudo, a afirmação do caráter jurídico do Direito Natural pressupõe a resposta à questão sobre a possibilidade de identificar o dever ser “natural”. A impugnação do empirismo está assentada na alegação de inviabilidade de identificação de um dever ser a partir do ser. Isto é, se da análise do que é podemos afirmar normas, de como as coisas deveriam ser.

Se a concepção clássica não precisava responder à nominada falácia naturalista, esse passou a ser um desafio para os teóricos contemporâneos da Nova Teoria do Direito Natural. A afirmação de validade jurídica do Direito Natural no atual contexto pressupõe a explicação sobre como as normas podem ser identificadas a partir do “natural”. Dessa forma, o objetivo do presente texto é analisar como os teóricos contemporâneos do Direito Natural, especialmente Finnis, respondem ao argumento da falácia naturalista.

Nesse objetivo, de início, o presente trabalho apresentará a concepção clássica de Direito Natural, para que seja possível

compreender contra o que a falácia naturalista se voltou. Em seguida, será exposta a tese empirista de Hume e a implicação da falácia naturalista no Direito. Por fim, então, será indicada a resposta de Finnis a esse questionamento.

1. O direito natural a partir da concepção tomista: lei e justiça

A retomada plena de uma posição tomista talvez seja difícil no contexto atual, contudo sua concepção serve para apontar os princípios gerais de uma concepção jurídica da lei natural. Principalmente tendo em vista que as defesas elaboradas por Finnis³ e Murphy⁴ tomam por base a concepção tomista de lei natural – e não as posteriores.

Na Suma Teológica Aquino apresenta a pedagogia divina dividida entre a lei e a graça. Enquanto a graça é a manifestação sobrenatural de Deus na vida do homem, capacitando-o à realização da sua vontade – querer o que é bom e agir bem⁵; a lei é a manifestação divina que esclarece o homem sobre o que deve ser feito – sobre o bem⁶.

Voltando nossa atenção à lei, deve ser esclarecido que em Aquino a lei e o direito não se confundem, embora estejam relacionados. Na Suma Teológica a lei está inserida na Seção I da Parte II, que faz referência ao homem. Por sua vez, o direito é analisado na Seção II da Parte II, na análise das virtudes cardeais – inserido na virtude da justiça.

Dentre a pluralidade de aplicações, o conceito de direito caracteriza-se como o objeto da justiça, pois implica ordenar o homem no que diz respeito ao outro, na atribuição do justo⁷.

³ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais.

⁴ MURPHY, Mark C. Natural Law in Jurisprudence and Politics.

⁵ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, I-II, q. 109.

⁶ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, I-II, q. 90.

⁷ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, II-II, q. 57, a. 1.

Possui, portanto, um caráter relacional⁸. Isso diferencia a justiça das demais virtudes.

A discussão subjacente à atribuição do justo é, portanto, sobre igualdade⁹. Essa igualdade pode ser em virtude da natureza da coisa ou convencional. Quando o justo funda-se em uma igualdade que não depende da vontade humana, trata-se do Direito Natural. Quando, por outro lado, o justo decorre de uma convenção, tem-se o direito positivo¹⁰.

Dessa forma, a igualdade convencional tem limite na natureza das coisas¹¹. No entanto, o Direito Natural não pode ser visto como um conjunto de regras fixas, existente em algum código oculto que um dia poderá ser (ou será) conhecido pelos homens. Não se trata de uma codificação detalhada que, se encontrada, funcionará como panaceia para a sociedade.

Sendo a humanidade naturalmente mutável, o justo não está completamente fixo, de forma rígida e imutável, pela eternidade¹². Existe uma margem para atuação do direito positivo e concretização das particularidades de um tempo ou povo. A visão tomista é de um direito natural como balizas dentro das quais não somente o legislador humano está autorizado a agir, ele *deve* agir.

A seu turno, a justiça caracteriza-se pela vontade constante e perpétua de dar a cada um aquilo que é seu. Trata-se de um ato não isolado, um hábito. Por isso a justiça é uma virtude¹³. Este hábito pressupõe alteridade, uma vez que exige uma relação de igualdade entre os indivíduos na atribuição do direito¹⁴.

⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista, p. 71.

⁹ ISRAËL, Nicolas. Genealogia do Direito moderno: o estado de necessidade, p. VII.

¹⁰ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, II-II, q. 57, a. 2.

¹¹ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, II-II, q. 57, a. 2.

¹² AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, II-II, q. 57, a. 2.

¹³ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, II-II, q. 58, a. 1.

¹⁴ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, II-II, q. 58, a. 2.

Aqui ocorre a conexão entre o direito, a justiça e a lei. Sendo a justiça o hábito de realizar o justo, é necessário um título e uma medida que definam o direito. Dessa forma, é necessário um padrão que defina a igualdade e o que é devido a cada um. Trata-se de uma necessidade lógica.

Seguindo o raciocínio de Aquino, o direito positivo pressupõe um critério de justiça. Portanto, o justo é anterior ao positivo. Por sua vez, a justiça dá a cada um aquilo que é seu. Portanto, há um direito de outra ordem anterior à justiça. Este seria o direito natural. Contudo, esse direito pressupõe uma atribuição de cada coisa ao seu titular, uma divisão. Esse ato primeiro é realizado pela lei natural. No pensamento de Tomás de Aquino o título do direito é a lei. No entanto, a lei tem uma finalidade muito maior que definir o direito, ela é um instrumento divino que move exteriormente o homem ao bem¹⁵.

A partir disso, Tomás expõe como a diversidade de leis contribui para a realização do bem comum. O ponto de partida para a construção dessa divisão reside na ordenação presente no mundo criado. A ordem pressupõe uma finalidade, que somente pode ter sido infundida pelo Criador. Portanto, Aquino defende a existência de uma ordem natural dada pelo Logos Divino¹⁶.

Nesse ponto deve ser observado que a ordem natural não é suficiente para a realização suprema do homem. Enquanto os primeiros princípios do Direito Natural são autoevidentes, o fim último e supremo do homem – a amizade com Deus (*visio dei*) – não é um conhecimento racional natural¹⁷.

Diferentemente da lei natural, o relacionamento com Deus se dá de forma sobrenatural e por meio da Revelação¹⁸. Por isso, a

¹⁵ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, I-II, q. 90.

¹⁶ VOEGELIN, Eric. História das ideias políticas: Idade Média até Tomás de Aquino. Vol. 2, p. 242.

¹⁷ ISRAËL, Nicolas. Genealogia do Direito moderno: o estado de necessidade, p. p. 18.

¹⁸ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais, p. 58.

teoria da lei natural em Tomás de Aquino não depende da referência necessária à existência, natureza ou vontade de Deus¹⁹.

Nesse sentido, sua essa defesa não está restrita a um fundamento teológico. Como ser social, a ordem é necessária à sociedade e ao homem, o que evidencia a existência de uma lei natural que limita a criação do direito pela vontade humana. Há uma igualdade objetivamente compreensível e a própria plenitude do homem depende de uma sociedade ordenada na busca do bem comum.

Sendo uma manifestação da razão divina, a ordem está assentada em uma lei primeira, a lei eterna. Essa lei é o governo do Logos Divino sobre o cosmos, que não está condicionada a um tempo específico²⁰. É dado às criaturas participar dessa razão e, por meio dessa participação, o homem pode discernir entre o bem e o mal. Isso se dá por intermédio da lei natural²¹.

A lei positiva também é um elemento indispensável no pensamento tomista. O homem é um ser histórico e sujeito a diversas contingências, um ser no tempo e no espaço. Portanto, a lei natural não pode ser considerada isoladamente, pois é incapaz de dar toda a regulamentação que a sociedade necessita. A lei positiva é não apenas possível, é necessária²².

Enquanto, por um lado, o Direito Natural afirma que da simples existência moral da pessoa humana decorrem certos direitos, por outro lado esses direitos existirão no tempo e no espaço, o que exige a intervenção mediadora do legislador – na forma que a própria sociedade definir o que seja “legislador”.

Dessa forma, a ordem é viabilizada por meio da aplicação da lei positiva. Contudo, sendo instrumento de concretização da lei

¹⁹ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais, p. 58.

²⁰ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, I-II, q. 91, a. 1.

²¹ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, I-II, q. 91, a. 2.

²² AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, I-II, q. 91, a. 3.

natural, não pode afrontá-la²³. A liberdade do legislador somente existe naquilo que não houver sido delimitado pela lei natural. Nos demais casos, por existir uma igualdade e um justo por natureza, a lei positiva encontra balizas que limitam sua atuação, mas que não a tornam inútil.

Trata-se, portanto, de uma relação de coordenação. A lei humana pode (e precisa) livremente fixar determinados pontos, mas nunca poderá romper com a lei natural – pois esta não está à disposição dos Estados, das sociedades ou dos corpos legislativos.

Assim, Deus revela seu plano (lei eterna) à humanidade (em geral) e ao homem (de forma individualizada) por meio da lei natural. Isso funciona como princípios gerais, dependendo de uma concretização na sociedade por meio da lei positiva humana. Não obstante, para a plena realização da razão divina é necessária outra espécie de lei, a lei divina²⁴. Uma lei que vai permitir que o homem alcance seu fim último.

A relação entre as leis natural, divina e humana aponta para uma sutil separação entre as esferas da religião e da política. A lei divina não dependerá de uma atuação do poder temporal para ser efetivada, pois os problemas que visa a responder dizem respeito a um relacionamento envolvendo a Igreja e Deus. Por outro lado, a lei natural relaciona-se intimamente com a positividade, na medida em que necessita da executoriedade do poder temporal no que diz respeito à comunidade e ao bem comum²⁵.

Fica claro, então, que a violação à lei natural permite o controle da validade de uma lei positiva e o seu consequente afastamento do ordenamento jurídico. Para a compreensão dessa relação, no entanto, é necessário distinguir demandas de natureza jurídica – da ordem da lei natural – de demandas políticas – que são pretensões, e não direitos.

²³ AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 2.

²⁴ AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, I-II, q. 91, a. 4.

²⁵ VOEGELIN, Eric. *História das ideias políticas: Idade Média até Tomás de Aquino*. Vol. 2, p. 262.

Em que pese a estrutura exposta por Aquino, ainda não ficou claro o que seria exatamente a lei natural e como ela seria obrigatória ao homem e ao legislador (na elaboração do direito positivo).

Em primeiro lugar, é necessário compreender que a lei é essencialmente uma manifestação da razão e não da vontade – mesmo em se tratando da lei humana²⁶. A lei pertence à razão, porque a razão é a regra e a medida dos atos humanos. Nesse sentido, a lei é o instrumento pelo qual alguém é levado a agir ou a deixar de agir²⁷. A racionalidade volta-se, por sua vez, à ordenação para o bem comum²⁸.

Na concepção tomista, as proposições acerca do que deve ou não deve ser feito não derivam das inclinações naturais. O dever ser presente na lei natural é uma proposição da razão prática²⁹, não sendo derivado de juízos fáticos³⁰. Sendo que essa racionalidade está relacionada à liberdade, que caracteriza o homem e permite que ele oriente suas escolhas³¹. Dessa forma, indagar sobre por que determinadas proposições são vinculantes é indagar sobre a razão prática.

Nesse sentido, Aquino afirma que o bem *deve ser* perseguido e o mal *deve ser* evitado não como conclusão de uma inclinação e sim a partir dos *bens* apreendidos pela razão prática do homem³². Esses aspectos passam a ser identificados pela razão prática como

²⁶ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, I-II, q. 90, a. 1.

²⁷ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, I-II, q. 90, a. 1.

²⁸ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, I-II, q. 90, a. 2.

²⁹ O conceito de razão prática ou razoabilidade prática é central na discussão de Aquino e de Finnis sobre o Direito Natural e a resposta à falácia naturalista. Em síntese, a razão prática diz respeito à estrutura que permite a liberdade na realização dos mais diversos bens humanos dentro de um plano racional de vida (FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais, p. 105). No mesmo sentido expôs Tomás de Aquino (Suma Teológica, I-II, q. 57).

³⁰ FINNIS, John. 'Is and Ought in Aquinas'. In: Reason in action, p. 144.

³¹ RAMPAZZO, Lino. NAHUR, Március Tadeu Maciel. Princípios jurídicos e éticos em São Tomás de Aquino, p. 15.

³² AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, I-II, q. 94, a. 2.

bens humanos e apreendidos enquanto inclinações naturais. Uma vez que constituem regras da razão, pertencem à lei natural³³.

Na concepção tomista esses bens *não* são derivados de proposições acerca da natureza do homem ou das coisas. Não são proposições da razão especulativa. Ao contrário, são autoevidentes e indemonstráveis. Os bens humanos não são conhecidos a partir da natureza humana e sim o contrário – a natureza humana é que é conhecida a partir do objeto de sua inclinação³⁴.

No entanto, segundo Finnis, isso não significa que Aquino tenha separado o ser e o conhecimento especulativo do dever ser das normas práticas³⁵. Isso, porque os princípios da razão prática estão relacionados a uma forma de experiência, na medida em que a percepção e a memória confluem para o seu conhecimento. Dessa forma, não são princípios ligados a uma teoria do conhecimento inato ou a uma teoria intuicionista.

Outro aspecto fundamental desses princípios é que eles não são propriamente morais. São morais, no sentido de estarem presente na vida de alguém caracterizado pela prudência e pela virtude. No entanto, também estão presentes em pessoas ou atos que não são caracterizados por nenhum desses dois elementos³⁶. Em razão disso, eles são prévios à discussão da moralidade e do Direito.

Todos compreendem e reconhecem esses primeiros princípios da razão prática e têm alguma inclinação para aqueles bens – que não podem ser retirados da mente humana. Segue-se, então, o caminho do bem como o *objeto da inclinação natural* para o bem como um *direito moral*³⁷.

³³ FINNIS, John. 'Is and Ought in Aquinas'. In: Reason in action, p. 146.

³⁴ FINNIS, John. 'Is and Ought in Aquinas'. In: Reason in action, p. 147.

³⁵ FINNIS, John. 'Is and Ought in Aquinas'. In: Reason in action, p. 148.

³⁶ FINNIS, John. 'Is and Ought in Aquinas'. In: Reason in action, p. 149.

³⁷ FINNIS, John. 'Is and Ought in Aquinas'. In: Reason in action, p. 150.

O problema, segundo Finnis, é que os princípios intermediários nesse processo não foram alvo de grande preocupação para Tomás de Aquino³⁸. Ele tratou o “natural” e o “não natural” como eticamente relevantes apenas na medida em que significam “razoável” ou “não razoável”. A explicação disso parece ser o recurso à máxima de não causar prejuízo a ninguém – que pode ser definida de forma mais clara como a não opção por destruir, causar dano ou impedir a concretização de um bem humano³⁹.

Dessa forma, na concepção tomista o Direito Natural não era simplesmente um ato de vontade divina e dependente do reconhecimento de uma determinada fé religiosa. Igualmente, não se trata de um conceito deduzido de fatos, e sim apreendido enquanto devido a partir da compreensão da razão prática e dos bens humanos – que não são abstratos e separados da existência do homem.

Com uma série de alterações posteriores, o reconhecimento de um Direito Natural ainda persistiu de uma forma mais ou menos firmada⁴⁰, até ser sistematicamente impugnado na Modernidade.

2. A falácia naturalista e o direito natural: empirismo, ceticismo e subjetivismo

Para ser exposto como a concepção de dever conjugada ao natural é sistematicamente impugnada na Modernidade é necessário compreender o movimento de ruptura com o pensamento tomista em um nível mais profundo.

De início, deve ser entendido que Tomás de Aquino desenvolve uma filosofia centrada na filosofia aristotélica, inclusive

³⁸ FINNIS, John. ‘Is and Ought in Aquinas’. In: Reason in action, p. 151.

³⁹ FINNIS, John. ‘Is and Ought in Aquinas’. In: Reason in action, p. 154.

⁴⁰ ISRAËL, Nicolas. Genealogia do Direito moderno: o estado de necessidade.

como forma de defender a fé cristã da interpretação islâmica⁴¹. Portanto, ele sustenta a premissa de que a realidade pode ser apreendida pelos sentidos e, também, pela razão⁴².

A realidade, no entanto, não se esgota no mundo físico. E, o questionamento sobre o sentido dessa realidade leva à discussão sobre o primeiro princípio, que é Deus. Isso muda radicalmente com a Modernidade, em que o fundamento da realidade passa a ser o sujeito cognoscente⁴³.

Dessa forma, em Tomás de Aquino não havia razão para duvidar da existência de uma relação entre o ser e o dever ser. Sendo Deus a fonte da verdade; e a criação, uma expressão sua; e o homem, a sua imagem e semelhança; ser e dever ser não estão dissociados⁴⁴.

No entanto, filosoficamente a Modernidade é marcada pelo questionamento à essência e passa a afirmar que a busca por fundamentos não pode estar desconectada do terreno⁴⁵. Nesse contexto, o dever ser não pode mais ter por base o metafísico.

As transformações filosóficas introduzidas principalmente pelo empirismo e pelo ceticismo (não cognitivismo) passaram a questionar a objetividade da moralidade e, como consequência, a possibilidade de relacionar fato e bem. Afastada a premissa do bem, ao qual a realidade deve tender, a base do Direito Natural passou a ser questionada⁴⁶.

⁴¹ VOGELIN, Eric. História das ideias políticas: Idade Média até Tomás de Aquino. Vol. 2, p. 245.

⁴² RAMPAZZO, Lino. NAHUR, Március Tadeu Maciel. Princípios jurídicos e éticos em São Tomás de Aquino, p. 13.

⁴³ RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 104.

⁴⁴ RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 105.

⁴⁵ RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 107.

⁴⁶ RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 111.

Nesse contexto, o autor que marca uma investida radical contra a possibilidade de o dever ser poder ser extraído da compreensão do ser foi David Hume⁴⁷. Seu empirismo radical é a base para o que Moore⁴⁸ vai denominar posteriormente de “falácia naturalista”.

Esse processo de transformação da compreensão da moralidade e da influência do empirismo não começa em Hume e nem se encerra em Moore. Trata-se de um processo longo que continua com Carnap e Quine e que deixou uma marca na filosofia em geral⁴⁹.

A questão que está no centro da falácia naturalista é a mesma que Hume tentava responder: a justificação do conhecimento ocorre por meio da razão ou da experiência? Hume responde que essa justificação se dá por meio da experiência, porque o contato que o ser humano tem com o mundo é por meio dos sentidos. E isso assumiu uma dimensão radical⁵⁰.

Esse gesto marca a principal ruptura com os pressupostos tomistas. A negação do Direito Natural é a negação anterior da possibilidade de conhecer por outro meio que não os sentidos e, portanto, conhecer algo que não o mundo físico. Como sintetiza Ramírez, o que está questão é a possibilidade de afirmar uma ordem objetiva que sirva de modelo para regular as relações humanas⁵¹ – ordem perfeitamente cabível em Aquino.

Tendo como modelo a física de Newton, Hume defendeu a experiência como a base para uma teoria apta a garantir universalidade, precisão e justificação teórica⁵². A imprecisão e a retórica da Filosofia deveriam dar lugar a um conhecimento

⁴⁷ HUME, David. An enquiry concerning the principles of morals.

⁴⁸ MOORE, G. E. Principia Ethica.

⁴⁹ PETERSEN, Bruno Batista. A naturalização da epistemologia: empirismo, ciência e semântica em Quine, p. 28.

⁵⁰ PETERSEN, Bruno Batista. A naturalização da epistemologia: empirismo, ciência e semântica em Quine, p. 29.

⁵¹ RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 128.

⁵² PETERSEN, Bruno Batista. A naturalização da epistemologia: empirismo, ciência e semântica em Quine, p. 30.

baseado no método experimental – aproximando Filosofia e Ciência⁵³.

Como consequência, Hume lança um ataque à metafísica, por ele considerada como fonte de incerteza e erro⁵⁴. As coisas não seriam valiosas ou depreciáveis por alguma característica de sua natureza – conhecida por meio da metafísica –, e sim em razão do sentimento e afeto humano⁵⁵.

Segundo Hume, tudo que o homem tem em sua mente é fruto de suas percepções, quer na forma de pensamentos, quer na forma de sentimentos. Em sua teoria das ideias, todos teriam impressões simples e fundamentais, às quais as ideias deveriam ser reduzidas. Sendo que uma ideia somente é justificada se estiver assentada em – e puder ser, portanto, diretamente remetida a – uma impressão⁵⁶.

Nesse contexto, a crença é a associação de uma impressão presente com uma ideia passada, que nos permite antecipar como um evento se desenvolverá. Essa relação entre o passado e o presente se dá por uma relação causal. Sendo que, para Hume, somente existe conhecimento quando ligamos as ideias através de uma relação causal que envolve a experiência⁵⁷.

No entanto, a grande questão lançada por Hume que atinge o Direito Natural diz respeito a porque essa experiência deve ser estendida ao futuro, cujos objetos são apenas similares. Não seria viável uma generalização empírica que permitisse justificar o uso de uma experiência passada no futuro⁵⁸.

Essa inferência não seria fruto nem da experiência nem da razão, seria um mecanismo natural, instintivo e não racional (o

⁵³ PETERSEN, Bruno Batista. A naturalização da epistemologia: empirismo, ciência e semântica em Quine, p. 31.

⁵⁴ PETERSEN, Bruno Batista. A naturalização da epistemologia: empirismo, ciência e semântica em Quine, p. 32.

⁵⁵ RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 119.

⁵⁶ PETERSEN, Bruno Batista. A naturalização da epistemologia: empirismo, ciência e semântica em Quine, p. 33.

⁵⁷ PETERSEN, Bruno Batista. A naturalização da epistemologia: empirismo, ciência e semântica em Quine, p. 38.

⁵⁸ PETERSEN, Bruno Batista. A naturalização da epistemologia: empirismo, ciência e semântica em Quine, p. 40.

costume ou hábito). Dessa forma, a defesa filosófica de Hume é pela correção das crenças, tomando a experiência como critério. Essa é a forma de o ser humano adquirir conhecimento⁵⁹. Hume, então, inviabiliza a justificação última de nossas crenças, que apenas são confiáveis se apoiadas na experiência.

A conclusão, assim, é que a fonte por excelência da moralidade é o sentimento. Sequer os fins últimos dos atos humanos seriam passíveis de explicação por meio da razão – que não é capaz de mover a ação. No entanto, o espaço da razão não é coincidente com o do gosto – que é o espaço do vício e da virtude⁶⁰.

Essa clara ruptura com a compreensão cognitivista anterior ressalta a necessidade de precaução com a passagem do ser para o dever ser⁶¹. Como não é possível extrair um juízo de valor de um juízo fático, o normativo não pode ser identificado em termos naturais⁶². E isso se volta contra a moralidade e contra – possivelmente – o Direito Natural.

Uma vez que Hume afirma que o ser humano age motivado por interesses e desejos e não por distinções racionais, não há fundamento para uma pretensão de validade intersubjetiva dos juízos morais⁶³. São juízos válidos apenas para o sujeito que os julga, o que origina a corrente do subjetivismo ético.

Seria, portanto, equivocada a linguagem do Direito Natural, ao usar termos de adequação e inadequação, quando se trata de gosto ou preferência. A solução seria uma fundamentação empírica

⁵⁹ PETERSEN, Bruno Batista. A naturalização da epistemologia: empirismo, ciência e semântica em Quine, p. 42.

⁶⁰ RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 127.

⁶¹ RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 120.

⁶² RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 129.

⁶³ BRITO, Adriano Naves de. Falácia naturalista e naturalismo moral: do é ao deve mediante o quero.

da ética⁶⁴. O que leva, inclusive, autores a afirmar que essa posição limita qualquer discussão ética⁶⁵.

Uma vez que a moral estaria fundada no sentimento, uma ação seria caracterizada como boa ou má por causa dos sentimentos e não da razão ou da natureza da coisa – acessível por meio da razão⁶⁶. A necessidade, nesse caso, é de uma investigação ética com base na experiência e no procedimento indutivo.

O arcabouço teórico de Hume foi retomado por G. E. Moore⁶⁷ com a expressão de “falácia naturalista”. No entanto, deve ser observado que a concepção radical de Hume não é adotada inteiramente por Moore para explicar a falácia naturalista. Isso, porque embora Moore rejeite o trânsito do natural ao moral, reconhece a posse de uma intuição ética especial, capaz de discernir o verdadeiro do falso – ainda que eles não habitem no plano do natural⁶⁸.

Para Moore, toda tentativa de definir o bom acaba por incorrer na falácia naturalista, por acabar, em algum momento, identificando o bom com definições naturais⁶⁹. O erro residiria na identificação do bom com um objeto natural, o que acarreta a inadequada passagem do ser para o dever ser⁷⁰. Agudelo Ramírez chega a afirmar que para Moore o bom não é definível⁷¹.

⁶⁴ RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 120.

⁶⁵ BRITO, Adriano Naves de. Falácia naturalista e naturalismo moral: do é ao deve mediante o quero, p. 217.

⁶⁶ RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 122.

⁶⁷ MOORE, 1993, p. 62.

⁶⁸ BRITO, Adriano Naves de. Falácia naturalista e naturalismo moral: do é ao deve mediante o quero, p. 219.

⁶⁹ BRITO, Adriano Naves de. Falácia naturalista e naturalismo moral: do é ao deve mediante o quero, p. 218.

⁷⁰ BRITO, Adriano Naves de. Falácia naturalista e naturalismo moral: do é ao deve mediante o quero, p. 219.

⁷¹ RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 130.

Como o bom não pode ser identificado a partir do natural – não pode ser identificado nas coisas ou nas propriedades destas –, a falácia naturalista está associada ao fracasso em distinguir a qualidade do bom e, a partir dela, o dever ser. Aí residiria o erro lógico da derivação entre ser e dever ser⁷².

Dessa forma, a falácia naturalista impugna como de uma relação “é/não-é” pode surgir uma nova relação “deve/não-deve”. Essas premissas seriam inteiramente diferentes e não poderiam ser consideradas como uma simples dedução uma da outra⁷³.

Essas distinções morais não podem ser percebidas pela razão, pois não são suscetíveis de serem consideradas como verdadeiras ou falsas. E os juízos morais não podem ser afirmados como verdadeiros ou falsos por serem avaliativos e não descritivos⁷⁴.

Nesse contexto, a alteração que Kelsen propõe para a Ciência do Direito – com a adoção de métodos das ciências naturais – funda-se sobre as bases que a epistemologia empirista de Hume assentou⁷⁵. Aliás, Kelsen chegar a citar G. E. Moore⁷⁶. Exatamente por isso era necessária uma norma pressuposta, para caracterizar a normatividade do Direito e, assim, realizar a transição para o dever ser⁷⁷.

O positivismo jurídico estava apenas usando as estradas abertas pelo empirismo – embora tenha sofrido do mesmo mal que imputou ao Direito Natural. Nesse contexto, deve ser destacado que, embora a falácia naturalista tenha sido direcionada ao Direito

⁷² RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 130.

⁷³ BRITO, Adriano Naves de. Falácia naturalista e naturalismo moral: do é ao deve mediante o quero, p. 220.

⁷⁴ RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas, p. 129.

⁷⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito.

⁷⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, p. 399.

⁷⁷ ALEXY, Robert. Conceito e validade do Direito, p. 115.

Natural, tendo em consideração a questão da moralidade, ela serviu também para questionar as bases do positivismo jurídico. Nino destaca muito bem que o positivismo tem o desafio de apresentar como fatos sociais vão ser dotados de sentido de obrigatoriedade⁷⁸.

Dentre outros fatores, a impugnação à possibilidade de identificar o Direito Natural constituiu um forte ataque ao Jusnaturalismo e colocou a resposta à falácia naturalista como uma condição de possibilidade de retomada dessa teoria. Assim como o positivismo centrou-se na busca de respostas às impugnações que lhes foram apresentadas – inclusive da falácia –, o Jusnaturalismo contemporâneo foi marcado pela busca de uma resposta ao argumento de Hume.

3. O direito natural revigorado por John Finnis

Para que o raciocínio jurídico conclua com uma posição de dever ser, alguma de suas premissas deve ser normativa. Por isso, no caso do Direito Natural, a questão central é identificar como a premissa do direito não-positivo adquire essa normatividade, esse sentido de obrigatoriedade.

A primeira solução poderia ser tentar retirar o conteúdo normativo das premissas, para que todo o silogismo pudesse ser apresentado na forma descritiva. Ou seja, o plano do dever seria completamente substituído pelo plano do ser. Isso, em geral, com recurso ao querer.

No entanto, o querer ocupa o plano fático subjetivo e o “querer que todos queiram” possui efetivamente um caráter normativo. Logo, para que haja uma obrigação é necessário que haja um acordo moral entre as partes⁷⁹. E, o dever sequer pode ser

⁷⁸ NINO, Carlos Santiago. La validez del derecho.

⁷⁹ BRITO, Adriano Naves de. Falácia naturalista e naturalismo moral: do é ao deve mediante o quero, p. 224.

afirmado a partir da constatação da vontade de todos sobre determinado objeto, porque o dever não depende da conjugação da vontade de todos⁸⁰.

Dessa forma, uma proposta de mediação entre o ser e o dever ser assentada no querer depende de um querer *moral*. Isto é, um querer que é dirigido ao querer de todos os demais e não somente do próprio agente⁸¹. Então, sempre alguma premissa desse silogismo (ainda que baseado no querer) cumpre um caráter normativo.

A outra solução seria defender a existência de fatos morais, que podem ser identificados no mundo como as demais propriedades naturais. No entanto, essa forma de naturalização – de redução do valor ao mundo fático – não é indispensável à solução da falácia naturalista⁸².

A retomada do Jusnaturalismo por meio da Nova Teoria do Direito Natural não apela a essas alternativas para fugir da alegada falácia. Ao contrário, tanto Finnis quanto Murphy reconhecem que é necessário admitir a existência de dois planos, um de ser e outro de dever ser.

A retomada do Direito Natural na contemporaneidade – especialmente na tradição analítica – passa por dois principais autores, John Finnis e Mark Murphy. A tentativa dos dois é travar um diálogo com Hart e Raz, principalmente, e reintroduzir a noção de Direito Natural da discussão sobre o conceito de Direito. Essa defesa, contudo, não poderia ignorar a contestação de Hume e Moore. No presente trabalho nosso foco será a defesa de John Finnis.

⁸⁰ BRITO, Adriano Naves de. Falácia naturalista e naturalismo moral: do é ao deve mediante o quero, p. 221.

⁸¹ BRITO, Adriano Naves de. Falácia naturalista e naturalismo moral: do é ao deve mediante o quero, p. 225.

⁸² BRITO, Adriano Naves de. Falácia naturalista e naturalismo moral: do é ao deve mediante o quero, p. 225.

Quando Finnis introduz essa discussão – logo na primeira parte de sua obra clássica⁸³ –, desde logo afirma que os expoentes clássicos do Direito Natural jamais realizaram uma inferência ilícita dos fatos para as normas. Essa, segundo Finnis, seria uma imagem popular do Direito Natural – que deveria ser abandonada, juntamente com a sua crítica⁸⁴.

Na concepção de Tomás de Aquino – que é a base da construção de Finnis – os primeiros princípios do Direito Natural podem ser apreendidos por qualquer um que tenha alcançado a idade da razão, são autoevidentes e são indemonstráveis⁸⁵. Não são, portanto, inferidos de princípios especulativos, dos fatos, de proposições metafísicas sobre a natureza humana ou a partir de uma concepção teleológica da natureza⁸⁶.

O Direito Natural assentado em uma concepção tomista não incorreria nesse problema, uma vez que o raciocínio prático começa por entender a natureza a partir de suas próprias inclinações, e não a partir de observações e juízos externos – sendo que isso continua sendo não-inferencial⁸⁷.

O Direito Natural, dessa forma, não faz referência a normas baseadas em juízos a respeito da natureza. Finnis deixa claro que Aquino realmente tratava a virtude como a conformidade à natureza; no entanto, o critério de conformidade continua sendo a razão prática⁸⁸. A questão do moralmente certo e errado é uma questão acerca do que é razoável.

Prosseguindo, Finnis destaca que a posição de Hume sobre a relação entre ser e dever ser pode ser interpretada de duas formas⁸⁹. A primeira, como exposta no tópico anterior. A segunda

⁸³ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais.

⁸⁴ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais, p. 44.

⁸⁵ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais, p. 44.

⁸⁶ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais, p. 45.

⁸⁷ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais, p. 45.

⁸⁸ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais, p. 46-47.

⁸⁹ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais, p. 48.

interpreta a visão da crítica de Hume como um ataque aos racionalistas do século XVIII – principalmente Samuel Clarke. Em todo caso é plenamente viável imputar a Hume a afirmação desse princípio de não derivação.

É interessante notar que Finnis reconhece a afirmação de Hume como verdadeira e significativa, embora negue a conclusão a que ele chegou⁹⁰. A concepção de Finnis é que o objetivo de Hume era refutar aqueles que defendiam a virtude como uma conformidade à razão, nomeadamente Clarke.

A posição de Clarke, um racionalista, era que as obrigações da moralidade poderiam ser derivadas da eterna razão e das coisas em si. Isso seria possível, pois a vontade de Deus determina que as relações entre as coisas sejam conforme a justiça, a equidade, a bondade e a verdade⁹¹.

Na visão de Clarke, como expressa por Finnis, as relações entre as coisas faziam surgir um dever, uma obrigação para as criaturas de agir de determinado modo (adequado e razoável)⁹². Sem dúvidas, como exposto no tópico anterior, Hume se volta contra uma visão assim.

Partindo de proposições óbvias e autoevidentes, a posição contraditada por Hume afirma que, uma vez conhecidas as proposições da razão, os homens devem governar suas ações de acordo com elas. Essas premissas seriam coativas, porque agir contrariamente a elas é agir contrariamente ao entendimento, como negar as proporções dos números⁹³.

Nesse caso, a falácia é completamente aplicável, tendo em vista que foi dado o passo inadequado de transição do ser para o dever ser. A crítica de Finnis é que um raciocínio como o de Clarke é incompleto porque não percebe que a transição do descritivo

⁹⁰ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais, p. 48.

⁹¹ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais, p. 49.

⁹² FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais, p. 50.

⁹³ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais, p. 51.

para o valorativo necessita que seja apresentado o propósito de se agir algumas vezes contrariamente aos próprios desejos e interesses⁹⁴.

A crítica de Hume, sobre esse ponto, é que uma coisa é mostrar as relações nas quais as medidas de certo e errado se baseiam, outra coisa é provar a conexão entre essa relação e a vontade – transformando essas medidas em algo obrigatório. E isso não seria viável a partir apenas da natureza humana⁹⁵.

Para entender o erro de Clarke e dessa concepção é necessário entender a supressão que foi realizada. Antes de Clarke, Grotius defendeu a validade da lei natural mesmo na hipótese da não-existência de Deus. Isso seria possível, pois a razão que o homem possui permite-lhe determinar aquilo que é agradável e aquilo que é pernicioso. Como consequência, o homem é capaz de entender o que é adequado à natureza humana e conforme a lei da natureza⁹⁶.

Dessa forma, o recurso de Grotius seria – como se tornou comum depois dele – a natureza das coisas. No entanto, a obrigatoriedade do certo e errado dependeria fundamentalmente da existência de um mandamento divino de que o certo seja feito e o errado seja evitado⁹⁷. Clarke assumiu a primeira premissa e rejeitou a segunda.

A solução apresentada por Finnis – e que o afasta do erro de Clarke – é considerar a razão prática, na qual a categoria fundamental é o bem (a ser buscado e realizado)⁹⁸. Hume, sem uma concepção viável de razoabilidade prática, não podia, obviamente, apresentar as respostas às próprias críticas⁹⁹.

⁹⁴ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 51.

⁹⁵ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 51.

⁹⁶ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 53.

⁹⁷ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 54.

⁹⁸ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 52.

⁹⁹ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 52.

Retomando a concepção tomista, Finnis equaciona a obrigatoriedade a partir da identificação das formas básicas de bem-estar humano (que ainda não é moral) como fins desejáveis¹⁰⁰. Isto é, na concepção de Finnis a saída à falácia naturalista passa necessariamente pelos bens, coisas a serem buscadas e realizadas na ação à qual a pessoa se orienta.

Nessa visão, a obrigação é possível não exclusivamente em razão de uma vontade superior (divina). Em Aquino e em Finnis a obrigação é uma necessidade racional de algum meio para um fim particular (um bem) da pessoa humana¹⁰¹. E a natureza humana é conhecida a partir do conhecimento acerca das potencialidades do homem, que são conhecidas por suas ações, as quais são conhecidas a partir de seus objetos – que são os diversos bens humanos básicos¹⁰².

Dessa forma, a solução encontrada na Nova Teoria do Direito Natural esposada por Finnis é o recurso a elementos que são pré-morais e anteriores aos fatos. No caso, o recurso é à razão prática e aos bens humanos básicos. Como esses elementos não são deduzidos de nada, são autoevidentes e indemonstráveis, eles servem de critério para a ação humana.

No entanto, esses bens e essa razão precisam entrar em contato com os fatos para que ganhem contornos. Por isso, a concepção tomista de Finnis não pode ser alvo das críticas ao racionalismo. O dever ser do Direito Natural, nesse sentido, depende da relação com os fatos e, portanto, mantém relação estreita com o direito positivo. Ao mesmo tempo, nesse modelo o direito positivo consegue superar o questionamento que a própria falácia lhe apresentava, uma vez que há uma derivação de dever ser que não partiu simplesmente dos fatos sociais.

¹⁰⁰ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 55.

¹⁰¹ FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*, p. 56.

¹⁰² FINNIS, John. 'Is and Ought in Aquinas'. In: *Reason in action*, p. 147.

A resposta a Hume, no entanto, não adere às suas premissas. A afirmação do Direito Natural, mesmo na concepção tomista de Finnis pressupõe a rejeição a vários dos pontos empiristas.

Considerações finais

Até o pensamento medieval não havia uma grande controvérsia acerca do critério de validade do direito positivo, pois a visão do Direito poderia ser definida como de coordenação. Ou seja, a lei humana relacionava-se com a lei natural, que, por sua vez, era uma expressão cognoscível da lei eterna – essa sim inacessível ao ser humano. Dessa forma, não havia uma dúvida profunda sobre a possibilidade de identificar o dever ser “natural” e, nessa identificação, limitar o positivo.

O primeiro gesto moderno, para afastar a ideia de uma lei racionalmente fixada pelo Logos Divino – embora cognoscível ao homem independentemente da fé –, centrou seus esforços na derivação do direito a partir da natureza humana. Dessa forma, a lei natural poderia ser derivada de um exercício racional. Na verdade, isso pode ser inserido dentro de um contexto mais abrangente de rejeição à possibilidade de identificar uma realidade objetiva não física. Uma rejeição à metafísica.

Em um segundo momento, a Modernidade rejeitou completamente o Direito Natural, em razão da acertada crítica de Hume sobre a impossibilidade de identificar a normatividade a partir de juízos fáticos. Isto é, o dever ser não decorre da constatação do ser. Como consequência, o Estado Moderno assumiu a pretensão de supremacia na afirmação das normas jurídicas, mais recentemente com base no princípio democrático.

No entanto, embora essa acusação possa ser enfaticamente sustentada em oposição ao Direito Natural, o positivismo também sentiu de forma intensa tal rejeição da relação “ser/dever ser” na análise da origem da normatividade das leis humanas. Afinal, o

positivismo precisava esclarecer como um fato social do mundo do ser passa a ter uma dimensão de dever ser.

A observação do ser social fundamenta e pode ser suficiente para o pensamento sociológico ou antropológico, mas não o é para o raciocínio jurídico. A discussão sobre o conceito de Direito envolve a discussão sobre a normatividade. Essa derivação do “dever ser”, então, precisa ser equacionada.

Centrando a análise na proposta contemporânea do Direito Natural, vemos que as transformações modernas e a crítica da falácia naturalista tiveram um claro efeito sobre essa teoria. O desafio para a retomada do Jusnaturalismo foi o desafio de explicar como o Direito Natural obriga.

E essa discussão, no âmbito do Direito, indaga se a teoria contemporânea do Direito Natural pode ser considerada efetivamente jurídica. O desafio à lei natural no âmbito jurídico é explicar como ela pode servir de parâmetro de validade para as normas positivas. É esse ponto que faz com que a discussão da lei natural não seja apenas de caráter ético ou político, e sim jurídico. Essa discussão, então, é sobre como a lei natural cria o dever ser.

Antes de tentar solucionar os problemas judiciais – de como efetivamente realizar eventual controle do direito positivo pelo direito natural –, é necessário que a teoria contemporânea do Direito Natural apresente uma proposta jurídica consistente que não reviva apenas os aspectos éticos e políticos da lei natural, e sim o conceito jurídico de validade dessa lei. Afinal, o gesto do positivismo jurídico não é de negar a existência de uma lei natural de ordem ética ou política.

Dessa forma, a retomada atual do Jusnaturalismo – se se propõe a dar uma resposta ao positivismo jurídico – tem como missão afirmar a lei natural como critério de validade da lei positiva. Caso contrário, nem discordância haverá entre os dois: ainda que exista uma lei natural, se essa servir apenas para apreciar a justeza do direito positivo, sem afetar sua validade, em nada o positivismo foi contestado. Nessa hipótese, todo o esforço

do Direito Natural nas últimas décadas poderia ser visto como uma contribuição à filosofia política e à filosofia moral, mas de pouca relevância à filosofia do direito.

Essa discussão toda, no entanto, pressupõe a resposta a Hume. Como visto, Finnis encontra em Aquino a forma de sustentar a lei natural com caráter de dever ser, sem incorrer na falácia naturalista. O “natural” dessa concepção não se confunde com a “natureza” – do que quer que seja. Isso, pois toda a exposição de Finnis é para demonstrar como a razão prática e os bens humanos que geram o dever ser não são derivados de algo e, em segundo lugar, como eles possuem uma relação com o mundo – e não apenas em um plano abstrato.

O fato de Finnis ter aderido à rejeição de Hume (pelo passo incorreto entre ser e dever ser) e discordado da sua conclusão não significa que o Direito Natural possa ser compreendido dentro de uma visão empirista. Embora o Direito Natural de vertente tomista seja plenamente compatível com a crítica da falácia naturalista, é difícil afirmar o mesmo em relação às premissas de Hume e Moore.

A rejeição completa a todo elemento que não é físico e a redução do conhecimento à experiência são pressupostos rejeitados pela posição tomista de Finnis. E é indispensável que assim o seja. O desenvolvimento desse tema capital, porém, exige uma discussão que extrapola os limites desse trabalho.

Para concluir, conservando os pressupostos de Hume, perguntar sobre a possibilidade do Direito Natural soa como perguntar quantas horas têm um quilômetro ou se o amarelo é quadrado ou redondo. Comprometer-se com os pressupostos do Direito Natural implica rejeitar os pressupostos do empirismo. A falácia naturalista tem uma resposta do Direito Natural exatamente na medida em que não depende da adesão aos pressupostos de Hume.

Referências

- ALEXY, Robert. Conceito e validade do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. Vol. IV e VI. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRITO, Adriano Naves de. Falácia naturalista e naturalismo moral: do é ao deve mediante o quero. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 215-226, Jun/2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So100-512X2010000100_011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 Dez. 2015.
- FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais. São Leopoldo: Unisinos, 2007.
- , 'Is and Ought in Aquinas'. In: Reason in action. 'Is and Ought in Aquinas'. In: Reason in action. Oxford: Oxford University Press, 2011. pp. 144-155.
- HUME, David. An enquiry concerning the principles of morals. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- ISRAËL, Nicolas. Genealogia do Direito moderno: o estado de necessidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- MOORE, G. E. Principia Ethica. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- MURPHY, Mark C. Natural Law in Jurisprudence and Politics. Cambridge: Cambridge, 2009.
- NINO, Carlos Santiago. La validez del Derecho. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012.

PETTERSEN, Bruno Batista. A naturalização da epistemologia: empirismo, ciência e semântica em Quine. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

RAMÍREZ, Martín Agudelo. El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos: bases ontológicas. Salamanca. Tese de Doutorado em Filosofia. Universidade de Salamanca, 2010.

RAMPAZZO, Lino. NAHUR, Március Tadeu Maciel. Princípios jurídicos e éticos em São Tomás de Aquino. São Paulo: Paulus, 2015.

VOEGELIN, Eric. História das ideias políticas: Idade Média até Tomás de Aquino. Vol. 2. São Paulo: É Realizações, 2012.

El originalismo de intenciones: tres tesis y dos objeciones¹

*Luciano D. Laise*²

Sumario

Introducción

1. Primera tesis: la distinción entre “intenciones” y “motivos”
2. Segunda tesis: los titulares de la “intención original”
3. Tercera tesis: la centralidad del “significado del hablante”
4. Balance sintético
5. Primera objeción: la inevitable discrecionalidad judicial
6. Segunda objeción: el argumento del regreso al infinito

A modo de conclusión

Referências

Introducción

El originalismo se ha vuelto uno de los temas centrales de la teoría constitucional contemporánea en el ámbito estadounidense de los últimos veinticinco años³. Se podría afirmar que los más

¹ Agradezco al Prof. Manuel García-Mansilla (Universidad de San Andrés, Argentina) y a la Prof. Pilar Zambrano (Universidad de Navarra, España), por haberme brindado muchas ideas y sugerencias que enriquecieron significativamente a una primera versión de este trabajo. Todas las imperfecciones remanentes van exclusivamente por mi cuenta.

² Doctor en Derecho (Universidad Austral, Argentina). Profesor de Teoría de la Constitución y Teoría del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Universidad de La Sabana, Campus Universitario del Puente del Común, Colombia). E-mail: luciano.laise@unisabana.edu.co

³ SOLUM, Lawrence B. “What is Originalism?: The Evolution of Contemporary Originalist Theory”, Grant Huscroft; Bradley W. Miller (ed.). *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, p. 12.

recientes avances teóricos del originalismo han superado definitivamente las fronteras del ámbito académico en el célebre caso “District of Columbia v. Heller” (2008) de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América⁴. Sin embargo, cabe poner de relieve que el originalismo no configura una aproximación teórica homogénea sino una “familia de teorías” sobre la interpretación constitucional⁵. Dicho en otras palabras, no hay un solo originalismo sino varios.

No obstante, la mayor parte de los autores que defienden alguna variante del originalismo suelen respaldar, implícita o explícitamente, la sistematización de la tradición originalista que ha formulado Lawrence Solum. Tal autor mantiene que existen dos afirmaciones centrales en las cuales convergen todos —o al menos casi todos— los autores que se autodenominan “originalistas”: 1) *la tesis de la fijación* que mantiene que el contenido semántico de cualquier disposición constitucional fue fijado al momento en que el texto constitucional fue aprobado o ratificado; salvo que mediase una reforma o enmienda constitucional. 2) *La tesis de la contribución* por la cual se afirma que el significado original de la Constitución contribuye al contenido y desarrollo de las prácticas constitucionales actuales⁶. Con todo, es justo reconocer que, incluso en las discusiones internas del originalismo, existen

⁴ En junio de 2008, en el caso “Heller V. District of Columbia”, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de una ley del Distrito de Columbia que prohibía la posesión de armas de fuego en el hogar, bajo el argumento de que esa regulación legal era contraria a la segunda enmienda de la Constitución. En este último caso, el juez Scalia, uno de los máximos referentes del “nuevo originalismo”, fue quien lideró el voto de la mayoría. La citada sentencia constituyó uno de los ejemplos paradigmáticos de la aplicación del método interpretativo que propone el “nuevo originalismo”. “District of Columbia v. Heller”: (2008) 554 U.S. 570.

⁵ SOLUM, Lawrence B. “Semantic Originalism”. Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers, Series No. 07-24, 2008, 176 pp. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244 [fecha de visita: 02 de octubre de 2014] pp. 2-6.

⁶ SOLUM, Lawrence B. “What is Originalism?: The Evolution of Contemporary Originalist Theory”, ob. cit., pp. 33-35.

divergencias sobre las implicancias y consecuencias teóricas que se siguen de ambas tesis⁷.

La diferencia específica que caracteriza al originalismo intencionalista es que el significado de las normas constitucionales remite a las intenciones originales de los constituyentes — *framers*— o también, en el caso estadounidense, a las intenciones de los ratificadores; vale decir, las personas encargadas de ratificar el texto constitucional en las asambleas o convenciones estatales. La tesis de la contribución mantiene que el originalismo de intenciones originales es capaz de guiar a los intérpretes constitucionales actuales frente a la resolución de casos reales y concretos ⁸. En efecto, Bork, uno de los representantes paradigmáticos del originalismo intencionalista, ha sostenido que interpretar el lenguaje de la Constitución a la luz de las intenciones originales de los constituyentes sería la única manera en que la Constitución puede traducirse en derecho vigente⁹. Aún más, el citado autor estadounidense ha llegado a sostener que ninguna otra metodología interpretativa sería capaz de lograr esto último¹⁰.

Situados en este contexto teórico, en este trabajo me propongo analizar los desarrollos teóricos de lo que se dio en llamar: “originalismo de intenciones” —también “viejo originalismo”—. Vale aclarar que aquí se examinarán las principales contribuciones teóricas contemporáneas al originalismo de intenciones que se gestaron en el ámbito

⁷ SOLUM, Lawrence B. “Semantic Originalism”, *ob. cit.*, p. 11. Los desacuerdos actualmente se profundizan a la hora de brindar una justificación normativa del originalismo; esto es, al momento de proporcionar razones por las cuales los intérpretes deberían aplicar la metodología interpretativa que propugnan las versiones más recientes del originalismo, WHITTINGTON, Keith E. “Originalism: a Critical Introduction”, *Fordham Law Review*, vol. 82, 2013, pp. 394-400.

⁸ SOLUM, Lawrence B. “What is Originalism?: The Evolution of Contemporary Originalist Theory”, *ob. cit.*, p. 17. ALEXANDER, Larry. “Simple-Minded Originalism”, G. Huscroft and B. W. Miller (ed.), en *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, p. 88.

⁹ BORK, Robert H. “The Original Intent and the Constitution”, *Humanities*, vol. 7, n° 1, 1986, p. 26. ALEXANDER, Larry. “Originalism, The Why and The What”, *Fordham Law Review*, vol. 82, 2013, pp. 540-541.

¹⁰ BORK, Robert H. “The Original Intent and the Constitution”, *ob. cit.*, p. 26.

estadounidense, cuyo origen se remonta a principios y mediados de los años ochenta¹¹. Lo último de ningún modo implica negar la existencia de desarrollos teóricos en trabajos doctrinarios anteriores a esa época¹² e, incluso, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América¹³.

He optado por analizar los trabajos de autores de los años ochenta porque en ese tiempo el originalismo —en su versión intencionalista— comienza a presentarse como un movimiento teórico y práctico que pretende formular un paradigma interpretativo alternativo con la pretensión de guiar las prácticas interpretativas judiciales¹⁴. En tal sentido, como afirman Whittington y Goldford, el originalismo de intenciones pretendía ofrecer un marco alternativo —tanto teórico y práctico— a los controvertidos precedentes judiciales que dictó la Corte de Warren y sus herederos en materia de derechos civiles —*Civil Rights*, en la terminología constitucionalista estadounidense—¹⁵. Más en

¹¹ SOLUM, Lawrence B. “What is Originalism?: The Evolution of Contemporary Originalist Theory”, ob. cit., p. 16.

¹² En rigor, podría rastrearse antecedentes teóricos del originalismo de intenciones en trabajos de principios del S. XX como, por ejemplo, MACHEN, Arthur W. Jr. “The Elasticity of the Constitution”. *Harvard Law Review*, vol. 14, n° 3, 1900-1901, pp. 200-216. Del mismo autor, “The Elasticity of the Constitution II”. *Harvard Law Review*, vol. 14, n° 4, 1900-1901, pp. 273-285. En el contexto de la interpretación legal, dentro de la tradición anglosajona, la remisión a las intenciones originales se puede remontar incluso hasta la obra de Blackstone quien mantenía que: “The best way to interpret the will of legislator is by exploring his intentions at the time the law was made.” BLACKSTONE, William, *Commentaries of the Law of England, 1765-1769*, p. 15 [Se cita por la edición de WM. Hardcastle Browne, St. Paul: West Publishing Co., 1897]. Aún más, siempre en referencia a la interpretación de la ley positiva, también existen apelaciones a las intenciones de legislador como fundamento de la interpretación jurídica en los textos del Aquinate (S. XIII). AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica, I-II*, q. 96, a. 6. [Se cita por la edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España, Madrid: B. A. C., 1998.]

¹³ Por ejemplo, “*Holden v. Hardy*” (1898): 169 U. S. 366, 390.

¹⁴ Más específicamente, “Although the originalism debate brewed quietly in academic and intellectual circles throughout the 1970s, the general public’s awareness of it was stimulated by the determined and single-minded jurisprudential agenda of the Reagan administration during the 1980s”. GOLDFORD, Dennis J. *The American Constitution and the Debate over Originalism*, p. 1.

¹⁵ GOLDFORD, Dennis J. *The American Constitution and the Debate over Originalism*, ob. cit., p. 1. WHITTINGTON, Keith E. “The New Originalism”. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 2, 2004, p. 601.

concreto, esta última corriente de la teoría originalista se centró principalmente en dos cuestiones: (i) proponer un método interpretativo que permitiría garantizar la autorrestricción del poder judicial. Es decir, el originalismo de intenciones solía presentarse como un medio idóneo para limitar la discrecionalidad judicial en lo que hace a la interpretación de la Constitución¹⁶. (ii) El originalismo intencionalista pretendía otorgarle una preeminencia a las decisiones de las mayorías legislativas por sobre las interpretaciones del texto constitucional que pudieran desplegar los jueces. En síntesis, a partir de los años ochenta, el originalismo intencionalista aspira a consolidarse como un paradigma interpretativo alternativo capaz de enfrentarse con los marcos teóricos en los que se apoyaban las controvertidas sentencias de la Corte de Warren, particularmente en materia de “derechos civiles” —*civil rights*, en la terminología constitucional estadounidense—.

La bibliografía que se examinará proviene exclusivamente del mundo anglosajón —particularmente de los Estados Unidos de América— y, siendo más específico, se pondrá el foco de interés sobre las fuentes directas del originalismo de intenciones. Es decir, centraré las discusiones bibliográficas en los textos de los autores que defienden el originalismo intencionalista. Esta elección se justifica en dos razones principales. La primera es que el debate sobre la interpretación originalista de la Constitución ha tenido —y sigue teniendo— una incomparable difusión, extensión y profundidad en el constitucionalismo estadounidense contemporáneo. En segundo lugar, se puede advertir que prácticamente no existen trabajos monográficos en lengua castellana relativamente actualizados que discutan focalmente los principales desarrollos teóricos estadounidenses sobre la “familia de teorías” originalistas —en general—, ni del originalismo de

¹⁶ WHITTINGTON, Keith E., “The New Originalism”, ob. cit., p. 60z.

intenciones —en particular—¹⁷. Asimismo, incluso en la literatura jurídica norteamericana apenas se ha ido más allá de las discusiones centradas en el concepto de autoridad y Constitución que presupone el originalismo de cuño intencionalista¹⁸.

¹⁷ Excepcionalmente, aunque se trata de una monografía que ha quedado desactualizada, LORA DEL TORO, Pablo. *La interpretación originalista de la Constitución*. Una aproximación desde la filosofía del derecho, Madrid: C.E.P.C., 1998, passim. Vale aclarar que el citado autor no realizó investigaciones tendientes a examinar los avances y desarrollos de las teorías originalistas posteriores a la citada monografía. En cambio, se dedicó a investigar sobre temas de “ética aplicada”, como “derechos de los animales” y “bioética”. Lo último ha sido confirmado por el Prof. Lora del Toro en un intercambio de correos electrónicos con el autor de este trabajo. [Comunicación personal: 06-IV-2014]. En la doctrina hispanoparlante existen algunas otras pocas referencias conceptuales a la interpretación originalista de la Constitución en algunos trabajos panorámicos sobre temas de interpretación constitucional. En ese orden de ideas, cabría mencionar a Sagués quien ha sostenido que toda interpretación constitucional presupone un determinado concepto de Constitución. En el caso del originalismo, según el citado autor argentino, éste presupone una “Constitución-estatua” que implicaría un “(...) cuerpo rígido, inmutable e incorrupto, compuesto por reglas también ya diseñadas que cabe lealmente cumplir. Y esa lealtad significa —básicamente— respetar la letra y el espíritu del constituyente histórico. La doctrina de la «Constitución-Estatua» se vincula con la idea de la «Constitución-testamento»: un documento (ley fundamental) que fija las ideas y las órdenes del constituyente histórico, y que debe ser obedecido y realizado de modo que su ejecución cumpla exactamente con sus intenciones. El intérprete de la Constitución pasa aquí a ser el «albacea» de ella”. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*, p. 22.

¹⁸ Los estudios teóricos sobre el originalismo de intenciones, como señala Kavanagh, suelen centrarse casi exclusivamente en discutir o defender un determinado concepto de autoridad de la Constitución que presupone esa versión del originalismo. En efecto, la mayoría de los autores prestan escasa atención a las cuestiones metodológicas o a los presupuestos semánticos sobre los cuales se apoya la mencionada teoría interpretativa. KAVANAGH, Aileen. “Original Intention, Enacted Text, and Constitutional Interpretation”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 47, 2002, p. 294. En contraste a lo que señala Kavanagh, en el ámbito latinoamericano cabe destacar un trabajo muy interesante que parte de las críticas al originalismo —en general, no solo del originalismo estadounidense— para luego proponer una serie de estándares interpretativos que justificarían el uso apropiado de una técnica interpretativa de corte originalista. VERDUGO RAMÍREZ, Sergio; GARCÍA G, José Francisco. “El (mal) uso de la técnica originalista de interpretación. A propósito del Caso de Luciano Cruz-Coke”, *Revista de Derechos Fundamentales*, n° 10, 2013, p. 147. Beltrán de Felipe emplea una metodología de investigación similar a la de Vergudo Ramírez y García G., al punto que en la introducción de su trabajo sostiene: “(...) para reflejar la polémica entre Dworkin y Bork no he manejado, como fuentes originales, más que los artículos de este último, de modo que las teorías de Bork no quedan recogidas sino de forma indirecta”. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Originalismo e interpretación*. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional, Madrid: Civitas, 1989, p. 24. En contraste, la metodología del presente trabajo es sustancialmente distinta a la empleada por los citados autores chilenos y a la del mencionado profesor español. En efecto, focalizaré mi interés teórico en examinar la consistencia metodológica del originalismo a partir de la descripción de las tesis nucleares o centrales que mantienen las propias defensas teóricas de autores que intervinieron directamente en el debate originalista estadounidense —en su variante intencionalista— y no de las respuestas, observaciones o críticas a tales esfuerzos teóricos.

Si bien el estudio de alguna de las versiones del originalismo estadounidense contemporáneo podría resultar un tema de sumo interés para la teoría constitucional norteamericana, a mi entender, una investigación sobre una de ellas en particular —el originalismo de intenciones— podría echar luz sobre la práctica constitucional argentina. En apoyo de esto último, vale recordar que las referencias a las “intenciones del constituyente” o a “las intenciones del legislador” no son infrecuentes en varias sentencias recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, incluso ante casos de suma relevancia institucional¹⁹. Más aún, el citado tribunal ha manifestado que la interpretación jurídica no se agota en el texto a interpretar, sino que, además, debe dar pleno efecto a la intención del legislador²⁰. Tales referencias a la jurisprudencia reciente del máximo tribunal argentino permitirían sugerir que la remisión a las intenciones del constituyente —o del legislador— no representa simplemente un recuerdo del pasado. Antes bien, lo último exige discutir la consistencia metodológica del originalismo intencionalista. En otras palabras, el efectivo uso de directivas interpretativas originalistas en la jurisprudencia de la máxima instancia judicial argentina configura la ocasión propicia para estudiar críticamente los principales desarrollos teóricos del originalismo intencionalista.

Este trabajo se estructurará con el siguiente hilo argumental: una primera parte en la cual se enunciarán tres aseveraciones sintéticas sobre las directivas interpretativas y los principales

¹⁹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha justificado uno de sus fallos institucionales más relevantes de los últimos años con una apelación tanto al argumento de la “intención de legislador” como a las “intenciones del constituyente”. *Rizzo c/ Poder Ejecutivo Nacional* (2013), Corte Suprema de Justicia de la Nación 18 de junio 2013 (s/ Acción de Amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ley 26.855 - Medida Cautelar), consid. 16 y 22 del voto de la mayoría, respectivamente. *Fisco Nacional Dirección General Impositiva c/ Llámenes S.A.* (2007), Corte Suprema de Justicia de la Nación 6 de noviembre de 2007. (s/ Recurso de Hecho), consid. 16. *NSS S.A. c/ GCBA* (2014), Corte Suprema de Justicia de la Nación 15 de julio de 2014 (s/ proceso de conocimiento), consid. 17.

²⁰ Vale aclarar que el citado tribunal argentino no ha planteado distinciones significativas entre dar pleno efecto a las intenciones del legislador y dar pleno efecto a las intenciones del constituyente. *Ídem*.

presupuestos semánticos del originalismo intencionalista. En la segunda parte se esbozarán los lineamientos generales de dos posibles objeciones a esa teoría interpretativa originalista.

Me permito dejar en claro que este trabajo de ningún modo tiene pretensiones de completa exhaustividad. El objetivo general es algo más modesto y se limita a introducir al lector hispanoparlante a los principales desarrollos teóricos contemporáneos del originalismo de intenciones desde las fuentes provenientes de la doctrina estadounidense contemporánea y, a la vez, pretendo brindar una serie de observaciones críticas a esa teoría interpretativa originalista. En tal sentido, la valoración crítica que se realizará en este artículo, en buena medida, descansa en argumentos provenientes de la filosofía del derecho y la filosofía del lenguaje, como una buena parte de los desarrollos teóricos actuales en materia de interpretación constitucional. Sin embargo, el interés por estas últimas cuestiones filosóficas resulta estrictamente funcional al objetivo central o primordial de este trabajo: describir las tesis nucleares del originalismo intencionalista y señalar dos limitaciones internas a tal método interpretativo.

1. Primera tesis: la distinción entre “intenciones” y “motivos”

Una de las aseveraciones específicas sobre la que se apoya el presente trabajo es la distinción entre “intenciones” y “motivos”²¹. Los últimos, como sostiene Michaels, refieren a los estados mentales de las personas que redactaron un texto²². De hecho, los miembros de una convención constituyente —originaria, ratificadora o reformadora— podrían haber concebido en su mente la consecución de determinados resultados particulares que

²¹ MICHAELS, Walter Benn. “Intentionalism, Again”, *Cardozo Studies of Law & Literature*, vol. 1, 1989, pp. 89-90.

²² MICHAELS, Walter Benn. “Intentionalism, Again”, *Cardozo Studies of Law & Literature*, vol. 1, 1989, p. 90.

impulsaron sus acciones dirigidas a redactar o aprobar las normas constitucionales puestas a su consideración. Por ejemplo, puede que un convencional constituyente haya propuesto una determinada moción con el objetivo de conseguir un beneficio personal de índole financiera²³. Sin embargo, tal clase de estados mentales no configurarían más que *motivos* que de ningún modo podrían ser considerados como elementos relevantes o decisivos para “descubrir”²⁴ el significado lingüístico original de un concepto enunciado en el texto constitucional²⁵.

En contraste, lo que sí resultaría relevante para el desarrollo de la interpretación jurídicas son las *intenciones* —no los motivos— de las personas que redactaron el texto constitucional. Estas últimas, como lo afirman Michaels, Kay y Alexander, remiten a lo que los autores efectivamente pretendieron significar con cada una de las formulaciones lingüísticas por medio de las cuales se enuncian las disposiciones constitucionales²⁶. Más aún, el

²³ En la práctica legislativa argentina ha sido famoso el caso en el cual se discutía si el gobierno del presidente Fernando de la Rúa sobornó a senadores de los partidos opositores para que aprobaran la ley de reforma laboral. Finalmente, quedó firme la sentencia judicial en la que fueron absueltos todos los acusados. No obstante, suponiendo hipotéticamente que hubieran sido demostradas tales acusaciones, el interés de los legisladores por obtener las sumas de dinero prometidas no sería más que un “motivo” y no una “intención” de lo que los legisladores pretendieron significar con el texto normativo que aprobaron. Para una crónica periodística del caso, H. CAPIELLO, “Absuelven a De la Rúa y al resto de los acusados en el caso de los sobornos”, La Nación [disponible en: www.lanacion.com.ar/1650534-despues-de-13-anos-la-justicia-absolvio-a-de-la-rua-en-el-escandalo-de-los-sobornos] [fecha de visita: 02 de octubre de 2018] pp. 2-6.

²⁴ Nótese que fue absolutamente deliberado el uso de la palabra “descubrir” en el cuerpo de este trabajo. En efecto, resulta coherente con el originalismo no utilizar palabras como “determinación” o, incluso, “atribución”. Así, lo que he pretendido poner de relieve con el uso del vocablo “descubrir” es que la metodología interpretativa originalista postula que la interpretación se dirige estrictamente a dilucidar un hecho empírico de índole lingüístico que acaeció en un determinado momento del pasado. Entre quienes afirman esto último de modo directo o explícito, desde una defensa de una teoría originalista, SOLUM, Lawrence B., “Semantic Originalism”, *ob. cit.*, p. 51, nota 161.

²⁵ MICHAELS, Walter Benn. “Intentionalism, Again”, *ob. cit.*, p. 90. KAVANAGH, Aileen. “Original Intention, Enacted Text, and Constitutional Interpretation”, *ob. cit.*, p. 264. MALTZ, Earl M. “The Failure of Attacks of Constitutional Originalism”, *Constitutional Commentary*, vol. 4, 1987, p. 49.

²⁶ KAY, Richard S. “Adherence to The Original Intentions in Constitutional Adjudication: three Objections and Responses”, *Northwestern University Law Review*, vol. 82, n° 2, 1988, p. 231. MICHAELS, Walter Benn. “Intentionalism, Again”, *ob. cit.*, p. 95. ALEXANDER, Larry. “Simple-Minded Originalism”, *ob. cit.*, p. 94.

significado de una disposición constitucional se reduciría a lo que los autores quisieron prescribir públicamente al momento de enunciar tal disposición a través de una determinada formulación lingüística incorporada al texto constitucional²⁷.

2. Segunda tesis: los titulares de la “intención original”

Parafraseando a Dworkin, no solo es necesario determinar *qué* son las “intenciones originales” (*original intent*) sino que, ante todo, resulta imprescindible especificar *cuáles* son aquellas intenciones sobre las cuales se habrá de desarrollar la metodología interpretativa que propone el originalismo intencionalista²⁸. Más concretamente, *¿de quiénes* son las intenciones relevantes para llevar a cabo la metodología interpretativa que propugna la versión del originalismo que se examina en este trabajo? Frente a esta última cuestión, las defensas del originalismo intencionalista han elaborado dos clases de respuestas.

(i) Algunos autores, como Maltz, Alexander y Berger, defienden la tesis de que el intérprete tendría el deber de llevar a cabo prácticas interpretativas dirigidas a determinar cuáles eran las intenciones originales de los Constituyentes al momento de sancionar el texto constitucional²⁹. El originalismo de intenciones

²⁷ ALEXANDER, Larry. “Simple-Minded Originalism”, ob. cit., pp. 87-88.

²⁸ DWORKIN, Ronald. “The Forum of Principle”, *New York University Law Review*, vol. 56, 1981, pp. 475-476. En un sentido similar, Kay y Jaffa se preguntan de quiénes —de qué grupos—son las intenciones que resultan relevantes para la interpretación constitucional. KAY, Richard S. “Adherence to The Original Intentions in Constitutional Adjudication: three Objections and Responses”, ob .cit., pp. 245-251. JAFFA, Harry V. “What were the ‘Original Intentions’ of the Framers of the Constitution of the United States?”, *University of Puget Sound Law Review*, vol. 10, 1987, p. 355. Para uno de los pocos estudios en lengua castellana que trata sobre el problema de los titulares de las intenciones originales, aunque se concentra exclusivamente en el debate entre Ronald Dworkin y Robert H. Bork, BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional*, Madrid: Civitas, 1989, *passim*.

²⁹ MALTZ, Earl M. “The Failure of Attacks of Constitutional Originalism”, ob. cit., p. 43. BERGER, Raoul, “Originalist Theories of Constitutional Interpretation”, *Cornell Law Review*, vol. 73, 1988, pp. 350-351. ALEXANDER, Larry. “Simple-Minded Originalism”, ob. cit., p. 94. En un sentido similar, FARBBER, Daniel, “The Originalism Debate: a Guide for the Perplexed”, *Ohio State Law Journal*, vol. 49, 1989, p. 1086.

se apoyaría sobre una directiva interpretativa fundamental: el método para interpretar la Constitución prescribe la especificación de lo que públicamente pretendieron significar los constituyentes al momento de enunciar cada una de las normas constitucionales³⁰.

(ii) Existe una segunda variante del originalismo intencionalista que mantiene que las “intenciones originales” remiten al significado que los ratificadores —las personas que ratificaron el texto constitucional— pretendieron prescribir al momento de poner en vigencia el texto constitucional³¹. Esta última variante, defendida por Lofgren, Rotunda y Maggs, presenta un particular interés cuando se trata de interpretar una Constitución que atravesó un arduo proceso de ratificación. Es aún más relevante esta variante si el proceso ratificatorio tuvo lugar sin que las personas encargadas de ratificar el texto constitucional pudieran acceder a los registros taquigráficos de los debates que le antecedieron en la respectiva convención originaria. Lo anterior se puede advertir paradigmáticamente, como señala Lofgren, en el caso de la Constitución de Estados Unidos de América³².

³⁰ MALTZ, Earl M. “The Failure of Attacks of Constitutional Originalism”, ob. cit., p. 47. Más aún, se ha sostenido que “Interpreting the Constitution’s general language according to our best understanding of the original intent of the Framers is the only way in which the Constitution can be law (...) No other method of constitutional adjudication can accomplish that”. BORK, Robert H. “The Original Intent and the Constitution”, ob. cit., p. 26. [El destacado me pertenece]. En un trabajo reciente, en un sentido prácticamente idéntico a esta última cita de Bork, GRAGLIA, Lino A., “Originalism and the Constitution: Does Originalism Always Provide the Answer?”, Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 34, n° 1, 2011, p. 86.

³¹ LOFGREN, Charles A., “The Original Understanding of Original Intent?”, Constitutional Commentary, vol. 5, 1988, p. 79. ROTUNDA, Ronald D., “Original Intent, the View of the Framers, and the Role of Ratifiers”, Vanderbilt Law Review, vol. 41, 1988, p. 512. Maggs, Gregory E., “Which Original Meaning of the Constitution Matters to Justice Thomas?”, New York University Journal of Law and Liberty, vol. 4, 2009, p. 497.

³² LOFGREN, Charles A., “The Original Understanding of Original Intent?”, ob. cit., pp. 81-82.

3. Tercera tesis: la centralidad del “significado del hablante”

Desde el punto de vista del concepto de “significado”, el originalismo intencionalista se apoya en una distinción que ya se ha vuelto canónica en la filosofía del lenguaje contemporánea. Tal es la diferencia entre “significado del hablante” —*speakers meaning*— y “significado de la oración” —*sentence meaning*—³³.

El “significado del hablante” se podría explicar a través de una respuesta a una típica pregunta que suele suscitar casi cualquier práctica comunicativa: “¿qué quiso decir el emisor X al afirmar Y?” Lo dicho anteriormente, llevado al contexto de las prácticas comunicativas de índole constitucional, plantearía interrogantes tales como, ¿qué fue lo que quisieron significar los constituyentes argentinos al sancionar la norma constitucional que establece: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”³⁴?

En contraste, el “significado de las oraciones”, siempre en el marco de una teoría originalista de la interpretación constitucional, mantiene que el contenido semántico de las disposiciones que integran el texto constitucional —originario y reformado— se reduce al significado convencional que compartía un “usuario razonable” de la época en que ese texto fue puesto en vigencia. En efecto, la cuestión fundamental para descubrir o reconocer cuál era

³³ SOLUM, Lawrence B., “Semantic Originalism”, ob. cit., p. 34. Para una referencia a defensas del originalismo de intenciones que citan a los textos de Grice: KAY, Richard S. “Adherence to The Original Intentions in Constitutional Adjudication: three Objections and Responses”, ob. cit., pp. 230-231 y también ALEXANDER, Larry, “Simple-Minded Originalism”, ob. cit., p. 88.

³⁴ Art. 33 de la Constitución de la Nación Argentina. Para un estudio reciente sobre el significado original de la mencionada norma enunciada en el texto constitucional argentino, GARCÍA-MANSILLA, Manuel J., “¿Presunción de constitucionalidad o presunción de libertad? Un análisis desde el artículo 33 de la Constitución nacional”. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, vol. 40, 2013, pp. 8-118.

el significado de una clausula particular del texto constitucional se podría reducir a interrogantes como, por ejemplo, “¿qué hubiera significado “penas crueles” para un usuario razonable del lenguaje de la época en que fue aprobada la octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América³⁵?

Así, en el campo del originalismo de intenciones, la idea de significado del hablante supone preguntarse centralmente qué fue lo que pretendieron prescribir los constituyentes al enunciar cada una de las normas que integran el texto constitucional³⁶. Aún más, la noción de significado del hablante lo que propone distintivamente es que se le debe asignar preeminencia o prioridad a lo que pretendió comunicar el emisor —“significado del hablante”— por sobre lo que literalmente se transmitió —“significado de la oración”—.

Lo último resultaría especialmente relevante porque no siempre se guarda una estricta correspondencia entre lo que el autor del texto pretendió significar y lo que efectivamente fue comunicado por medio de los enunciados constitucionales. En definitiva, en caso de conflicto entre el significado convencional original de un concepto y aquello que fue pretendido por los constituyentes, el originalismo intencionalista sostiene que ha de prevalecer lo segundo por sobre lo primero.

4. Balance sintético

La semántica sobre la cual se apoya el originalismo de intenciones, plantea que cuando una asamblea constituyente aprueba una Constitución existirían razones suficientes para afirmar que el significado de las disposiciones constitucionales equivale a lo que los autores o ratificadores de esas disposiciones pretendieron prescribir. A su vez, lo último depende de lo que la

³⁵ SOLUM, Lawrence B., “Semantic Originalism”, ob. cit., p. 51.

³⁶ BERGER, Raoul, “Originalist Theories of Constitutional Interpretation”, ob. cit., p. 351.

comunidad lingüística destinataria fuera capaz de reconocer como aquello que los autores quisieron prescribir a través de las formulaciones lingüísticas por las cuales fueron enunciadas cada una de las normas constitucionales³⁷. Por consiguiente, los autores del texto constitucional se habrían servido del significado convencional de las palabras o frases al momento de enunciar cada una de las normas constitucionales³⁸. Aún más, el contenido semántico de los enunciados constitucionales haría referencia exclusivamente a las convenciones lingüísticas que compartía una determinada comunidad de usuarios del lenguaje constitucional. En otros términos, lo que la asamblea constituyente pretendió significar resultaría inteligible para el resto de la comunidad lingüística en la medida en que tales normas remitan al significado convencional de las palabras y frases que integran el texto constitucional.

En consecuencia, el originalismo de intenciones descansaría en una concepción convencionalista del lenguaje constitucional y, por lo mismo, la mencionada versión del originalismo identifica el concepto de significado de las palabras que integran el texto constitucional con las convenciones semánticas de la época en que ese texto fue puesto en vigencia. Dicho de otro modo, la posibilidad de comprender el significado de las normas constitucionales depende de lo que convencionalmente se entendía que significaba la Constitución cuando esta fue aprobada.

5. Primera objeción: la inevitable discrecionalidad judicial

La razón de mayor peso para hacer confluir el significado de las cláusulas constitucionales con las intenciones originales de los Constituyentes o ratificadores es la garantía de fijación y

³⁷ SOLUM, Lawrence B., "Semantic Originalism", ob. cit., p. 39.

³⁸ KAVANAGH, Aileen, "Original Intention, Enacted Text, and Constitutional Interpretation", ob. cit., p. 272.

objetividad de la interpretación constitucional destinada a evitar el peligro de que el texto constitucional se diluya en las preferencias morales o políticas de los jueces por medio de sus prácticas interpretativas³⁹. No obstante, aún si se asumiera que la evidencia historiográfica —v. gr. diarios de debate de la Convención de Filadelfia de 1787— permitiera descubrir lo que pretendieron significar los autores o ratificadores del texto constitucional, ello solo podría llegar a resolver uno de los aspectos del problema de la discrecionalidad judicial. Más en concreto, si fuera posible que esa metodología interpretativa posibilitara descubrir el significado lingüístico original de una determinada norma constitucional —v. gr. qué significaba “penas crueles” para la comunidad lingüística de los Constituyentes—, todavía quedaría irresuelto el problema de la desproporción entre la abstracción del lenguaje y la singularidad de los casos⁴⁰.

En este orden de ideas, el significado lingüístico original no excluiría completamente la posibilidad de la discrecionalidad porque aún persistiría la necesidad de que el juez decida, entre varias opciones posibles, si una sanción penal particular, aplicada en un caso concreto y real —*premisas fácticas*—, se adecúa o no a lo que prescribe o exigen los enunciados constitucionales —*premisas normativas*—. En efecto, la conexión entre premisas fácticas y premisas normativas no se encuentra invariablemente determinada de antemano y suele requerir una decisión judicial que, al menos en algunas oportunidades, resulta inevitablemente discrecional.

Lo dicho hasta ahora también podría reforzarse con otro argumento que no tiene que ver exclusivamente con la conexión

³⁹ MALTZ, Earl M., “Foreword: The Appeal of Originalism”, *Utah Law Review*, vol. 4, 1987. p. 789. Más aún, Berger llegó a sostener que “Unless limited by the original intention, those words serve a crystal ball from which a judge, like a soothsayer, can draw for anything he wants. That flies in the face of the founder’s distrust of judicial discretion”. BERGER, Raoul, “Originalist Theories of Constitutional Interpretation”, *ob. cit.*, p. 351. [El destacado me pertenece.]

⁴⁰ MOORE, Michael S., “A Natural Law Theory of Interpretation”, *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985, p. 283.

entre premisas normativas y premisas fácticas. En tal sentido, el intérprete jurídico no siempre es capaz de “descubrir” el significado lingüístico original sin adoptar una decisión en alguna medida discrecional frente a la resolución de un caso concreto. Lo último se enlaza con la nota específica que supone el concepto de “textura abierta” del lenguaje jurídico que bien resaltó Hart. Es decir, la posibilidad de que todas palabras del lenguaje —aún en sus instancias claras o paradigmáticas de aplicación—, en alguna oportunidad, pueden llegar a tornarse vagas o imprecisas⁴¹. Dicho de otra manera, todas las palabras o frases del lenguaje jurídico son potencialmente vagas.

Por ejemplo, podría advertirse que la evidencia historiográfica revela que el concepto de “violencia doméstica” que recoge la Constitución estadounidense refiere a situaciones que la dogmática constitucionalista argentina designaría como “conmoción interior”⁴². Aún más, el juez podría interpretar en abstracto que el caso que se trae a su consideración se ubica claramente bajo el núcleo de significado de “violencia doméstica”. Pero todo lo anterior no quita la posibilidad de que el juez al momento de atribuir ese significado a un hecho concreto, al menos en ciertos casos fronterizos o extremos, podría llegar a tener que apartarse del significado lingüístico original. Siguiendo con el ejemplo anterior, por más que al juez le resultase clarísimo el contenido semántico original de “violencia doméstica”, incluso en

⁴¹ Para un desarrollo del concepto de “textura abierta” en el marco de la teoría jurídica contemporánea, HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd edition, Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 124-136. Del mismo autor, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 275. Para una posición crítica en relación a este último concepto en el planteamiento hartiano, MOORE, Michael S., “The Semantics of Judging”, *Southern California Law Review*, vol. 54, 1981, p. 201.

⁴² “(...) as used in the late eighteenth century “domestic Violence” referred to riots, rebellions, and other forms of harmful physical force within the territory of a political unit in context, within the boundaries of a state”. SOLUM, Lawrence B., “Originalism and the Unwritten Constitution”, *University of Illinois Law Review*, vol. 5, 2013, p. 1941. Para un trabajo monográfico sobre el significado lingüístico original de “violencia doméstica” en la Constitución de los Estados Unidos de América, STEIN, Mark S., “The Domestic Violence Clause in ‘New Originalist’ Theory”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 37, n° 1, 2009, pp. 129-140.

caso que no hubiera dudas de que el caso traído a su consideración se adecúa a ese significado lingüístico original, de todos modos podría suscitarse un caso particular en que no cabría aplicar rígidamente ese significado. Lo último podría tener lugar, en un plano hipotético, si hubiera razones suficientes para creer que la intervención de una determinada fuerza de seguridad habría de generar más disturbios sociales que aquellos que pretende disipar y, a la vez, existieran otros medios idóneos para solucionar el caso.

Asimismo, la potencial vaguedad de todo el lenguaje jurídico —del cual el lenguaje constitucional no es la excepción sino, tal vez, su caso paradigmático—, se enfrenta con una característica propia de toda interpretación jurídica: la inevitable necesidad de conectar el descubrimiento del significado lingüístico original con los fines propios de las normas particular que se interpreta y, al mismo tiempo, con las finalidades que justifican globalmente a la práctica social que denominamos “derecho”⁴³. En efecto, el intérprete jurídico no “conoce por el gusto de conocer” sino que conoce en orden a la realización de una acción humana particular, esto es, “conoce para obrar”. Por consiguiente, quien participa en la práctica interpretativa del derecho asume implícita o explícitamente una finalidad que dota de sentido a una práctica interpretativa particular y, al mismo tiempo, a la práctica jurídica considerada globalmente.

Aquí no sería posible agotar exhaustivamente las cuestiones referidas a los fines del derecho. Ya es todo un lugar común en la filosofía del derecho contemporánea que existen muchos desacuerdos teóricos y prácticos sobre cuáles son tales fines y sus respectivas las limitaciones o posibilidades epistémicas. Con todo, precisamente la multiplicidad de opiniones sobre tales cuestiones refleja una de las principales razones que permiten afirmar que el intérprete jurídico no realiza un mero juicio silogístico en el cual se

⁴³ ZAMBRANO, Pilar, La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad, p. 6o.

limita a reproducir o aplicar la formulación lingüística de una norma jurídica ante un caso particular⁴⁴. Antes bien, el intérprete jurídico adiciona, crea o pone algo en la práctica interpretativa que no se apoya exclusivamente en la formulación lingüística por la cual se enuncian cada una de las disposiciones jurídicas. Sin dudas que el intérprete no debiera desconocer completamente la relevancia de las formulaciones lingüísticas de las normas que está llamado a interpretar. El punto que se pretende destacar es que resulta inevitable asociar ese significado lingüístico original con la realización de determinadas finalidades —no siempre enunciadas en el texto normativo— que justifican tanto a la norma constitucional en particular como a la práctica interpretativa jurídica considerada de forma global o sistémica.

En definitiva, la diversidad de concepciones acerca de los fines del derecho —y de los fines que justifican a cada norma constitucional en particular—, y los variados grados de conocimiento que podrían operar en relación a tales finalidades, bastan para demostrar que cada intérprete no se limita a aplicar mecánica o silogísticamente al derecho. El intérprete jurídico, de un modo inevitable, termina agregando o creando algo que no estaba contenido en el significado lingüístico original.

6. Segunda objeción: el argumento del regreso al infinito

Se suele afirmar que el argumento del regreso al infinito cumple una función significativa en muchas de las discusiones y problemas que han tenido lugar en la historia de la filosofía⁴⁵.

⁴⁴ ZAMBRANO, Pilar, La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad, p. 61.

⁴⁵ BLACK, Oliver, “Infinite Regress Arguments and Infinite Regresses”, *Acta Analytica*, vol. 16/17, 1996, p. 95. WIELAND, Jen Willem, “Infinite Regress Arguments”, *Acta Analytica*, vol. 28, 2013, p. 107. Más aún, se ha llegado a afirmar que el argumento del regreso al infinito ha sido utilizado tanto en la tradición filosófica occidental como en la oriental, GRATTON, Claude, *Infinite Regress Arguments*, p. xi. Cabe mencionar que el interés por el argumento del regreso al infinito se remota, al menos, hasta los textos del Estagirita. Me refiero específicamente a los Analíticos Posteriores,

Dentro de los posibles usos que podría tener tales argumentos en relación a la filosofía del lenguaje, en su aplicación a la interpretación constitucional, se pueden advertir al menos dos variantes principales que, de diferentes modos, conducen a resultados que permiten evaluar la consistencia teórica de la metodología interpretativa originalista y, por ende, permiten sugerir, como lo hace Wieland, que “no es un error decir que los argumentos del regreso al infinito tienen su lugar apropiado entre las más poderosas herramienta a disposición del filósofo”⁴⁶.

En primer término, se podría utilizar el argumento del regreso al infinito para refutar enunciados en virtud de que serían imposibles de ser cuantificados. En el campo de la interpretación constitucional, esta variante del argumento del regreso al infinito supone la imposibilidad de llevar a cabo la cuantificación de los elementos que podrían incluirse dentro del rango de convenciones semánticas que resultaría necesario interpretar para especificar lo que significa una disposición constitucional⁴⁷. Con otras palabras, si no es posible cuantificar las convenciones semánticas necesarias para determinar el significado de una disposición normativa, pues se incurriría en un regreso al infinito.

Esta primera variante del argumento que se examina en este epígrafe, se podría ilustrar con un análisis de una célebre sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en la cual se determinó, entre otras cuestiones, el significado constitucional de “libertad” (*liberty*) que enuncia la decimocuarta enmienda de la Constitución de la citada nación norteamericana⁴⁸. El citado precedente sostuvo que la libertad consiste en el derecho fundamental a que cada persona defina su propio concepto de

Libro 1, Capítulo 3, 72b5-25 [se cita por la edición bilingüe de W. D. ROSS, Aristotle's Prior and Posterior Analytics.]

⁴⁶ WIELAND, Jen Willem, “Infinite Regress Arguments”, ob. cit., p. 107.

⁴⁷ Este variante del argumento del regreso al infinito se inspira en el siguiente trabajo, BLACK, Oliver, “Infinite Regress Arguments and Infinite Regresses”, ob. cit., pp. 95-124.

⁴⁸ “Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey”: (1992) 505 U.S. 833, 851.

“existencia, significado, universo y el misterio de la vida humana”⁴⁹.

Situados en el caso mencionado anteriormente, y desde una rígida visión convencionalista del lenguaje aplicada al originalismo de intencionales originales, cabría afirmar que el significado de “existencia”, solo podría resultar inteligible a partir de una convención lingüística de la época en que fue aprobada o ratificada la Constitución que permitiera, a su vez, echar luz sobre lo que los constituyentes o ratificadores pretendieron prescribir al enunciar la citada enmienda. En tal orden de ideas, la fijación que implica el originalismo intencionalista supondría la delimitación del rango de convenciones semánticas que habrá de integrar una determinada práctica interpretativa. Por consiguiente, una interpretación originalista de la Constitución, como la que propugna el originalismo de intenciones, estaría frente una secuencia limitada de convenciones semánticas —pasadas— que parece posibilitar la interpretación del significado lingüístico original de una determinada disposición constitucional.

No obstante, a pesar que existiría una cantidad determinada o finita de convenciones semánticas correspondientes a la época en que se aprobó o ratificó el texto constitucional, de ello no se derivaría inmediatamente que el intérprete constitucional actual fuera capaz de acceder al contenido de esas convenciones pasadas. En tal sentido, desde el punto de vista del originalismo intencionalista, la posibilidad cuantificar las convenciones a interpretar no parecería suficiente para evitar otra variante del argumento del regreso al infinito. Más en concreto, la tesis de la fijación que defiende el originalismo podría delimitar la cantidad de convenciones lingüísticas a interpretar, pero no brindaría razones para interrumpir definitivamente la cadena de remisiones

⁴⁹ “At the heart of liberty is the right to define one’s own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life”. “Planned Parenthood...”, 505 U.S. 833, 852. El citado ejemplo se inspira en el siguiente trabajo, ZAMBRANO, Pilar, “Fundamental Principles, Realist Semantics and Human Action”, *Rechtstheorie*, vol. 46, 2015, p. 332.

a convenciones lingüísticas de la época en que se aprobó o ratificó el texto constitucional.

Por ejemplo, si uno examinara fuentes historiográficas estadounidenses tales como los debates de Filadelfia parece que se podría concluir, tal como lo afirma Stein, que el concepto constitucional de “violencia doméstica” equivaldría a lo que actualmente se entiende como “conmoción interior” en el texto constitucional argentino⁵⁰. Es decir, supondría graves situaciones de desorden público que dan lugar a un estado de sitio. Sin embargo, ¿en virtud de qué razón no habría que examinar otras fuentes historiográficas más para dilucidar lo que los constituyentes pretendieron significar con la expresión de “violencia doméstica”? ¿Cuándo se podría afirmar concluyentemente que no es necesario remitirse a una nueva convención semántica que recoge algún documento histórico para reconocer qué es lo que los constituyentes pretendieron significar?⁵¹

Desde una concepción convencionalista del lenguaje constitucional, como aquella sobre la cual descansa el originalismo de intenciones, no sería posible de ofrecer razones que justificarían detener tal encadenamiento de convenciones lingüísticas en algún eslabón definitivo. La semántica convencionalista sobre la cual

⁵⁰ SOLUM, Lawrence B., “Originalism and the Unwritten Constitution”, ob. cit., p. 1941. STEIN, Mark S., “The Domestic Violence Clause in ‘New Originalist’ Theory”, ob. cit., pp. 129-140.

⁵¹ Beltrán de Felipe recoge un argumento similar, aunque no lo llama “regreso al infinito”, ya que sostiene que el concepto de intenciones originales sobre el cual se estructura la versión del originalismo que se estudia en este trabajo presupone que tales intenciones originales son unívocas y no contradictorias con otras normas constitucionales. De hecho, si el significado al que remiten las intenciones originales no siempre es unívoco y remite a convenciones semánticas del pasado, no pareciera ser posible brindar un criterio para detener la cadena de remisiones. Así, siguiendo otro ejemplo típicamente utilizado por los críticos del originalismo intencionalista, no se podría brindar criterios definitivos para decidir si ha de prevalecer el concepto de Constitución flexible de Jefferson o la Constitución rígida que Madison defendía en el capítulo 49 en el célebre *El Federalista*. El último ejemplo solo pretende ilustrar como de la delimitación del material histórico a interpretar no se sigue la posibilidad de determinar objetivamente cuál es la opción que mejor se ajusta a las intenciones originales. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Originalismo e interpretación. *Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, ob. cit., p. 71.

descansa la inteligibilidad del originalismo de intencionalista supone un modo de concebir al lenguaje que bloquearía todo acceso a una realidad que no dependa de prácticas lingüísticas convencionales. Por consiguiente, el método interpretativo que propugna el originalismo intencionalista derivaría en una concepción del lenguaje estrictamente autorreferencial. Vale decir, un lenguaje que no hace más que discurrir sobre sí mismo, sin alcanzar algún aspecto de la realidad fuera de sí mismo⁵².

Resumendo, en virtud de las coordenadas teóricas del convencionalismo semántico sobre el que descansa el originalismo de intenciones, resulta imposible detener el reenvío a convenciones lingüísticas de la época en que la Constitución fue aprobada y ratificada. Lo último se debe a que una semántica convencionalista resulta iterativa; es decir, conlleva necesariamente un pensamiento que se limita a reflexionar sobre cómo se piensa lo que se piensa. Así, un pensamiento iterativo resulta ser una operación intelectual pura y exclusivamente remitente que no resulta capaz de detenerse, de manera objetiva y definitiva, en algún momento. Por lo tanto, el convencionalismo semántico sobre el que reposa el originalismo de intenciones no puede, de ningún modo, superar la descripción o, mejor dicho, la constatación de una cadena indetenible de prácticas lingüísticas convencionales a las que refieren cada uno de los conceptos constitucionales.

A modo de conclusión

Las defensas teóricas del originalismo suelen respaldar, implícita o explícitamente, la sistematización de las tesis fundamentales sobre las cuales se asienta tradición originalista que ha formulado Lawrence Solum. Tal autor mantiene que existen dos afirmaciones centrales en las cuales convergen todos —o al menos casi todos— los autores que se autodenominan “originalistas”: 1) *la*

⁵² LLANO, Alejandro, *Metafísica y lenguaje*, p. 73.

tesis de la fijación que mantiene que el contenido semántico de cualquier disposición constitucional fue fijado al momento en que el texto constitucional fue aprobado o ratificado; salvo que mediase una reforma o enmienda constitucional. 2) *La tesis de la contribución* por la cual se afirma que el significado original de la Constitución contribuye al contenido y desarrollo de las prácticas constitucionales actuales.

Con todo, incluso en las discusiones internas del originalismo, existen divergencias sobre las implicancias y consecuencias teóricas que se siguen de ambas tesis. Así, la diferencia específica que caracteriza al originalismo intencionalista es que el significado de las normas constitucionales remite a las intenciones originales de los constituyentes —*framers*— o también, en el caso estadounidense, a las intenciones de los ratificadores; esto es, las personas encargadas de ratificar el texto constitucional en las asambleas o convenciones estatales. La tesis de la contribución mantiene que el originalismo intencionalista es capaz de guiar a los intérpretes constitucionales actuales frente a la resolución de casos reales y concretos.

Respecto de las objeciones formuladas al originalismo de cuño intencionalista, vale destacar que esta última teoría no logra evitar la discrecionalidad judicial. Lo dicho anteriormente se debe a que inevitablemente el juez no se limita a aplicar un puro silogismo al momento de evaluar si un caso particular se subsume —o no— al significado lingüístico original de una disposición constitucional. Además, tanto las variadas concepciones acerca de los finales globales del derecho y de las normas jurídicas en particular, como los múltiples grados de conocimiento sobre tales fines, bastan para demostrar que la selección de la norma jurídica a la cual se subsume el caso concreto no es una operación exclusivamente mecánica o silogística. En otras palabras, el intérprete jurídico, al momento de subsumir un caso concreto al significado lingüístico original, no puede evitar terminar agregando o creando algo que

no estaba meramente enunciado en el texto original de la Constitución.

Finalmente, la tesis de la fijación que caracteriza a las distintas teorías que integran la familia de teorías originalistas podría implicar que no existe una cantidad infinita de convenciones lingüísticas a las que remiten el significado de cada una de las disposiciones constitucionales. Desde la versión del originalismo de intenciones, la fijación implicaría que no existe una cantidad ilimitada de convenciones lingüísticas pasadas. Sin embargo, el originalismo intencionalista no podría brindar razones para que el intérprete constitucional se detenga en alguno de los eslabones que integran la mencionada cadena de convenciones que describen el significado lingüístico original. Dicho de otro modo, el originalismo intencionalista podría suponer una delimitación bastante precisa de la cantidad de convenciones lingüísticas a interpretar, pero no brindaría criterios objetivos para determinar en qué momento cabría detener, de modo definitivo, la cadena de remisiones a otras convenciones semánticas pasadas.

Referências

ALEXANDER, Larry. "Simple-Minded Originalism", (ed.) G. Huscroft and B. W. Miller. *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, New York: Cambridge University Press, 2011, pp. 87-98.

-----, "Originalism, The Why and The What", *Fordham Law Review*, vol. 82, 2013, pp. 539-544.

ARISTÓTELES, *Analíticos Posteriores* [se utilizó la edición bilingüe de W. D. Ross, *Aristotle's Prior and Posterior Analytics*]. Oxford, Clarendon Press, 1957.

BARNETT, Randy E. "The Gravitational Force of Originalism", *Fordham Law Review*, vol. 82, 2013, pp. 411-432.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Originalismo e interpretación. Dworikn vs. Bork, una polémica constitucional*, Madrid: Civitas, 1989, pp. 120.

- BERGER, Raoul. "Originalist Theories of Constitutional Interpretation", *Cornell Law Review*, vol. 73, 1988, pp. 350-358.
- BLACK, Oliver. "Infinite Regress Arguments and Infinite Regresses", *Acta Analytica*, vol. 16/17, 1996, pp. 95-124.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries of the Law of England, 1765-1769*, 808 pp. [Se utilizó la edición de WM. Hardcastle Browne, St. Paul: West Publishing Co., 1897].
- BORK, Robert H. "The Original Intent and the Constitution", *Humanities* vol. 7, n° 1, 1986, pp. 22-28.
- DWORKIN, Ronald. "The Forum of Principle", *New York University Law Review*, vol. 56, 1981, pp. 469-518.
- FARBER, Daniel. "The Originalism Debate: a Guide for the Perplexed", *Ohio State Law Journal*, vol. 49, 1989, pp. 1085-1106.
- GARCÍA-MANSILLA, Manuel J. "Presunción de constitucionalidad o presunción de libertad? Un análisis desde el artículo 33 de la Constitución nacional", *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, vol. 40, 2013, pp. 8-118.
- GOLDFORD, Dennis J. *The American Constitution and the Debate over Originalism*, New York: Cambridge University Press, 2005, 305 pp.
- GRAGLIA, Lino A. "Originalism and the Constitution: Does Originalism Always Provide the Answer?", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 34, n° 1, 2011, pp. 73-88.
- GRATTON, Claude. *Infinite Regress Arguments*, Dordrecht: Springer, 2010, 211 pp.
- HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, 396 pp.
- . *The Concept of Law*, 2nd edition, Oxford: Clarendon Press, 1994, 315 pp.

- JAFFA, Harry V. "What were the 'Original Intentions' of the Framers of the Constitution of the United States?", *University of Puget Sound Law Review*, vol. 10, 1987, pp. 351-448.
- KAVANAGH, Aileen. "Original Intention, Enacted Text, and Constitutional Interpretation", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 47, 2002, pp. 255-298.
- KAY, Richard S. "Adherence to The Original Intentions in Constitutional Adjudication: three Objections and Responses", *Northwestern University Law Review*, vol. 82, n° 2, 1988, pp. 226-292.
- , "Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation", *Northwestern University Law Review*, vol. 103, n° 2, 2009, pp. 703-726.
- LLANO, Alejandro. *Metafísica y lenguaje*, Pamplona: EUNSA, 1984, 363 pp.
- LOFGREN, Charles A. "The Original Understanding of Original Intent?", *Constitutional Commentary*, vol. 5, 1988, pp. 77-113.
- LORA DEL TORO, Pablo. *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Madrid: C.E.P.C., 1998, 343 pp.
- MACHEN, Arthur W. Jr. "The Elasticity of the Constitution", *Harvard Law Review*, vol. 14, n° 3, 1900-1901, pp. 200-216.
- , "The Elasticity of the Constitution II", *Harvard Law Review*, vol. 14, n° 4, 1900-1901, pp. 273-285.
- MAGGS, Gregory E. "Which Original Meaning of the Constitution Matters to Justice Thomas?", *New York University Journal of Law and Liberty*, vol. 4, 2009, pp. 494-516.
- MALTZ, Earl M. "The Failure of Attacks of Constitutional Originalism", *Constitutional Commentary*, vol. 4, 1987, pp. 43-56.
- , "Foreword: The Appeal of Originalism", *Utah Law Review*, vol. 4, 1987, pp. 773-807.
- MICHAELS, Walter Benn. "Intentionalism, Again", *Cardozo Studies of Law & Literature*, vol. 1, 1989, pp. 89-96.

- MOORE, Michael S. "The Semantics of Judging", *Southern California Law Review*, vol. 54, 1981, pp. 151-294.
- , "A Natural Law Theory of Interpretation", *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985, pp. 277-398.
- ROTUNDA, Ronald D. "Original Intent, the View of the Framers, and the Role of Ratifiers", *Vanderbilt Law Review*, vol. 41, 1988, pp. 507-516.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*, 2^{da} edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, 240 pp.
- SOLUM, Lawrence B. "Semantic Originalism". *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers*, Series No. 07-24, 2008, 176 pp. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244 [fecha de visita: 02 de octubre de 2014].
- , "What is Originalism?: The Evolution of Contemporary Originalist Theory", (ed.) G. Huscroft and B. W. Miller. *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 12-41.
- , "Originalism and the Unwritten Constitution", *University of Illinois Law Review*, vol. 5, 2013, pp. 1935-1984.
- STEIN, Mark S. "The Domestic Violence Clause in 'New Originalist' Theory", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 37, n° 1, 2009, pp. 129-140.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II. [se cita por la edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España, BAC, 1998].
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio. GARCÍA G, José Francisco. "El (mal) uso de la técnica originalista de interpretación. A propósito del Caso de Luciano Cruz-Coke", *Revista de Derechos Fundamentales*, n° 10, 2013, pp. 137-156.
- WHITTINGTON, Keith E.. "The New Originalism", *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 2, 2004, pp. 599-613.

----- “Originalism: a Critical Introduction”, *Fordham Law Review*, vol. 82, 2013, pp. 375-409.

WIELAND, Jen Willem. “Infinite Regress Arguments”, *Acta Analytica*, vol. 28, 2013, pp. 95-109.

ZAMBRANO, Pilar. *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad* Méjico D.F.: UNAM, 2009, 86 pp.

-----, “What Do We Mean When We Speak of Rights? Fundamental Principles, Natural Law and Semantics in the Age of Pluralism”, *Pro manuscrito*, Pamplona, 2013, 23 pp.

Jurisprudencia

Jurisprudencia estadounidense

Cabe aclarar que se cita por el nombre de las partes, el año en que fue dictada la sentencia, la fecha de esta última, el número de tomo, la referencia a los *United States Reports* (US)—cuya sola mención implica que se trata de la Corte Suprema de los Estados Unidos—, y la página en donde comienza el fallo. Este es el método con el cual suelen citar las sentencias del mencionado tribunal estadounidense.

“*District of Columbia v. Heller*”, (2008): 26 de junio de 2008, 554 U.S.,570.

“*Holden v. Hardy*”, (1898): 28 de febrero de 1898, 169 U.S., 366.

“*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*”, (1992): 29 de junio de 1992, 505 U.S. ,833.

Jurisprudencia argentina

Fisco Nacional Dirección General Impositiva c/ Llámenes S.A. (2007), Corte Suprema de Justicia de la Nación 6 de noviembre de 2007. (s/ Recurso de Hecho), pp. 1-17. [Fecha de consulta: 12-12-2014] [en línea: www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&fallold=2577].

Rizzo c/ Poder Ejecutivo Nacional (2013), Corte Suprema de Justicia de la Nación 18 de junio 2013 (s/ Acción de Amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional – Ley 26.855 – Medida Cautelar), pp. 1-67. Disponible [Fecha de consulta: 12-12-2014] [en línea: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=702685>].

NSS S.A. c/ GCBA (2014), Corte Suprema de Justicia de la Nación 15 de julio de 2014 (s/ proceso de conocimiento), pp. 1-15. [Fecha de consulta: 12-12-2014] [en línea: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=712961>].

Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea

Silvia Marrama¹

Sumario

Introducción

1. Principio de subsidiariedad
2. Subsidiariedad y margen de apreciación nacional
 - 2.1. Argumentos en favor de la aplicación del instituto
 - 2.2. Requisitos y límites del instituto
 - 2.3. Alcances de la aplicación del margen de apreciación nacional
 - 2.3.1. Jurisprudencia del TEDH
 - 2.3.2. Jurisprudencia de la Corte IDH
3. Margen de apreciación nacional en la doctrina de la CSJN
4. Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea
 - 4.1. Jurisprudencia del TEDH
 - 4.1.1. Evans v. Reino Unido
 - 4.1.2. Dickson v. Reino Unido
 - 4.1.3. S.H. y otros v. Austria
 - 4.1.4. Costa y Pavan v. Italia
 - 4.1.5. Knecht v. Rumania
 - 4.1.6. Mennesson y Labassee v. Francia
 - 4.1.7. Parrillo v. Italia

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas (PUCA). Magister en Desarrollo Humano (ULIA). Especialista en Derecho Tributario (UNL). Profesora Superior en Abogacía (PUCA). Abogada (PUCA). Mediadora (Humanitas). Miembro del Instituto de Bioética (ANCMYP). Investigadora categorizada conforme “Programa de incentivos a docentes investigadores Dec. 2427/93”. La autora publica este trabajo en el marco del Proyecto de Investigación “Análisis y propuesta de alternativas para la protección jurídica de los derechos humanos del embrión”, dirigido por el Dr. Siro De Martini. Programa Ius - Acreditación de Proyectos de Investigación Jurídica. Investigación jurídica aplicada. Facultad de Derecho (UCA). Convocatoria 2016-2018. Asimismo se publica como material didáctico de la cátedra Derecho Público y Privado de la Facultad de Ciencias de la Gestión (Universidad Autónoma de Entre Ríos). E-mail: marramasilvia@gmail.com

4.1.8. Paradiso y Campanelli v. Italia

4.2. Jurisprudencia de la Corte IDH

4.2.1. Artavia Murillo

4.2.2. Gomez Murillo

Conclusión

Referências

Introducción

La existencia de una pluralidad de tribunales internacionales presenta diversos desafíos a los investigadores². Entre ellos, el de analizar el límite a su jurisdicción trazado por la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, en casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y por el tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), referidos a las denominadas³ Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA).

1. Principio de subsidiariedad

El control de convencionalidad⁴ es secundario y concentrado respecto del control previo -denominado “primario”⁵- que deben

² Cfr. SANZ CABALLERO, Susana; STOFFELS, Ruth de María Abril, “Prólogo: Algunas notas sobre la Jurisdicción Internacional en el Siglo XXI”, en SANZ CABALLERO, Susana; STOFFELS, Ruth de María Abril (coords.), p. 22.

³ En diversas publicaciones he explicado las razones de mi desacuerdo con esta denominación, que aquí utilizo por resultar la más difundida a nivel nacional e internacional. Entre ellas, cfr. MARRAMA, Silvia. Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos. SCALA, Jorge (pról.), Capítulos 1 y 2. MARRAMA, Silvia, “¿Sería constitucional una ley que regulase la fecundación artificial extracorpórea?”. El Derecho Suplemento de Derecho Criminal, [245] - (06/12/2011, nro 12.891). MARRAMA, Silvia, “Pensar el derecho desde la relación social: importantes obiter dicta de un fallo ejemplar”. El Derecho [244] - (21/10/2011, nro 12.860). MARRAMA, Silvia, “Análisis del Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 de investigación en embriones humanos, a la luz de la Ley N° 26.862, de la Constitución Nacional y de los principios internacionales que rigen la materia”. Anales Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Tomo XVI Parte I, (2014).

⁴ Respecto de la definición y alcances del control de convencionalidad, véase MARRAMA, Silvia, “Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino”. El Derecho [255] - (27/11/2013, nro 13.372) (Ref. 73118). MARRAMA, Silvia, “El control de convencionalidad en la aplicación de la dogmática penal”. El Derecho [257] - (06/05/2014, nro 13.476). MARRAMA, Silvia,

realizar *ex officio* y de modo difuso los jueces nacionales. Numerosos juristas⁶ extienden el control de convencionalidad “primario” a todas las autoridades y órganos del estado⁷, y consideran que ello es una doctrina legal consolidada. Igual extensión le otorga la Corte IDH⁸.

La existencia de controles “primario” y “secundario” de convencionalidad en el sistema interamericano, da cuentas de la aplicación del principio de subsidiariedad (cfr. artículo 46.1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH9), tal como lo ha reconocido la Corte IDH¹⁰. El sistema interamericano se autodefine como subsidiario.

El principio de subsidiariedad es reconocido y aplicado no sólo por el sistema interamericano sino también por el sistema europeo de protección de los derechos humanos¹¹. La subsidiariedad constituye un límite a la jurisdicción de los tribunales internacionales¹².

“Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional”. Anales Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Tomo XLIII (2016). Parte II. Disponible en <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/Marrama.I.16.pdf>

⁵ Cfr. Corte IDH, Sentencia Trabajadores Cesados del Perú, del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158. Corte IDH, Sentencia Almonacid, del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, § 124.

⁶ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”. Estudios constitucionales, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=So718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

⁷ En el mismo sentido, Alonso Regueira. Cfr. ALONSO REGUEIRA, Enrique, “Los límites del control de convencionalidad”, en LA LEY 2017-C, Sup. Adm. 2017 (mayo), 8. Cita Online: AR/DOC/1069/2017. Fecha de consulta: 05/06/2017.

⁸ Cfr. Corte IDH, Sentencia Masacre de Santo Domingo v. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, del 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259, § 142. Corte IDH, Sentencia Brewer Carías v. Venezuela, del 26 de mayo de 2014, Serie C N° 278. Voto de los Jueces VENTURA ROBLES y FERRER MACGREGOR, § 63.

⁹ Suscrita en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, 7-22/11/1969. También se la denomina Pacto de San José de Costa Rica.

¹⁰ Cfr. Corte IDH, Sentencia Brewer Carías ... Idem. Voto de los Jueces VENTURA ROBLES y FERRER MACGREGOR, § 63. Cfr. CSJN, Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico v. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 14 de febrero de 2017, Causa 368/1998 (34-M). Considerando 8° del Voto de la mayoría.

¹¹ Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico v. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 14 de febrero de 2017, Causa 368/1998 (34-M). Considerando 10° del Voto de la mayoría. Sobre el control de

2. Subsidiariedad y margen de apreciación nacional

Como consecuencia de la aplicación del principio de subsidiariedad al control de convencionalidad, existe un margen de apreciación nacional, es decir, un ámbito de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales en un caso concreto, a cargo exclusivamente de las autoridades soberanas del estado parte del sistema de protección supranacional correspondiente.

La doctrina del margen nacional de apreciación ha sido ampliamente utilizada por diversos tribunales internacionales, especialmente el TEDH, habiéndose consolidado como uno de sus criterios hermenéuticos para la interpretación y aplicación de los derechos humanos¹³.

Entiendo que este ámbito o reducto de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a cargo de las autoridades nacionales, no constituye una “atribución al estado” por parte de los tribunales regionales. Disiento asimismo con la concepción doctrinaria que sostiene que los tribunales internacionales realizan una “deferencia” a los tribunales nacionales al permitirles decidir respecto de casos en los que no existe consenso interestatal. También discrepo con el término “concesión”, referido al margen de actuación de los tribunales nacionales. El argumento que funda mi discrepancia es sencillo y, entiendo, suficientemente coherente: precisamente si la

convencionalidad en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, cfr. MARRAMA, Silvia, “El tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el control de convencionalidad de una sentencia del Consejo de estado francés”, en *El Derecho* 259-555.

¹³ Cfr. CSJN, Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto[...] Idem. Así también lo han sostenido diversos tribunales argentinos (Cfr. CFed. Salta, L. O., A. M. - L., C. v. Swiss Medical s/amparo, del 6 de julio de 2013. STJ Entre Ríos, Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal, Á., V. J. y Z., A. S. s/homic. calif. s/recurso de casación, del 5 de marzo de 2014.

¹³ Cfr. BARBOSA DELGADO, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el estado de Derecho y la sociedad democrática”. En: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NUÑEZ POBLETE, Manuel (coords.). *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.

jurisdicción de los tribunales internacionales es subsidiaria, éstos no se encuentran en posición de “atribuir” o de realizar una “concesión” a modo de “deferencia” o cortesía de un campo de acción a los tribunales nacionales, sino que deben limitarse a “reconocerlo”. Es decir que la subsidiariedad conlleva en sí misma la existencia del margen nacional de apreciación.

2.1. Argumentos en favor de la aplicación del instituto

Destaco de entre los argumentos a favor¹⁴ de la aplicación de la doctrina del margen, el que se refiere al conocimiento deficiente o inexacto por parte de los tribunales internacionales de las particularidades históricas, culturales, sociales, económicas o jurídicas

¹⁴ Entre los argumentos contrarios a la utilización de la doctrina del margen, un interesante estudio de Pizzolo sobre diálogo interjurisdiccional, afirma de un modo un tanto radical que existen dos modos de construir el diálogo y las relaciones interordinamentales. Uno, con mayor protagonismo del juez nacional apelando a un self-restrain en sede supranacional y al desarrollo de la doctrina del margen nacional de apreciación. Otro, con mayor protagonismo de los intérpretes supranacionales y la autocontención de los jueces nacionales. “El primer modo de encarar el diálogo interjurisdiccional, congrega a los defensores del principio de subsidiariedad y, por ende, a los defensores de una celosa visión de la soberanía estatal y de la identidad constitucional derivada de ésta última. Quienes promueven este modo dialógico se muestran poco dispuestos a reconocer la autoridad interpretativa de quienes se expresan en sede supranacional”. Cfr. PIZZOLO, Calogero. “El diálogo interjurisdiccional como herramienta para la creación de consensos mínimos en una comunidad de intérpretes finales”. Material de estudio del Curso Virtual “Control de Convencionalidad y Tutela de los Derechos Humanos”, organizado por el Instituto de Formación y Perfeccionamiento judicial de la Provincia de Entre Ríos “Dr. Juan Bautista Alberdi”.

Disiento con la afirmación de Pizzolo referida a la doctrina del margen de apreciación nacional como exclusivo reflejo de una “celosa visión de la soberanía estatal”. Considero que la doctrina puede leerse también como un modo de respetar las diferencias culturales -necesarias y saludables- que existen entre los países, es decir, como un reflejo de la diversidad. Además, la doctrina del margen se relaciona con la mejor posición en la que se encuentran los jueces nacionales para resolver, por encontrarse en contacto con la realidad del estado en la que el caso se da, lo que le permite una mejor apreciación y valoración de los hechos y las pruebas para formar su convicción. Por otra parte, entiendo que aquellas afirmaciones de Pizzolo deben ser matizadas con lo expuesto por el mismo autor en otro trabajo: “en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos la intervención de los tribunales supranacionales es subsidiaria. No podía ser de otra manera dado que la competencia de juzgar las violaciones a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, permanece en la órbita estatal sin ser atribuida de manera directa a los tribunales supranacionales que intervienen, por regla, una vez agotados los recursos internos”. PIZZOLO, Calogero. “Del paradigma de la estatalidad al paradigma de la internacionalización de los derechos humanos”. Material de estudio del Curso Virtual “Control de Convencionalidad y Tutela de los Derechos Humanos”, organizado por el Instituto de Formación y Perfeccionamiento judicial de la Provincia de Entre Ríos “Dr. Juan Bautista Alberdi”.

de un determinado estado¹⁵. El pluralismo local, la diversidad de opciones culturales, sociales, económicas -entre otras- de los estados parte de un tratado internacional, abogan por una especial prudencia de los tribunales internacionales a la hora de resolver determinadas controversias. Este argumento se encuentra desarrollado en el voto del juez Giovanni Bonello en *Lautsi y otros v. Italia*, que funda el instituto en las nociones de cultura e identidad nacionales: un tribunal de derechos humanos no tiene derecho de ignorar la cultura de una nación ni lo que a lo largo de los siglos ha servido para moldear y definir el perfil de un pueblo. *Ningún tribunal supranacional puede sustituir con sus propios modelos éticos las cualidades que la historia ha impregnado en la identidad de una nación*. La función de un tribunal de derechos humanos es proteger los derechos fundamentales, pero nunca ignorando que las costumbres no son caprichos pasajeros, sino distintivos emblemáticos de identidad para las naciones, religiones, e individuos. Ningún tribunal europeo debería sustraer a los nacionales parte de su personalidad cultural¹⁶.

2.2. Requisitos y límites del instituto

El margen de apreciación nacional tiene requisitos y límites. El estado de derecho y la sociedad democrática son elementos no sólo necesarios¹⁷ sino que además actúan a modo de requisito *sine qua non* para la existencia del margen nacional de apreciación. En cuanto a los límites, la doctrina de la apreciación nacional no constituye un poder irrestricto de las autoridades nacionales. La extensión de ese margen debe apreciarse en cada caso, en particular de acuerdo a los derechos en juego, por lo que puede ser amplio o reducido, pero jamás ilimitado ya que “si el margen de apreciación no existe, la Corte no ejercería el control como mecanismo subsidiario, sino que sería la

¹⁵ Cfr. DIAZ CREGO, María, “Margen[...]” Idem.

¹⁶ Cfr. TEDH, Sentencia Lautsi and others v. Italy Judgment, del 18 de marzo de 2011. Cita Online: AR/JUR/4864/2011. Fecha de consulta: 26/06/2017.

¹⁷ Cfr. BARBOSA DELGADO, Francisco R., “El margen nacional[...]” Idem.

pura substitución de tribunales internos. Y si el margen de las sociedades internas es ilimitado, la Corte no sería necesaria”¹⁸.

2.3. Alcances de la aplicación del margen de apreciación nacional

Sentada la legitimidad del instituto, y la existencia de requisitos y límites en su utilización, surge la pregunta respecto del alcance de su aplicación.

2.3.1. Jurisprudencia del TEDH

El alcance del margen de apreciación ha sido reconocido por el TEDH a los estados parte en función de diversos elementos¹⁹, entre los cuales destaco los relevantes para el tema que nos ocupa: a) los cuatro derechos que el artículo 15 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) considera inderogables, esto es, el derecho a la vida -cfr. artículo 2 CEDH-, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes -cfr. artículo 3 CEDH-, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre -cfr. artículo 4.1 CEDH-, y ciertos elementos asociados al derecho a la vida privada y familiar -cfr. artículo 8 CEDH-. b) el fin perseguido por la medida nacional: el margen de apreciación reconocido por el TEDH tiende a ser mayor en aquellos casos en los que la medida restrictiva de un derecho persigue proteger ciertos valores morales o culturales fuertemente enraizados en la sociedad correspondiente²⁰. c) las circunstancias concretas del caso, valoradas por el TEDH en la aplicación del test de proporcionalidad²¹.

¹⁸ RANIERI de CECHINI, Débora. “Sentencia Lautsi v. Italia de la Corte Europea de Derechos Humanos: un significativo cambio jurisprudencial”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, Año 3, Nro. 4, Mayo 2011, pp. 256-266.

¹⁹ Cfr. DIAZ CREGO, María, “Margen[...]” *Idem*.

²⁰ Cfr. TEDH, *Sentencia Handyside v. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976.

²¹ Así, por ejemplo, en el caso *Leyla Sahin v. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005, citado por DIAZ CREGO, María, “Margen de [...]” *Idem*.

2.3.2. Jurisprudencia de la Corte IDH

Respecto del alcance reconocido por la Corte IDH a los estados parte -reconocimiento mucho más moderado que el del TEDH-, algunos autores argentinos sostienen que el ámbito del margen queda supeditado a que la Corte IDH no se haya expedido sobre la cuestión, cualquiera sea el derecho supuestamente vulnerado²². Disiento con tal opinión. En nuestra tradición constitucional, ni siquiera las decisiones de la Corte Suprema poseen carácter vinculante sino solo “fuerza moral”²³, *a fortiori* no cabe predicar semejante concepto de las sentencias de un tribunal internacional, fuera del alcance del artículo 68.1 del Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, el referido artículo prevé un diverso tratamiento a los “estados partes en la Convención” según sean o no “partes en el caso”, pues en el primer supuesto se los *notificará* de la resolución en tanto que, en el segundo, meramente, se les *transmitirá* lo decidido (cfr. artículo 69). Asimismo cabe tener presente que “la “notificación” tiene un indudable efecto compeler a quien es parte en el caso, ausente en quien no lo es y respecto del cual la “transmisión” obedece a un elemental propósito de que se conozca y, por lógica, se difunda lo resuelto por la Corte IDH”²⁴.

Otros autores²⁵ vinculan el alcance del margen reconocido por la Corte IDH con los derechos en juego en el caso²⁶.

²² Cfr. HITTERS, Juan Carlos, Control de convencionalidad[...] Idem.

²³ Cfr. CSJN, Fallos: 330:4040, 332:1488, entre muchos otros.

²⁴ RABBI BALDI CABANILLAS, Renato; FLEMING CANEPA, Eugenia. “La sentencia de la CADH en el caso Artavia Murillo: su influencia en el derecho argentino”. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Nueva Serie, 2015-3, Rubinzal Culzoni, Editores. P. 87-146. Ver también RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, frente a las decisiones internacionales”, en XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Una sentencia cumplida es un derecho escuchado, Rubinzal Culzoni Editores, 2013, Santa Fe, pp. 245-257.

²⁵ Cfr. DIAZ CREGO, María, “Margen[...]” Idem.

²⁶ Esta posición se encuentra plasmada en diversos votos disidentes de las sentencias del TEDH que analizaré en este trabajo. Relacionada con esta postura se encuentra la de quienes consideran que la amplitud del margen de apreciación nacional se determina en función del respeto por la dignidad intrínseca de todo ser humano. En esta corriente se enrola Nogueira Alcalá, quien entiende que el

3. Margen de apreciación nacional en la doctrina de la CSJN

La Corte Suprema de Justicia argentina se ha expedido recientemente sobre el tema en una sentencia²⁷ que ha suscitado numerosas críticas, adhesiones, y encendidos debates²⁸, mediante la cual el tribunal se negó -en fallo dividido- a cumplir la orden de la Corte IDH de dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada²⁹. El fallo comentado menciona -en el considerando

diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y la internacional parte de la premisa de que los estados, al adherir al Pacto de San José de Costa Rica, han consentido limitar su soberanía en beneficio de un bien superior, que es el respeto a la dignidad inherente al ser humano. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XLV, núm. 135, sept.-dic. 2012, pp. 512 y ss. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile", Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, Argentina, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de La Plata, Católica de La Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013. En la misma postura doctrinaria se posiciona Carpizo, pero a diferencia de Nogueira Alcalá, considera que el diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y la internacional -basado en el principio hermenéutico pro persona, en su variante de preferencia normativa-, posibilita superar el criterio de interpretación jerárquica y atender a la regla que mayor beneficio otorgue a la persona (Cfr. CARPIZIO, Enrique, "El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLVI, núm. 138, sept.-dic. de 2013, p. 957. Cit. Por HITTERS, Juan Carlos, Control de convencionalidad[...] Idem), posición que se asemeja a la del juez Vio Grossi en el caso "Gómez Murillo" que analizaré más adelante.

²⁷ CSJN, Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto[...] Idem.

²⁸ Cfr. HITTERS, Juan Carlos. "Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?". LA LEY 02/08/2017, 1. AR/DOC/2033/2017. GIALDINO, Rolando E. "¿Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema? El caso "Fontevicchia y D'Amico"". LA LEY 17/07/2017, 4. AR/DOC/1494/2017. REY, Sebastián A. "En defensa de la Convención. Una respuesta del Derecho Internacional a los "elogios" recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Fontevicchia y D'Amico"". DPyC 2017 (julio), 199. AR/DOC/1538/2017, entre otros.

²⁹ Santiago resume la doctrina del fallo de la Corte en siete tesis: 1) El carácter diferenciado, subsidiario y no jerárquico del sistema interamericano respecto de las normas y los tribunales nacionales. 2) La inexistencia de una cuarta instancia de apelación en sede internacional. 3) La limitación de los compromisos del estado argentino al texto de los tratados internacionales. Plena vigencia del principio *pacta sunt servanda*. 4) La primacía final de la Constitución sobre los Tratados Internacionales, incluso sobre aquellos a los que se ha otorgado jerarquía constitucional. 5) La viabilidad en sede nacional de un control de constitucionalidad de la actuación de los órganos y tribunales convencionales. 6) La reafirmación de la supremacía constitucional. 7) La reafirmación de la CSJN como cabeza del Poder Judicial e intérprete final de la CN y del carácter definitivo de sus

décimo del voto de la mayoría- al margen de apreciación nacional como doctrina abrazada por el TEDH³⁰. Por su parte, el juez Rosatti afirma que esta doctrina se encuentra consagrada en el artículo 27 de la Constitución Nacional (en adelante, CN), y que constituye una esfera de reserva soberana delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Carta Magna, a los cuales los tratados internacionales y su interpretación deben ajustarse³¹.

4. Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea

Las “técnicas de fecundación artificial”³², generalmente denominadas TRHA, han sido reguladas de distinto modo por los países³³, debido, en gran parte, a la diversidad de culturas e identidad nacionales, es decir, a su “personalidad cultural”³⁴.

4.1. Jurisprudencia del TEDH

El TEDH se ha expedido en diversos casos referidos a las TRHA. Me referiré a ellos sólo en cuanto atañen al margen de apreciación nacional. La jurisprudencia del tribunal sobre el tema gira en torno a

sentencias. Cfr. SANTIAGO, Alfonso, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?”. La Ley 23/02/2017, 13; La Ley 2017-A, 472. DFyP 2017 (abril), 145. AR/DOC/493/2017.

³⁰ CSJN, Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto[...] Idem. Considerando 10.

³¹ CSJN, Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto[...] Idem. Considerando 5 Voto Dr. Rosatti.

³² Expresión utilizada por la Conclusión N° 4 de la Comisión N° 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, (San Miguel de Tucumán, 29/09 al 01/10/2011).

³³ Esta diversidad de regulación se da no sólo en cuanto a la permisión o no de las técnicas, sino que también se refiere a su cobertura por el sistema de salud, a las condiciones de acceso a las mismas en cuanto al estado civil o a la edad de los requirentes, a la autorización de técnicas heterólogas, a la permisión de ciertas técnicas que tienen finalidad eugenésica -v.gr. el Diagnóstico Genético Preimplantatorio, en adelante DGP-, a la maternidad subrogada y a los efectos de las prácticas de maternidad subrogada realizadas en el extranjero, y a la posibilidad de disponer de los embriones no transferidos para implantación. Cfr. MARRAMA, Silvia, “Fecundación in vitro y derecho[...]” Idem. MARRAMA, Silvia, “Referendum italiano sobre procreación asistida”, Revista Duc In Altum N° 10, agosto de 2005. p. 57-77. Edit. Pontificia Universidad Católica Argentina.

³⁴ Expresión utilizada por el juez Giovanni BONELLO. TEDH, Sentencia Lautsi and others[...] Idem.

la interpretación del artículo 8 CEDH, así como del artículo 2 CEDH, que guarda silencio sobre la cuestión acerca del inicio de la vida humana y no define quién es la persona cuya vida se encuentra protegida, a diferencia del artículo 4 de la CADH que claramente sostiene que el derecho a la vida debe ser protegido “a partir de la concepción”³⁵.

4.1.1. Evans v. Reino Unido³⁶

La doctrina del margen de apreciación nacional, en el caso, se aplica conforme los siguientes criterios:

4.1.1.1. Inexistencia de consenso sobre el inicio de la vida: En relación con la alegada violación del artículo 2 CEDH, el §54 del fallo de la mayoría del TEDH cita el precedente *Vo v. France*³⁷, caso en el cual la

³⁵ Cfr. YURMAN, Rogelio Pablo. Aborto, persona y sociedad. 1º Ed.. Rosario: UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2012. P. 35.

³⁶ Este fallo se origina en un conflicto de una pareja cuya relación finalizó antes de que sus embriones - producidos en virtud del contrato celebrado con una clínica prestador de servicios de fecundación extrauterina-, fuesen transferidos al vientre de la mujer. La mujer solicitó a la clínica que los embriones que se encontraban congelados le fueran transferidos, porque debido a una enfermedad que derivó en la extirpación de sus ovarios, esa transferencia constituía su "última oportunidad de tener un hijo genético". El hombre, por su parte, se opuso a la petición de la mujer, con el argumento de que no podía ser forzado a procrear. La clínica informó a la solicitante que su ex pareja había retirado su consentimiento para la transferencia de los embriones y que, por lo tanto, el nosocomio estaba legalmente obligado a destruirlos, de conformidad con el artículo 8 § 2 del anexo 3 de la ley nacional de 1990. La mujer solicitó a los tribunales nacionales que autorizaran la referida transferencia, pero su solicitud fue rechazada puesto que entendieron que el objetivo de la ley británica era autorizar la transferencia uterina de embriones sólo si ambas partes estaban de acuerdo, y que establecer una dispensa sería contrario al régimen legal vigente. En su solicitud ante el TEDH, la mujer alegó que las disposiciones de la ley británica -que conllevaban la destrucción de los embriones congelados- constituían una violación del derecho a la vida de los embriones, contraria al artículo 2 CEDH. Además alegó la violación a los artículos 8 y 14 CEDH. El tribunal de Estrasburgo decidió por unanimidad que el Reino Unido no violó el artículo 2 CEDH; y por trece votos contra cuatro, que tampoco existió violación de los artículos 8 y CEDH. Cfr. TEDH, Sentencia *EVANS v. ROYAUME-UNI*. (Requête no 6339/05). ARRÊT. STRASBOURG. 10/04/2007. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["EVANS v. ROYAUME-UNI"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-80036"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{). Fecha de consulta: 12/09/2017. Traducción propia de la versión en francés.

³⁷ Cfr. TEDH, Sentencia *VO v. FRANCE*. (Requête no 53924/00). ARRÊT. STRASBOURG. 08/07/2004. El caso versa acerca de si el artículo 2 CEDH - que garantiza la inviolabilidad del derecho a la vida de toda persona - es aplicable a la interrupción culposa del embarazo y, en caso

Gran Sala había considerado que, en ausencia de un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida se encuentra dentro del margen de apreciación de los estados. Es cuestionable que el tribunal considere que un criterio científico objetivo -como lo es el momento de inicio de la vida humana, basado en evidencia incontestable³⁸-, sea susceptible de apreciación por parte de los estados parte.

4.1.1.2. Inexistencia de consenso sobre la regulación de las TRHA: En el §59, el tribunal observa que, a nivel internacional y europeo, tampoco existe consenso sobre la regulación de las prácticas de TRHA, y atento a que se trata de cuestiones sensibles de carácter moral y ético, considera conveniente conceder al estado demandado un amplio margen de apreciación.

4.1.1.3. Equilibrio entre los intereses privados y públicos o los derechos protegidos por la CEDH: El tribunal considera que el margen de apreciación es asimismo amplio cuando el estado debe encontrar un equilibrio entre los intereses privados y públicos en competencia, o entre derechos protegidos por la CEDH, tal como sucede en el caso, en el cual las cuestiones planteadas son moral y éticamente delicadas. El reconocimiento de un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales también estaría justificado, a juicio del tribunal, por el hecho de que en el caso se debe establecer un equilibrio entre los intereses en conflicto de dos personas que tienen, ambas, derecho al respeto de su vida privada; y que la frontera entre las obligaciones positivas y negativas del estado -en virtud del artículo 8 CEDH- no se presta a una definición precisa.

afirmativo, si esta disposición exige, en las circunstancias del caso, la existencia de una vía penal para su tutela. Para su análisis recomiendo la lectura de YURMAN, Rogelio Pablo. Aborto[...] Idem.

³⁸ Vide MARRAMA, Silvia. Fecundación in vitro y derecho[...]. Idem. Cap. III.

4.1.1.4. Inexistencia de consenso sobre la importancia relativa del interés en juego o de los mejores medios para protegerlo. Complejidad de cuestiones morales planteadas por las TRHA: El tribunal sostiene en §69 que el margen de apreciación es amplio cuando no existe consenso en los estados miembros del Consejo de Europa respecto de la importancia relativa del interés en juego o de los mejores medios para protegerlo, y ante la complejidad de las cuestiones morales y éticas planteadas por las TRHA, en las que pueden existir razonables diferencias de opinión en una sociedad democrática.

4.1.1.5. No está en juego la existencia o identidad de un individuo: En los §77 a 82, entiende el tribunal que, en virtud del artículo 8 CEDH, cuando está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o la identidad de un individuo, el margen del estado se encuentra restringido, lo cual no se configurara en el caso. Es cuestionable que el TEDH no considere comprendida, a los efectos del artículo 8 CEDH, la existencia de la persona por nacer.

4.1.1.6. Disidencias sobre la aplicación de la doctrina del margen: La opinión disidente conjunta de los jueces Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann y Ziemele establece en el §12 que un caso tan sensible como éste no puede decidirse sobre la base simplista y mecánica de afirmar que no existe consenso en Europa y, por lo tanto, que el estado demandado goza de un amplio margen de apreciación que se extiende a las normas adoptadas para lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados en conflicto. El amplio margen de discrecionalidad de los estados para adoptar normas que regulen el uso de las TRHA, no debe impedir que el tribunal ejerza su control, en particular respecto del logro de un justo equilibrio entre todos los intereses en conflicto. El principio de margen de apreciación no debe utilizarse como un simple sustituto pragmático en lugar de un enfoque reflexivo del problema del alcance adecuado de su control (planteo que encontrará eco en los votos del juez De Gaetano en el caso *S.H. y otros v. Austria*, y en el voto del juez Dedov en *Paradiso y*

Campanelli v. Italia, que analizaré más adelante). Y en el §13, en forma contraria a la posición de la mayoría, concluyen los jueces disidentes que la legislación denunciada no encontró el equilibrio adecuado en las circunstancias particulares del caso, ya que si los efectos de la legislación nacional son tales que, por un lado, dan a la mujer el derecho a decidir si tiene o no un hijo “de su sangre”, pero por otro lado la privan de cualquier posibilidad de concretar su decisión, la demandante soporta una carga moral y física desproporcionada que difícilmente puede ser compatible con el artículo 8 CEDH y con los propósitos mismos de la Convención, que son proteger la dignidad humana y la autonomía.

4.1.2. Dickson v. Reino Unido³⁹

La doctrina del margen de apreciación nacional, en el caso, se aplica conforme los siguientes criterios:

4.1.2.1. Equilibrio entre los intereses privados y públicos o los derechos protegidos por la CEDH: En §77 a 85, el tribunal explica que corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales establecer dónde se sitúa el equilibrio adecuado en un caso concreto y, por lo tanto, se deja, en principio, un cierto margen de apreciación a los estados miembros en este marco, cuya amplitud varía y depende de

³⁹ Una ciudadana británica solicitó al estado la inseminación artificial con esperma de su marido recluso - la pareja había contraído matrimonio en la cárcel en 2001, como última oportunidad de engendrar hijos “genéticos”, puesto que ya tenía 44 años y su marido todavía debía cumplir su condena por largo tiempo. El Ministro británico rechazó mediante carta su solicitud, en la que expuso la “política” general del estado sobre el tema, y dio, en la misma carta, las razones de su negativa para este caso, siendo una de las principales que la relación entre los esposos comenzó cuando ambos estaban en prisión y, por lo tanto, era imposible evaluar racional y objetivamente si ella continuaría después de la liberación del esposo. Además, manifestó su preocupación por el hecho de que el hijo a concebir viviese sin padre durante una parte importante de su infancia, y la violencia del crimen por el cual había sido el recluso sentenciado a cadena perpetua. El tribunal de Estrasburgo consideró, por doce votos contra cinco, que existió en el caso una violación del artículo 8 CEDH por parte del estado demandado. TEDH. Sentencia DICKSON v. ROYAUME-UNI (*Requête no 44362/04*). ARRÊT. STRASBOURG. 04/12/2007. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["dickson"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["01-83791"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{). Fecha de consulta: 12/09/2017. Traducción propia de la versión en francés.

una serie de factores, entre ellos la naturaleza de las actividades en cuestión y los objetivos de las restricciones. Reitera la doctrina de *Evans v. Reino Unido* (§77).

4.1.2.2. Está en juego la existencia o identidad de un individuo: A diferencia del caso analizado anteriormente, en éste el tribunal considera que se encuentra en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o la identidad de un individuo: la elección de ser padre “genético”, y por lo tanto el margen de apreciación del estado se encuentra restringido. Es objetable, sin embargo, que no entienda el TEDH que la existencia de la persona por nacer también se encontraría en juego en el caso, al igual que en el anterior.

4.1.2.3. Inexistencia de consenso sobre la importancia relativa del interés en juego o de los mejores medios para protegerlo. Complejidad de cuestiones morales planteadas por las TRHA: Al respecto, reitera el tribunal la doctrina expuesta en el caso *Evans v. Reino Unido*. Además sostiene que gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, las autoridades nacionales están en principio mejor situadas que el juez internacional para determinar cuándo se encuentra comprometido el interés público, casos en los cuales el TEDH generalmente respeta la elección política del legislador, a menos que tenga una “base manifiestamente irrazonable”.

4.1.2.3.1. El margen de apreciación es amplio pero no ilimitado: El TEDH observa que si bien el margen es amplio, no por ello es ilimitado. Y que en el estado británico, ni el legislador ni el poder judicial han tratado de sopesar los diversos intereses en juego ni de evaluar la proporcionalidad de la limitación impuesta a los detenidos. Concluye que una restricción tan general, automática e indiferenciada a un derecho consagrado en la CEDH y de importancia crucial, supera un margen de apreciación aceptable, por amplio que sea, y es

incompatible con el artículo 3 del Protocolo N° 1 CEDH (cfr. *Hirst*, § 82⁴⁰).

4.1.2.4. Inexistencia de consenso europeo sobre las visitas conyugales: El tribunal observa en el §81 que más de la mitad de los estados contratantes permiten visitas conyugales a prisioneros (sujetas a diversas limitaciones), lo que podría ser considerado como un medio para salvar a las autoridades de la necesidad de prever la posibilidad de un recurso a la inseminación artificial. Sin embargo, se trata de un ámbito en el que los estados contratantes pueden gozar de un amplio margen de apreciación al determinar las medidas que deben adoptarse para garantizar el cumplimiento del Convenio, teniendo en cuenta las necesidades y recursos de la sociedad y de las personas.

4.1.2.5. Equilibrio entre los intereses privados y públicos o los derechos protegidos por la CEDH: El tribunal considera que “la política” gubernamental británica excluye efectivamente cualquier equilibrio real entre los intereses públicos y los intereses privados, y prescinde de la evaluación -exigida por la CEDH- de proporcionalidad de la restricción en el caso dado. En este caso particular, “la política” impuso una carga exorbitante a los demandantes al exigirles demostrar que la privación de la inseminación artificial podía impedirles totalmente la concepción de un hijo, y que en su caso las circunstancias eran “excepcionales” según los demás criterios de “la política” ministerial (§82). Además, dado que “la política” no ha sido consagrada en una ley, el Parlamento nunca ha ponderado el equilibrio de los intereses en juego ni ha debatido las cuestiones de proporcionalidad que surgen a este respecto (cfr. *Hirst*, § 79 , y *Evans*, §§ 86-89). En consecuencia, la falta de ponderación del equilibrio de intereses en juego y de análisis de proporcionalidad de los parámetros impuestos a los demandantes, va más allá de cualquier margen

⁴⁰ TEDH, Sentencia HIRST v. ROYAUME-UNI (No 2). ARRÊT. STRASBOURG. 06/10/2005. Fecha de consulta: 29/09/2017. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-1470460-1537007&filename=003-1470460-1537007.pdf> Traducción propia de la versión en francés.

aceptable de apreciación, y se ha violado el artículo 8 de la Convención.

4.1.2.6. Disidencias sobre la aplicación de la doctrina del margen: La opinión disidente de los jueces Wildhaber, Zupančič, Jungwiert, Gyulumyan y Myjer, considera contradictorio que se afirme por un lado que los detenidos no tienen derecho a visitas conyugales, pero que puedan, por otro, exigir la inseminación artificial para concebir - interpretación implícita en §67 a 68, 74, 81 y 91 del voto de la mayoría-. Además entiende que el voto mayoritario resulta restrictivo del amplio margen de apreciación que los estados gozan, tanto más amplio cuando no hay consenso entre los estados miembros y las restricciones no afectan ninguna de las garantías esenciales de la Convención. Funda su discrepancia asimismo en el hecho de, a diferencia del TEDH, los estados tienen un conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, que las restricciones jurídicas persiguen un fin legítimo y que existe equilibrio entre los diversos intereses en juego, ponderado tanto por la política del gobierno como por los tribunales británicos. El voto de la mayoría ignoró ciertos intereses que merecían consideración y respecto de los cuales los estados también deben gozar de un amplio margen de apreciación, v.gr. las escasas posibilidades de fertilización exitosa en prácticas *in vitro* para las mujeres de cuarenta y cinco años de edad, la existencia de diversas combinaciones de parejas imaginables (por ejemplo, un hombre en prisión y una mujer en libertad, una mujer en prisión y un hombre en libertad, una pareja homosexual con uno de los compañeros en prisión y el otro en libertad) que también podrían solicitar la inseminación artificial para los presos. En resumen, habida cuenta de las circunstancias específicas del caso⁴¹, los jueces disidentes sostienen

⁴¹ Los demandantes iniciaron una relación de correspondencia mientras ambos cumplían condenas de prisión, nunca vivieron juntos, hay una diferencia de edad entre ellos de catorce años, el hombre tiene un pasado violento, la mujer ha alcanzado una edad en la que la procreación natural o artificial ya no es posible y, en cualquier caso, es arriesgada, y cualquier niño que llegase a ser concebido por esta pareja debería vivir sin la presencia de su padre durante una parte significativa de su infancia, debido a que se encuentra en prisión.

que no se puede afirmar que las autoridades británicas actuaron arbitrariamente o descuidaron el bienestar del futuro niño.

4.1.3. S.H. y otros v. Austria⁴²

La doctrina del margen de apreciación nacional, en el caso, se aplica conforme los siguientes criterios:

4.1.3.1. Inexistencia de consenso sobre la importancia relativa del interés en juego o de los mejores medios para protegerlo. Complejidad de cuestiones morales planteadas por las TRHA: Aclara el tribunal que su tarea no consiste en revisar la legislación o la práctica impugnada en abstracto. Y que no debe sustituir su propia evaluación por la de las autoridades nacionales competentes en la determinación de los

⁴² En el caso se discutía si la ley austríaca N° 275/1992, que impedía la donación de esperma y de óvulos para la práctica de la fecundación in vitro, era conforme al CEDH. Las técnicas heterólogas (cfr. MARRAMA, Silvia. Fecundación in vitro y derecho[...] Idem. Cap. II y VI) eran las únicas capaces de proveer a las dos parejas recurrentes embriones genéticamente relacionados con ellos, por lo que los demandantes consideraban que la prohibición legal vulneraba sus derechos al respeto a la vida privada y a la igualdad (artículos 8 y 14 CEDH). La Corte Constitucional austríaca sostuvo que el legislador no había excedido el margen de apreciación reconocido a los estados al autorizar en principio el uso de técnicas homólogas y excepcionalmente la inseminación con donación de esperma; que las elecciones hechas por el legislador austríaco reflejaban el estado de la ciencia médica del momento y el consenso existente en la sociedad, y que, en los casos en que las técnicas de fecundación homóloga eran inoperantes, los intereses de las personas afectadas debían ceder el lugar a los de la sociedad. También consideró que la prohibición de las técnicas heterólogas por sí sola no contrariaba el principio constitucional de igualdad y no discriminación. Y teniendo en cuenta que los métodos homólogos no tenían las mismas objeciones que las técnicas heterólogas, la Corte austríaca consideró que el legislador no estaba obligado a someterlos a un régimen estrictamente idéntico, y que la distinción legal se encontraba justificada. Añadió que el hecho de que se permitiese la inseminación in vivo con donación de esperma a la par que se prohibía la donación de óvulos, no constituía una discriminación arbitraria, ya que no se consideraba probable que la donación de esperma creara vínculos atípicos potencialmente perjudiciales para el bienestar de los niños por nacer. El TEDH, teniendo en cuenta el reconocimiento del gobierno austríaco sobre la aplicabilidad al caso del artículo 8 CEDH (cfr. §78), considera que el derecho de las parejas a concebir a un niño y de recurrir a TRHA queda comprendido en él, ya que es una forma de expresión de la vida privada y familiar (cfr. §82). En cuanto al cumplimiento del artículo 8 § 2 CEDH, el tribunal analiza si la injerencia estatal se encuentra prescrita por ley, si persigue uno o más de los objetivos legítimos enumerados y si resulta “necesaria, en una sociedad democrática”, para lograr esos objetivos (cfr. §88, 89 y 91). TEDH, Sentencia S.H. ET AUTRES v. AUTRICHE (*Requête no 57813/00*). ARRÊT. STRASBOURG. 03/11/2011. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%3A%5B%22001-107326%22%5D}>. Fecha de consulta: 27/09/2017. Traducción propia de la versión en francés.

mejores medios para regular las cuestiones planteadas por las TRHA (cfr. §92). Dado que el recurso a la fecundación *in vitro* suscita delicadas cuestiones morales, que se inscriben en un contexto de rápida evolución de la ciencia y la medicina, y que las cuestiones planteadas en el presente asunto se refieren a ámbitos en los que aún no existe un entendimiento común claro⁴³ entre los estados miembros, el tribunal considera que se debe acordar a la parte demandada un amplio margen de apreciación, que debe aplicarse tanto a la decisión de legislar o no legislar sobre la materia, como a las normas establecidas para equilibrar los intereses públicos con los intereses privados en conflicto (cfr. *Evans*, §82).

4.1.3.1.1. El margen de apreciación es amplio pero no ilimitado: Las elecciones hechas por el legislador en esta materia no escapan al control del tribunal, sino que le corresponde examinar atentamente los argumentos que ha tenido en cuenta el legislador para llegar a las soluciones que ha adoptado y determinar si se ha logrado un justo equilibrio entre los intereses del estado y los de los individuos directamente afectados por las soluciones en cuestión. Luego de examinar las demandas (§97), el tribunal concluye (cfr. §115 a 117) que la prohibición legal austríaca de donación de óvulos y de esperma a los efectos de la fecundación *in vitro*, no sobrepasa el margen de apreciación de que disponía el legislador austríaco en la época de los hechos, y que de ello se desprende que no se ha violado en el caso el artículo 8 CEDH⁴⁴.

⁴³ Entiende el tribunal que el aparentemente emergente consenso de los estados, consiste más bien en una etapa en la evolución de una rama del derecho particularmente dinámica antes que en principios establecidos en los sistemas jurídicos de los estados miembros, por lo que no puede restringir en forma decisiva el margen de apreciación del estado (cfr. §96).

⁴⁴ La tercera demandante es totalmente estéril pero su esposo -el cuarto solicitante- es capaz de procrear. Por lo tanto la fecundación *in vitro* con donación de óvulos es la única técnica que les permite cumplir su deseo de tener un hijo relacionado genéticamente con al menos uno de ellos (con el cuarto solicitante). Sin embargo, la pareja no puede recurrir a la técnica debido a la prohibición de las prácticas heterólogas establecidas en el artículo 3 § 1 de la ley de procreación artificial, que prohíbe la donación de óvulos sin ninguna excepción. El TEDH admite que el legislador austríaco hubiese podido conceder otro marco jurídico que autorizase la donación de óvulos. Sin embargo, esa no es la cuestión esencial que se plantea en el marco del artículo 8 CEDH, sino si, al mantener la

4.1.3.2. Disidencias en la fundamentación: El juez De Gaetano, en voto separado, sostuvo que ciertas implicaciones del razonamiento de la mayoría le inspiran serias reservas. El artículo 8 CEDH guarda directa vinculación con la dignidad, núcleo de la Convención, de la que deriva la noción del valor inherente de la vida humana. Por ello, si bien la decisión de una pareja de concebir un hijo es una cuestión de vida privada y familiar (y, en el contexto del artículo 12, del derecho de una pareja a fundar una familia), ni el artículo 8 ni el 12 pueden interpretarse en el sentido de que confieren un derecho a concebir un niño a cualquier precio, pues el "deseo" de un niño no puede convertirse en un objetivo absoluto que sobrepase la dignidad de la vida humana. Recuerda que en *Dickson* (v. 4462/04, § 66, CEDH 2007-V), el tribunal ha declarado que la procreación separada del acto conyugal está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 8, y al respecto considera De Gaetano que aquella sentencia no ha significado un avance en la causa de la dignidad humana sino que simplemente acompaña el progreso de la ciencia médica. El fallo de la mayoría sugiere que la existencia de un "consenso europeo" en este asunto es una consideración importante para determinar si ha habido o no una violación del artículo 8 CEDH (§106). Sin embargo, más allá de que la historia ha demostrado que el criterio del "consenso europeo" ha generado graves injusticias en Europa y en otros lugares del mundo, el referido criterio también evita la necesidad de

solución aquí criticada, ha sobrepasado el margen de apreciación de que disfrutaba con arreglo a dicha disposición (cita Evans §91). No existe un consenso europeo suficientemente sólido sobre la autorización de la donación de óvulos para fecundación in vitro. En cuanto a la situación del primer y segundo solicitantes (§108 a 114), la fecundación in vitro con donación de esperma es la única técnica capaz de permitirles satisfacer su deseo de tener un hijo, respecto del cual por lo menos uno de la pareja se encontraría relacionado genéticamente. Sin embargo, no pueden beneficiarse con esta práctica debido a la prohibición de la ley austríaca. El hecho de que el legislador austríaco haya prohibido la donación de esperma y óvulos para fertilización in vitro, sin prohibir la donación de esperma para fertilización in vivo, es un factor importante para equilibrar los diversos intereses involucrados. Asimismo el tribunal observa que el derecho austríaco no prohíbe a las personas afectadas viajar al extranjero para el tratamiento de la esterilidad mediante técnicas prohibidas en Austria y que, en caso de resultar exitosos los tratamientos en cuestión, la filiación paterna y materna se rigen por disposiciones específicas del código civil que respetan los deseos de los padres.

preguntarse si tal o cual acto, omisión o restricción avanza o disminuye el respeto debido a la dignidad humana. En el mismo sentido, considera irrelevante conocer si el Parlamento austríaco ha realizado un examen exhaustivo de "las normas que rigen la procreación artificial a la luz de los rápidos cambios en la ciencia y la sociedad a este respecto" (§117). La procreación artificial (por oposición a la procreación natural asistida por medios médicos) plantea otras cuestiones que exceden el alcance de este caso, tales como la congelación y destrucción de embriones humanos (§6 voto De Gaetano). Cualquiera sea el progreso de la ciencia médica y de otras ciencias en el tema, el reconocimiento del valor y de la dignidad de cada individuo puede requerir la prohibición de ciertas prácticas, prohibición que -al igual que la del racismo, de la discriminación ilegítima y de la marginación de los enfermos y de los discapacitados- no es una negación de los derechos humanos fundamentales sino un reconocimiento positivo y un progreso de los mismos.

4.1.3.3. Disidencias sobre la aplicación de la doctrina del margen: El voto disidente de los jueces Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska y Tsotsoria considera que existió violación del artículo 8 CEDH, y que la aplicación de la doctrina del margen nacional de apreciación debió ser más estricta, puesto que cuando un aspecto particularmente importante de la existencia o la identidad de un individuo está en juego, el margen que queda al estado suele estar restringido (cfr. *Connors*, v. 66746/01, de 27 de mayo de 2004, § 82). El voto de la mayoría en el caso bajo análisis concede al consenso europeo una nueva dimensión y un umbral particularmente bajo, dejando al margen de apreciación de los estados una extensión potencialmente ilimitada. Las divergencias en la jurisprudencia del tribunal sobre el valor determinante del consenso europeo y la falta de rigor en los criterios utilizados para su control conllevan -a juicio de la disidencia- una grave inseguridad jurídica.

4.1.4. Costa y Pavan v. Italia⁴⁵

4.1.4.1. Improcedencia del argumento de falta de agotamiento de los recursos internos: El TEDH sostiene que, a falta de un recurso interno específico, corresponde al Gobierno demostrar la aplicación de la vía recursiva que invoca⁴⁶; y que la existencia de un recurso interno no puede invocarse en ausencia de jurisprudencia interna que demuestre su eficacia. Por último, entiende que los solicitantes se ven directamente afectados por la prohibición legal en cuestión, ya que tienen un hijo que sufre la patología que portan en sus genes, y que además ya abortaron un feto afectado por fibrosis quística.

4.1.4.2. Aplicación del artículo 8 CEDH: El TEDH considera que el deseo de los demandantes de procrear a un niño que no se encuentre afectado por la enfermedad genética de la cual son portadores sanos -

⁴⁵ El caso versa sobre una pareja heterosexual italiana conformada por dos portadores sanos de una enfermedad genética denominada mucoviscidosis o fibrosis quística, que dieron a luz un hijo afectado por esta enfermedad. Para evitar el nacimiento de un segundo hijo enfermo, solicitan el acceso a una técnica de fecundación artificial y al Diagnóstico Genético Preimplantatorio -en adelante, DGP-. La ley italiana (cfr. MARRAMA, Silvia, Referendum italiano[...] Idem) permite acceder a la “procreación asistida médicamente” sólo a las parejas infértiles o estériles y a parejas en las que el hombre porte enfermedades de transmisión sexual virales (VIH, hepatitis B y C, cfr. artículo 4 (1) de la ley N° 40/2004 y Decreto del Ministerio de Salud N° 31639 del 11 de abril de 2008); mientras que el recurso al DGP está totalmente prohibido. Los solicitantes no pertenecen a las categorías de personas habilitadas por la ley para acceder a las TRHA. Cfr. TEDH, Sentencia COSTA ET PAVAN v. ITALIE (*Requête no 54270/10*). ARRÊT. STRASBOURG. 28/08/2012, *devenido en definitivo* (cfr. artículo 44 § 2 CEDH, el 11/02/2013). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-112992"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017. Traducción propia de la versión en francés.

La justicia argentina ha resuelto un caso que tiene algunas semejanzas con éste. Cfr. MARRAMA, Silvia, “Responsabilidad médica por los daños sufridos por una niña concebida mediante técnicas de fecundación extracorpórea heteróloga”, en *El Derecho*, [270] - (07/12/2016, nro 14.097) [2016]. Cabe recordar que la ley argentina 26.862 no contempla la práctica del DGP. Cfr. CSJN, L.E.H. y otros c/OSEP s/amparo, 01/09/2015, en LA LEY 17/09/2015, 9; ED 265, 32; DFyP 2015. Con nota de LAFERRIÈRE, Jorge Nicolás, DJ 30/12/2015, 17; AR/JUR/28879/2015. En el mismo sentido, CFed. Salta, M., I. N. c/OSDE s/amparo, 19/06/2014. En sentido contrario, CFed. San Martín, sala I, G., Y. S. v. O.S.D.E. s/ prestaciones médicas, 12/11/2014, con nota de MARRAMA, Silvia, “El paradigma protectorio de las personas con discapacidad”, en *La Ley LLDfYp* 2015 (octubre), 07/10/2015, 224. Cita Online: AR/DOC/3195/2015.

⁴⁶ El estado alega que los demandantes no han recurrido previamente a las autoridades nacionales y que, por lo tanto, no han agotado los recursos internos.

para lo cual desean recurrir a TRHA y al DGP-, cae bajo la protección del artículo 8 CEDH, como forma de expresión de su vida privada⁴⁷ y familiar.

4.1.4.3. Inexistencia de consenso europeo sobre la regulación del DGP: La prohibición del DGP en la legislación italiana se encuentra además en sólo dos de los 32 estados estudiados por el tribunal: Austria y Suiza -donde se encuentra en curso un proyecto de modificación de la ley para autorizarlo-.

4.1.4.4. Margen de apreciación amplio pero no ilimitado: A diferencia del caso *SH y otros*, en el presente caso, que se refiere a la fertilización homóloga, la tarea del TEDH consiste en verificar la proporcionalidad de la medida impugnada a la luz de la legislación italiana, que permite el recurso al aborto.

4.1.4.5. Inexistencia de proporcionalidad en la injerencia estatal: Dada la incoherencia del sistema legislativo italiano con respecto al DGP y al aborto⁴⁸, se ha violado en el caso el artículo 8 CEDH pues la injerencia

⁴⁷ El TEDH recuerda además que la noción de "vida privada" del artículo 8 CEDH es amplia y abarca, entre otros, el derecho del individuo a establecer y desarrollar relaciones con los demás (TEDH, *Sentencia Niemietz v. Alemania*, 16 de diciembre de 1992, § 29, Serie A No. 251-B), el derecho al "desarrollo personal" (TEDH, *Sentencia Bensaid v. El Reino Unido*, No. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I), o el derecho a la autodeterminación (TEDH, *Sentencia Pretty v. United Kingdom*, No. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III), que incluye factores tales como la identificación, la orientación sexual y la vida sexual (TEDH, *Sentencia Dudgeon v. The United Kingdom*, 22 de octubre de 1981, § 41, Serie A no 45 y *Sentencia Laskey, Jaggard y Brown v. el Reino Unido*, el 19 de febrero de 1997, § 36, los informes 1997-I), así como el derecho al respeto de las decisiones de convertirse o no en padres (cfr. Evans, § 71; TEDH, *Sentencia A, B y C v Irlanda [GC]*, No. 25579/05, § 212, 2010 CEDH y *Sentencia RR v. Polonia*, No. 27617/04, § 181, CEDH 2011); el derecho de los demandantes a decidir convertirse en padres "genéticos" (cfr. Dickson § 66) y al acceso a técnicas de procreación artificial heterólogas para fines de fertilización in vitro (cfr. *SH y otros* § 82).

⁴⁸ Los demandantes se quejan de la falta de proporcionalidad de la injerencia estatal ya que las normas italianas los autorizan a practicar un aborto del feto alcanzado por la patología que portan. Para justificar esta injerencia, el estado invoca la protección de la salud del niño y de la mujer, pero no convence al TEDH, que considera que el término "niño" no se puede equiparar al de "emбриón". Además entiende inconsistente el planteo, ante la permisión legislativa del aborto del feto enfermo, y ante las consecuencias para la pareja, cuya única posibilidad legislativa es iniciar un embarazo natural y llevar a cabo un aborto cuando un examen prenatal muestre que el feto está enfermo, solución a la que los solicitantes ya han recurrido durante el mes de febrero de 2010.

del estado italiano es desproporcionada en cuanto al derecho de los solicitantes al respeto de su vida privada y familiar. Así, el TEDH declara la queja admisible con respecto a la violación del artículo 8 CEDH e inadmisibile para el resto de las alegaciones, a la par que condena al estado demandado a indemnizar conjuntamente a los solicitantes.

4.1.5. Knecht v. Rumania⁴⁹

4.1.5.1. Aplicación del artículo 8 CEDH: El TEDH observa en los §54 a 56 que no se discute entre las partes la aplicación del artículo 8 CEDH, aplicación con la cual concuerda, ya que la "vida privada" es un término amplio que abarca, entre otras cosas, el derecho a respetar las decisiones tanto de tener como de no tener un hijo (cita *Evans* §71, y *A, B y C v. Irlanda* §212) o el derecho de una pareja a concebir un niño y hacer uso de la procreación artificial para tal fin (cita *SH y otros* §82).

4.1.5.2. Obligaciones positivas del artículo 8 CEDH: El tribunal señala que, si bien el objeto del artículo 8 CEDH es esencialmente proteger a la persona contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, no solo obliga al estado a abstenerse de dicha injerencia, sino que comprende obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo por la

⁴⁹ El caso se originó con una solicitud de Daniela Knecht -ciudadana alemana y estadounidense- contra Rumania, para que el TEDH dictaminase acerca de la violación a su vida privada y familiar (cfr. artículo 8 CEDH) por encontrarse imposibilitada de tener un hijo mediante la utilización de los embriones que había depositado previamente en una clínica privada, atento a que, a causa de investigaciones realizadas por presunta comisión de delitos, los embriones fueron incautados por la Dirección de Investigación de Delincuencia Organizada y Terrorismo adscrita a la Fiscalía General (DIICOT) y depositados en el Instituto de Medicina Forense (IMF), que no estaba autorizado a funcionar como banco genético. Por otra parte, la Agencia Nacional de Trasplantes (ANT) se negó a autorizar el traslado de sus embriones del IMF a una clínica especializada de su elección para una posterior transferencia de estos embriones mediante TRHA, fundada en que la autorización violaría la legislación europea y nacional relativa a las normas de calidad y seguridad para el procesamiento y depósito de tejidos y células humanos. Cfr. TEDH, Sentencia KNECHT v. ROMANIA (*Application no 10048/10*). JUDGMENT. STRASBOURG. 02/10/2012, devenido en definitivo el 11/02/2013. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-113291"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017. Traducción propia de la versión en inglés.

vida privada y familiar, teniendo en cuenta el justo equilibrio que se alcanzará entre los intereses en competencia (cita *Evans*, §75).

4.1.5.3. Injerencia del estado en la vida privada. Cuestión abstracta: Existe una interferencia del estado demandado respecto del derecho de la solicitante a su vida privada, que infringe el artículo 8 del CEDH, a menos que pudiese justificarse su conformidad con la ley, y su necesidad en una sociedad democrática "para alcanzar el objetivo u objetivos en cuestión". Al respecto, no se demostró que la decisión de confiscar el material genético encontrado y depositarlo en custodia en el IFM fuese arbitraria o irrazonable (§6o). Por otra parte, el Tribunal Superior rumano reconoció expresamente que se habían vulnerado los derechos de la demandante a causa de la negativa de la ANT de permitir la transferencia de embriones del IMF, y le ofreció una reparación, a saber, que los embriones se transfiriesen a una clínica especializada y autorizada, la cual que se ejecutó en un período de tiempo relativamente corto. La denunciante alega que la reparación del daño ofrecida no satisface su interés debido a sus malas experiencias pasadas en ese nosocomio, sin aportar pruebas suficientes al respecto. Por ello, TEDH entiende que no se ha demostrado que el estado no haya alcanzado un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos, y en consecuencia, por unanimidad declara el caso admisible, pero decreta que no se ha violado el artículo 8 de la Convención.

4.1.6. *Menesson y Labassee v. Francia*

Menesson y Labassee v. Francia son dos casos en los que el TEDH se enfrenta con contratos de maternidad subrogada celebrados por ciudadanos de estados que no les reconocen efectos jurídicos.

4.1.6.1. *Menesson v. Francia*⁵⁰

4.1.6.1.1. Inexistencia de consenso europeo sobre la legalidad de la maternidad subrogada: Dado que no existe consenso en Europa sobre la legalidad de la maternidad subrogada o sobre el reconocimiento legal de la relación de descendencia entre los padres “de intención” y los hijos así concebidos, por presentar cuestiones delicadas de naturaleza ética, en principio debe otorgarse a los estados un amplio margen de apreciación con respecto a la decisión no solo de autorizar o no este procedimiento, sino también de reconocer o no el parentesco.

4.1.6.1.2. El margen de apreciación nacional no es ilimitado: Sin embargo, dado que la filiación atañe a un aspecto esencial de la identidad de las personas, el TEDH entiende que debe reducirse el margen de apreciación disponible para el estado demandado en este caso, y que las elecciones hechas por el estado, incluso dentro de los límites de este margen, no escapan a su control respecto del equilibrio

⁵⁰ El caso se origina en una solicitud presentada por un matrimonio francés y dos ciudadanas de los Estados Unidos nacidas de una subrogación de vientres con esperma del hombre integrante del matrimonio y óvulos aportados por una tercera, en contra del estado francés. Luego de realizarse la transferencia embrionaria al vientre de la gestante, se constató un embarazo gemelar y, mediante sentencia el tribunal Supremo de California decretó que cada niño que naciese de la mujer encinta dentro de los cuatro meses siguientes tendría a los integrantes del matrimonio francés como "padre genético" y "madre legal", y que esos datos deberían consignarse en el certificado de nacimiento. Los certificados de nacimiento de las gemelas se redactaron como se indicó, pero el consulado francés en Estados Unidos se negó a transcribir las actas de nacimiento en los Registros del Estado Civil francés y el registro de las niñas en su pasaporte para poder regresar a Francia. Por ello, Estados Unidos emitió a las gemelas pasaporte estadounidense en el que los franceses fueron designados como sus padres. El Consulado de Francia en Los Ángeles, en cumplimiento de la sentencia del tribunal californiano, transcribió las actas de nacimiento de las solicitantes en los registros de la Oficina Central del Estado Civil en Nantes. Sin embargo, el Procurador de Créteil instó la anulación de la transcripción por contravenir el orden público en cuanto a la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas. La Corte de Casación de Francia confirmó la anulación de la transcripción del certificado de nacimiento. Entendió que tal anulación -que no priva a las niñas de la filiación materna y paterna que la sentencia de California les reconoce, ni impide que vivan con los cónyuges demandantes en Francia-, no infringe el derecho al respeto de la vida privada del matrimonio ni el interés superior de estas niñas. TEDH, Sentencia MENNESSON v. FRANCE (*Requête no 65192/11*). ARRÊT. STRASBOURG. 26/06/2014, devenido en definitivo el 26/09/2014. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145179"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017. Traducción propia del francés.

que debe existir entre los intereses del estado y los de las personas directamente afectadas por esta solución (cfr., *HS y otros* §97), a la luz del principio esencial de prevalencia del interés superior del niño.

4.1.6.1.3. Respeto por la vida familiar: La Corte de Casación francesa dictaminó que la imposibilidad de transcribir los certificados de nacimiento estadounidenses de las niñas en los registros del estado civil francés no afecta su derecho al respeto de sus vidas ni sus mejores intereses como niños, ya que no las privó de la filiación materna y paterna que les otorga la sentencia de California y no les impidió vivir en Francia con el matrimonio. El tribunal de Estrasburgo considera que la situación a la que conduce la conclusión del tribunal de Casación francés en este caso garantiza un justo equilibrio entre los intereses de los demandantes respecto de su derecho al respeto por su vida familiar y los intereses del estado .

4.1.6.1.3. Respeto por la vida privada: El tribunal considera, a la vista de las consecuencias de la grave restricción de la identidad y el derecho al respeto a la vida privada de las niñas solicitantes, que al impedir tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su relación de descendencia con respecto a su padre biológico, el estado demandado fue más allá de su margen de apreciación. Así, concluye por unanimidad el tribunal que en el caso no hubo violación del artículo 8 CEDH con respecto al derecho de los solicitantes al respeto de su vida familiar pero que se ha violado esta disposición en lo que respecta al derecho de las gemelas al respeto de su vida privada⁵¹.

⁵¹ El TEDH sostiene que la "vida privada" en el sentido del artículo 8 CEDH incorpora aspectos de la identidad no sólo física, sino también sociales del individuo (cfr. TEDH, Sentencia Mikulić v. Croacia, N° 53176/99, § 34, 2002-I CEDH; Jäggi v Suiza, N° 58757/00, § 37, CEDH 2006-X). Existe una "relación directa" (cfr. Mikulić § 36) entre la privacidad de los niños nacidos de madres de alquiler y la determinación legal de su filiación. Por lo tanto, el artículo 8 CEDH también se aplica en el presente caso en su aspecto de "vida privada". Las gemelas demandantes se encuentran en una situación de inseguridad jurídica: el estado francés, sin ignorar que mediante sentencia norteamericana fueron identificadas como hijas del matrimonio, les niega esa condición en su ordenamiento jurídico. El TEDH entiende que tal contradicción socava su identidad dentro de la sociedad francesa. Además, a pesar de que el artículo 8

4.1.6.2. Labassee v. Francia⁵²

El caso es similar al expuesto en el punto anterior, si bien uno de los padres “de intención” es también el padre biológico de la niña. El tribunal de Estrasburgo considera que, a la vista de las consecuencias de la grave restricción de la identidad y del derecho al respeto de la vida privada de la niña concebida y gestada por subrogación en el extranjero, el estado demandado fue más allá de lo que le permitió su margen de apreciación y por unanimidad decretó que en el caso se violó el artículo 8 CEDH.

CEDH no garantiza el derecho a adquirir una nacionalidad en particular, el hecho es que la nacionalidad es un elemento de la identidad de las personas (cfr. TEDH, Sentencia Genovese v. Malta, no. 53124/09, § 33, 11 de octubre de 2011). Y aunque su padre biológico es francés, las gemelas se enfrentan a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de obtener la nacionalidad francesa de conformidad con el ordenamiento jurídico interno, indeterminación que probablemente afecte en forma negativa la definición de su propia identidad. Por otra parte, un niño nacido en el extranjero por subrogación gestacional, en ausencia de reconocimiento en Francia de su filiación, puede heredar solo si el progenitor lo ha instituido como legatario, y el impuesto a la herencia se calcula menos favorablemente, como si fuese un tercero.

Es concebible que Francia desee desalentar a sus nacionales de recurrir a un método de procreación en el extranjero que prohíbe en su territorio. Sin embargo, los efectos del no reconocimiento en el derecho francés de la relación de parentesco entre los hijos así concebidos y los padres “de intención” no se limitan a la situación de quienes realizaron la elección del método procreativo sino que también afecta a los propios niños en su derecho al respeto de la vida privada, que implica su identidad y su filiación, y su interés superior, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión que les concierna.

⁵² El caso trata acerca de un matrimonio francés y una niña nacida en Minnesota, Estados Unidos, mediante un procedimiento de gestación por sustitución en el extranjero, con semen del hombre casado y óvulos de una tercera aportante. El tribunal de Primera Instancia de Minnesota decretó que el objetivo del embarazo de la gestante había sido dar a luz a un niño relacionado biológicamente con el contratante, y que la gestante no tenía la intención de retener sus derechos parentales. El mismo día dictó una segunda sentencia, constatando la declaración de paternidad biológica del solicitante, el nombre de la niña nacida, y otorgando la custodia legal y física a aquel, junto con la autorización para regresar con ella a Francia. Al día siguiente se emite en Minnesota el certificado de nacimiento de la niña, que indica que es hija del matrimonio francés. Sin embargo, el estado demandado no solo no admitió el vínculo entre la niña y su padre biológico en relación con la solicitud de transcripción del certificado de nacimiento, sino que, conforme a la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa, tampoco permitió el reconocimiento de paternidad o la adopción de la niña por parte de su padre biológico. Cfr. TEDH. Sentencia LABASSEE v. FRANCE (*Requête no 65941/11*). ARRÊT. STRASBOURG. 26/06/2014, devenido en definitivo el 26/09/2014. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145180"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017. Traducción propia del francés.

4.1.7. Parrillo v. Italia⁵³

4.1.7.1. Alcance del artículo 8 CEDH respecto del respeto a la vida privada: El TEDH afirma en §149 que debe decidir por primera vez si el “derecho al respeto de la vida privada” garantizado por el artículo 8 CEDH, abarca el derecho que la solicitante reivindica para sí: el de disponer de los embriones resultantes de una fertilización *in vitro* para donarlos a la investigación científica. Del análisis que realiza⁵⁴, el tribunal concluye la aplicación al caso del artículo 8 CEDH, dado que la posibilidad de que la solicitante tome una decisión consciente y reflexionada sobre el destino de sus embriones se refiere a un aspecto íntimo de su vida personal y, por lo tanto, aquella decisión está comprendida en su derecho a la autodeterminación.

4.1.7.2. Necesaria injerencia estatal en la vida privada: Por otra parte, el TEDH considera en §161 que la prohibición establecida en el artículo 13 de la ley 40/2004 de entregar embriones resultantes de la fertilización *in vitro* para investigación científica, constituye una

⁵³ Este caso se originó en una demanda contra Italia presentada por Adelina Parrillo ante el tribunal de Estrasburgo alegando que la prohibición contenida en el artículo 13 de la ley N° 40 de donar para investigación científica cinco embriones congelados (concebidos por fecundación *in vitro* en un Centro de Reproducción de Roma a instancias de su pareja, actualmente fallecida, y suya), era incompatible con su derecho al respeto de su vida privada (cfr. artículo 8 CEDH), su derecho al respeto de sus bienes (cfr. artículo 1 del Protocolo N° 1 CEDH), y su libertad de expresión (garantizada por el artículo 10 CEDH), de la cual la investigación científica es, en su opinión, un aspecto fundamental. Cfr. TEDH, Sentencia PARRILLO v. ITALIE (*Requête no 46470/11*). ARRÊT. STRASBOURG. 27/08/2015. [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{"itemid":\["001-156492"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{). Fecha de consulta: 25/11/2017. Traducción propia del francés.

⁵⁴ El tribunal explica que, según su jurisprudencia, el concepto de “vida privada” del artículo 8 CEDH es amplio, no se presta a una definición exhaustiva, e incluye el derecho a la autodeterminación. Además, este concepto abarca el derecho a respetar las decisión de convertirse o no en padres (cita Evans § 71 y A, B y C v. Irlanda § 212). Por otra parte, cita la sentencia N° 162 del tribunal Constitucional italiano -del 10 de junio de 2014- que declaró inconstitucional la prohibición de la fecundación heteróloga, y sostuvo que la elección de los demandantes de convertirse en padres y de fundar una familia con hijos deriva de su libertad de autodeterminación en el ámbito de su vida privada y familiar. De ello se desprende, a juicio del TEDH, la libertad de elección de las partes en el tratamiento de fecundación *in vitro* conlleva la libertad de decidir el destino de los embriones producidos no destinados a implantación. Entiende asimismo el TEDH que existe una conexión entre la persona que utilizó la fertilización *in vitro* y los embriones así concebidos, quienes contienen el patrimonio genético de aquella y representan como tal una parte constitutiva de ella y de su identidad biológica.

interferencia en el derecho de la solicitante al respeto de su vida privada. Sin embargo, el tribunal considera que debe otorgarse al estado demandado un amplio margen de apreciación en este caso.

4.1.7.3. Inexistencia de consenso europeo sobre disposición de embriones: Observa el TEDH que el tema de la donación de embriones no destinados a la transferencia uterina plantea delicadas cuestiones de moral y ética (cfr. *Evans, SH y otros v. Austria*, y *Knecht*) y que el derecho comparado muestra que no existe un consenso europeo a este respecto⁵⁵.

4.1.7.4. Queja abstracta: Para ser examinadas, las contradicciones legislativas denunciadas por la solicitante deben referirse al objeto de la queja que plantea ante el tribunal, a saber, la limitación de su derecho a la libre determinación en cuanto a la suerte de su embriones (cfr. *Knecht* § 59). Y dado que no lo son⁵⁶, la mayoría del

⁵⁵ Por su parte, los documentos del Consejo de Europa y de la Unión Europea referidos al tema confirman que las autoridades nacionales disfrutaban de un amplio margen de discrecionalidad al adoptar legislación restrictiva cuando está en juego la destrucción de embriones humanos. El Convenio de Oviedo para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996) establece en el artículo 27 que ninguna de sus disposiciones se interpretará en el sentido de limitar la capacidad de cada estado para otorgar una protección más amplia con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina que la prevista. El Dictamen N° 15, adoptado el 14 de noviembre de 2000 por el Grupo Europeo de Ética en Ciencia y Nuevas Tecnologías para la Comisión Europea, la Resolución 1352 (2003) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre investigación sobre células madre y el Reglamento (CE) N° 1394/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre medicamentos de terapia avanzada, contienen disposiciones similares. Los límites impuestos a nivel europeo apuntan más bien a contener los excesos en esta área (v.gr. la prohibición de crear embriones humanos con fines de investigación científica, prevista en el artículo 18 del Convenio de Oviedo, o la prohibición de patentar invenciones científicas cuyo desarrollo implica la destrucción de embriones humanos, cfr. TUE, Sentencia *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*, de 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10). Sentado ello, el tribunal afirma que se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses en cuestión, ya que la redacción de la ley N° 40/2004 fue debatida y fue objeto de varios referendos (Cfr. MARRAMA, Silvia. "Referendum italiano[...] Idem).

⁵⁶ La solicitante señaló la incoherencia estatal de pretender proteger al embrión y a la par la permisión del aborto terapéutico y del uso por parte de investigadores italianos de líneas celulares embrionarias derivadas de embriones que han sido destruidos en el exterior. El TEDH entiende que su tarea no es analizar en abstracto la coherencia de la legislación italiana en este ámbito. Así concluye el TEDH que, aun suponiendo que sean ciertas, las incoherencias en la legislación alegadas

tribunal considera por 16 votos contra uno que el estado no excedió el amplio margen de apreciación del que goza en la materia, que la injerencia prohibitiva era "necesaria en una sociedad democrática" (artículo 8 § 2 CEDH), y que no hubo violación del derecho de la demandante al respeto de su vida privada.

4.1.7.5. Opinión concordante del juez Pinto de Albuquerque: El carácter "adecuado" de la protección al embrión debido por las partes contratantes en la Convención está sujeto a un estrecho control por el tribunal, porque los estados tienen un estrecho margen de apreciación en cuestiones fundamentales acerca de la existencia e identidad del ser humano⁵⁷. En Europa, la Convención establece un límite insuperable para la experimentación sobre la vida humana: es incompatible con la Convención realizar o utilizar embriones humanos vivos para la preparación de células madre embrionarias, o para producir embriones humanos clonados y luego destruirlos para producir células madre embrionarias.

4.1.7.6. Opinión concordante del juez Dedov: El juez sostiene que la argumentación del TEDH podría haber contribuido mucho más a la jurisprudencia sobre la protección de la vida. En efecto, estado invocó el "potencial de vida del que es portador el embrión" para demostrar la legitimidad del propósito de su interferencia. Este importante objetivo no puede reducirse a una cuestión de margen de apreciación.

por la demandante no afectan directamente el derecho que invoca en el presente caso. Por último, el tribunal observa que la decisión de destinar los embriones en cuestión para investigación científica se deriva de la mera voluntad de la solicitante, ya que su acompañante falleció y no existen pruebas de que aquel hubiese tomado la misma decisión.

⁵⁷ Luego de estudiar las normas internacionales aplicables, sostiene el juez que la vida humana por nacer no es, en esencia, diferente de la vida posnatal, y que los embriones deben ser tratados en todas las circunstancias con el debido respeto a su dignidad humana. El propósito científico de salvar vidas humanas no justifica el uso de medios intrínsecamente destructivos para esta vida. El comienzo y el final de la vida humana no son cuestiones políticas libradas a la discreción de los estados miembros del Consejo de Europa. El embrión no es una cosa o un "bien" (cfr. voto mayoritario §215), sino "otra persona" con la que Parrillo tiene una potencial relación parental: la naturaleza privada de la relación entre estos seres humanos es indiscutible, y queda comprendida en el artículo 8 CEDH.

El hecho de que el derecho a la vida esté en juego, cambia por completo el enfoque judicial, en consonancia con el papel del tribunal en la interpretación de la CEDH, incluida la obligación positiva del estado de preservar el comienzo de la vida⁵⁸.

4.1.7.7. Opinión en parte disidente común a los jueces Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano y Yudkivska: Concuerdan con que el estado no ha violado el artículo 8 CEDH en el caso, pero por diversas razones⁵⁹. Consideran que la queja de la solicitante es

⁵⁸ Dado que el derecho a la vida es absoluto, ni el margen de apreciación ni la soberanía ni el consenso son relevantes a este respecto. El derecho a la vida del embrión es un criterio clave para alcanzar la decisión correcta. Si se hubiese aplicado este criterio, muchos casos anteriores, como los casos Evans, Vo y SH, se habrían decidido a favor de los solicitantes, que de hecho deseaban convertirse en padres y, en consecuencia, salvar la vida del embrión. Muchas fuentes respaldan este punto de vista, representadas ante el tribunal por terceros intervinientes en el proceso y por las instituciones europeas (v.gr. iniciativa ciudadana europea "Uno de nosotros", el caso Brüstle y el reglamento Horizonte 2020. En particular, la Recomendación 874 (1979) PACE sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño, la Resolución PACE 1352 (2003) §10 sobre la investigación con células madre humanas). La resolución del presente caso con los fundamentos expuestos por el TEDH hace que el resultado de casos futuros sea impredecible. La función del tribunal es determinar los valores fundamentales y los intereses predominantes. En consecuencia, el TEDH solo puede concluir que el derecho a la vida, como uno de los derechos y libertades fundamentales, está en juego en este caso. A la par, el juez disidente con la conclusión de la Corte IDH en el caso Artavia Murillo, donde afirma que la "concepción" solo ocurre después de la implantación del embrión en el útero.

⁵⁹ Consideran los disidentes que, por primera vez, el tribunal considera que el hecho de "decidir el destino" de los embriones o disponer de ellos se relaciona con el derecho de las personas al respeto de su vida privada (§ 152). Esta es una decisión de largo alcance e inaceptable sobre el estatuto del embrión humano, desconcertante no sólo debido a la connotación utilitaria de las palabras utilizadas para referirse al embrión humano, sino también debido a la lógica que fundamenta la decisión adoptada. El TEDH en este caso tiene una concepción positivista y reductivista del embrión humano, calificado como "parte constitutiva" del material genético y de la identidad biológica de una persona en particular, y el derecho de esa persona al respeto por su vida privada le permite decidir su destino y "uso". Al evaluar la proporcionalidad de la prohibición en cuestión, la mayoría considera que puede estar vinculada al objetivo de proteger "los derechos y las libertades de los demás", pero se apresura a añadir que esto no implica ningún juicio sobre si la palabra "otro" incluye al embrión humano. Sostienen los disidentes que el embrión no puede considerarse como una mera parte constitutiva de la identidad de tal o cual persona. Aunque posee la herencia genética de sus "padres" biológicos, el embrión humano es, sin embargo, una entidad separada y distinta desde las primeras etapas de su desarrollo. Observa la disidencia que la solicitante declaró que la donación de sus embriones le proporcionaría un "sentimiento noble". Sin embargo, el único propósito de la CEDH es proteger los derechos humanos fundamentales, no promover sentimientos de ningún tipo. El derecho reivindicado por la solicitante de "deshacerse de sus embriones" para fines de investigación científica no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio. En consecuencia, la solicitud debería haberse rechazado por incompatible *ratione materiae* con las disposiciones de la Convención.

incompatible *ratione materiae* con las disposiciones de la Convención, ya que el derecho reivindicado por la solicitante de "deshacerse de sus embriones" para fines de investigación científica no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio.

4.1.8. *Paradiso y Campanelli v. Italia*⁶⁰

4.1.8.1. Jurisdicción del TEDH: El tribunal reconoce que su tarea no es revisar la legislación o la práctica contenciosa en abstracto, sino que debe limitarse a tratar las cuestiones planteadas en el caso específico. Por lo tanto, no tiene que sustituir su propia evaluación por la de las autoridades nacionales competentes para determinar la mejor manera de regular la compleja y delicada cuestión de la relación entre los progenitores y un hijo nacido en el extranjero en

⁶⁰ Este caso se inicia con la aplicación N° 25358/12 presentada por dos nacionales alegando que las medidas adoptadas por el estado italiano en relación con el niño T. C. eran incompatibles con su derecho a la vida privada y familiar. Los solicitantes contrataron a una madre sustituta en Rusia, mediante una clínica ubicada en Moscú, quien gestó un niño con óvulos aportados por una tercera mujer y semen del demandante, quien afirma haber transportado desde Italia a la clínica rusa su líquido seminal debidamente preservado. Se transfirieron dos embriones al útero de la madre sustituta y un niño nació en Moscú el 27 de febrero de 2011. En la misma fecha, la madre sustituta dio su consentimiento por escrito para que el niño sea registrado como hijo de los solicitantes. Los solicitantes fueron registrados como padres del recién nacido por la Oficina del estado Civil de Moscú, y se les expidió el certificado de nacimiento ruso. El Consulado de Italia en Moscú emitió los documentos para viajar a Italia con el niño, pero posteriormente informó a la Corte Juvenil de Campobasso, al Ministerio de Asuntos Exteriores, a la prefectura y la ciudad de Colletorto que el archivo sobre el nacimiento del niño contenía datos falsos. Una fiscalía italiana inició un proceso penal contra los solicitantes, sospechosos de alteración del estado civil del niño, de falsificación, y del delito previsto en el artículo 72 de la ley de adopción. Al mismo tiempo, la fiscalía solicitó la apertura de un procedimiento de adoptabilidad para el niño, y que se suspendiera la autoridad parental de los contratantes de la subrogación de vientres. Los solicitantes objetaron las medidas relativas al niño. A petición del tribunal de menores, los solicitantes fueron visitados por un equipo de trabajadores sociales, y se realizó una prueba de ADN, cuyo resultado mostró que no había un vínculo genético entre ellos. Los solicitantes pidieron a una psicóloga que realizara un informe sobre el bienestar del niño, fundado en el cual los requirentes solicitaron que el niño viva en su casa con miras a adoptarlo. Pero el tribunal de Menores de Campobasso ordenó que el niño fuera retirado, atendido y puesto al cuidado de los servicios sociales. En enero de 2013, el niño fue dado en guarda a una familia para adopción. A la fecha de presentación de la solicitud ante el TEDH, la adopción del menor ya se había efectivizado. TEDH, Sentencia PARADISO ET CAMPANELLI v. ITALIE (*Requête no 25358/12*). ARRÊT. STRASBOURG. 24/01/2017. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-170867"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 25/11/2017. Traducción propia del francés.

el contexto de un acuerdo de subrogación comercial, prohibido por el estado demandado.

4.1.8.2. Doctrina del margen de apreciación: Para decidir sobre el alcance del margen de apreciación que debe otorgarse al estado en virtud del artículo 8 CEDH, es necesario tener en cuenta varios factores. Cuando está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, el margen dejado al estado suele ser limitado. Por otro lado, cuando no hay consenso en los estados miembros del Consejo de Europa, ya sea respecto de la importancia relativa del interés en juego o de los mejores medios para protegerlo, en particular cuando el caso plantea delicadas cuestiones éticas o morales, el margen de apreciación es más amplio, al igual que en los casos en que el estado debe lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados o entre diferentes derechos protegidos por la CEDH. El tribunal observa que los hechos del caso se refieren a temas sensibles desde el punto de vista ético - adopción, cuidado estatal de un niño, procreación artificial y subrogación-, en los cuales los estados miembros disfrutaban de un amplio margen de apreciación.

4.1.8.3. Injerencia estatal (artículo 8 § 2 CEDH): Para determinar si la interferencia es "necesaria en una sociedad democrática", debe tenerse en cuenta el margen de discreción de las autoridades nacionales, cuya decisión queda sujeta a la revisión por parte del tribunal, competente para verificar el cumplimiento de los requisitos del Convenio.

4.1.8.4. Inexistencia de consenso europeo sobre efectos legales de la subrogación de vientres: El tribunal se remite al enfoque matizado adoptado sobre la fecundación heteróloga en *SH y otros* (§§ 95-118), y su análisis en *Mennesson* (§§ 78-79) acerca de la gestación para otros y el reconocimiento legal de la relación padre-hijo entre

los padres “de intención” y los hijos legalmente concebidos en el extranjero.

4.1.8.5. Pertinencia, suficiencia y proporcionalidad de las medidas estatales: El TEDH no duda de la pertinencia de los motivos invocados por los tribunales nacionales italianos. Estas razones están directamente relacionadas con el propósito legítimo de la defensa del orden público y también de la protección del niño -no solo del que está en cuestión en este caso, sino de los niños en general- considerando la prerrogativa del estado de regular la filiación por adopción y la prohibición de determinadas tecnologías de reproducción humana artificial. En cuanto a la suficiencia de las razones aducidas por los tribunales internos, el TEDH entiende que los hechos del caso no están comprendidos en el concepto de vida familiar, sino sólo en el de privacidad. El TEDH considera que las razones dadas por los tribunales internos, que se centraron en la situación del niño y el comportamiento ilegal de los solicitantes, fueron suficientes respecto del derecho a la vida privada.

Resta examinar si las medidas impugnadas fueron proporcionadas al objetivo legítimo perseguido, en particular si los tribunales nacionales, actuando dentro del amplio margen de apreciación que se les reconoce en el presente caso, alcanzaron un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados en juego. El TEDH entiende que los tribunales nacionales se preocuparon principalmente por poner fin a una situación ilegal, ya que los demandantes transgredieron las leyes italianas y las medidas que se tomaron en respuesta a su conducta estaban destinadas a proteger importantes intereses generales. En consecuencia, el tribunal decreta por 11 votos contra 6⁶¹, que no ha existido en el caso violación del artículo 8 CEDH.

⁶¹ Los votos anexos son los siguientes: opinión concordante de Pinto de Albuquerque; opinión concordante de Dedov; opinión en parte concordante común a los jueces Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou y Dedov; opinión en parte disidente común a los jueces Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano y Yudkivska; opinión en parte disidente del juez Nicolaou; opinión disidente del juez Sajó.

4.1.8.6. Voto concurrente del juez Dedov: La importancia de este voto radica en que pone de relieve que, por primera vez, el tribunal de Estrasburgo se centra más en los valores que en el margen formal de apreciación nacional: la prohibición de la adopción privada está destinada a proteger a los niños de prácticas ilegales, algunas de las cuales pueden equivaler a la trata de personas. Dedov explica que la trata se encuentra estrechamente vinculada a los acuerdos de subrogación, y que los hechos del caso lo demuestran. Sostiene que el fenómeno de la maternidad subrogada es en sí mismo y todas sus formas muy peligroso para el bienestar de la sociedad⁶². Por último afirma que la subrogación materna es uno de esos desafíos que nos obligan a preguntarnos respecto de la supervivencia de la raza humana, dado que el número de personas

⁶² Sostiene Dedov que en una sociedad que se desarrolla armoniosamente, todos sus miembros contribuyen a ello a través de sus talentos, energía e inteligencia. Pero si el único recurso valioso disponible para un individuo es su cuerpo, el argumento no es suficiente para justificar la prostitución, la pornografía o la subrogación de vientres. Los argumentos a favor de la maternidad de alquiler se fundan en las nociones de economía de mercado, diversidad y solidaridad. Sin embargo, el dilema es milenario: o bien los seres humanos sobreviven a través de un proceso de adaptación natural, comprometiendo la dignidad humana y la integridad, o tratan de lograr una nueva calidad de vida social sin afectar tales valores. La noción de derechos y libertades fundamentales requiere la implementación de la segunda opción, y nuestra supervivencia y desarrollo también lo exigen. Cualquier afectación de los derechos humanos y de los valores fundamentales implica el final de una civilización. Dedov no entiende la maternidad subrogada como una forma de asistencia voluntaria y gratuita a quienes no pueden tener hijos. No puede aceptar que esa sea una declaración honesta y sincera. La solidaridad tiene como objetivo ayudar a aquellos cuyas vidas están en juego, pero no a aquellos que solo desean disfrutar de una vida privada o familiar completa. El embarazo y el nacimiento de un niño son extremadamente estresantes para la madre portadora sustituta, tanto en términos físicos como emocionales. Las consecuencias son impredecibles y, en ausencia de una situación de emergencia, la maternidad sustituta no puede considerarse una forma adecuada de promover la solidaridad social. Las estadísticas muestran que la subrogación gestacional es llevada a cabo por personas pobres o en países pobres en favor de beneficiarios generalmente ricos. Por otro lado, es una hipocresía prohibir la maternidad subrogada en el propio país, pero permitir las consecuencias de su uso en el extranjero. Entiende Dedov que el estado demandado ha adoptado una posición muy honesta e intransigente con respecto a la prohibición de cualquier tipo de subrogación, basada en valores cristianos (cfr. TEDH, Sentencia Lautsi and others[...]. Idem). Dedov sostiene que, para prevenir la degradación moral y ética de la sociedad, el TEDH debería apoyar acciones basadas en valores (dignidad, integridad, igualdad, solidaridad, curiosidad, autorrealización, creatividad, conocimiento y cultura), los cuales no entran en conflicto con el respeto por la vida privada y familiar, en lugar de esconderse detrás del margen de apreciación. Dedov considera que en el presente caso el TEDH ha dado un primer paso a poner los valores por encima del margen de apreciación en un caso "ético", y por ello se puede hablar de un "nuevo tribunal".

involucradas, directa o indirectamente, en esta forma antisocial - legal o no- de obtener ganancias, la escala real del problema es impresionante. Concluye con una advertencia: cuando la solidaridad social no es promovida o efectivamente protegida en la práctica por las autoridades, se genera discriminación o desigualdades que pueden conducir a la desestabilización o degradación de la sociedad, amenaza que no debe subestimarse.

4.2. Jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH se ha pronunciado en menos oportunidades que el tribunal de Estrasburgo respecto del margen de apreciación nacional en las TRHA, y la aplicación que realiza de esta doctrina es más restringida. Antes de analizar los casos, cabe recordar que, a diferencia del artículo 2 CEDH -que guarda silencio sobre la cuestión del inicio de la vida humana y no define quién es la persona cuya vida está protegida-, el artículo 4 de la CADH expresa, por el contrario y con mayor precisión, que el derecho a la vida debe ser protegido “a partir de la concepción”⁶³.

⁶³ Cfr. YURMAN, Rogelio Pablo. Aborto[...] Idem. p. 35.

4.2.1. Artavia Murillo⁶⁴

Se han sintetizado las conclusiones del fallo de la Corte IDH del siguiente modo: a) la protección de la vida establecida en el artículo 4 CADH no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo; b) el embrión no implantado no es persona; c) los derechos en conflicto -los derechos a la vida privada y familiar y a la salud sexual de los demandantes, y los derechos de los embriones, deben resolverse mediante un adecuado balance; d) se consideran positivamente las medidas que evitan generar un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones; e) corresponde a las instituciones responsables de las TRHA proveer a los gametos y embriones de las mejores condiciones para que la potencialidad de ser persona pueda expresarse al nacer. y f) deben regularse los aspectos que se consideren necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la sentencia⁶⁵. En diversas publicaciones⁶⁶, he explicado las vicisitudes del caso. Me referiré

⁶⁴ Por Resolución del 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, del 3 de febrero de 1995, que reglamentaba la fecundación in vitro, por colisionar con el artículo 4.1 de la CADH. Como consecuencia de la referida declaración de inconstitucionalidad y presunta prohibición general de TRHA en Costa Rica, el 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH) sometió a la jurisdicción de la Corte IDH, de conformidad con los artículos 51 y 61 CADH, el caso N° 12.361 contra el estado de Costa Rica. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia; y que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres. La Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del estado por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento. Cfr. Corte IDH, Sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf Fecha de consulta: 03/12/2016.

⁶⁵ Cfr. RABI BALDI CABANILLAS, Renato; FLEMING CANEPA, Eugenia. “La sentencia de la CADH[...]” Idem.

⁶⁶ Cfr. MARRAMA, Silvia, TOMMASI, María Sol, “Después de “Artavia Murillo””, en *El Derecho*, [274] - (18/09/2017, nro. 14.268). Ver también MARRAMA, Silvia, “Control de convencionalidad[...]” Idem. MARRAMA, Silvia. Fecundación in vitro[...] Idem. Capítulo VI. MARRAMA, Silvia, “Una sentencia

en estas líneas únicamente a las consideraciones de la Corte IDH sobre el margen de apreciación nacional.

4.2.1.1. Aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, en relación a la interpretación del artículo 4.1. CADH: La Corte IDH, luego de realizar una interpretación de los artículos 1 y 4.1. CADH⁶⁷, analiza la jurisprudencia del TEDH: cita, entre otros, los casos *Vo. v. Francia, y A, B y C v. Irlanda*. En los §§ 240 a 242 cita los casos referidos a TRHA: *Evans v. Reino Unido, S.H. v. Austria, y Costa y Pavan v. Italia*, antes analizados. También expone en § 243 el Sistema Africano de Derechos Humanos. En base a lo expuesto y a información científica citada, en § 264 concluye que el embrión no puede ser entendido como persona, que la concepción en el sentido del artículo 4.1 CADH tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero. Además, concluye de las palabras “en general”, que la protección del derecho a la vida del artículo 4.1 CADH no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo.

4.2.1.2. Injerencia estatal en la vida privada y familiar de los solicitantes: La Corte considera en §272 y ss., que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a TRHA forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. Estos derechos pueden ser restringidos por los estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar

pedagógica[...] Idem. MARRAMA, Silvia, “¿Qué nos enseña Costa Rica respecto de la fecundación artificial?”, en EDCrim, [245] - (06/12/2011, nro. 12.891). MARRAMA, Silvia, “El fallo de la Sala Constitucional de Costa Rica”, en ED, 18/11/2009.

⁶⁷ Un excelente estudio sobre la interpretación de la Corte IDH puede leerse en PEDERNERA ALLENDE, Matías, “Algunos problemas argumentativos del fallo de la Corte Interamericana en “Artavia Murillo y otros v. Costa Rica””. *El Derecho* 262-722. Fecha de consulta: 03/12/2017.

previstas por la ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. El análisis de esos requisitos es innecesario, a juicio de la Corte, ya que el “derecho absoluto a la vida del embrión” como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la CADH (cfr. §264). Sin perjuicio de ello, el tribunal estima que el sacrificio de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar fue desmedido en relación con las ventajas alegadas de protección del embrión, y que aquellos derechos se tornaron ilusorios por la restricción en favor de la vida prenatal.

4.2.1.3. Disidencia del Juez Vio Grossi: Este voto disidente considera el análisis gramatical y sistemático del artículo 4.1. CADH, y concluye que la vida de una persona existe desde el momento en que ella es concebida, lo que ocurre con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Por último, pone de relieve la importancia del caso, en donde está en juego el derecho a la vida y cuándo comienza, lo cual involucra no solo concepciones jurídicas, sino también filosóficas, morales, éticas, religiosas, ideológicas, científicas y de otros órdenes, todas las cuales muy legítimamente concurren, en tanto fuentes materiales del derecho internacional, a la formación de la correspondiente norma jurídica, la cual solo tiene que ser interpretada acorde a las fuentes formales. Y en el ejercicio de esa función interpretativa, la Corte se encuentra limitada para asumir una función normativa, desnaturalizando su función jurisdiccional y afectando así el funcionamiento de todo el sistema interamericano de derechos humanos.

4.2.1.4. Influencia de *Artavia Murillo* en el derecho argentino⁶⁸

⁶⁸ Rabbi Baldi y Fleming Canepa han estudiado en profundidad la sentencia del caso *Artavia Murillo* y su influencia -constitucional, convencional y jurisprudencial- en el derecho argentino, influencia que excede el marco de este trabajo. Cfr. RABI BALDI CABANILLAS, Renato; FLEMING CANEPA, Eugenia. “La

La Comisión N° 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyó que: “Tercero: La doctrina del fallo “Artavia Murillo” dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho”⁶⁹. Diversos tribunales nacionales⁷⁰ han dictado sentencias en este sentido. Por su parte, la CSJN ha entendido que la CIDH no constituye una cuarta instancia nacional sino que su jurisdicción “es subsidiaria, coadyuvante y complementaria”⁷¹.

4.2.2. Gomez Murillo⁷²

El 18 de enero de 2016, por segunda vez la Comisión IDH somete a conocimiento de la Corte IDH un caso de presuntas violaciones a los derechos a la integridad personal, libertad personal, vida privada y familiar, a fundar una familia y a la igualdad y no discriminación, originadas en la prohibición de la FIV en Costa Rica. Durante el trámite de la causa ante la Corte IDH, se presentó un acuerdo de solución amistosa entre las partes, que incluía un reconocimiento efectuado por el estado respecto de las violaciones a los derechos humanos indicadas por la Comisión -en

sentencia de la CADH en el caso Artavia Murillo: su influencia en el derecho argentino”. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Nueva Serie, 2015-3, Rubinzal Culzoni, Editores. p. 87-146.

Ver también PALAZZO, Eugenio Luis, “Nuevos actores y roles en la justicia”, en El Derecho Constitucional, [266] - (16/03/2016, nro 13.916) [2016]. Fecha de consulta: 03/06/2016. QUINTANA, Eduardo M., “Discurso jurídico versus ciencias biológicas y genéticas (a propósito de un fallo de la C.I.D.H. contra estado de Costa Rica sobre fecundación in vitro)”, publicado el 14/02/2013 en elDial.com - DC19Eg. Fecha de consulta: 22/06/2016.

⁶⁹ XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2013. Conclusiones Comisión N° 1, Parte General: Persona humana. Comienzo de la existencia. Estatuto. Disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-28-XXIV-Jornadas-2013.pdf>. Fecha de consulta: 13/09/2017.

⁷⁰ Cfr. CFed. Salta, 06/07/2013, L. O., A. M. - L., C. v. Swiss Medical s/amparo, con nota de MARRAMA, Silvia, “Una sentencia pedagógica[...] Idem.

⁷¹ CSJN, Sentencia Ministerio de Relaciones Exteriores[...] Idem. Considerando 8.

⁷² Cfr. Corte IDH, Sentencia Daniel Gerardo Gómez Murillo, Aída Marcela Garita Sánchez y otros v. COSTA RICA, 29/11/2016, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf. Fecha de consulta: 01/08/2017.

el Informe de Fondo- y por el representante de los demandantes - en el escrito de solicitudes y argumentos-. En razón de ello, la Corte, por cinco votos a favor y uno en contra, lo homologó, aceptó el reconocimiento de las violaciones efectuado por el estado, y dio por concluida la controversia. El acuerdo incluye medidas reparatorias pecuniarias y no pecuniarias, de entre las cuales las más controvertidas son las convenidas en §§§2, 3 y 4, que se relacionan con reparaciones ordenadas en el caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*. Asimismo resulta controvertida la medida reparatoria no pecuniaria a la que el estado se somete por acuerdo, de iniciar una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación (cfr. §55 del voto de la mayoría), ya que no guarda ningún nexo causal con las violaciones a los derechos humanos denunciadas en el caso⁷³. Por último cabe mencionar que en el acuerdo (cfr. §62 del voto de la mayoría) se incluyó también el compromiso del estado de Costa Rica de informar a la Corte, en forma periódica, acerca del cumplimiento del acuerdo.

4.2.2.1. Disidencia del Juez Vio Grossi: Las premisas del voto disidente son las siguientes: a) obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH solo para el estado parte del caso de que se trate y respecto de lo que el mismo versee; b) la función de la Corte IDH no es normativa sino de interpretación y aplicación de la CADH; c) la mejor garantía de defensa de los derechos humanos es el apego de la Corte IDH a las normas que la rigen.

Una de las razones del disenso radica en que no sólo existe una clara diferencia en lo atinente a la *causa petendi* en el caso y al fundamento del acuerdo de solución amistosa, sino que también difieren en la pretensión que se perseguía en aquél y la que se

⁷³ Cfr. PAUL DIAZ, Alvaro. Segunda sentencia sobre fecundación in vitro. Disponible en <http://corteidhblog.blogspot.com.ar/2017/01/segunda-sentencia-sobre-fecundacion-in.html> el 23/01/2017. Fecha de consulta: 02/08/2017.

contempla en éste (cfr. § B del voto). Se trata, pues, de dos casos distintos: uno que fue sometido a la jurisdicción de la Corte y el otro que emerge a partir de la sentencia dictada en *Artavia Murillo*, y que, por lo tanto, no ha sido conocido por ella. Este argumento se funda en el principio de complementariedad o coadyuvancia de la jurisdicción interamericana respecto de la jurisdicción interna o nacional, que importa que aquella no debe ni puede sustituir a ésta, y en el margen de apreciación nacional. Por lo expuesto, entiende el juez disidente que era suficiente en el caso tomar nota del acuerdo de solución amistosa como fin del litigio, sin dar lugar a su homologación, y archivar el expediente. En cambio, al proceder como se ha hecho, se ha perdido una buena oportunidad para rectificar -con la nueva integración de la Corte⁷⁴- y retomar la defensa del derecho a la vida⁷⁵ y, además, recordar que los estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable⁷⁶.

Conclusión

En estas líneas he analizado la doctrina del TEDH y de la Corte IDH sobre el margen de apreciación nacional respecto de las TRHA. Del estudio de los casos precedentes puedo concluir que: a) en *Paradiso y Campanelli v. Italia* el TEDH, por primera vez, se centra más en los derechos fundamentales en juego que en el margen formal de apreciación nacional, y por ello se puede afirmar

⁷⁴ Se refiere a que, de los seis jueces que participaron en el conocimiento del Caso Gómez Murillo y Otros v. Costa Rica, solo Vio Grossi integraba la Corte que resolvió sobre el Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) v. Costa Rica.

⁷⁵ La Corte antes catalogaba el derecho a la vida como “fundamental”, por lo que estimaba que no eran “admisibles enfoques restrictivos de mismo”, cfr. Corte IDH, Sentencia Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros) v. Guatemala. (Fondo), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No° 63, § 144.

⁷⁶ Cfr. Corte IDH, Sentencia Familia Barrios v. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, §48.

que se trata de un “nuevo tribunal”; b) la Corte IDH, por el contrario, en *Gomez Murillo* deja de lado el principio de subsidiariedad de la jurisdicción interamericana respecto de la jurisdicción interna o nacional, sustituyendo a ésta, y por otra parte, pese a que cuenta con una nueva integración, pierde la oportunidad de regresar a su doctrina original de defensa del derecho fundamental a la vida sin restricciones. El contraste señalado es significativo si se recuerda que, a diferencia del artículo 2 CEDH -que guarda silencio sobre la cuestión del inicio de la vida humana y no define quién es la persona cuya vida está protegida-, el artículo 4 de la CADH expresa, con mayor precisión, que el derecho a la vida debe ser protegido “a partir de la concepción”.

El análisis de los casos estudiados me permite concluir que lo relevante es reconocer el mayor grado de protección efectiva a los derechos fundamentales, ya sea a través de la intervención de los tribunales internacionales o de los jueces nacionales, “toda vez que, muchas veces, son estos últimos quienes garantizan un mayor grado de protección, debido a los distintos niveles de evolución de cada ordenamiento jurídico”⁷⁷. Y el dar el mayor grado de protección efectiva a los derechos fundamentales en el caso concreto sólo podrá lograrse a la luz de una idea superadora de “diálogo entre cortes” o “diálogo interjurisdiccional”⁷⁸.

Para finalizar, cabe tener presente que en el campo de las TRHA, que se encuentran en constante cambio y cuyas respuestas son dinámicas y provisorias, “el límite (y también, forzoso es señalarlo, el punto de partida) no parece ser otro que la indisponibilidad de la persona... ese “valor absoluto (en razón de

⁷⁷ Cfr. ARMIN VON BOGDANDY, In: Eduardo FERRER Mac GREGOR, Fabiola - Martínez Ramírez, Giovanni A. - Figueroa Mejía (coord.), "Ius constitutionale commune", Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2ª ed., 2014, 774-777. Cit. Por DALLA VIA, Alberto R., “Los derechos humanos y el régimen constitucional de los tratados”, en LA LEY 08/05/2017, 7, Cita Online: AR/DOC/1174/2017. Fecha de consulta: 05/06/2017.

⁷⁸ Respecto del diálogo interjurisdiccional, ver el estudio de PIZZOLO, Calogero, “Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos”, en La Ley 2015-D- fecha de publicación: 08/07/2015.

ser universal y no general o conceptual) que es el diferente concreto”⁷⁹.

Referências

ALONSO REGUEIRA, Enrique. “Los límites del control de convencionalidad”, en LA LEY 2017-C, Sup. Adm. 2017 (mayo), 8. Cita Online: AR/DOC/1069/2017. Fecha de consulta: 05/06/2017.

ARMIN VON BOGDANDY. In: Eduardo FERRER Mac GREGOR, Fabiola - Martínez Ramírez, Giovanni A. - Figueroa Mejía (coord.), "Ius constitutionale commune", Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2ª ed., 2014, 774-777. Cit. Por DALLA VIA, Alberto R., “Los derechos humanos y el régimen constitucional de los tratados”, en LA LEY 08/05/2017, 7, Cita Online: AR/DOC/1174/2017. Fecha de consulta: 05/06/2017.

BARBOSA DELGADO, Francisco R. “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”. En: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NUÑEZ POBLETE, Manuel (coords.). *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.

CFED. SALTA. *L. O., A. M. - L., C. v. Swiss Medical s/amparo*, del 6 de julio de 2013.

-----, *M., I. N. c/OSDE s/amparo*, 19/06/2014.

CFED. SAN MARTÍN, sala I. G., *Y. S. v. O.S.D.E. s/ prestaciones médicas*, 12/11/2014.

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

⁷⁹ RABBI BALDI CABANILLAS, Renato. “Una filosofía jurídica prosopológica para las interpelaciones contemporáneas de la bioética. Apuntes desde la jurisprudencia constitucional argentina”. En prensa.

Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996

CORTE IDH. Sentencia *Almonacid*, del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.

-----. Sentencia *Trabajadores Cesados del Perú*, del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158.

-----. Sentencia *Masacre de Santo Domingo v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, del 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259.

-----. *Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 157.

-----. Sentencia *Brewer Carías v. Venezuela*, del 26 de mayo de 2014, Serie C N° 278.

-----. Sentencia *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
Fecha de consulta: 03/12/2016.

-----. Sentencia *Daniel Gerardo Gómez Murillo, Aída Marcela Garita Sánchez y otros v. COSTA RICA*, 29/11/2016, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf. Fecha de consulta: 01/08/2017.

-----. Sentencia *Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros) v. Guatemala*. (Fondo), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, § 144.

-----. Sentencia *Familia Barrios v. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, §48.

CSJN. Fallos: 330:4040

-----. Fallos: 332:1488

CSJN. Sentencia *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico v. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, del 14 de febrero de 2017, Causa 368/1998 (34-M).

----- . *L.E.H. y otros c/OSEP s/amparo*, 01/09/2015, en LA LEY 17/09/2015, 9; ED 265, 32; DFyP 2015 (diciembre), 225.

DIAZ CREGO, María. "Margen de apreciación", en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Fecha de publicación: 2011-05-09, Última actualización: 2011-05-09, 23:53:41 hs., en http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/94 . Fecha de consulta: 25/05/2016.

DIRECTIVA 2004/23/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 31 de marzo de 2004. Relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, publicado en Diario Oficial de la Unión Europea, 7.4.2004, L 102/48, disponible en http://www.ont.es/infesp/Legislacin/DIRECTIVA_CELULAS_Y_TEJIDOS.pdf. Fecha de consulta: 12/12/2017.

GIALDINO, Rolando E.. "¿Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema? El caso "Fontevecchia y D'Amico"". LA LEY 17/07/2017, 4. AR/DOC/1494/2017.

HITTERS, Juan Carlos. "Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)". *Estudios constitucionales*, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

----- . "Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?". LA LEY 02/08/2017, 1. AR/DOC/2033/2017.

MARRAMA, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. SCALA, Jorge (pról.). Paraná: Dictum, 2012. 580 páginas. Colección Doctrina. ISBN 978-987-26865-2-9.

- . “¿Sería constitucional una ley que regulase la fecundación artificial extracorpórea?”. *El Derecho Suplemento de Derecho Criminal*, [245] - (06/12/2011, nro 12.891).
- . “Pensar el derecho desde la relación social: importantes obiter dicta de un fallo ejemplar”. *El Derecho* [244] - (21/10/2011, nro 12.860).
- . “Análisis del Proyecto de Ley 0581-D-14 y 4058-D-14 de investigación en embriones humanos, a la luz de la Ley N° 26.862, de la Constitución Nacional y de los principios internacionales que rigen la materia”. *Anales Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Tomo XVI Parte I, (2014).
- “Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino”. *El Derecho* [255] - (27/11/2013, nro 13.372) (Ref. 73118).
- . “El control de convencionalidad en la aplicación de la dogmática penal”. *El Derecho* [257] - (06/05/2014, nro 13.476).
- . “Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional”. *Anales Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Tomo XLIII (2016). Parte II. Disponible en <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/Marrama.I.16.pdf>
- . “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el control de convencionalidad de una sentencia del Consejo de Estado francés”, en *El Derecho* 259-555.
- . “Referendum italiano sobre procreación asistida”, *Revista Duc In Altum* N° 10, agosto de 2005. p. 57-77. Edit. Pontificia Universidad Católica Argentina.
- . “Legitimación colectiva respecto del derecho a la identidad de los niños concebidos mediante fecundaciones heterólogas”, en *ED*, [258] - (07/07/2014, nro 13.519) [Publicado en 2014].
- . “Responsabilidad médica por los daños sufridos por una niña concebida mediante técnicas de fecundación extracorpórea heteróloga”, en *El Derecho*, [270] - (07/12/2016, nro 14.097) [2016].

- . "El paradigma protectorio de las personas con discapacidad", en *La Ley LLDFyP* 2015 (octubre), 07/10/2015, 224. Cita Online: AR/DOC/3195/2015.
- . TOMMASI, María Sol, "Después de "Artavia Murillo"", en *El Derecho*, [274] - (18/09/2017, nro. 14.268).
- . "¿Qué nos enseña Costa Rica respecto de la fecundación artificial?", en *EDCrim*, [245] - (06/12/2011, nro. 12.891).
- . "El fallo de la Sala Constitucional de Costa Rica", en *ED*, 18/11/2009.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie*, año XLV, núm. 135, sept.-dic. 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile", Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, Argentina, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de La Plata, Católica de La Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013.
- PALAZZO, Eugenio Luis. "Nuevos actores y roles en la justicia", en *El Derecho Constitucional*, [266] - (16/03/2016, nro 13.916) [2016]. Fecha de consulta: 03/06/2016.
- PAUL DIAZ, Alvaro. Segunda sentencia sobre fecundación in vitro. Disponible en <http://corteidhblog.blogspot.com.ar/2017/01/segunda-sentencia-sobre-fecundacion-in.html> el 23/01/2017. Fecha de consulta: 02/08/2017.
- PEDERNERA ALLENDE, Matías. "Algunos problemas argumentativos del fallo de la Corte Interamericana en "Artavia Murillo y otros v. Costa Rica"". *El Derecho* 262-722. Fecha de consulta: 03/12/2017.
- PIZZOLO, Calogero. "El diálogo interjurisdiccional como herramienta para la creación de consensos mínimos en una comunidad de intérpretes finales". Material de estudio del Curso Virtual "Control de Convencionalidad y Tutela de los Derechos Humanos", organizado por el

Instituto de Formación y Perfeccionamiento judicial de la Provincia de Entre Ríos “Dr. Juan Bautista Alberdi”, agosto-septiembre 2016.

-----, “Del paradigma de la estatalidad al paradigma de la internacionalización de los derechos humanos”. Material de estudio del Curso Virtual "Control de Convencionalidad y Tutela de los Derechos Humanos", organizado por el Instituto de Formación y Perfeccionamiento judicial de la Provincia de Entre Ríos “Dr. Juan Bautista Alberdi”, agosto-septiembre 2016.

-----, “Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos”, en *La Ley* 2015-D- fecha de publicación: 08/07/2015.

QUINTANA, Eduardo M.. “Discurso jurídico versus ciencias biológicas y genéticas (a propósito de un fallo de la C.I.D.H. contra estado de Costa Rica sobre fecundación in vitro)”, publicado el 14/02/2013 en elDial.com - DC19E9. Fecha de consulta: 22/06/2016.

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. “Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, frente a las decisiones internacionales”, en XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. *Una sentencia cumplida es un derecho escuchado*, Rubinzal Culzoni Editores, 2013, Santa Fe, pp. 245-257.

-----, Renato; FLEMING CANEPA, Eugenia. “La sentencia de la CADH en el caso Artavia Murillo: su influencia en el derecho argentino”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Nueva Serie*, 2015-3, Rubinzal Culzoni, Editores. P. 87-146.

RABBI BALDI CABANILLAS, Renato. “Una filosofía jurídica prosopológica para las interpelaciones contemporáneas de la bioética. Apuntes desde la jurisprudencia constitucional argentina”. En prensa.

RANIERI de CECHINI, Débora. “Sentencia *Lautsi v. Italia* de la Corte Europea de Derechos Humanos: un significativo cambio jurisprudencial”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, Año 3, Nro. 4, Mayo 2011, pp. 256-266.

REY, Sebastián A.. “En defensa de la Convención. Una respuesta del Derecho Internacional a los "elogios" recibidos por la sentencia de la Corte

Suprema en el caso "Fontevicchia y D'Amico". DPyC 2017 (julio), 199. AR/DOC/1538/2017.

SANTIAGO, Alfonso. "¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?". La Ley 23/02/2017, 13; La Ley 2017-A, 472. DFyP 2017 (abril), 145. AR/DOC/493/2017.

SANZ CABALLERO, Susana; STOFFELS, Ruth de María Abril. "Prólogo: Algunas notas sobre la Jurisdicción Internacional en el Siglo XXI", en SANZ CABALLERO, Susana; STOFFELS, Ruth de María Abril (coords.), Retos de la jurisdicción internacional, España, Thomson Reuters-Civitas, 2012.

STJ Entre Ríos, Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal. Á., V. J. y Z., A. S. s/homic. calif. s/recurso de casación, del 5 de marzo de 2014.

TEDH. Sentencia. *Lautsi and others v. Italy Judgment*, del 18 de marzo de 2011. Cita Online: AR/JUR/4864/2011. Fecha de consulta: 26/06/2017.

----- Sentencia *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976.

----- Sentencia *EVANS v. ROYAUME-UNI*. (Requête no 6339/05). ARRÊT. STRASBOURG. 10/04/2007. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["EVANS v. ROYAUME-UNI"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-80036"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{). Fecha de consulta: 12/09/2017. Traducción propia de la versión en francés.

----- Sentencia *VO v. FRANCE*. (Requête no 53924/00). ARRÊT. STRASBOURG. 08/07/2004.

----- Sentencia *DICKSON v. ROYAUME-UNI* (Requête no 44362/04). ARRÊT. STRASBOURG. 04/12/2007. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["dickson"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-83791"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{). Fecha de consulta: 12/09/2017.

----- Sentencia *HIRST v. ROYAUME-UNI* (No 2). ARRÊT. STRASBOURG. 06/10/2005. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-1470460-1537007&filename=003-1470460-1537007.pdf> Fecha de consulta: 29/09/2017.

- . *Sentencia S.H. ET AUTRES v. AUTRICHE (Requête no 57813/00)*. ARRÊT. STRASBOURG. 03/11/2011. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-107326"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{). Fecha de consulta: 27/09/2017.
- . *Sentencia COSTA ET PAVAN v. ITALIE (Requête no 54270/10)*. ARRÊT. STRASBOURG. 28/08/2012, devenido en definitivo (cfr. artículo 44 § 2 CEDH, el 11/02/2013). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-112992"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017.
- . *Sentencia Niemietz v. Alemania, 16 de diciembre de 1992, § 29, Serie A No. 251-B*.
- . *Sentencia Bensaid v. El Reino Unido, No. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I*.
- . *Sentencia Pretty v. United Kingdom, No. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III*.
- . *Sentencia Dudgeon v. The United Kingdom, 22 de octubre de 1981, § 41, Serie A no 45*.
- . *Sentencia Laskey, Jaggard y Brown v. el Reino Unido, el 19 de febrero de 1997, § 36, los informes 1997-I*.
- . *Sentencia A, B y. C v Irlanda [GC], No. 25579/05, § 212, 2010 CEDH*.
- . *Sentencia RR v. Polonia, No. 27617/04, § 181, CEDH 2011*.
- . *Sentencia KNECHT v. ROMANIA (Application no 10048/10)*. JUDGMENT. STRASBOURG. 02/10/2012, devenido en definitivo el 11/02/2013. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-113291"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017.
- . *Sentencia MENNESSON v. FRANCE (Requête no 65192/11)*. ARRÊT. STRASBOURG. 26/06/2014, devenido en definitivo el 26/09/2014. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145179"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017.
- . *Sentencia Mikulic v. Croacia, N° 53176/99, 2002-I CEDH*
- . *Sentencia Jäggi v Suiza, N° 58757/00, CEDH 2006-X*
- . *Sentencia Genovese v. Malta, no. 53124/09, 11 de octubre de 2011*

-----. Sentencia *LABASSEE v. FRANCE* (Requête no 65941/11). ARRÊT. STRASBOURG. 26/06/2014, devenido en definitivo el 26/09/2014. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145180"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 27/09/2017.

-----. Sentencia *PARRILLO v. ITALIE* (Requête no 46470/11). ARRÊT. STRASBOURG. 27/08/2015. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-156492"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 25/11/2017.

-----. Sentencia *PARADISO ET CAMPANELLI v. ITALIE* (Requête no 25358/12). ARRÊT. STRASBOURG. 24/01/2017. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-170867"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Fecha de consulta: 25/11/2017.

TUE, Sentencia. *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*, de 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10

XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2013. Conclusiones Comisión N° 1, Parte General: Persona humana. Comienzo de la existencia. Estatuto. Disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-28-XXIV-Jornadas-2013.pdf>. Fecha de consulta: 13/09/2017.

YURMAN, Rogelio Pablo. Aborto, persona y sociedad. 1º Ed.. Rosario: UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2012.

‘Direito natural’, ‘bem comum’ e os fundamentos de uma sociedade bem ordenada

Carlos Adriano Ferraz¹

Sumário

Preliminares

1. Sobre o que significa ‘direito’ e ‘natural’
2. Algumas observações sobre a ideia de ‘pessoa humana’ enquanto princípio ontológico, não epistemológico, do direito natural
3. Sobre o significado de ‘bem comum’
4. Um exemplo de “crise”: a dissolução da família “natural” (tradicional) e suas implicações

Considerações finais

Referências

Preliminares

Antes de adentrarmos no ponto central de minha exposição, a saber, na ideia mesma de uma ‘sociedade bem ordenada’, cabe esclarecer, de início, em que sentido as ideias de ‘direito natural’ e ‘bem comum’ são aqui arroladas. Em seguida, caberá demonstrar em que sentido tais ideias servem como fundamento normativo de tal sociedade. Isso demanda, pois, esclarecermos o que se entende, aqui, por “direito natural” e por “bem comum”.

¹ Doutor em Filosofia (PPGFil, PUCRS), com estágio doutoral na State University of New York (SUNY). Mestre em Filosofia (PPGFil, UFSM). Graduado em Filosofia (UFPeL). Professor na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Filosofia (PPGFil, UFPeL). Professor Visitante na Universidade Harvard (2010). E-mail: ferrazca@hotmail.com

1. Sobre o que significa ‘direito’ e ‘natural’

Os conceitos levantados no primeiro parágrafo desta exposição são polissêmicos. Encontramos distintas definições suas desde a antiguidade. Tais definições não são, pois, unívocas. Assim, quê denoto com tais conceitos?

Pois bem. Direito, aqui, eu o compreendo em dois sentidos, a saber: como *jus* e como *lex*. Nesse sentido, *lex* (muitas vezes traduzida simplesmente por ‘lei’) aponta para uma *exigência*, uma *obrigatoriedade*, isto é, uma regra que nos exige 1. Ou uma ação 2. Ou que evitemos de agir de certa maneira. É assim que Tomás de Aquino (1225-1274) a define na “Suma Teológica” (questão 90). Trata-se da “facticidade” da ‘lei’, a qual podemos distinguir de ‘direito’ (*jus*), sendo esse último entendido como “conceder a cada um o que lhe é devido” (*iustitia*). Em certo sentido, dir-se-ia que o *jus* é a aplicação da *lex* a um estado de coisas. Portanto, não há, aqui, conflito entre esses dois conceitos, mas complementaridade². Colocado em outros termos, apesar de haver divergências conceituais, mantenho aqui a posição herdada de autores tais quais Tomás de Aquino, segundo o qual esses conceitos, embora distintos, são complementares. Nos termos de Tomás de Aquino (‘Questão 90, A ‘Essência da Lei’, artigos 1 e 2’): “A lei – *lex* - é certa regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir, ou a apartar-se da ação (...) Pertence à lei – *lex* -preceituar e proibir”.

² Coloco isso porque nem sempre tais conceitos foram considerados complementares. Thomas Hobbes (1588-1679), por exemplo, os distingue. No quarto capítulo de “Leviatã” ele afirma: “(...) embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir Jus e Lex, o direito e a lei, é necessário distingui-los um do outro. Pois o Direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir, ao passo que a Lei determina ou obriga a uma dessas duas coisas. De modo que a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma questão”. (HOBBS, Leviatã, p. 112). Hans Kelsen (1881-1973), em sua “Teoria Pura do Direito”, aproveitando a distinção hobbesiana, também problematiza a distinção entre “direito” e “lei”. E ele o faz recorrendo à língua inglesa, na qual temos “Right” e “Law”. “Direito” (Right) denotaria o direito subjetivo, o ‘direito do sujeito S’, por exemplo. “Direito” (Law) significaria a ‘ordem jurídica’, o direito objetivo (KELSEN, Teoria Pura do Direito, p. 141).

Com efeito, por ‘natural’ não me refiro aqui à natureza enquanto conjunto de coisas circundantes (‘sentido físico’ de natureza: “conjunto de seres físicos”³). Natural, aqui, se aproxima da ideia aristotélica de ‘essência’ de algo (“modo básico de algo”), designando a “natureza de algo” (‘sentido metafísico’). E com isso quero apontar para um aspecto central do sentido de ‘natural’: ‘razoável’ (ligado à razão). Nesse sentido, ‘natural’, aqui, não tem qualquer relação com natureza (e suas leis, como a da gravidade, por exemplo). Cabe enfatizar, então, que não assumo pressupostos cosmológicos ou, mesmo, teológicos. Trata-se apenas de verificar a razoabilidade de certos valores (ou bens). Noutros termos, ao falarmos de ‘natural’ estamos nos referindo ao peculiar, característico de algo. Assim, aqui estamos nos referindo à nossa natureza mesma (e isso não de um ponto de vista biológico). Ela é a base do direito natural. Com efeito, isso nos conduz imediatamente à ideia de ‘pessoa humana’, sobre a qual preciso tecer algumas considerações fundamentais.

2. Algumas observações sobre a ideia de ‘pessoa humana’ enquanto princípio ontológico, não epistemológico, do direito natural

A primeira formulação, mais madura filosoficamente, do termo “Pessoa” nós a encontramos no filósofo Boécio (480-525), o qual a define da seguinte maneira: “Pessoa é uma substância individual de natureza racional”⁴. Seguindo a mesma tradição o já referido Tomás de Aquino adotará uma concepção similar à de Boécio. Em Tomás de Aquino encontraremos que temos 1. Algo “em comum com todas as substâncias”, 2. Algo “em comum com os demais animais” e 3. Algo “segundo a natureza da razão, que lhe

³ Sobre esse ponto ver: ARTIGAS, Mariano. *Filosofia da Natureza*, p. 37.

⁴ BOÉCIO. “De Trinitate”. In: *Escritos (Opuscula Sacra)*. Essa formulação será abordada por Tomás de Aquino no texto referido na nota seguinte.

é própria”⁵. Eis, pois, nossa função própria: agir a partir da razão (*logos, ratio*). Desde Aristóteles (384 a.C-322 a.C) temos que nossa função própria (*ergon*) é um tipo de agir que não pode ser observado em outras formas na natureza⁶, a saber, o agir racional (ou, o agir a partir de razões). Mas esse é, não obstante, um dos aspectos fundamentais de nossa natureza. O outro é, como também assevera Tomás de Aquino, o aspecto ‘relacional’ (que em seguida apontará, como veremos, para a ideia de ‘Bem Comum’). Ao discutir sobre se “em Deus, o termo pessoa significa relação?”, ele afirma que *persona significet relationem*⁷.

Como pretendo exemplificar abaixo, quando priorizamos a liberdade individual em prejuízo da comunidade (do ‘Bem Comum’ em específico), tornando a liberdade um valor absoluto, enfrentamos o seguinte problema: o de colocarmos o indivíduo como centro gravitacional de todos os valores. Muitos dos flagelos sociais que atualmente assolam as sociedades em culturas democráticas derivam justamente dessa supremacia da liberdade individual. A defesa da pornografia, da promiscuidade, do divórcio etc, repousa sobre essa ideia de liberdade, a qual ignora o seu aspecto comunitário/social (ou, ainda, o ‘Bem Comum’). Em verdade, uma das ideias mais robustas filosoficamente de liberdade é colocada de forma sistemática por John Locke (1632-1704), o qual distingue entre liberdade (*liberty*) e licenciosidade (*licence*)⁸. Locke entendeu que a liberdade é ameaçada pela licenciosidade, uma vez

⁵ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica (volume IV, Questão 94). Isso significa dizer que, por exemplo, 1. Tal como a natureza vegetal desempenhamos funções elementares como respiração, digestão, etc. 2. Tal como os demais animais somos sencientes, sentimos dor, prazer, frio etc. 3. E, por fim, nos é próprio agir de acordo com a razão (algo do qual somente nós somos potencialmente capazes).

⁶ Ver, por exemplo: ARISTÓTELES. Sobre a Alma.

⁷ DE AQUINO, Tomás. Suma Teológica I, q. 29, a.4, p. 530.

⁸ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos.

que a liberdade envolve, em seu fundamento, a responsabilidade individual e o respeito pelos demais (o cuidado com o ‘Bem Comum’). A licenciosidade, por seu turno, é sempre uma maneira de se tentar obter algum benefício individual em detrimento do dano que isso possa causar aos demais e ao tecido social moral (ao ‘Bem Comum’)⁹. Em resumo, a licenciosidade (que aqui associo a um padrão de comportamento que desconsidera o ‘bem comum’) não é, como pretendo exemplificar abaixo, razoável.

Como vimos, “natural”, aqui, implica razoabilidade (“*natural*” → “*razoável*”). Em suma, se refere à razão. Razão é a propriedade pertencente a todo ser capaz de racionalidade (pessoa humana).

De qualquer forma, uma maneira interessante de caracterizarmos o direito natural é esclarecermos o que ele não é e em que contexto ele surge.

Com efeito, cabe reiterar que o direito natural não se refere a como as pessoas frequentemente agem. Noutros termos, natural não significa identificar essas duas proposições: 1. As pessoas costumam agir da maneira X; 2. É ‘natural’ que as pessoas ajam da maneira X. Assim, o natural não reside em como as pessoas costumam agir. Ainda que a quase totalidade das pessoas decidam similarmente diante de dada situação, isso não torna tal ação ‘natural’. Não é esse o critério de sua “naturalidade”.

Isso significa que o natural não está vinculado a como a maioria se comporta habitualmente, o que nos aponta para um elemento importante: o natural não se submete a como as pessoas se comportam. Em verdade, o natural deveria ser a referência sobre como as pessoas *deveriam, se razoáveis*, se comportar.

⁹ Por essa razão o sujeito que se coloca como “centro gravitacional” (dos valores, das escolhas etc.) não quer que os demais também o façam. Esse sujeito sabe que, se todos assim agissem, ele não se beneficiaria de seu egoísmo. Agir de forma antissocial (egoísta) como se seus interesses fossem os únicos que importassem só faz sentido na medida em que ele está abrindo uma exceção para si mesmo. Em um mundo em que todos fossem egoístas o egoísta não se beneficiaria de seu egoísmo. Na verdade, tal mundo colapsaria inevitavelmente.

Noutros termos, o natural se refere a normas oriundas de um padrão de racionalidade.

Nesse sentido, o direito natural assume que o senso comum pode apreender os primeiros princípios da razão prática. Como o escravo no diálogo platônico (que se apercebe do teorema de Pitágoras), ou o senso moral ordinário (*gemeinen sittlichen Vernunftkenntnis*) em Kant, o direito natural mantém que, ainda que incapazes de considerações *racionais* (teóricas, por exemplo) mais profundas, *mesmo as pessoas comuns* podem chegar a certos princípios considerados primeiros (daí serem metafísicos: princípios unificadores da experiência, os quais são inderiváveis e dos quais nos apercebemos imediatamente¹⁰), pois são capazes de *razoabilidade* (são pessoas). Nesse sentido, a lei natural nos permite conhecer mais sobre nós mesmos, sobre nossa natureza. Não apenas isso: nos permite identificar o que nos faz agentes, pois agir não significa simplesmente seguir a lei, mas agir (autonomamente) de acordo com ela (o que demanda que ela esteja em acordo com a lei natural). Mas como seguir a lei natural? Seguir a lei positiva é simples: alguém me diz que devo parar quando o sinal está vermelho e eu simplesmente o faço, pois assim me foi ordenado pelo Código de Trânsito Brasileiro (Artigo 208, Capítulo XV). Mas, e quanto à lei natural segundo a qual a ‘vida’ deve ser preservada e cuidada? Como chego a essa lei natural (a qual, aliás, serve de fundamento para a positiva citada)? Também a estou seguindo, indiretamente, quando sigo as leis de trânsito. Ainda que eu não o saiba, subjaz à lei (contingente) que determina que eu pare diante do sinal vermelho a preocupação com algo que vale absolutamente: a vida humana.

¹⁰ “A metafísica é, então, o todo no conhecimento, mas não o todo do conhecimento. Um todo não existe sem as suas partes, nem é independente delas, nem idêntico a elas. Tanto assim é que, embora os princípios da metafísica sejam anteriores a todo o conhecimento restante, a consecução da metafísica é, todavia, a pedra angular que se apoia nas outras partes e as comprime na unidade de um todo” (LONERGAN, Bernard. *Insight. Um Estudo do Conhecimento Humano*, p. 378).

Antes de irmos diretamente a essa questão, gostaria de levantar um ponto importante acerca do conhecimento da lei natural. Ele é fundamental para o que assentarei em seguida. Esse ponto concerne à ideia mesma de racional. Insisti que natural está ligado a racional (Razoabilidade/Razoável). Mas cabe notar que racional, aqui, não implica em uma faculdade abstrata, desligada da sensibilidade e do contexto. Aqui temos o papel fundamental da percepção moral e da imaginação moral. Não se trata, aqui, de um modelo procedimental no qual, por exemplo, a razão se coloca a questão sobre se uma máxima (princípio subjetivo para o agir) pode ser elevada a lei (princípio objetivo) universal. Aqui importa nosso ‘engajamento’ com a situação: importa a sensibilidade moral. Por esse motivo, como veremos, fatos importam (embora eles não sejam, insisto, o fundamento da lei natural). Diferentemente do que ocorre no modelo kantiano, por exemplo, em que elemento empírico algum deve estar presente junto à razão na fundamentação do agir, no modelo do direito natural aqui desenvolvido a razão atua em conjunto com a experiência, o que evoca, pois, a imaginação moral. Ela atua sobre a percepção e nos auxilia no encontro dos valores (bens) que conferirão razoabilidade a nossas ações. Isso significa que elas atualizarão nossa natureza, assegurando nossa plena realização (*eudamonia*, felicidade)¹¹. Dessa

¹¹ Mas cabe notar que felicidade, aqui, não significa prazer. Os gregos, ainda no contexto de uma antiguidade pagã, tinham clareza quanto à distinção entre hedonia (felicidade meramente animal, fundada sobre os prazeres do corpo) e eudaimonia (felicidade ligada à atividade racional, à nossa natureza, à nossa “pessoalidade”). Isso é colocado de forma paradigmática pelo Filósofo pré-socrático Heráclito (aproximadamente 535 a.C. - 475 a.C.), o qual escreveu: “se a felicidade estivesse nos prazeres do corpo, diríamos felizes os bois, quando encontram ervilha para comer” (HERÁCLITO. In: Coleção ‘Os Pensadores’: Pré-Socráticos, p.87). Aristóteles afirma algo similar: “A maioria dos homens parece estar completamente escravizada e preferir uma vida de animais de pasto” (Aristóteles. Ética a Nicômaco, p.21, 1095b14).

Portanto, a felicidade (eudaimonia) não repousa nos prazeres do corpo. A felicidade (eudaimonia) é uma ‘atividade’ exclusivamente humana, uma atividade que nos é, portanto, peculiar. Tal atividade nos assegura a felicidade, a qual é aqui entendida como “florescimento humano”, sendo “Florescimento humano” uma tradução do termo grego eudaimonia (que no medievo foi também traduzido por ‘beatitude’). Tal tradução se justifica porque florescer humanamente significa realizarmos plenamente nossa natureza enquanto pessoas. Significa atualizarmos nossa

maneira, o ‘bem’ é aqui encontrado não de forma meramente cognitivista, alheia à sensibilidade moral. Mas como identificamos um ‘bem’? Como discernimos sobre o que é razoável? Ao final desta exposição quero analisar um exemplo. Mas pelo momento vou sustentar que uma das formas de encontrarmos o ‘bem’, o razoável, é a partir de uma análise de nosso próprio contexto. Por certo essa alternativa não esgota todas as possibilidades. Mas a evoco porque ela estará em acordo com o caso que quero analisar justamente na parte final desta exposição. Assim, o sujeito (agente) deve estar ciente e informado da situação em seu entorno. Essa é uma ideia que parece estar presente no capítulo III da *Ethica Nicomachea*, de Aristóteles, na qual lemos:

(...) é evidente que não pode ignorar quem é o agente. Na verdade, como é que alguém se pode ignorar a si próprio? (...) Sendo a ação involuntária feita sob coação e por ignorância, a ação voluntária parece ser aquela cujo princípio reside no agente que sabe das circunstâncias concretas e particulares nas quais se processa a ação¹².

Portanto, uma ação voluntária demanda que o agente “saiba” (suficientemente) dos elementos constitutivos do contexto. Isso demanda alguma sensibilidade moral, é claro. E, também, aquilo que estou chamando aqui de imaginação moral. Mas o que quero dizer é: começamos com fatos moralmente relevantes. Esse é o ponto de partida. Em seguida nossa imaginação moral (ligada à nossa sensibilidade moral) atual na busca por um princípio (que dê unidade e razoabilidade àquela situação). O princípio (bem) não está *simplesmente* dado. Ele é imediato no sentido de não ser derivado do fato (o que não significa dizer que ele é óbvio). Mas o *fato* desperta nossa imaginação moral, que se apercebe reflexivamente dele (do *bem*) em uma situação concreta. Pelo

“pessoalidade”. A felicidade coincidiria com essa plena realização humana. Felicidade é, então, nos realizarmos como pessoa. E isso demanda seguirmos a lei natural.

¹² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 59/60, 1111a1.

momento mantenhemos o exemplo já referido, o da ‘vida’ como um ‘bem’ (“bem humano básico”, para usarmos a terminologia estabelecida por John Finnis¹³). Hoje, enquanto escrevia este texto, li a seguinte notícia em um jornal local: “Bebê recém-nascido é encontrado morto em lixeira”. Dificilmente um sujeito

¹³ Em “Lei Natural e Direitos Naturais” (Natural Law and Natural Rights, 1980) John Finnis estabelece sete bens humanos básicos (embora ele os denomine muitas vezes de “valores”, não são valores morais: eles são “pré-morais”). Mas eles não se esgotam, não necessariamente, a esses sete. Por exemplo, em 2008 ele coloca o casamento como “um bem humano distinto e fundamental”, corrigindo uma lacuna que haveria na obra clássica de 1980 (FINNIS, John. “Marriage: A Basic and exigent Good”. IN: FINNIS, John. *Collected Essays – Vol. III (Human Rights & Common Good)*. A falha em reconhecer o casamento como um bem humano peculiar ocorreu porque a obra de 1980 “failed to reach any clear or stable position on the place of transmission of life, procreation, and marital friendship” (p. 319). Não obstante, o bem humano 1. Vida concerne ao impulso elementar de autopreservação. Ele envolve não apenas saúde física, mas também mental (psicológica). Indica também a busca pela auto realização. O 2. Conhecimento é buscado pela mera curiosidade, pelo “querer saber”. Aqui Finnis não está pensando no conhecimento simplesmente instrumental. O 3. Jogo é o 3º. Valor constitutivo do bem estar humano, e significa, segundo Finnis, o “engajar-se em atividades que não têm qualquer propósito, além de seu próprio desempenho, e que são desfrutadas por si mesmas (FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*, p. 92.)” A 4. Experiência estética envolve o impulso para criar algo belo. A 5. Sociabilidade, por seu turno, envolve o estabelecimento de relações pacíficas entre os indivíduos, alcançando forma plena na “amizade”. A 6. Razoabilidade prática é a capacidade de utilizar-se “com eficiência a inteligência (no raciocínio prático que resulta em ação) nos problemas de escolher as ações, o estilo de vida e de dar forma ao caráter (FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*, p. 93.)” A razoabilidade prática implica na busca por uma ordem nas ações, dando a elas um aspecto razoável. É razoável, por exemplo, ajudar um estranho (ainda que não o façamos). Por fim, a 7. Religião envolve (pelo menos desde Cícero, segundo Finnis) o reconhecimento de uma ordem de coisas que está além do humano. Trata-se, também, de algo razoável. É razoável perguntar por uma ordem no universo, ainda que cheguemos a uma resposta negativa ou ao agnosticismo (FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*, p. 95.). Sobre os critérios de razoabilidade prática, Finnis elenca nove. 1. Formação de um plano racional de vida; 2. Não estabelecer preferências arbitrárias entre os bens humanos básicos; 3. Não estabelecer preferências arbitrárias entre os sujeitos; 4. Conseguir manter um afastamento dos projetos particulares nos qual se esteja envolvido, para poder avaliá-los de forma crítica; 5. Fidelidade: não devemos abandonar compromissos de forma leviana, sem justificativa razoável; 6. Devemos realizar o bem no mundo – seja em nossa vida seja na dos demais, e isso por meio de ações eficientes (razoáveis); 7. Todas as ações devem respeitar todos os bens humanos básicos; 8. Devemos fomentar tanto o bem individual quanto o bem comum, o bem comunitário; 9. Devemos obedecer aos ditames de nossa consciência. Com efeito, o “produto” desses requisitos, dessas demandas de racionalidade prática, é a moralidade. Assim, Finnis logra correlacionar o conceito de direito (exercício da força normativa) com o de justiça (critério de moralidade, de validade/justificação). A ideia mesma de direito natural demanda a existência do direito positivo (que não a simplesmente reflete: não há “identidade” entre direito natural e direito positivo. O direito positivo pode instanciar de diferentes maneiras o direito natural, dependendo de aspectos sociais, históricos, etc.). Afinal, o direito natural é uma ideia embaçada. Dessa maneira, o direito positivo deve ser guiado pela ideia de moralidade com vistas ao bem individual e comum (florescimento humano individual e comunitário).

minimamente razoável não sentirá desconforto e, mesmo, estarecimento, ao ler essa notícia. Haverá consenso sobre o fato de que crianças (e pessoas pela mesma razão) não devem ser nem mortas nem descartadas como lixo. Mesmo povos ditos “primitivos” tratavam com deferência seus mortos¹⁴. De alguma forma aquele *fato*, a morte de um dos seus pares, os levava a um princípio fundamental: a vida humana é valiosa, um ‘*bem*’. Meu ponto aqui é o seguinte: não aprendemos primeiro que a vida é um bem que deve ser preservado. Não os aprendemos (os princípios do direito natural) e em seguida os aplicamos aos casos particulares. Trata-se, aqui, de um procedimento reflexivo: vamos dos casos particulares aos princípios que os unificam. Dessa forma, sempre respondemos aos fatos encontrando princípios que regrem tais fatos, dando-lhes unidade. Em suma, os princípios do direito natural não são pontos de partida para deduções. Mas, cabe notar, também não estamos, por outro lado, sugerindo que eles sejam alcançados indutivamente, como generalizações de experiências ordinárias, frequentes. Não se trata de erigir em princípio a maneira como a maioria se comporta. O que devemos encontrar, aqui, é a natureza humana (pessoalidade) em seu funcionamento excelente. Mas, quê é um comportamento excelente? Ora, comportamento excelente é aquele que atualiza nossa natureza, aquilo que nos é peculiar e nos torna humanos (nossa capacidade racional).

Robert Sokolowski¹⁵ usa de uma interessante analogia para esclarecer o que é uma ação excelente. Ele se refere ao esporte. Para sabermos o que é um jogador excelente precisamos assisti-lo jogando. A natureza mesma do jogo só se revela com o jogo. Livro algum nos esclarecerá essas questões. Como nos diz o autor:

¹⁴ Ainda que permitindo o sacrifício, a morte sempre ocorria dentro de um contexto que, ainda que de forma inaceitável para nós, a tornava, digamos, “justificável” para a mentalidade selvagem desses povos. Se uma vida fosse ser ceifada, então deveria haver alguma “justificativa”.

¹⁵ SOKOLOWSKI, Robert. “Knowing Natural Law”. *Tijdschrift voor Filosofie*, 43ste Jaarg., Nr. 4 (DECEMBER 1981), pp. 625-641.

Apenas então nós saberemos por que o jogo é jogado, por que ele é um esporte e não exercício físico aleatório. Apenas então teremos a substância do jogo. A natureza humana e o comportamento moral são algo assim. Benevolência na ação não é suplemento da essência humana. A definição teórica da natureza humana não é obtida antes da demonstração da atividade humana em sua excelência. Pelo contrário, a definição teórica é derivada do ser humano agindo bem¹⁶.

Com efeito, o que pretendo é levar essas considerações para outro exemplo, a saber, o da vida familiar. Robert Sokolowski toca rapidamente nesse exemplo, sem o explorar, contudo. Mas as breves considerações dele serão importantes para o que pretendo, mais adiante, desenvolver. Segundo ele, não aprendemos alguns fatos sobre a vida familiar para, desses fatos, derivarmos conclusões práticas. Isso nos conduziria a equívocos como o seguinte: Fato: ‘sabemos que as crianças dependem dos pais por muitos anos’. Derivação prática: ‘Logo, devemos cuidar delas ao longo desses anos de desenvolvimento para a vida adulta’. De forma alguma esse é o ponto aqui. Nos termos do autor: “Aprendemos sobre o que são relações familiares quando as vemos [as famílias] funcionando bem”. “A essência envolve a excelência”¹⁷. Colocado em outros termos, a essência (o ‘natural’) de uma instituição como a família se desvela mediante seu funcionamento excelente. O mesmo ocorre com o indivíduo.

3. Sobre o significado de ‘bem comum’

Agora, que denotamos por ‘Bem Comum’? Primeiramente, cabe notar que não significo ‘bem comum’ como uma categoria

¹⁶ SOKOLOWSKI, Robert. “Knowing Natural Law”. *Tijdschrift voor Filosofie*, 43ste Jaarg., Nr. 4 (DECEMBER 1981), p. 632.

¹⁷ SOKOLOWSKI, Robert. “Knowing Natural Law”. *Tijdschrift voor Filosofie*, 43ste Jaarg., Nr. 4 (DECEMBER 1981), p. 631.

utilitarista, algo como o ‘melhor para o maior número’. Não se trata disso. Embora fosse um conceito em evidência em autores como Aristóteles e Tomás de Aquino, tal categoria caiu em obscuridade e desuso por um longo período. Talvez o foco no sujeito, na modernidade, e toda a discussão recente em torno do multiculturalismo e dos “direitos individuais” sejam parte das causas para seu desuso.

De qualquer maneira, aquelas que talvez sejam as principais causas de seu desuso são, hoje, as principais causas de seu renascimento também. Nossa atual cultura moral parece carecer de uma retomada da ideia de “bem comum”. Afinal, diante do relativismo oriundo das perspectivas vigentes, como chegar a uma referência objetiva? O fato é que a licenciosidade e o individualismo exacerbado (antissocial) causaram efeitos sobre o ‘bem comum’, comprometendo dramaticamente o florescimento humano (*eudaimonia*).

Mas comecemos com uma definição de ‘bem comum’.

Uma definição que esclarece o que denoto, aqui, por ‘bem comum’, pode ser encontrada no “Compêndio da Doutrina Social da Igreja”, no qual se define ‘bem comum’ como: “o conjunto de condições da vida social que permitem, tanto aos grupos, como a cada um dos seus membros, atingir mais plena e facilmente a própria perfeição”¹⁸. Tal definição é suficientemente neutra de um ponto de vista teológico (embora esteja em um documento da Igreja). Ou seja, ela se sustenta racionalmente apenas. E ela está em acordo com a ideia que aqui pretendo desenvolver. Na verdade, ela está em acordo com elementos já encontrados em Aristóteles, em uma cultura pagã anterior ao advento do Cristianismo. Assim, desde Aristóteles temos que a formação de uma comunidade demanda um ‘bem comum’:

¹⁸ Pontifício Conselho ‘Justiça e Paz’. Compêndio da Doutrina Social da Igreja, n.º. 164.

Mas não é apenas para viver juntos, mas sim para bem viver juntos que se fez o Estado (...) os homens tampouco de reuniram para formar uma sociedade militar e se precaver contra as agressões, nem para estabelecer contratos e fazer trocas de coisas ou outros serviços (...). Aqueles que [...] se propõem dar aos Estados uma boa constituição prestam atenção principalmente nas virtudes e nos vícios que interessam à sociedade civil, e não há nenhuma dúvida de que a verdadeira Cidade [...] deve estimar acima de tudo a virtude. Sem isso, não será mais do que uma liga ou associação de armas, diferindo das outras ligas apenas pelo lugar [...]. O fim da sociedade civil é, portanto, viver bem; todas as instituições não são senão meios para isso¹⁹.

Cabe observar que aqui temos como fundamento da sociedade a ‘virtude’, isto é, aquilo que está em acordo com nossa natureza, com aquilo que nos torna particularmente pessoas. Essa ideia será desenvolvida por Tomás de Aquino quando afirma que “governar é conduzir o governado ao seu fim” (‘fim’ é aqui entendido como ‘bem’). Tal afirmação faz eco à afirmação de Aristóteles logo ao início de sua *Ethica Nicomachea*:

(...) toda a perícia e todo o processo de investigação, do mesmo modo todo o procedimento prático e toda a decisão, parecem lançar-se para um certo bem. É por isso que se tem dito acertadamente que o bem é aquilo por que tudo anseia²⁰.

E o ponto é: atingimos tal ‘fim’, ou ‘bem’, em sociedade.

Logo, a sociedade não deve ser um mero agregado, uma turba. Tampouco ela deve ser entendida em termos meramente contratuais. E, uma vez que a sociedade não é um agregado, há um fim comum, um fim social: o ‘bem comum’. Tal fim não é uma soma de interesses particulares. Mesmo porque às vezes não temos interesse imediato algum em elementos que podem constituir o ‘bem comum’. Por exemplo, que me importa algo sobre o qual

¹⁹ ARISTÓTELES. *A Política*, p. 54 e 56.

²⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p.17, 1094a1.

sequer pensei até esse momento, como a extinção das abelhas? Ora, embora eu não aprecie o mel que elas produzem, sei que elas são responsáveis por aproximadamente 80/90% da polinização da população vegetal. O impacto de sua extinção no ecossistema afetaria a todos, inevitavelmente. Em algum ponto seríamos, todos, afetados (primeiramente talvez os apreciadores de mel, é claro. Mas em algum momento posterior todos seríamos afetados). Portanto, fica claro que preocupações ambientais são parte do 'bem comum'. Noutros termos, a preservação de certas espécies (não todas, obviamente) seria, por exemplo, um fim social. Fins sociais não se identificam com fins individuais. Eles não se reduzem a fins pessoais. Podemos, então, distinguir um fim pessoal, individual, de um fim social, os quais, todavia, embora não se identifiquem, estão intimamente relacionados (não se excluem). A questão é que o indivíduo, a pessoa, busca seu fim em sociedade. Ele não pode se desvincular da sociedade, se desconectar do social, dos demais e das instituições que surgiram com vistas a assegurar o 'bem comum'. Quando isso ocorre, a sociedade colapsa. E também colapsa, em algum momento, a vida individual. Quanto mais uma comunidade se desvincula do 'bem comum' tanto mais surgem sinais de crise, a qual afetará a todos inevitavelmente (ainda que inicialmente não com a mesma intensidade, como no já referido exemplo das abelhas).

Tal ocorre porque há complementaridade, e não conflito, entre bem particular, pessoal, e 'bem comum'. Essa ideia, presente já em Aristóteles, pode também ser descrita da seguinte forma:

A natureza social do homem torna claro que o progresso da pessoa humana e o desenvolvimento da própria sociedade estão em mútua dependência. Com efeito, a pessoa humana, uma vez que, por sua natureza, necessita absolutamente da vida social, é e deve ser o princípio, o sujeito e o fim de todas as instituições sociais. Não sendo, portanto, a vida social algo de adventício ao homem, este cresce segundo todas as suas qualidades e torna-se capaz de responder à própria vocação, graças ao contacto com os

demais, ao mútuo serviço e ao diálogo com seus irmãos. Entre os laços sociais, necessários para o desenvolvimento do homem, alguns, como a família e a sociedade política, correspondem mais imediatamente à sua natureza íntima²¹.

Cabe ainda notar que não apenas estruturas físicas, mensuráveis, fazem parte do ‘bem comum’, como bibliotecas, pontes etc. Valores são também parte do ‘bem comum’. Valores morais, políticos, estéticos, econômicos, religiosos etc constituem também parte do ‘bem comum’, na medida em que todos realizam seus fins particulares em uma sociedade que visa a esses fins/bens (que formam o ‘bem comum’). Trata-se do *bem de todos os homens e do homem todo*:

Uma sociedade que, em todos os níveis, quer intencionalmente estar ao serviço do ser humano é a que se propõe como meta prioritária o bem comum, enquanto bem de todos os homens e do homem todo. A pessoa não pode encontrar plena realização somente em si mesma, prescindindo do seu ser «com» e «pelos» outros. Essa verdade impõe-lhe não uma simples convivência nos vários níveis da vida social e relacional, mas a busca incansável, de modo prático e não só ideal, do bem ou do sentido e da verdade que se podem encontrar nas formas de vida social existentes. Nenhuma forma expressiva da sociabilidade — da família ao grupo social intermédio, à associação, à empresa de caráter econômico, à cidade, à região, ao Estado, até à comunidade dos povos e das nações — pode evitar a interrogação sobre o próprio bem comum, que é constitutivo do seu significado e autêntica razão de ser da sua própria subsistência²².

Dessa maneira, o ‘bem comum’ se refere à causa final (para que) da sociedade, da vida social (a tornando inteligível). Isso implica, obviamente, que somos *racionais* (razoáveis: somos capazes de oferecer razões) e *sociais* (buscamos o convívio com

²¹ Gaudium et Spes. Constituição pastoral do Concílio Vaticano II sobre a Igreja no Mundo de Hoje, nº. 25.

²² Pontifício Conselho ‘Justiça e Paz’. Compêndio da Doutrina Social da Igreja, nº. 165.

nossos pares, pois *com* eles nos realizamos individualmente). Dessa forma, como oferecemos razões e agimos a partir delas, nossos fins (bens) podem ser traduzidos para a linguagem da inteligibilidade. Nossos fins, quando razoáveis, são inteligíveis. Podem ser transmitidos, justificados, compreendidos. É unicamente dessa forma que podemos nos colocar no lugar do outro, saber exatamente, por exemplo, por que a vida é um ‘bem’. Mas observem ainda o seguinte: razões tanto são oferecidas como justificativa como são, também, assumidas como causa do agir.

4. Um exemplo de “crise”: a dissolução da família “natural” (tradicional) e suas implicações

A Família “natural” é um patrimônio do ‘Bem Comum’

Consideração primeira: que entendo por ‘Família Natural’?

Entendo por “família natural” a sociedade²³ formada, livremente, por um homem e uma mulher, caracterizada pela *exclusividade* e pela *continuidade*, com o propósito de: 1. Promover o ‘florescimento’ (*eudaimonia*) mútuo (fim intrínseco) e 2. Gerar e criar (fim extrínseco) os filhos oriundos dessa relação (também fomentando sua “plena realização” – *eudaimonia*).

Trata-se, pois, de uma relação não instrumental, na qual os cônjuges 1. Promovem seus fins individuais e 2. Asseguram certos fins sociais, especialmente (mas não apenas) ao oferecerem novos membros “funcionais” para a sociedade²⁴. Na “família natural” vemos a família funcionando excelentemente. Afinal, por que a família não é um mero agregado? Ora, sua ‘funcionalidade excelente’ nos mostra o que é uma família, da mesma forma que

²³ Em seu sentido mais profundo a família é uma instituição social pré-política, a qual deve ser protegida e promovida pelo império do direito.

²⁴ Crianças concebidas em família participam do bem familiar. Elas são elementos constitutivos, não instrumentais, da família em sua excelência.

um time de futebol nos mostra o que é o esporte ao jogá-lo excelentemente. Lembremo-nos do que foi dito por Robert Sokolowski: “Aprendemos sobre o que são relações familiares quando as vemos [as famílias] funcionando bem”. “A essência envolve a excelência”²⁵. Portanto, família pode ser, também (tal como ocorre com o ‘jogo’), um princípio do direito natural. Ela é uma das condições que nos permitem florescer, alcançar a eudaimonia, a qual, lembremo-nos, identifica-se com uma atividade tipicamente humana ligada à atividade racional.

De qualquer forma, a ideia de família que defini acima está expressa, por exemplo, no já citado John Locke, quando ele afirma:

A sociedade conjugal forma-se mediante pacto voluntário entre homem e mulher; e embora consista principalmente na comunhão e direito ao corpo um de outro como é necessário para o fim principal – a procriação – traz, entretanto, consigo o sustento e a assistência mútuos – bem como a comunhão de interesses, necessários não só para unir-lhes o cuidado e o afeto, mas também em prol da prole comum, que tem o direito de ser alimentada e mantida por eles até ser capaz de prover às próprias necessidades²⁶.

A definição de John Locke seria aquela que eu denominei acima de “família natural” (ou “tradicional”), formada por um homem, uma mulher e os filhos oriundos de sua relação (em um ambiente de pouco conflito), os quais receberiam seus cuidados até estarem em condições de proverem suas necessidades²⁷.

Com efeito, ao tratar do direito natural coloquei que uma das maneiras de encontrarmos o ‘natural’ é partindo do estado de coisas em que nos encontramos (para reflexivamente chegarmos ao princípio unificador desse estado). Além disso, acima eu

²⁵ SOKOLOWSKI, Robert. “Knowing Natural Law”. *Tijdschrift voor Filosofie*, 43ste Jaarg., Nr. 4 (DECEMBER 1981), pp. 631.

²⁶ LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo, Capítulo VII, seção 78, p. 49.

²⁷ Não apenas ‘natural’, ela é também ‘espontânea’, tal como a monogamia. Ver nota 29.

também insistia que nossa racionalidade não é uma faculdade abstrata, desligada do contexto. Há, aqui, um “engajamento” com a situação. Fatos importam, embora não sejam o fundamento. Assim, dado o exemplo aqui em análise, a atual crise observada na família serve como gatilho para refletirmos sobre essa instituição e encontrarmos, em nossa reflexão mesma, o ‘natural’ sobre o que seja ‘família’ e em que medida ela tem um papel fundamental em uma ‘sociedade bem ordenada’.

Partimos, então, de problemas oriundos de não focarmos no ‘bem comum’ e, ao invés, de agirmos de um ponto de vista egocêntrico em uma cultura que coloca o indivíduo acima do ‘comum’ (que, ênfase, o inclui). Como diz o economista liberal Thomas Sowell, “Uma sociedade não pode funcionar humanamente, se é que é possível, quando cada indivíduo age como se seu dedinho fosse mais importante que as vidas de cem milhões de outros seres humanos”²⁸. Esse é o ponto: quando focamos exclusivamente no indivíduo promovemos a crise, a qual, com o tempo, se espraia para as mais diversas esferas: econômica, política, moral, religiosa etc. A mais vasta pesquisa na área das ciências sociais, por exemplo, tem apontado para os problemas oriundos da monoparentalidade (ocasionada sobretudo pelo nascimento fora do casamento e pelo divórcio), do “casamento” entre sujeitos do mesmo sexo etc. Noutros termos, os problemas oriundos da dissolução da ideia de “família natural” (ou “tradicional”) são mensuráveis. Seu impacto sobre o ‘bem comum’ é evidente²⁹.

Com efeito, encontramos em T.S. Eliot (1888-1965) uma ideia interessante, a saber, a de que há “coisas permanentes” (*the permanent things*), as quais incluiriam, para ele, fé religiosa, a ideia ‘natural’ de família, deveres, responsabilidade, defesa da liberdade, sociedade livre, propriedade privada, mercado livre etc.

²⁸ SOWELL, Thomas. Conflito de Visões, p. 27.

²⁹ Veja-se a bibliografia ao final do presente ensaio.

Poder-se-ia afirmar que o direito natural também sustenta a defesa das “*coisas permanentes*”. Isso porque tais “*coisas permanentes*” não foram simplesmente inventadas. *Elas surgiram espontaneamente a partir do convívio social voltado para a criação de arranjos sociais mais adequados para que pudessemos alcançar a felicidade* (plena realização humana). Somos prospectivos, agimos teleologicamente, lançando-nos a um ‘bem’ (fim): “toda a perícia e todo o processo de investigação, do mesmo modo todo o procedimento prático e toda a decisão, parecem lançar-se para certo bem. É por isso que se tem dito acertadamente que o bem é aquilo por que tudo anseia”. Um bom exemplo é a “regra de ouro” (“*não faça para outrem aquilo que não queres que façam para ti*”). Em algum momento, após muitas experiências, se consolidou a ideia segundo a qual não devemos fazer para os demais aquelas coisas que não gostaríamos que fizessem para nós. Mas vejamos: *muito tempo* deve ter transcorrido até que nos apercebêssemos da importância dessa “regra”. Ela não foi criada (não é a invenção de uma mente central), mas é parte das “*coisas permanentes*”, tal como ocorre com outros valores, instituições etc. que surgiram, reitero, espontaneamente (e socialmente). Alguns estudos na área da antropologia evolutiva, por exemplo, dão fundamentos factuais (teóricos e empíricos – aproximando as ciências biológicas das ciências sociais) a essa ideia. O que aqui chamo de ‘família natural’ é uma dessas instituições que surgiram de forma espontânea (não foram criadas). Mesmo a monogamia surgiu espontaneamente (e isso por diversas razões, mesmo evolutivas)³⁰.

Em verdade, apesar de podermos discutir essa ideia de família natural sob várias perspectivas (moral, religiosa etc.),

³⁰ Ver, por exemplo: TUCKER, William. Marriage and Civilization. How Monogamy made us Human. BAUCH, Chris; McElreath. “Disease dynamics and costly punishment can foster socially imposed monogamy”. Nature Communications. Published 12 Apr 2016. SCHACHT, Ryan; BELL, Adrian V.. “The evolution of monogamy in response to partner scarcity”. Sci. Rep. 6, 32472; doi: 10.1038/srep32472 (2016).

quero aqui apenas abordá-la do ponto de vista do direito natural e do ‘bem comum’.

Portanto, a questão nuclear seria, aqui, perguntarmos: com que propósito surgiu a família natural? Ora, a exemplo dos demais princípios do direito natural ela surgiu como modo de nos realizarmos excelentemente. Tais princípios não foram inventados, mas surgiram espontaneamente. Com que propósito? Ora, nos permitir alcançar a “plena realização humana” (*eudaimonia*). Assim, antes mesmo de surgir a sociedade civil, como indicam diversas evidências da arqueologia, da antropologia evolutiva, já tínhamos, por exemplo, no neolítico (há uns 5 mil anos), vida social, especialização do trabalho, seleção de sementes, propriedade privada, amizade, acordos, famílias etc. Tais instituições não surgiram porque em alguma manhã alguém acordou e pensou: “hoje vou inventar a família”. Não! Tais instituições surgiram com o tempo, tendo, inclusive, uma contrapartida *evolutiva*. Somente depois elas ganharam nomes (família, propriedade privada, economia de mercado etc.). E, posteriormente, com o advento do estado, elas passaram a ser regradas. Ou seja, dada sua importância (individual e social) algumas instituições, como o estado e a igreja, passaram a protegê-las. Primeiro a família se consolidou como regrada pela exclusividade e pela continuidade. Somente depois estado e Igreja determinaram que tal relação assumisse tais predicados.

Há uma vasta pesquisa em áreas como a das ciências sociais que demonstra, de forma inquestionável e conclusiva, o que ocorre quando se tenta, arbitrariamente, dissolver instituições naturais como a família. Em suma, a estrutura da família tem um impacto significativo sobre o indivíduo e sobre a sociedade, de tal forma que alterar a estrutura da família afeta a sociedade de forma geral, de maneira que não sabemos quais serão todas as consequências dessa alteração (experimento de engenharia social). Na verdade, sabemos de alguns efeitos imediatos, no mínimo, preocupantes, pois apontam para resultados que, seja de um ponto de vista

individual seja de um ponto de vista social, pontuam negativamente. E isso ocorre em virtude de haver algumas verdades sobre a sexualidade humana. Primeiramente, há o ímpeto sexual que aproxima sujeitos de sexos diferentes com vistas à procriação (e isso simplesmente não é uma “construção social”: é biologia pura e simples). Esse não é o único elemento de aproximação (há a *fides* também), mas é um elemento constitutivo (necessário) que conduz à formação de uma família. Noutros termos, a sexualidade não é apenas uma questão de diversão privada: ela tem implicações sociais. Até uns cinquenta anos atrás esse era um conhecimento de senso comum, embora ele tenha muitas vezes sido também expresso por filósofos, como pelo utilitarista liberal John Stuart Mill (1806-1873), o qual, em seu clássico “*On Liberty*” (1859), no capítulo intitulado “Aplicações”, diz sobre a obrigação dos pais para com as crianças o seguinte:

De fato, quase ninguém negará que um dos mais sagrados deveres dos pais (ou, de acordo com a lei e os costumes vigentes, do pai), após trazer ao mundo um ser humano, é educá-lo a fim de torná-lo capaz de cumprir bem seu papel perante outros e perante si mesmo³¹.

Mais adiante ele ainda acrescenta:

Em muitos países do continente, as leis que proíbem o casamento, se as partes não puderem mostrar que dispõem de recursos para sustentar uma família, não excedem os legítimos poderes do Estado, e sejam as leis eficazes ou não (questão que depende sobretudo de circunstâncias e de sentimentos locais), não se pode objetar que constituam violações da liberdade. Essas leis são interferências do Estado para proibir um ato daninho, um ato prejudicial a outros e que deveria ser passível de reprovação e de estigma social, mesmo quando não se julga necessário revesti-lo de punição legal³².

³¹ MILL, John Stuart. A Liberdade, p. 159.

³² MILL, John Stuart. A Liberdade, p. 164.

Em verdade, Mill está preocupado com aquilo que ele chama de “inclinações do indivíduo, quando as consequências de sua imoderação condenam um ou milhares de filhos a uma vida de miséria e depravação, que provocará males diversos”³³. Na verdade, ele se apercebe de algo recentemente colocado de outra forma pelo economista liberal Thomas Sowell, na passagem já citada neste ensaio. Em seus termos: “Uma sociedade não pode funcionar humanamente, se é que é possível, quando cada indivíduo age como se seu dedinho fosse mais importante que as vidas de cem milhões de outros seres humanos”. Mas, ainda sobre Mill, em seu “*On Liberty*” ele defende um forte senso de responsabilidade para com a família e para com os pais (aliás, notemos que Tocqueville [1805-1859] observara, quando de sua permanência nos US, a qual gerou sua “*Democracia na América*”, em 1835, que a liberdade política nos US era fortalecida pela moralidade sexual e pelo impulso à vida familiar)³⁴. Mill certamente não está preocupado com o que denominei de ‘bem comum’ (afinal, ele é um utilitarista). No entanto, ele reconhece de forma radical a importância de colocarmos diques aos avanços do individualismo exacerbado e desconectado de seu contexto.

Também no já citado “*Segundo Tratado sobre o Governo*” (1690) Locke afirma, no capítulo VI (*Of Paternal Power*), seção 55, que os pais são como cueiros que envolvem e sustentam as crianças durante a fragilidade da infância. Apenas após o desenvolvimento da razão, do alcance da plenitude de suas

³³ MILL, John Stuart. *A Liberdade*, p. 164.

³⁴ “O que se chama espírito de família funda-se com frequência numa ilusão de egoísmo individual. As pessoas procuram se perpetuar e se imortalizar de certa forma em seus pósteros. Onde termina o espírito de família, o egoísmo individual entra na realidade de suas inclinações. Como a família passa a se apresentar ao espírito apenas como uma coisa vaga, indeterminada, incerta, cada qual se concentra na comodidade do presente; pensa-se no estabelecimento da geração que virá, e só” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*, p. 59). Em outros termos, a família é uma alternativa de suprimirmos o “egoísmo individual” em prol dos “pósteros”.

capacidades cognitivas, e de uma idade, tais “cueiros” podem ser afrouxados. Até lá eles são responsabilidade dos pais.

As ideias acima expressam algo que vigeu por milênios, a saber: a ideia que venho denominando de “família natural”. Mas vejamos: embora corroborada pela tradição, essa ideia de família surgiu 1. Espontaneamente; 2. Socialmente. Seu propósito não era originariamente atender aos desejos individuais, mas a um propósito social. Isso nos conduz à seguinte conclusão: uma instituição que surgiu há milênios não pode ser simplesmente substituída arbitrariamente. Afinal, a família não se reduz a uma mera questão de satisfação individual: ela é uma instituição social, pois surgiu, insisto, socialmente (o que não significa que ela exclui o indivíduo: pelo contrário, ela faz parte de um jogo cooperativo em que todos, *em alguma medida*, se beneficiam: ela faz parte, *também*, de um fim social).

Em suma, até a metade do século XX era praticamente consenso que a família “natural” era uma instituição pública porque servia a diversos interesses públicos. Daí a necessidade de ela ser regrada pelo império do direito, inclusive. Mesmo a religião a acolheu e defendeu.

E nesse ponto surgem algumas questões fundamentais, como a seguinte: qual a razão de tal instituição ter surgido e, em seguida, ter sido protegida pelo estado e pela religião? Isso talvez possa ser compreendido se tomarmos, por exemplo, tanto as passagens que já citei quanto aquelas palavras dos “*founders*” dos US, uma das mais robustas realizações de princípios jusnaturalistas e liberais na história. Segundo John Adams (1735-1826), por exemplo, *os fundamentos da moralidade nacional devem ser assentados nas famílias privadas*. As virtudes aprendidas no lar tornavam os sujeitos bons cidadãos. Algo surpreendente nas referências acima é sua atualidade e comprovação pelas ciências sociais.

Assim, quando tomada como uma mera questão de satisfação individual a família entra em crise, o que demanda que

busquemos pelo significado de uma “família funcional excelente”. Isso importa porque o que fortalece ou enfraquece a família (a qual é, lembremos, uma instituição social) afeta a cada indivíduo. O estado de direito pode proteger a família. Isso ocorre quando ele estabelece regras que regulem a família. Quando isso ocorre o estado envia uma mensagem para a sociedade, a de que a família importa, o que tem um impacto sobre como as pessoas alcançam sua plena realização também mediante esse ‘bem’. Quando o estado enfraquece a família, considerando, por exemplo, que qualquer arranjo ou aglomerado constitui uma família, ele envia outra mensagem, a qual afasta os indivíduos desse ‘bem’. Resultado? Indivíduos tolhidos em sua capacidade para alcançar a plena realização mediante esse ‘bem’. Portanto, uma cultura que fomenta um simulacro de família afasta os indivíduos da verdadeira família. Imaginemos uma situação referente a outros ‘bens’, como arte e conhecimento. Uma grade curricular que ensine às crianças que não há verdade, mas apenas “construções sociais”, bem como que qualquer coisa é arte, afastará essas crianças da plena realização mediante o ‘conhecimento’ e a ‘experiência estética’. As afastará da busca pela verdade (conhecimento) e pela beleza (a beleza será irrelevante). Há autores que parecem ter se apercebido da importância da família, mas que hesitaram em chegar à conclusão evidente de que a ‘família natural’ é a mais razoável. Tomemos o exemplo de Rawls e de seu liberalismo político. Ele parece se restringir às premissas apenas, especialmente ao afirmar que a família “é parte da estrutura básica, já que uma de suas funções essenciais é ser a base da produção e reprodução ordenadas da sociedade e de sua cultura de uma geração para outra”³⁵. Ou, como fica mais claro logo adiante na mesma obra:

³⁵ RAWLS, John. Justiça como equidade: Uma reformulação, p. 230.

Uma função central da família é providenciar de maneira razoável e eficaz a criação e o cuidado dos filhos garantindo seu desenvolvimento moral e sua educação para a cultura mais ampla. Os cidadãos têm de ter um senso de justiça e as virtudes políticas que sustentam as instituições políticas e sociais justas. Além disso, a família tem de desempenhar essa função gerando filhos em número adequado para a manutenção de uma sociedade durável³⁶.

Nesse contexto Rawls não se compromete com uma perspectiva específica de família, como ele próprio deixa claro. No entanto, como pretendo argumentar, apenas o que denominei de ‘família natural’ dá conta dessa tarefa por ele proposta. Isso porque, desse ponto de vista, a família vem em benefício do ‘bem comum’, portanto, da comunidade atual e das gerações vindouras (e não apenas dos imediatamente concernidos). Afinal, como ele deixa claro em uma nota de rodapé do texto citado, ele tem “em mente é que uma sociedade política é um sistema de cooperação de uma geração para a outra”³⁷.

Ora, hoje temos um número considerável de estudos cientificamente confiáveis estabelecendo quadros estatísticos que apontam para o fato de que o que venho chamando de família natural é o melhor modelo de sociedade familiar para a realização de fins individuais e sociais. Na verdade, o que todas essas pesquisas e estudos mostram é uma talvez inconveniente verdade: o declínio da família natural traz consigo efeitos colaterais: aumento de criminalidade, fracasso educacional, fracasso na formação de novas famílias (aumento de famílias disfuncionais), rendas baixas, aumento da violência, aumento da dependência de programas assistenciais do governo etc. Esses são todos indícios de patologias individuais e sociais³⁸. Embora essas evidências estejam

³⁶ RAWLS, John. Justiça como equidade: Uma reformulação, p. 230s.

³⁷ RAWLS, John. Justiça como equidade: Uma reformulação, p. 237.

³⁸ Isso é amplamente demonstrado em: POPENOE, David. Life Without Father: Compelling New Evidence That Fatherhood and Marriage Are Indispensable for the Good of Children and Society.

surgindo especialmente nas últimas décadas, um estudo seminal foi publicado em 1947 por um sociólogo de Harvard, Carl Zimmermann. Tal estudo, *Family and Civilization*³⁹, demonstra a relação entre família e ‘bem comum’. Nela ele analisa a evolução da família desde os gregos, passando pelo período romano, pelo medievo até a civilização ocidental e aos US do século XX. Ao longo da obra o autor demonstra como a ascensão e declínio das civilizações caminha lado a lado com a ascensão e declínio da família. Em verdade, ele demonstra que o declínio das civilizações reflete o declínio da instituição do matrimônio. Ou, que o declínio das civilizações é precedido pelo declínio da família. Nesse sentido, o declínio da família ameaça o bem comum. Dentre os elementos que, na análise de Carl Zimmermann, apontam para o declínio da família e, conseqüentemente, da comunidade, estão a perda da sacralidade do matrimônio, isto é, sua banalização, a trivialidade do divórcio, o desrespeito pelos pais e, como resultado, pelas autoridades em geral, uma crescente delinquência juvenil, promiscuidade (o que inclui uma tolerância – e mesmo um incentivo – ao adultério e à sodomia), uma rejeição das responsabilidades inerentes ao casamento etc. Assim, a visão meramente contratual do casamento, ligada à ideia de que ele é um simples direito individual, sem responsabilidade correspondente, afetou e afeta negativamente a consecução dos fins relativos ao bem comum, assim como o florescimento humano. Afinal de contas, o *bonum humanum*, o bem do indivíduo, está intimamente ligado ao *bonum commune*, ao bem comum⁴⁰.

³⁹ ZIMMERMANN, Carl. *Family and Civilization*. Com efeito, Zimmermann foi precedido por Christopher Dawson, o qual, em “The Patriarchal Family in History” (1933) já havia estabelecido um paralelo entre os estágios de decadência nas civilizações grega e romana e a decadência da família. Ver; DAWSON, Christopher. “The Patriarchal Family in History”. In: *The Dynamics of World History*.

⁴⁰ Sobre esse ponto (e em acordo com o que aqui defendo) é interessante a concepção de bem comum tal como ela é apresentada pelo Sumo Pontífice João Paulo II em sua Carta Encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*, de 1987. Disponível em:

Considerações finais

Para melhor compreendermos o problema, vejamos alguns dados ⁴¹. Vamos partir do nosso contexto (em sociedades democráticas ocidentais). Sabe-se, por exemplo, que uma ‘família natural’ promove a ordem social ao regular as relações sexuais e fomentar o acúmulo de propriedade privada. Não apenas isso, ela acaba por assegurar às crianças uma herança material e moral que, em alguma medida, terá impacto nas gerações seguintes. Um dos impactos é a menor necessidade de estado. Afinal, sujeitos moralmente funcionais e materialmente bem estabelecidos pouco carecem de estado. Pelo contrário, eles querem que o estado seja mínimo, quase invisível. São justamente as famílias disfuncionais que precisam do estado, dos programas de assistência social etc. Por exemplo, estudos indicam que adultos que começam a vida adulta na pobreza são 66% menos propensos a permanecer na pobreza se eles casam e permanecem casados. Famílias de baixa renda em que os pais são casados são menos da metade propensos a enfrentar privações materiais do que famílias em que os pais apenas vivem juntos (coabitam). Mulheres que casam logo após ter um neném aumentam em mais de 50% seu padrão de vida em relação a mães solteiras e em mais de 20% em relação a mães que apenas coabitam. Não apenas isso, crianças de pais divorciados têm 17% mais riscos de abandonar a escola, comparadas a famílias intactas. Meninas de pais divorciados são duas vezes mais propensas a engravidar na adolescência e se tornarem mães solteiras, bem como meninos de pais divorciados são duas vezes

⁴¹ Os dados aqui apresentados são oriundos de pesquisas feitas, sobretudo, nos EUA. Isso se justifica porque é nos EUA que encontramos as mais exaustivas e esclarecedoras pesquisas que abordam o problema da dissolução da ‘família natural’ e seu efeito sobre a realização individual e social. Na bibliografia do presente trabalho há referência aos estudos que apresentam as fontes dos dados aqui citados. Também usarei o livro do professor João Carlos Espada (“Família e Políticas Públicas”), no qual são apresentados dados tanto dos EUA quanto da Europa. Observo que aqui temos não relações de causalidade, mas de probabilidade. A monoparentalidade, por exemplo, não é a causa da pobreza. Ela é parte do que torna mais provável que um sujeito viva na pobreza. O fenômeno é complexo, não podendo ser reduzido a uma causa apenas.

mais propensos a acabarem na prisão. E esse estudo⁴² também descobriu que um novo casamento praticamente não minimiza esse impacto da dissolução familiar sobre as crianças. Com efeito, ao concluir esse estudo de mais de vinte anos de pesquisa, Sara McLanahan conclui que:

Se nos pedissem para projetar um sistema para tornar seguro que as necessidades básicas das crianças fossem atendidas, nós provavelmente sugeriríamos algo similar ao ideal da família com pai e mãe. Tal projeto, em teoria, não apenas asseguraria que as crianças teriam acesso ao tempo e aos recursos de dois adultos, mas também ofereceria um sistema de pesos e contrapesos que promoveria paternidade/maternidade de qualidade. O fato de que ambos, pai e mãe, estão conectados biologicamente com a criança aumentaria a probabilidade que ambos os pais se identificassem com a criança e se sacrificassem por ela, bem como reduziria a probabilidade de que a criança sofresse abuso⁴³.

Além disso, os estudos mostram que crianças de baixa renda que não fazem parte de uma família funcional são mais propensas a enfrentarem situações de delinquência, problemas psicológicos graves, problemas de saúde, do que crianças de baixa renda em famílias funcionais não enfrentam. O problema, então, não é exatamente elas serem de baixa renda, mas não fazerem parte de uma ‘família natural’ (funcional). Em suma, isso apenas reitera aquilo que mesmo nossos ancestrais mais distantes sabiam: precisamos de uma cultura que fortaleça a ideia de ‘família natural’. E isso tendo em vista o bem comum, o qual é individual e social.

Em resumo, eis a razão, já observada em outras culturas, de o Estado regrav o casamento e fomentar a família natural. Do

⁴² MCLANAHAN. “Parent Absence or Poverty: Which matters more? In: Consequences of growing up poor.

⁴³ MCLANAHAN. “Parent Absence or Poverty: Which matters more? In: Consequences of growing up poor. ROBERTS, Paula. “I Can’t Give you anything but Love: would poor couples with children be better off economically if they married?. CLASP policy Brief 5.

ponto de vista do bem comum, *telos* de uma sociedade bem ordenada, é melhor fortalecer a família natural do que remediar os efeitos de sua dissolução. Alguns dos principais efeitos negativos da dissolução do casamento são 1. Uma má formação educacional, 2. Uma má saúde, física e mental, 3. Um mau desenvolvimento familiar e sexual, bem como 4. Um mau comportamento. Isso é algo mensurado, por exemplo, por um estudo do *The Witherspoon Institute*, localizado em Princeton, New Jersey, e tem como propósito geral levar o público a uma compreensão abrangente dos fundamentos morais de sociedades democráticas. Nesse estudo⁴⁴ (2008) os efeitos negativos sobre a formação das crianças são mensurados pelos seguintes critérios: 1. A má-formação educacional é medida pelos índices de formação em programas de pós-graduação; 2. Os problemas de saúde física e mental são medidos pelos índices de ansiedade, depressão, uso de drogas e suicídios; 3. O mau desenvolvimento familiar é medido pelo senso de identidade, bem como pela conformidade com a idade da puberdade; 4. O mau comportamento é mensurado pelo índice de agressões, delinquência e detenção/prisão.

Aliás, os dados acima valem para casamentos entre pessoas do mesmo sexo e também para crianças criadas por apenas um dos pais, bem como por pais não biológicos. Na média geral, as crianças criadas por sujeitos que não sejam seus pais biológicos tendem, *em média*, a manifestar os problemas acima referidos.

Portanto, o Estado deve tornar o casamento uma instituição estável, e essa estabilidade só se justifica dentro de uma ‘família natural’. Tal estabilidade é do interesse do Estado; desde, é claro, que ele esteja em busca do bem comum. Daí a preocupação do Estado com relação à família. Aliás, o casamento promove o desenvolvimento econômico. E isso por uma razão bem simples: Dada a preocupação com o “futuro dos filhos”, os pais acabam por

⁴⁴ THE WITHERSPOON INSTITUTE. *Marriage and the Public Good: Ten Principles*. Disponível para download em: <http://winst.org/publications/print/>.

crescer economicamente e, assim, promovem o avanço econômico. Sobre isso há um estudo conduzido por Bradford Wilcox⁴⁵, no qual é demonstrado que a riqueza da nação depende, em grande medida, da saúde da família (de famílias bem estruturadas e de pouco conflito). Assim, por exemplo, o fracasso do casamento tradicional exige uma cada vez mais invasiva atuação do Estado para decidir questões de paternidade, de guarda dos filhos, de regulamentação de visitas etc. Isso amplia ainda mais as funções do Estado na vida privada, aumentando seus gastos e limitando as liberdades individuais.

Com efeito, no estudo conduzido por Scafidi lemos:

A maior parte do debate público sobre o casamento foca no papel do casamento enquanto uma instituição moral ou religiosa. Mas o casamento é também uma instituição econômica, criadora de capital humano e social. O crescimento do divórcio e de crianças nascidas fora do casamento têm amplas implicações econômicas, incluindo amplos gastos dos governos federal e estaduais. ‘Os custos do divórcio e das crianças nascidas fora do casamento para os contribuintes’ é o primeiro relatório já feito que pretende mensurar os custos, em impostos, da fragmentação da família para contribuintes em todos os cinquenta estados. Dentre suas descobertas: mesmo programas que envolvem pequeníssimas reduções do divórcio e de crianças nascidas fora do casamento poderiam resultar em uma grande economia para os contribuintes⁴⁶.

⁴⁵ WILCOX, Bradford; Dew, Jeffrey. “Is love a flimsy foundation? Soulmate versus institutional models of marriage”. *Social Science Research* 39 (2010) 687-699. <http://dx.doi.org/10.1016/j.ssresearch.2010.05.006>

⁴⁶ Outra descoberta importante da pesquisa: “Estimamos [e essa é uma “estimativa mínima”] que a fragmentação da família custa, aos contribuintes dos US, ao menos 112 bilhões de dólares a cada ano, ou mais de 1 trilhão de dólares a cada década”. Sobre os custos em particular, o relatório acrescenta: “Esses custos surgem do aumento de gastos com impostos em programas antipobreza, de justiça criminal e educacionais, e em virtude dos baixos índices de impostos pagos por indivíduos que, como adultos, recebem menos em virtude da redução de oportunidades resultantes do fato de se tornar mais provável que eles cresçam em pobreza”. Além disso, a partir de dados do censo nos USA (dados de 2006-2008) se demonstrou que o risco de uma criança acabar na pobreza cai cerca de 82% quando ela vive em uma família natural. Dados desse mesmo censo mostram que 71% das crianças que vivem na pobreza não possuem pais biológicos casados.

Apenas para que se tenha uma vaga ideia, o trabalho de Isabel Sawhill, diretora de estudos econômicos da Instituição *Brookings*, indica que o crescimento das famílias sem um dos pais, entre 1970 e 1996, demandou gastos de bem estar social em torno de 229 bilhões. Mas esse valor aumentaria significativamente se fossem levados em conta outros fatores, como auxílio moradia, auxílio médico etc. Isso significa: aumento do estado.

Portanto, o fomento daquilo que aqui denominei de ‘família natural’ (ou ‘tradicional’) é parte das instituições que assoalham o caminho para uma ‘sociedade bem ordenada’. E essa ideia de família tem seu fundamento na ideia mesma de direito natural. Não apenas isso, ela é parte do ‘bem comum’, oriunda da tradição, tendo surgido espontaneamente para assegurar nossos fins individuais e sociais.

Referências

WILCOX, W. Bradford. *Why Marriage Matters. Thirty Conclusions from the Social Sciences*. New York: Institute for American Values, 2011.

SCAFIDI, Benjamin. *The Taxpayer Costs of Divorce and Unwed Childbearing First-Ever Estimates for the Nation and All Fifty States*. New York: Institute for American Values, 2008.

THE WITHERSPOON INSTITUTE. *Marriage and the Public Good: Ten Principles*. Princeton: 2008. Disponível em: www.princetonprinciples.org

REGNERUS, Mark. How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study. *Social Science Research*. Volume 41, issue 4, July 2012, 752-770.

RECTOR, Robert. *Marriage: America’s Greatest Weapon Against Child Poverty*. Backgrounder (Heritage Foundation) No. 2465 September 16, 2010.

WILCOX, Bradford; Dew, Jeffrey. Is love a flimsy foundation? Soulmate versus institutional models of marriage. *Social Science Research* 39 (2010) 687-699.

Pluralismo: circunstância social e condição da justiça

Josué Emilio Möller¹⁻²

Sumário

Introdução: circunstâncias sociais e condições da justiça

1. O pluralismo como um fato: identidade, diversidade e Comunidade
2. O pluralismo como uma circunstância social na antiguidade: a descoberta da complexidade e o equilíbrio entre unidade e pluralidade
3. O pluralismo entre o medievo e a modernidade: a incorporação do processo de diferenciação em movimentos e momentos decisivos
4. O pluralismo na modernidade: concepção filosófica e consequências práticas projetadas na relação entre indivíduos, estado e sociedade

¹ Doutor em Sistemas Jurídicos e Político-Sociais Comparados pela Università degli Studi di Lecce - Università del Salento/Itália (Dottore di Ricerca/PhD), como Pesquisador-Bolsista do Programa ALβAN/UE. Mestre em Direito (UNISINOS). Bacharel em Direito (UNISINOS). Professor de Filosofia do Direito e História do Direito, e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA, Guaíba). Professor Pesquisador responsável pelos Projetos e Grupos de Pesquisa “Justiça, Mediação e formas de resolução de conflitos” e “Influência da Reforma Luterana na emergência da modernidade: Justiça, Pluralismo e Direitos Humanos”. Secretário-Geral e Membro Fundador do Instituto de Estudos Culturalistas (IEC). Advogado. E-mail: josuemoller@gmail.com

² O texto ora publicado insere-se no contexto da “2ª Jornada ULBRA de Filosofia do Direito” intitulada “Filosofia e Direito: Um diálogo necessário para a Justiça”, evento promovido em homenagem ao Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza, e organizado pela Profa. Alessandra Mizuta de Brito, pela Profa. Carolina Zenha Saraiva e pelo Prof. Leandro Cordioli, que foi realizado na ULBRA do campus de Canoas entre os dias 20, 21 e 22 de novembro de 2017, relacionando-se especificamente com a temática proposta para a mesa denominada “Filosofia e Direito: tolerância, liberdade religiosa e laicidade”, que contou com a participação do Prof. Josué Emilio Möller, Prof. Elton Somensi de Oliveira e Luis Fernando Barzotto. O autor registra a honra em poder ter participado do evento em face da admiração e reconhecimento acadêmico em relação às contribuições acadêmicas do Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza, o agradecimento aos organizadores do evento acima referidos pelo convite, e também aos professores e colegas de mesa, Prof. Elton Somensi de Oliveira e Luis Fernando Barzotto, pelo instigante debate, pela oportunidade de troca de ideias e reflexões.

5. O pluralismo como condição das democracias constitucionais: a diversidade constitutiva das sociedades abertas e pluralistas

6. O pluralismo das democracias constitucionais em questão: ameaças, potencialidades críticas e dinamismo social

7. O pluralismo no contexto de intensificação contemporânea dos debates e reflexões

Considerações finais

Referências

Introdução: circunstâncias sociais e condições da justiça

A vida de indivíduos e grupos num determinado contexto é caracterizada e influenciada por inúmeros fatores, podendo ser quotidianamente marcada por incontáveis situações, acontecimentos, ações, realizações, conquistas e dissabores, muitos dos quais certamente imperceptíveis em dados momentos, por diversas causas e razões. As circunstâncias em meio as quais a vida de indivíduos e grupos se desenvolvem evidenciam-se como pressupostos fundamentais em relação às próprias perspectivas e possibilidades de desenvolvimento de dimensões de vida, de horizontes de compreensão, interpretação e projeção da vida que se descortina diante dos olhos, da vida que se quer levar, construir e ter, e, conseqüentemente, de visões de mundo e de concepções de vida que são ou passam a ser cultivadas. As circunstâncias sociais em meio as quais a vida de indivíduos e grupos se desenvolve se ligam inexoravelmente, como logo se pode notar, a valores, interesses e objetivos reconhecidos como importantes e prioritários – que são de algum modo e por diversas razões identificados como valiosos –, assim como a sentidos, ideias e conceitos sedimentados em culturas específicas e diversas tradições conformadas socialmente. A consideração destes pressupostos torna-se especialmente importante quando no dia a dia de inúmeros seres que existem, são, vivem e procuram viver – com múltiplos sentidos que desejam desenvolver – colocam-se desafios relacionados à compreensão e à resolução de conflitos que se verificam entre indivíduos e grupos. E na medida em

que reconhecemos o fato de que não vivemos sozinhos, mas que vivemos com ‘outros’ que em muitos aspectos e por diversos fatores diferem de nós, torna-se evidente o nexos entre as circunstâncias sociais e a necessidade de desenvolvimento de *meios* que favoreçam a conciliação de perspectivas de vida, de modo que somos levados ao reconhecimento da centralidade da questão da coexistência e da convivência de seres diferentes em espaços compartilhados, ao mesmo tempo em que somos levados ao reconhecimento da relevância do estabelecimento de condições de justiça na sociedade.

Uma abordagem contemporânea a respeito das possibilidades de organização da vida em sociedade conexas à valorização e à preservação da justiça parece depender de uma observação e de um reconhecimento elementar acerca do caráter de interdependência de sentidos que se aplicam e se voltam à compreensão da realidade, à sua interpretação e, ao mesmo tempo, à viabilização da convivência social em um espaço compartilhado por indivíduos e grupos que são contiguamente iguais e diferentes, bem como ao aperfeiçoamento de instrumentos, mecanismos, procedimentos e instituições sociais. O prévio reconhecimento da relação de interdependência mencionada, que se conecta com reflexões sobre a organização da sociedade e a valorização da justiça, porta-nos ao consequente reconhecimento da relevância de partirmos, num esforço reflexivo empreendido sobre tais questões e temáticas, da consideração de características próprias que se vinculam com os sentidos que têm para nós, em nosso tempo, isto é, de características que dizem respeito às possibilidades de coexistência, de cooperação e de convivência entre indivíduos e comunidades particulares que dividem (compartilham) e constituem espaços comuns, dentre os quais se destaca aquele em que uma comunidade política se organiza sob a forma de sociedade, ao mesmo tempo em que tais indivíduos e comunidades também desejam preservar espaços particulares. Nestes termos, é que se apresenta como apropriada e se justifica uma abordagem que se delinea em torno de uma caracterização da relação entre as

‘circunstâncias sociais’ e as ‘condições da justiça’ – ainda que neste momento esta pretensão se concretize apenas como uma aproximação –, implicando como objetivos a identificação e o esclarecimento de ideias e conceitos que compõe o pano de fundo desta complexa relação no contexto contemporâneo, sobretudo quando procuramos contribuir à compreensão e à explicação do lugar e da função de sentidos tão presentes no discurso contemporâneo e influentes em nosso meio social como aquele que, neste momento, se identifica com a noção de ‘Pluralismo’, ao mesmo passo em que se apresenta como uma circunstância social e como uma condição para a realização da justiça³.

1. O pluralismo como um fato: identidade, diversidade e comunidade

Um dos aspectos mais evidentes e incontrovertidos concernentes às possibilidades de desenvolvimento da vida de indivíduos e grupos num ambiente compartilhado consiste no fato do pluralismo, e isto a despeito de quaisquer ambições e objetivos de organização que venham a se afirmar e projetar. O reconhecimento deste fato como uma circunstância da vida que se desenvolve num espaço comum, que desde logo nos remete à dimensão da coexistência, não requer maior esforço sensorial e lógico por parte dos seres humanos. A existência de uma pluralidade de seres e coisas (entes) ao nosso redor, a existência de uma multiplicidade na realidade além da ideia ou do desejo de unidade, assim como as inúmeras diferenças que se verificam sob distintas perspectivas que se afirmam e projetam saltam aos olhos no encontro de *uns* com os *outros* – no encontro de um *ser* e de *seus sentidos* com *os seres e os sentidos* dos outros –, e as percepções destas diferenças fazem parte do próprio processo de identificação e diferenciação dos *seres* e dos

³ O presente texto constitui-se como a primeira parte de um projeto em desenvolvimento, o qual envolve reflexões sobre as noções que se apresentam como condições contemporâneas para a concepção e a realização da justiça.

sentidos por estes atribuídos que é desencadeado com o encontro, por meio da confrontação ou da cogitação. É possível logo notar – o que aqui se faz apenas à guisa de introdução no esclarecimento de um complexo processo de identificação e diferenciação – que, além daquele ou daquilo (a) que se quer erigir e identificar como ‘*um*’ num dado momento, existe ‘*um outro*’ ou existem ‘*outros mais*’ que dele diferem, ou melhor, que dele são diferenciados ou que dele se diferenciam; de modo que além do que é individuado como propriamente ‘*um*’ ser singular (no latim *unum*), percebe-se que existem ‘*mais*’ ou ‘*vários*’/‘*muitos*’ seres (no latim, sucessivamente, *plus* e *plures*).

O sentido originário do pluralismo deriva do reconhecimento fático de que ‘ao que é identificado como singular’ se opõe naturalmente ‘o que dele se diferencia como sendo plural’ – em função de uma diferenciação que se processa, verifica ou afirma em determinados momentos –; o que, por si só, é indicativo da (co)existência, num dado ambiente ou espaço, de uma pluralidade de seres, coisas e sentidos, podendo o que é plural ser percebido como a expressão de diferentes seres com significados próprios, ou ser percebido como a expressão de um conjunto de seres que têm significados próprios e contigualmente, enquanto conjunto, também têm um significado comum abrangente (um significado omni-compreensivo, tal como o significado indicativo do que é plural do ponto de vista gramatical, ou tal como o significado indicativo do que é plural como expressão de um conjunto composto por seres não uniformes e que não são exatamente iguais, mas que diferem ao mesmo tempo em que se relacionam num todo organizado, que de um ponto de vista descritivo é bem sintetizado pela expressão latina *pluribus unum*). A partir do reconhecimento deste sentido originário do pluralismo pode-se logo compreender a razão pela qual, por um mero desdobramento do raciocínio, se pode dizer e sustentar que o pluralismo se constitui como um pressuposto fático inerente à construção de identidades próprias (específicas, singulares ou particulares), ao mesmo tempo em que se constitui como um

pressuposto fático inerente à caracterização da diversidade (do diverso, do divergente e do múltiplo, e, neste sentido, da divergência e da multiplicidade), sob pena de no lugar deste reconhecimento fático erigir-se um altar a um *todo* (tudo) enigmático, indiferenciado e indeterminado, e, conseqüentemente, subtrair-se ou obstaculizar o espaço ao desenvolvimento do conhecimento e à reflexão que desde sempre se vincularam a esforços e processos de identificação e diferenciação. É importante esclarecer isto a respeito do sentido do pluralismo antes mesmo que a noção seja vitimada pela atuação de um conceito prévio (preconceito) – como muitas vezes sói acontecer –, e identificada com um postulado perigoso ou como uma bandeira ideológica a combater. A consideração de tais pressupostos e significados vinculados ao reconhecimento do fato do pluralismo remete à consciência evidenciada e afirmada desde os primeiros filósofos da tradição ocidental, e – ainda que não seja o caso neste momento, nem tenhamos o espaço adequado para o aprofundamento de ideias e referências epistemológicas, filológicas e filosóficas – cabe em tal sentido ao menos referir o mérito de reflexões de pensadores pré-socráticos como Anaximandro, Heráclito, Parmênides, Empédocles, Anaxágoras e Demócrito, dentre outros, que foram precursores na medida em que procuraram compreender e esclarecer os termos da complexa relação entre as partes e o todo, ideias e realidade, unidade e pluralidade de seres, ser e devir (vir a ser), indeterminação e determinação de sentidos, indiferenciação e diferenciação de significados, ainda que tenham seguido por diversos caminhos reflexivos e defendido diferentes perspectivas e postulados⁴.

⁴ As obras que podem ser indicadas para o aprofundamento de ideias e referências vinculadas a reflexões concernentes aos pressupostos e significados evidenciados no âmbito do pensamento filosófico desde os pré-socráticos acerca do pluralismo são incontáveis. No que diz respeito especificamente ao pensamento dos pré-socráticos, basta uma aproximação ou empreendimento de um estudo de suas contribuições para perceber a conexão de suas perspectivas de problematização e abordagem com o afrontamento do fato do pluralismo e de suas conseqüências. É possível, contudo, destacar as abordagens de suas contribuições feitas classicamente por John Burnet e contemporaneamente por Emanuele Severino. No que diz respeito ao desenvolvimento do sentido filosófico do pluralismo, incumbe destacar as abordagens esclarecedoras de Guido Calogero e Nicola Matteucci. Cf. BURNET, John. A aurora da filosofia grega. p. 59ss.; SEVERINO,

2. O pluralismo como uma circunstância social na antiguidade: a descoberta da complexidade e o equilíbrio entre unidade e pluralidade

O fato do pluralismo constitui-se como uma circunstância social incontestada na realidade, e, conseqüentemente, apresenta-se como um pressuposto a ser considerado por qualquer análise ou cogitação sobre as possibilidades de desenvolvimento de uma forma de convivência entre indivíduos e grupos numa determinada sociedade. O reconhecimento fático do pluralismo como uma circunstância social não se apresenta evidentemente como uma novidade, e não o é nem para nós contemporâneos, assim como já não era algo desconhecido e estranho na antiguidade, sobretudo entre aqueles que se dedicavam a refletir sobre os diversos modos de organização da vida em comunidades constituídas sob a forma de sociedade (convivência social), sobre os diversos regimes constitucionais e formas de governo, e sobre questões relacionadas à realização da justiça. A consideração de referências antigas acerca do reconhecimento do pluralismo como uma circunstância social consente perceber que já denotavam a consciência apurada e crítica a respeito da complexidade comportada pelo desenvolvimento deste sentido e de suas conseqüências na sociedade, principalmente a partir do contexto de afirmação da experiência constitucional democrática. A consideração do pluralismo no horizonte de desenvolvimento democrático de Atenas já se atrelava ao reconhecimento de aspectos positivos e negativos da diversidade e da multiplicidade, já apontava para as dificuldades inerentes relacionadas à conciliação entre uma perspectiva comum de unidade da *pólis* (perspectiva pela qual a ideia de comunidade era vinculada à formação de uma cidade-Estado constituída como expressão uma

sociedade composta por cidadãos) e a pluralidade de perspectivas particulares dos cidadãos; ao mesmo tempo em que se atrelava a preocupações concernentes aos riscos de exacerbação da liberdade, a temores relacionados à irresponsabilidade dos indivíduos, ao predomínio de perspectivas particulares de indivíduos e grupos (autocentradas e egoístas) em detrimento de sentidos comuns, e ao contíguo e paradoxal crescimento, de um lado, da afirmação de perspectivas particulares de diferenciação e, de outro lado, da progressiva indiferenciação e retração de um espaço de ordenação comum numa perspectiva social – progressiva indiferenciação apontada muitas vezes pelos antigos e que contemporaneamente podemos identificar como consequência do relativismo e da desestruturação social que dele deriva. É o que se pode vislumbrar já, por exemplo, na célebre passagem em que Platão, por um viés crítico de abordagem que é notadamente negativo, dando voz ao personagem fictício e idealizado de Sócrates, se refere à democracia como “a mais bela forma de constituição”, composta por “homens de toda espécie”, que como “uma multicolorida manta estampada de flores de diversas espécies”, e como “um verdadeiro mosaico de caracteres”, “poderá parecer belíssima”. É com ironia que Platão destaca a diversidade existente na *pólis* democrática como algo que corresponde a uma variedade de caracteres, diversidade que aparece no texto como uma consequência direta da liberdade exacerbada que cada um tem para organizar a sua própria vida do modo como lhe apraz e convém. E é com preocupação conservadora que ele destaca a possibilidade de muitos homens incapazes, que mesmo sem qualquer discernimento político admirariam a diversidade no contexto democrático, e decidiriam, de acordo com a impressão e a vontade da maioria, o que é mais belo e bom (o sentido da incapacidade que o filósofo quis ressaltar advém pela menção à semelhança destes muitos homens às crianças e mulheres que então eram identificadas como incapazes)⁵. Um outro exemplo clássico que denota a

⁵ PLATÃO. Politeia (La Repubblica). p. 553ss.; e MÖLLER, Josué Emilio. La giustizia democratica:

consciência apurada e crítica a respeito da complexidade comportada pelo desenvolvimento do pluralismo como uma circunstância social pode ser encontrado na reflexão erigida por Aristóteles, sendo esta caracterizada por um viés crítico de abordagem nitidamente contrastante ao de Platão e notadamente construtivo, por meio da qual indica a necessidade de promoção de um equilíbrio entre a ‘unidade da *pólis*’ e a ‘pluralidade na *pólis*’. É o que se depreende do trecho em que Aristóteles afirmou ser “evidente que se esta [a *pólis*] se torna cada vez mais unitária” como consequência de um processo contínuo de unificação conduzido numa perspectiva totalitária, “acabará por não ser mais uma *pólis*”, uma vez que a *pólis* é “por sua própria natureza uma pluralidade” composta pelo conjunto de cidadãos, que, “ao ser cada vez mais conduzida à unificação” numa perspectiva totalitária, “se transformará”, ao se reduzir, “de uma *pólis* em uma família e de uma família numa perspectiva de um só homem” (individual). A esta indicação que aponta para a necessidade de equilíbrio e conciliação entre unidade e pluralidade, Aristóteles acresce uma consideração que ainda hoje repercute como uma advertência, quando aduziu que “se fosse possível, tal processo de unificação não deveria ser realizado, pois determinaria a destruição da *pólis*”, para logo depois sustentar que “uma *pólis* é necessariamente constituída por uma pluralidade de homens”, e por “homens particularmente diversos”, de modo que o pluralismo se caracteriza como uma circunstância social intrínseca, na medida em que “não pode nascer [existir] uma *pólis* constituída por homens idênticos”⁶.

cultura, compromisso etico-politico e giuridico qualificato e contesto costituzionale – Un’ipotesi di ricostruzione del senso della giustizia a partire dal riconoscimento del contesto sociale democratico antico. Vol. 1. p. 277.

⁶ ARISTÓTELES. *Politica* (Politikon/Politika). p. 135; e MATEUCCI, Nicola. “Pluralismo” in *Enciclopedia delle scienze sociali*. p. 17.

3. O pluralismo entre o medievo e a modernidade: a incorporação do processo de diferenciação em movimentos e momentos decisivos

O reconhecimento fático do pluralismo como uma circunstância social vinculou-se desde a antiguidade ao desenvolvimento de um processo histórico de diferenciação cultural e social. A importância de incontáveis contribuições e reflexões de teor mais abstrato que se desenvolveram segundo distintas perspectivas filosóficas desde a antiguidade, passando pelo medievo e chegando à modernidade, e que podem vir a ser elencadas e destacadas isoladamente a respeito do reconhecimento do pluralismo, a partir da consideração da relação entre as partes e o todo, entre a unidade e a pluralidade – mesmo quando não chega(va)m a explicitar diretamente, por inúmeras causas e restrições factuais, repercussões práticas, do ponto de vista social –; não deve ser de nenhum modo desconsiderada, na medida em que estas evidentemente não se desconectavam de pretensões voltadas à compreensão e ao aperfeiçoamento da realidade, pois sem dúvida tiveram o mérito de diagnosticar e suscitar reflexões que não eram estranhas ao contexto social, ao mesmo tempo em que influenciaram e corroboraram ao desenvolvimento do pluralismo como expressão de um processo histórico de diferenciação cultural e social. Alguns fatos, movimentos e momentos históricos contribuíram decisivamente à difusão da percepção e ao desenvolvimento do pluralismo em tal sentido entre o final do medievo e a emergência da modernidade. A descoberta do “novo mundo” – de ‘outros’ seres, culturas, tribos e povos tão diferentes do que até então se conhecia – suscitou a extensão de intensas discussões acerca do próprio sentido da humanidade, podendo-se considerar como um importante marco a contestação, promovida inicialmente por Bartolomé de Las Casas, perante a corte espanhola em 1550, da brutalidade dos colonizadores espanhóis, e a defesa da humanidade dos índios e de direitos que deviam ser a estes reconhecidos e garantidos, que por serem considerados selvagens pelos conquistadores europeus, tinham contra si perpetradas

violências e barbáries cometidas até mesmo em nome de uma doutrina de fé que mascarava uma estratégia de aculturação e submissão radical vinculada a um processo de colonização imperialista⁷. No mesmo sentido, incumbe mencionar, pelo peso e pelas consequências históricas, aqueles engendrados pelo Humanismo a partir do séc. XIII, pelo Renascimento a partir do séc. XIV e pela Reforma Protestante a partir séc. XV; ao mesmo tempo em que não se pode deixar de destacar os liames existentes entre os referidos movimentos e as perspectivas do Racionalismo, do Iluminismo e do Liberalismo Político que se desenvolveram posteriormente na modernidade, convergentes em torno das ideias-chave de emancipação, de desenvolvimento da subjetividade e responsabilização individual dos cidadãos, expansão das liberdades e garantia de direitos fundamentais e direitos humanos, as quais se conformaram como propulsoras do desenvolvimento moderno da democracia. Neste sentido, além de se evidenciar o trauma pelo qual a ideia erigida desde a antiguidade de afirmação de um ‘império universal’ – sonho de unificação sedimentado em torno da defesa princípio “um rei, uma lei, uma fé” – era superada com a ruptura da noção de unidade religiosa da Europa e do Ocidente, com horríveis consequências e sofrimentos humanos que se atrelavam às lutas de poder que se colocavam no pano de fundo das diferenças religiosas e que deram azo a guerras civis, sobretudo na Alemanha, na França e na Inglaterra; deve-se destacar a mudança profunda de mentalidade e de paradigma vinculada à contígua superação do predomínio do princípio da unidade na concepção de ideias-chave de Sociedade, Estado e Direito que então se afirmavam – e que tornava praticamente impossível a aceitação do diverso, do não-conforme e de tudo o que era definido como anormal –, na medida em que o

⁷ MAYBURY-LEWIS, David. “A antropologia numa era de confusão” in Revista Brasileira de Ciências Sociais. p. 16ss.; BIELEFELDT, Heiner. Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ‘ethos’ de liberdade universal. p. 146ss.; HARDT, Michael; e NEGRI, Antonio. Império. p. 133; CÁRCOVA, Carlos Maria. A opacidade do direito. p. 73; e MÖLLER, Josué Emilio. A fundamentação ético-política dos direitos humanos. p. 59.

pluralismo passou a ser reconhecido como uma circunstância social da qual não se podia desvincular a concepção de ideias-chave como as de Sociedade, Estado e Direito antes referidas, ocasião em que a aceitação da diversidade – da diferença de perspectivas, de concepções religiosas, ideológicas, políticas e filosóficas, e de visões de mundo – passou a ser percebida como uma autêntica solução vinculada às possibilidades concretas de conciliação de interesses e de organização da convivência num espaço compartilhado, e o princípio da tolerância passou a ser afirmado como um fundamento para o princípio da liberdade e para o desenvolvimento de muitos sentidos desta – a começar pelo sentido moderno de liberdade religiosa⁸.

4. O pluralismo na modernidade: concepção filosófica e consequências práticas projetadas na relação entre indivíduos, estado e sociedade

As origens de uma autêntica concepção filosófica do pluralismo que passou a se desenvolver e que continua plenamente válida no contexto contemporâneo podem ser encontradas em meio a estas circunstâncias marcadas pela proeminência fática do pluralismo no contexto moderno, ocasião em que não se pode deixar de identificar as contribuições geradas a partir do acirramento de debates epistemológicos que se colocaram entre Empiristas e Racionalistas, sobretudo a partir da influxos desempenhados pelo empirismo de David Hume que corroboraram ao progressivo desenvolvimento de um racionalismo crítico, e o mérito de reflexões de filósofos como Christian Wolff e Immanuel Kant, na medida em que passaram a

⁸ MATTEUCI, Nicola. “Pluralismo” in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*. p. 2ss.; MÖLLER, Josué Emilio. *A fundamentação ético-política dos direitos humanos*. p. 38ss., e 55ss.; MÖLLER, Josué Emilio. “Renascimento, Reforma Luterana e Emergência da Modernidade: Algumas considerações e reflexões desde uma perspectiva da História e da Filosofia do Direito”, Conferência proferida na Universidade Presbiteriana Mackenzie, 25 de abril de 2017; e MÖLLER, Josué Emilio. “As noções de Subjetividade e de Justiça a partir do Renascimento e da Reforma Luterana: Considerações a partir da conexão entre Renascimento, Reforma e emergência da Modernidade”. Palestra proferida no Seminário do Curso de Direito Justiça, Direito e 500 anos da Reforma Protestante, Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), 11 de maio de 2017.

destacar o sentido do pluralismo como asserção positiva vinculada ao reconhecimento da existência de uma pluralidade de seres que têm diversas percepções, sentidos e sentimentos nas circunstâncias de uma dada realidade em contraposição ao predomínio do sentido do que então se afirmava como um postulado próprio do ‘egoísmo’. A crítica que então se erige contra o ‘egoísmo’, noção que podemos com maior propriedade identificar contemporaneamente com o significado do ‘solipsismo’, condiz com a confutação do postulado segundo a qual a única realidade verdadeira a ser considerada e que pode ser afirmada é aquela que se vincula à intenção própria de um único ‘ser’, de um ‘eu’ que se desenvolve como sujeito a despeito dos ‘outros’ entes (seres e coisas), podendo os outros entes serem compreendidos como meros partícipes subalternos de uma única mente pensante, como meras impressões e experiências de um ‘ser’, sem que a eles se reconheçam experiências e existências próprias, de modo que poderiam ser todos os outros entes reduzidos às pretensões de um ser isolado, em face do simples predomínio de uma essência ou de uma vontade sobre a de outros⁹. A concepção filosófica do pluralismo que desde então se desenvolveu passou a enfatizar a necessidade de consideração de diversas percepções, sentidos e sentimentos, de múltiplas perspectivas da realidade e da verdade, e das diferentes motivações e razões implicadas e chamadas em causa para a justificação de comportamentos, ações e instituições sociais; e, ao mesmo tempo em que promoveu – a partir da crítica conduzida à metafísica tradicional – uma autêntica ressignificação de valores que eram reconhecidos à luz da identificação prática de interesses e objetivos comuns que deveriam orientar o desenvolvimento da ação dos indivíduos e a organização das instituições sociais, passou a evidenciar a importância da autonomia e da tolerância, da responsabilidade individual e social. A concepção filosófica do pluralismo que passou a se desenvolver fortemente na modernidade,

⁹ CALOGERO, Guido. “Pluralismo” in Enciclopedia Italiana. p. 1ss., e MATTEUCI, Nicola. “Pluralismo” in Enciclopedia delle Scienze Sociali. p. 1ss.

para além do reconhecimento fático do pluralismo sedimentado nas circunstâncias sociais, abriu deste modo o caminho, de um lado, para a valorização moderna da riqueza potencial que exsurge a partir da consideração da diversidade e da multiplicidade de experiências, e, de outro lado, para a valorização moderna de decisões e instituições sociais que sejam guiadas pela consideração sobre a razoabilidade ética e jurídica das ações e das manifestações – contemporaneamente a extensão de reflexões a respeito destas duas perspectivas de valorização ligam-se ao desenvolvimento de ideias-chave que se identificam com a noção de ‘valor do pluralismo’ (que se distingue do fato do pluralismo) e com a noção de ‘pluralismo razoável’ (que se distingue e contrapõe à apologia do pluralismo enquanto tal)¹⁰.

O desenvolvimento da concepção filosófica do pluralismo comportou consequências práticas para a reflexão dos termos que definiam o horizonte de interação e relação que se estabelecia, dentre outros aspectos, entre os ‘indivíduos’ e o ‘Estado’, entre as diversas perspectivas de ‘comunidade’ e a organização da ‘sociedade’, entre ‘subordinação dos cidadãos’ em face de uma ordem instituída e o ‘exercício da liberdade’, e entre as pretensões de ‘governo’ e os limites definidos também para este no campo do ‘Direito’, ou melhor, da ‘garantia dos direitos’. No contexto moderno de afirmação das inúmeras consequências do reconhecimento do pluralismo, conformou-se o espaço adequado para o questionamento das práticas e teorias que sustentavam o viés unificador e monista do predomínio estatal. O protagonismo exclusivo do Estado, concebido como a máxima expressão da unidade política de uma nação, é neste contexto colocado diretamente em questão. As reflexões suscitadas a respeito do novo mundo se voltaram ao reconhecimento às características específicas da sociedade originada da primeira revolução democrática moderna (1776), ocasião em que se destaca a célebre contribuição de Alexis de Tocqueville, que com o olhar típico de um observador e estudioso estrangeiro, e com o esforço de

¹⁰ MÓLLER, Josué Emilio. A fundamentação ético-política dos direitos humanos. p. 81ss.

compreender e descrever sem preconceitos, evidenciou nitidamente a natureza pluralística da democracia na América. É significativo notar que enquanto Tocqueville tem seu olhar voltado à elucidação do funcionamento da democracia norte-americana, a sua atenção destaca, sobretudo, a organização da sociedade civil, na medida em que evidencia a importância de uma pluralidade de partidos, de uma pluralidade de jornais, de uma pluralidade de associações com diversas finalidades, de uma pluralidade de confissões religiosas, em suma, de uma pluralidade formada por uma multiplicidade de perspectivas e livres associações de indivíduos que não são controladas pelo Estado, conferem dinamicidade à sociedade e estimulam o desenvolvimento de diversas iniciativas e sentidos, que juntos convivem numa forma *sui generis* de sociedade pluralista, em que o governo democrático é orientado pelo exercício compatibilizado de liberdades e pela observância de direitos fundamentais¹¹. A descoberta do pluralismo constitutivo da sociedade democrática norte-americana afirmou-se originalmente, ao menos segundo sugere o olhar de Tocqueville, como objeto de uma práxis em face do reconhecimento da diversidade inerente às circunstâncias sociais. A redescoberta deste pluralismo no séc. XX pareceu confirmar o célebre diagnóstico, sobretudo quando, com a pretensão de favorecer a compreensão do governo adotado na sociedade democrática norte-americana se liberar das amarras de um viés de abordagem jurídico e formal tradicional, Arthur Bentley adotou um viés preponderantemente empírico e descritivo que logo depois passou a ser identificado com o sentido do ‘pragmatismo’ e ligado à perspectiva do ‘pragmatismo filosófico’, de modo que de uma espécie de revolta contra o formalismo nascem expressões das ciências sociais e políticas modernas que evidenciam o pluralismo em suas múltiplas dimensões, ao mesmo passo em que concentram seus estudos em torno dos interesses de determinados grupos sociais e da consideração da influência de determinados grupos de interesses,

¹¹ MATTEUCI, Nicola. “Pluralismo” in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*. p. 75s.

sendo que foi a partir deste contexto que se desenvolveu a corrente que pode ser denominada de ‘pluralismo pragmático’. As reflexões suscitadas na Europa passaram, por sua vez, a evidenciar, sobretudo entre o séc. XIX e o séc. XX, a existência esquecida e descurada de uma pluralidade de entidades, corpos e comunidades constitutivas organicamente de uma sociedade, de uma pluralidade de ordens comunais intermediárias que remetem nas suas origens ao desenvolvimento medieval das ordens religiosas e corporações de arte e ofício, de uma pluralidade de esferas jurídicas e sistemas de justiça além daquele estatal, podendo-se nestes termos destacar as contribuições de Otto von Gierke, que podem ser identificadas como vinculadas a ‘concepções organicísticas do pluralismo’; contribuições que se identificam com o desenvolvimento da Doutrina Social da Igreja Católica a partir da encíclica *Rerum Novarum* (1891), que podem ser identificadas como ‘concepções religiosas do pluralismo’; e também com as contribuições de Frederic William Maitland, John Neville Figgis, Harold Joseph Laski, Richard Henry Tawney e George Douglas Cole, que podem ser identificadas como vinculadas a ‘concepções socialistas do pluralismo’, que criticavam tanto o individualismo quanto o estatatilismo exacerbados, ao mesmo passo em que defendiam a constituição de uma nova ordem social fundada sobre a proeminência dos grupos, entidades de classe e associações¹².

5. O pluralismo como condição das democracias constitucionais: a diversidade constitutiva das sociedades abertas e pluralistas

O desenvolvimento do sentido da democracia na modernidade, com a afirmação progressiva da centralidade do exercício e da proteção de iguais liberdades, respaldas pelo reconhecimento de princípios fundamentais de uma ordem constitucional, e promovidas e garantidas sob a forma de direitos humanos fundamentais aos indivíduos-cidadãos que vivem em

¹² MATTEUCI, Nicola. “Pluralismo” in Enciclopedia delle Scienze Sociali. p. 11ss.

uma determinada sociedade, sendo tais princípios e direitos não apenas compreendidos, mas também definidos como delimitadores do exercício do governo, das possibilidades de implementação de um sentido do bem comum democraticamente conformado e de políticas públicas a serem concretizadas pelas instituições sociais, sem sombra de dúvida pode ser identificado como responsável pela potencialização do reconhecimento do pluralismo como uma circunstância social constitutiva das democracias constitucionais contemporâneas. O pluralismo é, neste sentido, considerado e destacado contiguamente como uma característica fática e como um valor constitutivo das sociedades democráticas, sendo tal reconhecimento indiscutível ao menos nas sociedades que se configuram como democracias constitucionais, de modo que se pode contemporaneamente identificá-lo não apenas como consequência do desenvolvimento de um processo de diferenciação social, mas ligá-lo diretamente a instauração de um processo estruturalmente incompleto de instituição da liberdade que caracteriza a constituição de comunidades organizadas com base no modelo de regimes democráticos desde a antiguidade, o qual compreende a incessante extensão e redefinição da ideia de cidadania, a ampliação progressiva da democracia na medida em que este regime de governo passou a ser constituído intrinsecamente pelo desenvolvimento de instrumentos e mecanismos de garantia de liberdades protegidas sob a forma de direitos humanos fundamentais, e a implementação prática de evoluções constitucionais que se afirmam como expressões de um dinamismo social. O pluralismo pode ser, deste modo, destacado não apenas como um fato, como uma circunstância ou como um valor, mas também destacado como expressão de uma condição de um processo de diferenciação social qualificado, condição esta propriamente constitutiva do *sentido*, do *ser* e do *dever-ser* da dinâmica social das democracias constitucionais contemporâneas, na medida em que a perspectiva de unificação que se erige socialmente em torno de um sentido de comunidade implica o

reconhecimento da diversidade constitutiva da sociedade como algo inerente (sociedade esta naturalmente reconhecida como composta por muitos indivíduos e grupos diferentes), não se admitindo mais como razoável a adoção de concepções abrangentes totalizantes, mas apenas de concepções ético-políticas e jurídicas restritas que condigam com os objetivos de viabilização da vida em comum (convivência) de indivíduos e grupos diferentes num ambiente e num contexto de compartilhamento, bem como de maximização das possibilidades de aperfeiçoamento, desenvolvimento e cooperação no âmbito público destes desde que em termos de compatibilidade com a preservação de iguais espaços para o desenvolvimento de sentidos, valores, interesses e objetivos particulares. O reconhecimento do pluralismo como uma condição de um processo de diferenciação social qualificado que se desenvolve contemporaneamente no âmbito das democracias constitucionais constitui-se como o fundamento para a caracterização e denominação frequente destas como ‘sociedades abertas’ ou como ‘sociedades pluralistas’, o que se justifica quando se compreende que, em função do desenvolvimento de um processo de diferenciação social, as transformações sociais que se verificam e processam socialmente são orientadas e mediadas pela atuação de instituições e pela aplicação de regras, princípios e normas sociais, implicando o exercício de competências, poderes e funções, e *isto sempre* em termos de correspondência, observância e respeito de sentidos, interesses e objetivos comuns publicamente reconhecidos e estabelecidos como mais importantes, proeminentes e preponderantes no âmbito do sistema social, *porém* sempre com atenção à preservação de espaço para o desenvolvimento contíguo de sentidos particulares, com a adequada proteção de valores, interesses e objetivos particulares que sejam compatíveis – sendo esta condição vinculada à

preservação do pluralismo a indicação de uma qualidade fundamental das democracias constitucionais)¹³.

6. O pluralismo das democracias constitucionais em questão: ameaças, potencialidades críticas e dinamismo social

O processo de diferenciação social correlato aos avanços condizentes com a instituição da liberdade no âmbito das democracias constitucionais não se desenvolveu nem se desenvolve de modo constante sem que se verificasse e verifiquem sérias ameaças, graves involuções, riscos de oclusão e derrocada das condições de convivência, compreendendo a contínua superação de grandes obstáculos, forças, interesses e situações adversas e contrastantes em relação ao sentido do bem comum, às disposições democráticas e às instituições sociais, os quais se manifestaram e manifestam com frequência nos horizontes da experiência histórica sob a forma de atos de negação e oposição ao exercício das liberdades, de barbárie, de submissão forçada em circunstâncias de degeneração de regimes democráticos e de afirmação de regimes autoritários, ditatoriais ou totalitários, de genocídios de natureza ética ou política e de atos violentos de qualquer natureza, bem como sob formas dissimuladas e menos evidentes, porém igualmente corrosivas, que derivam da arbitrariedade, da demagogia, da ganância e da busca desmedida pelo poder, atreladas à ausência ou deficiência de senso ético e de conscientização acerca da responsabilidade individual, e a inoperâncias e disfunções das instituições sociais, implicando muitas vezes a extrema deterioração da vida e a degradação da

¹³ POPPER, Karl. *La società aperta e i suoi nemici*; ARENDT, Hannah. *Da revolução*. p. 114; FISTETTI, Francesco. *Comunità*. p. 39; BUENO, Roberto. *Teoria da sociedade aberta democrática: filosofia, política e direito na sociedade bem organizada*; e MÖLLER, Josué Emilio. *Os contrastes culturais nas democracias constitucionais: reflexões sobre a conformação ético-política do direito*. p. 175s.; MÖLLER, Josué Emilio. "Prefácio: Por uma teoria da sociedade aberta democrática" in BUENO, Roberto. *Teoria da sociedade aberta democrática: filosofia, política e direito na sociedade bem organizada*. p. 155s.

dignidade humana. É importante considerar, outrossim, que as democracias constitucionais desenvolvidas acabam por evidenciar e intensificar, pela própria concepção aberta de sociedade que engendram e pela ampliação conseqüente das possibilidades deliberativas e decisórias, fatores passíveis de serem identificados como paradoxos que circunscrevem as condições de possibilidade ligadas à manutenção do ‘arranjo constitutivo da sociedade’ (ordenamento historicamente conformado em termos ético-políticos e jurídicos em um sistema social) em torno da mediação que este deve operar entre expectativas de conservação e de transformação. Isso se dá em razão de nelas existir consciência inerente da importância e até mesmo da necessidade de preservação de condições de justificação legítima e razoável do exercício do poder público e da utilização adequada, de acordo com tal perspectiva de justificação, dos meios de coerção institucionalizados, não podendo prevalecer o exercício do poder puramente amparado na força e fundado na vontade individual dos governantes e daqueles que ocupam cargos burocrático-estatais e que desempenham funções públicas e institucionais, tal como acaba por suceder em regimes autoritários. As democracias constitucionais naturalmente reconhecem e acolhem, neste sentido, no âmbito de seu próprio desenvolvimento progressivo, valores e objetivos inerentes que, ao mesmo passo em que são afirmados como qualidades constitutivas, são notadamente portadores de potencialidades críticas capazes de suscitar reflexões, dar espaço a ressignificações, e de provocar a desfiguração da autoridade de usos, costumes, normas e dogmas que se encontram arraigados e incorporados na tradição cultural; dentre os quais se destacam os valores-objetivos da igualdade, da liberdade, do pluralismo, da tolerância, de direitos humanos e fundamentais, e de um ordenamento estruturado em função de um compromisso

constitucional, de acordo com os termos ético-políticos e jurídicos conformados em um sistema social¹⁴.

Os paradoxos concernentes à manutenção do arranjo constitutivo nas democracias constitucionais podem ser identificados, por esta razão, como naturalmente decorrentes do reconhecimento do pluralismo, de diferenças que se evidenciam socialmente, de contrastes culturais, assim como também podem ser vislumbrados como decorrentes de choques culturais e de conflitos sociais, que até mesmo podem vir a ser percebidos como consequências e resultados de disfunções sociais, quando se intensificam e ganham ampla dimensão em face de oposições que não logram ser aplacadas socialmente – quer pelas possibilidades de mediação e decisão próprias do campo político, quer pelas possibilidades de mediação e decisão próprias da atuação da justiça no campo judicial. A assimilação de tais diferenças e contrastes culturais apresenta-se, em grande medida, como um caráter incorporado e inerente nas democracias constitucionais, podendo ser até mesmo considerada como expressão de uma típica virtude que opera em favor da adaptação institucional destas sociedades às circunstâncias concretas e dinâmicas que a cercam, contra um imobilismo da tradição e contra a estagnação de arranjos constitutivos injustificáveis. Neste contexto, compreende-se que as perspectivas de convivência em sociedades democráticas constitucionalmente conformadas e bem desenvolvidas afirmam-se sempre como empreendimentos humanos qualificados, complexos e multifacetados, erigidos, organizados e revigorados de modo contínuo e dinâmico por meio da participação política dos indivíduos enquanto cidadãos e da efetividade de parâmetros normativos que se apresentam como “remédios” (instrumentos)

¹⁴ MÖLLER, Josué Emilio. “Os contrastes culturais nas democracias constitucionais: reflexões sobre a conformação ético-política do direito” in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. p. 179ss.; MÖLLER, Josué Emilio. “Prefácio: Por uma teoria da sociedade aberta democrática” in BUENO, Roberto. *Teoria da sociedade aberta democrática: filosofia, política e direito na sociedade bem organizada*. p. 16.

para a preservação da ordem, para a promoção de políticas públicas vinculadas a determinações democráticas do bem comum, e para a adequada prevenção e resolução de conflitos que se verificam socialmente, sobretudo ancorados na tutela de iguais liberdades e de direitos individuais e coletivos considerados fundamentais¹⁵.

7. O pluralismo no contexto de intensificação contemporânea dos debates e reflexões

A intensificação contemporânea dos debates e reflexões sobre o pluralismo, ao longo do séc. XX e no início deste séc. XXI, não por acaso recaem sobre as potencialidades inerentes ao desenvolvimento de *sentidos* importantes que dizem respeito à afirmação de circunstâncias favoráveis ao estabelecimento da convivência de indivíduos e grupos a um só tempo considerados iguais e diferentes, de acordo com as possibilidades de transformação de tudo o que se afirma, constitui e integra num horizonte cultural e social comum (compartilhado), conjugados com preocupações de que nada relevante se perca ou destrua – conforme o espírito do célebre verso de Ovídio, “*Omnia mutantur (nihil interit)*”, segundo o qual se postula que tudo muda e nada se perde –; e que giram em torno de ideias-chave de dinamismo, assimilação e integração social; de lutas por reconhecimento travadas por indivíduos e grupos em diversas dimensões e contextos sociais; de questões relacionadas à afirmação

¹⁵ MÖLLER, Josué Emilio. Os contrastes culturais nas democracias constitucionais: reflexões sobre a conformação ético-política do direito. p. 17ss.; MÖLLER, Josué Emilio. “Prefácio: Por uma teoria da sociedade aberta democrática” in BUENO, Roberto. Teoria da sociedade aberta democrática: filosofia, política e direito na sociedade bem organizada. p. 17. No que diz respeito ao sentido evocado pela utilização do vocábulo “remédio”, que remete ao sentido do *phármakon*, faço referência a significados explorados por mim em dois outros textos: MÖLLER, Josué Emilio. “A justiça como administração equilibrada do *phármakon*: uma reflexão sobre Direito, Experiência e Cultura” in ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; e FELONIUK, Wagner Silveira. Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura. p. 187-203; e MÖLLER, Josué Emilio. “Uma reflexão sobre a justiça, a mediação e implicações da tolerância” in ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; e FELONIUK, Wagner Silveira. Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI. p. 261-281.

de identidades étnicas, de classe, de raça, de gênero; das possibilidades de preservação de identidades culturais em face das inúmeras formas de distinção e de perspectivas de diferenciação social; das possibilidades de vida em conjunto em circunstâncias sociais marcadas pelo reconhecimento de valores como igualdade e diferença; das possibilidades de transformação social e das condições pelas quais se podem processar mutações constitucionais; e das possibilidades de organização da vida em comum além das fronteiras tradicionais dos Estados-nação, no âmbito internacional, e em face do contexto de globalização; da emergência de uma cidadania cosmopolita ou global; e da importância do reconhecimento e da efetividade de direitos humanos fundamentais, sobretudo daqueles que venham a ser considerados direitos de todos os indivíduos e válidos em todos os lugares. Os debates e as reflexões sobre o pluralismo que desenvolvem no contexto contemporâneo convergem em torno da valorização crescente da ideia-chave de cultura e da consideração de sua relação, de suas influências e repercussões em função de outras ideias-chave, conhecimentos, experiências, conceitos e instituições identificadas como fundamentais, destacando-se contribuições que, mesmo que erigidas como abordagens a partir de áreas específicas de conhecimento, com perspectivas bem delineadas e objetivos de pesquisa bem determinados – como aquelas que mais tradicionalmente tem se ocupado dos problemas e do esclarecimento de noções mencionadas acima como aquelas da Antropologia, da Ética, da Filosofia, da Sociologia, do Direito e da Teologia –, não se encerram em torno de contornos dogmáticos e disciplinares, mas procuram ultrapassar fronteiras tradicionais, dialogar com áreas, perspectivas e pressupostos diversos, e implicam a adoção de metodologias interdisciplinares e transdisciplinares, com vistas ao desenvolvimento de contribuições teóricas mais abrangentes e mais eficazes na prática; que sem sombra de dúvida tornam-se muito mais interessantes e ricas, sendo este o contexto próprio que explica a ampliação da influência e o crescente interesse dos chamados ‘estudos culturais’. A

influência do ‘pragmatismo filosófico’ norte-americano, sobretudo em face de seus desdobramentos no campo das ciências humanas, sociais e políticas aplicadas, pode ser indicada como responsável pela redescoberta e pela revitalização moderna da ideia-chave de cultura que ainda no contexto contemporâneo se destaca no que diz respeito à abordagem e ao afrontamento dos problemas relacionados ao pluralismo, assim como também deve ser apontada como responsável pelo desenvolvimento da noção de ‘Pluralismo Cultural’, cabendo destacar as contribuições em tal sentido dadas por filósofos como Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey, Horace Kallen, Randolph Bourne, Alain Locke, e mais recentemente Richard J. Bernstein¹⁶. E é na esteira reflexiva aberta em torno da noção do ‘pluralismo cultural’, e em conexão e diálogo com ela, que se desenvolveram importantes as contribuições mais recentes, cabendo dentre tantas destacar a contribuição de Isaiah Berlin no que diz respeito à elucidação da relação entre ‘pluralismo e liberdade’, a contribuição de John Rawls no que diz respeito à elucidação da relação entre ‘pluralismo e justiça’ e ao desenvolvimento da noção de ‘pluralismo razoável’; a contribuição de Salvatore Veca no que diz respeito à elucidação da relação entre ‘pluralismo e incompletude’; além de tantas outras contribuições que se desenvolvem hodiernamente, inclusive aquelas que se aglutinam em torno da noção de ‘multiculturalismo’, no confronto das mais diversas áreas de conhecimento e perspectivas¹⁷.

¹⁶ A citação do verso de Ovídio no contexto de relacionamento com o pluralismo foi bem destacada por Giancarlo Bosetti no Prefácio de obra organizada sobre a descoberta do ‘pluralismo cultural’. No que diz respeito à origem da expressão ‘pluralismo cultural’, incumbe destacar a autoria que é atribuída a Horace Kallen, porém que não se desconecta de um sentido mais abrangente que acabou sendo objeto das reflexões desenvolvidas no âmbito do ‘pragmatismo filosófico’ norte-americano, contexto para o qual contribuíram os demais filósofos de tal corrente que foram identificados. BOSETTI, Giancarlo. “Prefazione” in BERNSTEIN, Richard J.; VECA, Salvatore; e RICCIARDI, Mario. *Omnia Mutantur: La scoperta filosofica del pluralismo culturale*. p. 7ss.

¹⁷ MAYBURY-LEWIS, David. “A antropologia numa era de confusão” in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. p. 18; BERNSTEIN, Richard J.; VECA, Salvatore; e RICCIARDI, Mario. *Omnia Mutantur: La scoperta filosofica del pluralismo culturale*. p. 12ss.; COSTA, Marisa Vorraber. “Poder, discurso e política cultural: contribuições dos estudos culturais ao campo do currículo” in LOPES, Alice; MACEDO, Elizabeth (Orgs.). *Curriculo: debates contemporâneos*. p. 133ss.; DEWEY, John.

Considerações finais

É no horizonte da compreensão abrangente do sentido do pluralismo – do reconhecimento deste como expressão de uma circunstância social, de um valor e também expressão de uma condição inerente a um processo de diferenciação social qualificado que se desenvolve no âmbito das democracias constitucionais – em que se vislumbram as possibilidades de instauração de uma perspectiva de vida comum entre indivíduos e grupos diferentes que coexistem numa realidade determinada e num determinado contexto social, ao mesmo tempo em que é neste horizonte que se delineiam desafios e dificuldades que se afirmam na prática diante de pretensões que se ligam ao desenvolvimento de uma perspectiva de convivência e de cooperação social, e que se relacionam intrinsecamente com as possibilidades contemporâneas de conformação teórica e de realização prática da justiça. A existência de uma imensa variedade de interpretações, de visões de mundo, de concepções de vida e de concepções do bem, que se afirmam e configuram desde perspectivas religiosas, culturais e filosóficas, não se constitui de fato como uma novidade para os contemporâneos, porém desde que reconhecemos, no horizonte de desenvolvimento dos sentidos da democracia a partir da antiguidade e, sobretudo, de desenvolvimento moderno e contemporâneo das democracias constitucionais ocidentais – com seus inúmeros significados e fatores constitutivos que se vinculam ao exercício de liberdades

Liberalismo, liberdade e cultura. p. 113ss.; BERLIN, Isaiah. Libertà; RAWLS, John. Liberalismo político; RAWLS, John. Justiça como equidade: Uma reformulação. p. 216ss.; VECA, Salvatore. “Pluralismo e incompletezza” in BERNSTEIN, Richard J.; VECA, Salvatore; e RICCIARDI, Mario. *Omnia Mutantur: La scoperta filosofica del pluralismo culturale*. p. 39ss.; HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade; KYMLICKA, Will. *Ciudadania multicultural: una teoria liberal de los derechos de las minorias*; BENHABIB, Seyla. *La rivendicazione dell’identita culturale: eguaglianza e diversità nell’era globale*; RICCIARDI, Mario. “Libertà, pluralismo e liberalismo: la lesione di Isaiah Berlin” in BERNSTEIN, Richard J.; VECA, Salvatore; e RICCIARDI, Mario. *Omnia Mutantur: La scoperta filosofica del pluralismo culturale*. p. 83ss.; TOURAINE, Alain. *Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*; e MÖLLER, Josué Emilio. *A fundamentação ético-política dos direitos humanos*.

fundamentais, extensão de prerrogativas da cidadania e garantia de direitos humanos e fundamentais – o pluralismo se constitui como uma característica distintiva das sociedades contemporâneas que se tornou iniludível e que não pode ser desconsiderada, haja vista comportar incontáveis consequências. A compreensão e o afrontamento adequado dos problemas contemporâneos, ao menos para aqueles que se dedicam a refletir sobre as possibilidades concretas de convivência de indivíduos e grupos diferentes em sociedade, sobre as diversas perspectivas e concepções de vida, sobre o bem e sobre a justiça, não podem prescindir da consideração do pluralismo e do reconhecimento da extensão de suas implicações sociais, de modo que podemos afirmar que em grande medida dependem de reflexões sobre como devemos, em função do reconhecimento do pluralismo, responder eticamente e juridicamente, de pontos de vista teóricos e práticos, às dificuldades e desafios que se colocam contemporaneamente. Nestes termos, o pluralismo se evidencia inexoravelmente como uma circunstância social, ao mesmo tempo em que se define ineludivelmente como uma condição para a realização da justiça¹⁸.

Referências

ARENDDT, Hannah. Da revolução. São Paulo: Ática, 1988.

ARISTÓTELES. Política (*Politikon/Politika*). 2.ed. Milano: BUR, 2003.

BENHABIB, Seyla. La rivendicazione dell'identità culturale: eguaglianza e diversità nell'era globale. Bologna: Il Mulino, 2005.

BERLIN, Isaiah. Libertà. Milano: Feltrinelli, 2005.

BERNSTEIN, Richard J.; VECA, Salvatore; e RICCIARDI, Mario. Omnia Mutantur: La scoperta filosofica del pluralismo culturale. Venezia: Marsilio, 2014.

¹⁸ VECA, Salvatore. “Vita buona e vita giusta” in BAZZICALUPO; e ESPOSITO, Roberto. Política della vita. p. 71ss.

- BIELEFELDT, Heiner. Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um 'ethos' de liberdade universal. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- BOSETTI, Giancarlo. "Prefazione" in BERNSTEIN, Richard J.; VECA, Salvatore; e RICCIARDI, Mario. *Omnia Mutantur: La scoperta filosofica del pluralismo culturale*. p. 7 e ss.
- BUENO, Roberto. Teoria da sociedade aberta democrática: filosofia, política e direito na sociedade bem organizada. São Paulo: Mackenzie, 2007.
- BURNET, John. A aurora da filosofia grega. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- CALOGERO, Guido. "Pluralismo" in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*. Roma: Istituto Giovanni Treccani, 1935.
- CÁRCOVA, Carlos Maria. A opacidade do direito. São Paulo: LTr, 1998.
- COSTA, Marisa Vorraber. "Poder, discurso e política cultural: contribuições dos estudos culturais ao campo do currículo" in LOPES, Alice; MACEDO, Elizabeth (Orgs.). *Currículo: debates contemporâneos*. São Paulo: Cortez, 2002.
- DEWEY, John. Liberalismo, liberdade e cultura. São Paulo: Editora USP, 1970.
- FISTETTI, Francesco. *Comunità*. Bologna: Il Mulino, 2003.
- HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. 4. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.
- HARDT, Michael; e NEGRI, Antonio. *Império*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- KYMLICKA, Will. *Ciudadania multicultural: uma teoria liberal de los derechos de las minorias*. Barcelona: Paidós, 1996.
- MAYBURY-LEWIS, David. "A antropologia numa era de confusão" in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Bauru, v. 17, n. 50, 2002.
- MATTEUCI, Nicola. "Pluralismo" in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*. Roma: Istituto Giovanni Treccani, 1996.
- MÖLLER, Josué Emilio. "A justiça como administração equilibrada do *phármakon*: uma reflexão sobre Direito, Experiência e Cultura" in

ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; e FELONIUK, Wagner Silveira. *Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura*. Porto Alegre: DM Editora, 2015.

-----. *A fundamentação ético-política dos direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2006.

-----. “As noções de Subjetividade e de Justiça a partir do Renascimento e da Reforma Luterana: Considerações a partir da conexão entre Renascimento, Reforma e emergência da Modernidade”. Palestra proferida no Seminário do Curso de Direito Justiça, Direito e 500 anos da Reforma Protestante, Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), 11 de maio de 2017.

-----. *La giustizia democratica: cultura, compromesso etico-politico e giuridico qualificato e contesto costituzionale - Un'ipotesi di ricostruzione del senso della giustizia a partire dal riconoscimento del contesto sociale democratico antico (Tesi di Dottorato di Ricerca)*. Lecce: Università degli Studi del Salento (Lecce), 2012.

-----. “Os contrastes culturais nas democracias constitucionais: reflexões sobre a conformação ético-política do direito” *in* Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 9, jan./jun. 2007. p. 179-219.

-----. “Prefácio: Por uma teoria da sociedade aberta democrática” *in* BUENO, Roberto. *Teoria da sociedade aberta democrática: filosofia, política e direito na sociedade bem organizada*. p. 15-21.

-----. “Renascimento, Reforma Luterana e Emergência da Modernidade: Algumas considerações e reflexões desde uma perspectiva da História e da Filosofia do Direito”, Conferência proferida na Universidade Presbiteriana Mackenzie, 25 de abril de 2017.

-----. “Uma reflexão sobre a justiça, a mediação e implicações da tolerância” *in* ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; e FELONIUK, Wagner Silveira. *Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI*. Porto Alegre: DM Editora, 2017. p. 261-281.

PLATÃO. *Politeia (La Repubblica)*. 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 2011.

POPPER, Karl. *La società aperta e i suoi nemici*. Roma: Armando Editore, 2003.

RAWLS, John. *O Liberalismo político*. 2. Ed. São Paulo: Ática, 2000.

- , *Justiça como equidade: Uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- RICCIARDI, Mario. “Libertà, pluralismo e liberalismo: la lesione di Isaiah Berlin” in BERNSTEIN, Richard J.; VECA, Salvatore; e RICCIARDI, Mario. *Omnia Mutantur: La scoperta filosofica del pluralismo culturale*. Venezia: Marsilio, 2014. p. 83-124.
- SEVERINO, Emanuele. *La filosofia dai greci al nostro tempo*. Vol. 1. 3. ed. Milano: BUR, 2005.
- , *Dike*. Milano: Adelphi Edizioni, 2015.
- TOURAINÉ, Alain. *Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*. Ciudad del Mexico: FCE, 2000.
- VECA, Salvatore. “Pluralismo e incompletezza” in BERNSTEIN, Richard J.; VECA, Salvatore; e RICCIARDI, Mario. *Omnia Mutantur: La scoperta filosofica del pluralismo culturale*. Venezia: Marsilio, 2014. p. 39-82.
- , “Vita buona e vita giusta” in BAZZICALUPO; e ESPOSITO, Roberto. *Politica della vita*. p. 71-77.

Aristóteles e o perfeccionismo na política: notas sobre o aristotelismo político, perfeição e neutralidade

Jaderson Borges Lessa¹

Sumário

Introdução

1. Breves considerações sobre o perfeccionismo
2. Perfeccionismo político e a política de Aristóteles

Considerações finais

Referências

Introdução

A obra Política de Aristóteles é decisivamente um clássico da filosofia política. Influenciou - a favor ou contra - muitas questões importantes da filosofia prática, bem como um grande número de filósofos. Apesar disso, - ou precisamente por isso - há inúmeras leituras diferentes do texto e algumas até mesmo incompatíveis. Aristóteles é sem dúvida um dos pensadores mais influentes de todos os tempos, em diversos campos da filosofia tais como a ética, a metafísica, a lógica, a física, a biologia e, inclusive, a teoria política. Ao longo de seus oito livros, a obra Política apresenta diversos tipos de constituição, analisa quais regimes favorecem ou não o bom governo, além de se referir à natureza e a forma das cidades e da legislação,

¹ Doutor em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Mestre em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Bacharel em Filosofia (PUCRS). E-mail: jadersonbl@gmail.com

sobre a pergunta de qual é a natureza do cidadão, bem como uma preocupação com a educação cívica. Nesse sentido, Aristóteles está convencido de que as excelências humanas somente podem ser realizáveis na cidade, a qual existe precisamente para proporcionar uma “vida boa” para os seus cidadãos. Contudo, embora pareça uma realidade muito distante de nosso tempo, a Política aristotélica ainda se revela extremamente atual.

Apesar da grandeza e qualidade da obra, no entanto, muitas críticas surgiram em torno da filosofia aristotélica, em grande medida, a partir dos séculos XVII e XVIII. No campo da filosofia política, por exemplo, Hobbes lança suas duras críticas às posições aristotélicas na tentativa de resgatar o homem de todo o universo aristotélico (e tomista) que havia perdurado por cerca de vinte séculos. Ao se levar em consideração a visão hobbesiana de homem, como um indivíduo que deseja poder, honra e glória, para o qual não existe o *Finis Ultimus* nem mesmo o *Summum Bonnum*, e que não possui uma natureza política², então, se poderá perceber um grande contraste com a visão aristotélica de homem, na qual esse é um ser político destinado a viver em sociedade, em alguma (ou algumas) associações políticas³.

De acordo com isso, se poderia entender, em contraste, como se o centro da posição hobbesiana fosse apenas o indivíduo, mais do que o Estado; e de que a posição aristotélica pareceria ter como cerne de sua investigação a sociedade, ou o “Estado”, mais do que o indivíduo⁴. Não parece correto, no entanto, que Hobbes não tivesse preocupação com o Estado ou Aristóteles com o indivíduo. Certamente ambos diferem em suas concepções de seres humanos,

² Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã*.

³ Cf. ARISTÓTELES. *Política*.

⁴ Isso levaria a ideia de que nem mesmo os pontos de partidas das teorias de Aristóteles e Hobbes seriam os mesmos. Com isso, não seria apenas a perspectiva final, isto é, para aquilo que se destina a política, que resultaria em posições diferentes. De qualquer forma, é preciso que se tenha em mente as diferenças entre os “Estados” aos quais os autores estão preocupados, apesar de ambos defenderem, cada um ao seu modo, a necessidade alguma forma de organização política.

uma vez que para Hobbes o homem é um ser de conflito, enquanto que para Aristóteles o homem é um ser social, mais político (mais político do que outros animais “políticos”, animais de bando). Ao contrário, ambos parecem ter pontos em comum quanto ao Estado, negando qualquer forma de anarquia. Sobre isso, Höffe comenta que:

[...] Aristóteles, como Hobbes, volta-se contra a noção de que o Estado é o lugar que alheia o ser humano da sua essência, seja através do luxo e da decadência (...), seja através de restrição não-taxável de liberdade (...). Para ambos, o Estado é antes uma forma de sociedade que beneficia o ser humano⁵.

Assim, o antagonismo entre o clássico e o moderno não pode ser aplicado a todos os pontos de discussão. Nesse sentido, a pretensa afirmação da superação de uma filosofia como a de Aristóteles talvez não passe de uma opinião exagerada pelos filósofos modernos. A filosofia moderna, ao defender posições diferentes das aristotélicas⁶, sobre a relação entre ética e política, contribuiu para esse cenário. Porém, se os primeiros ataques mais consistentes às posições aristotélicas surgiram após quase dois mil anos, não tardou para que os filósofos continuassem a guardar respeito para com Aristóteles já a partir do século XIX e XX, por exemplo, com Hegel e Heidegger, bem como toda uma corrente recente da filosofia política e social que ficou conhecida como “comunitarismo”⁷, ainda que diferenças significativas possam ser traçadas entre suas perspectivas, e dessas com as posições aristotélicas.

De qualquer modo, é preciso ter em vista que esse texto não tem a intenção de tentar defender ou atacar nenhuma dessas posições. E isso por um motivo muito simples: embora se acredite que algumas das críticas modernas a Aristóteles demonstram algum

⁵ HÖFFE, Otfried. Aristóteles, p. 213.

⁶ Não apenas de Aristóteles, mas também de muitos outros filósofos antigos.

⁷ Essa perspectiva tem muitas diferenças e autores distintos foram identificados como pertencente a esse corrente, entre eles Michael Sandel em *Liberalism and the Limits of Justice*; Alasdair MacIntyre em *After Virtue*.

tipo de superficialidade, e porque não dizer de uma certa desvalorização indevida da Filosofia Antiga; por outro lado, talvez não seja completamente possível encontrar pessoas dispostas a compactuar com todos os elementos da filosofia aristotélica. Entendo que nesse tipo de investigação é preciso ter cuidado para, como diz a expressão popular, “não jogar fora o bebê junto com a água do banho”. No que concerne a filosofia prática, me parece que a leitura de Aristóteles ainda tem muito a contribuir para a ética e a filosofia política contemporânea. Desse modo, este texto é uma modesta contribuição e uma tentativa de compreender alguns aspectos do que se pode chamar de “aristotelismo político”. Porém, mais especificamente, a intenção primeira é ilustrar a abordagem aristotélica do perfeccionismo.

O perfeccionismo é uma questão amplamente debatida na filosofia por diversos aspectos e em muitos autores. Nesse sentido, em primeiro lugar, procura-se definir o ponto de vista moral e político do perfeccionismo (II), ao menos em linhas gerais, para compreender alguns conceitos e problemas envolvidos. Assim, uma vez oferecida essa abordagem inicial, passa-se para uma explicitação da ideia de um perfeccionismo político em Aristóteles (III). O motivo para isso é que perfeccionismo moral e político parecem ideias complementares na filosofia aristotélica, tal como a relação entre ética e política⁸. Não obstante essa relação, o foco será a partir da obra Política. Finalmente, e somente à guisa de conclusão, procuro oferecer algumas considerações a fim de retomar e conectar alguns pontos entre Aristóteles e seu perfeccionismo na obra Política.

⁸ Quero limitar essa afirmação na filosofia aristotélica. Não estou afirmando que toda a ideia de perfeccionismo moral deve ser assumida ou ter uma expressão na política.

1. Breves considerações sobre o perfeccionismo

Ao longo da história da filosofia há muitas variações do que se pode chamar de “perfeccionismo”. Diferentes autores propõem ideias distintas e distantes, embora talvez nenhum deles tenha elaborado o que se poderia chamar de uma “filosofia perfeccionista” em sentido estrito, nem mesmo Aristóteles, ainda que muitos aspectos dessa perspectiva possam ser encontrados em filósofos tão diversos como John Stuart Mill, Nietzsche, Tomás de Aquino e Aristóteles.

O perfeccionismo era uma visão comum a muitas escolas éticas da Grécia Antiga. Além de Aristóteles, geralmente incluem-se entre os adeptos dessa perspectiva Platão e os estoicos. Os perfeccionistas geralmente disputavam com os hedonistas clássicos a questão sobre o bem-estar humano, dos elementos de uma vida boa, já que ambos concordavam que a vida boa deveria ser buscada. As duas alternativas, na verdade, pertencem a uma mesma teoria sobre como tratar a felicidade humana (eudaimonia)⁹.

Numa tentativa de compreensão do perfeccionismo, ou ao menos de uma definição em linhas gerais, é possível dizer que se trata de uma posição moral na qual os indivíduos, suas ações e noções de vida boa podem ser julgados por um padrão de perfeição¹⁰ que busca um alto grau de realização humana, isto é, trata-se de um estado moral muito elevado. Esses padrões de perfeição são baseados em valores não instrumentais e não subjetivistas. Isso implica que a origem do valor não está apenas centrada no indivíduo que escolhe se alguma coisa possui ou não

⁹ O conceito de eudaimonia é fundamental para a ética aristotélica e trata-se de um conceito normativo. Esse é um ponto central na crítica realizada a Aristóteles, sobretudo, por filósofos modernos como Kant. A relação entre Aristóteles e Kant é realmente interessante, porém, não se discute isso aqui, porque iriam além do objetivo do trabalho.

¹⁰ Ou “padrões” de perfeição, no plural, na medida em que podemos falar de padrões diferentes para uma ideia de perfeição intelectual, emocional, estética, etc.

valor e, independentemente de cada indivíduo, esses valores, que fornecem a base para um padrão de perfeição, são objetivos¹¹.

Nesse sentido, ao menos duas considerações são importantes para a filosofia política e moral, tendo em vista o propósito de uma discussão sobre o perfeccionismo em Aristóteles: (i) trata-se de uma consideração sobre o bem que é objetiva; e, (ii) trata-se de uma referência a “vida boa”. Isso significa que geralmente as posições perfeccionistas, a partir de uma explicação acerca do bem, desenvolvem uma abordagem que se estende e aplica-se a ética e também a política. Sendo assim, Aristóteles é frequentemente identificado como perfeccionista devido ao apoio a essa ideia na sua caracterização do bem humano e da vida boa.

Porém, nessas considerações gerais sobre o perfeccionismo, vale notar que, segundo Steven Wall, é preciso levar em consideração que há ao menos dois modos sobre essa referência acerca do “bem”. O primeiro tipo de referência ao bem pode ser chamado de “perfeccionismo não humanista” na medida em que não necessita fazer referência ao bem humano, no sentido de que as coisas teriam valor, isto é, os “padrões de perfeição” poderiam ser baseados em valores, ainda que nenhum ser humano existisse. O segundo modo é o que pode ser chamado de “perfeccionismo do bem humano”, pois os “padrões de perfeição” identificam os bens que contribuem para o valor da vida humana, para tornar a vida humana excelente¹². É importante ainda ressaltar que muitas vezes esses bens são relacionados com uma perspectiva em relação ao desenvolvimento da natureza humana. Porém, nem toda a tentativa de caracterização do perfeccionismo leva em consideração a natureza humana, algumas

¹¹ Dizer que os valores não são simplesmente subjetivos não implica em negar uma perspectiva subjetiva, como se o “sujeito” não pudesse reconhecer para ele mesmo o que seria seu ideal de vida boa.

¹² Cf. WALL, Steven. "Perfectionism in Moral and Political Philosophy". The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/perfectionism-moral/>>. Acessado em: 29/11/2015.

vezes refere-se a bens materiais sem relacioná-los estritamente a ideia de um desenvolvimento da natureza humana¹³.

Do mesmo modo, para Wall, a referência a “vida boa” das teorias perfeccionistas também podem ser compreendidas de maneiras diferentes. Segundo o autor, a vida boa pode ser entendida no sentido de “bem-estar” ou de “excelência”. No primeiro significado, o qual é uma noção mais restrita, a vida boa seria aquela que torna possível viver completamente bem para a pessoa que leva essa vida. No segundo sentido, numa noção mais ampla, a vida boa é entendida como aquela que pode ser interpretada em termos de excelência, ainda que não seja melhor em termos de bem-estar¹⁴. Imagine, por exemplo, uma vida grandemente virtuosa como a da Santa das Sarjetas¹⁵, porém sem aspectos de vida boa do ponto de vista do bem-estar.

Há ainda versões do perfeccionismo que distinguem a própria questão da vida boa. Que essa posição tende a ter uma visão não igualitária da humanidade parece até certo ponto óbvia, na medida em que julga a partir de um padrão máximo de realização, o qual a todos não é possível atingir do mesmo modo. No entanto, poder-se-ia, então, perguntar: há apenas uma forma de vida boa e esta seria a melhor para todas as pessoas? Uma posição perfeccionista pode sustentar diversas formas de vida boa? O perfeccionismo é de algum modo monista ou é plural?

O argumento sobre um padrão máximo da realização humana pode levar a compreender o perfeccionismo inicialmente como estritamente monista, devendo assim identificar apenas uma forma

¹³ Cf. WALL, Steven. "Perfectionism in Moral and Political Philosophy". The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/perfectionism-moral/>>. Acessado em: 29/11/2015.

¹⁴ Cf. WALL, Steven. "Perfectionism in Moral and Political Philosophy". The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/perfectionism-moral/>>. Acessado em: 29/11/2015.

¹⁵ Nome pelo qual também ficou conhecida a Madre Teresa de Calcutá, a qual dedicou a sua vida a caridade e as causas humanitárias. Uma vida que não possuía altos padrões de bem-estar, embora possuísse grande virtude.

de vida que é boa para todas as pessoas. Porém, Wall chama a atenção para que um ideal como este não leva em consideração a possibilidade de que uma pessoa pode desenvolver melhor um aspecto da natureza humana, enquanto que outra pessoa pode desenvolver outro aspecto diferente da natureza humana. O mesmo vale para o caso dos bens perfeccionistas, na medida em que podem não ser comparáveis embora ambos sejam bens perfeccionistas e tornem a vida humana excelente, tais como a amizade e a compreensão. Importa, contudo, que isso contribui para uma pluralidade de modos de vida, ligados ao ideal perfeccionista¹⁶. Naturalmente, essa comparação das excelências humanas pode focar diferentes tipos de perfeição seja da própria pessoa ou em comparação com outra pessoa. Nesse sentido, por exemplo, podemos imaginar o caso de Aristóteles na Política¹⁷ do melhor tocador de flauta, embora inferior em nascimento e beleza, é a ele quem deve ser dada a melhor flauta, pois na arte da flauta supera os seus companheiros, embora certamente o melhor flautista não possa ganhar algum concurso de beleza (Kallisteia) em Élide.

De qualquer modo, nesse breve panorama acerca do perfeccionismo, ainda outras variações e também outras críticas poderiam ser apresentadas, sobretudo, a partir de uma leitura do perfeccionismo no âmbito da filosofia moral. As mais recorrentes, por exemplo, visam a questão do egoísmo, isto é, se a teoria assume alguma forma egoísta ou não-egoísta. Ou ainda a questão de como devem ser julgados conflitos dentro da ética perfeccionista, se a partir de uma perspectiva consequencialista ou deontológica. E também as críticas de que o perfeccionismo é uma teoria “elitista” (numa variante de um “super-homem” associada a Nietzsche) ou que favorece a “desigualdade” (referente a

¹⁶ Cf. WALL, Steven. "Perfectionism in Moral and Political Philosophy". The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/perfectionism-moral/>>. Acessado em: 29/11/2015.

¹⁷ ARISTÓTELES. Política, Livro III, cap. 12 [1282b].

distribuição de recursos, como aponta Nagel)¹⁸. Seguindo ainda a linha de versões do perfeccionismo, outro campo de discussão é o lugar que se atribui aos chamados “deveres de autorrespeito”, na medida em que possuem diferentes explicações conforme as diferentes teorias perfeccionistas.

Todos esses pontos de vista são importantes para a discussão sobre a perfeição, mas acredito que possam ser deixados de lado agora, mas isso não deve ser entendido como um desmerecimento dessas questões na discussão sobre o perfeccionismo. Deixo-as de lado por dois simples motivos: (i) o tipo de abordagem pretendida neste trabalho é sinóptica, e essas questões iriam muito além do objetivo proposto; e (ii) algumas questões que foram suscitadas não podem ser respondidas no âmbito de uma breve tentativa de caracterização do perfeccionismo de uma forma geral e, assim, qualquer tentativa mais ampla de explicação não me pareceria satisfatória.

Dessa forma, acredito que após essa breve explicação geral do perfeccionismo como uma teoria moral, seja possível voltar-nos para o perfeccionismo político e a partir daí para a tentativa de encontrar ao menos alguns desses elementos na Política de Aristóteles.

2. Perfeccionismo político e a política de Aristóteles

A ideia de um perfeccionismo político talvez gere tantas controvérsias como a ideia de um perfeccionismo ético. Um critério de perfeição, além de parecer uma ideia natural para organizar as instituições políticas, parece ser também eficiente para atingir os

¹⁸ Nesse sentido, há uma versão “igualitária” do perfeccionismo que busca tentar responder essas questões. Embora uma versão como essa possa ser possível, sobretudo, se se pensar numa “adequação” do perfeccionismo com teorias igualitárias; no entanto, ainda não estou particularmente convencido da necessidade dessa explicação. Antes disso, acredito que se precisaria demonstrar uma conexão direta de como o perfeccionismo produz desigualdade, mas isso implicaria em muitas outras questões difíceis ainda não esclarecidas ou satisfatórias, nem mesmo por aqueles que pretendem uma defesa de uma igualdade absoluta contra valores perfeccionistas.

objetivos do Estado da melhor maneira. Entretanto, muitas críticas podem ser levantadas contra essa ideia, as quais, geralmente, dizem respeito a alguma forma de rejeição do perfeccionismo quanto à ideia de que há formas de vida melhores e formas de vida piores.

Quanto à ideia de um perfeccionismo em Aristóteles parece inicialmente ter que se recorrer a uma das três éticas do estagirita. Naturalmente que ao se tratar de padrões de perfeição a questão da ética parece ser central quando se pretende fazer uma discussão sobre excelência moral. Não obstante, o que segue é uma discussão do perfeccionismo político com a modesta intenção de compreendê-lo a partir do texto da *Política* de Aristóteles. Assim, mais do que uma discussão ética sobre o bem ou a boa vida das pessoas enquanto indivíduos, importa aqui um outro aspecto: a política pensada em bem-viver, enquanto ações de cidadãos em comunidade. Naturalmente que no caso de Aristóteles essa conexão é muito forte e, não raras vezes, ética e política influenciam uma no âmbito da outra; porém, a partir de uma noção perfeccionista estrita, por exemplo, é possível aceitar um perfeccionismo moral e rejeitar uma aplicação na política, ou mesmo aceitar algumas aplicações de um perfeccionismo na política, mas rejeitar suas implicações éticas. Com isso, parece plausível a ideia de não recorrer a todo o momento as *Éticas* de Aristóteles, e reforça-se, então, a tentativa de fazer uma leitura do perfeccionismo aristotélico na obra *Política*.

A *Política* de Aristóteles ainda pode ser muito valiosa para a filosofia prática contemporânea, ainda que em muitos aspectos contenha ideias que são consideradas ultrapassadas para a política de nossos dias. A sua ideia de “escravidão natural” certamente não pode ser admitida ainda hoje por pessoas racionais e razoáveis; porém, Aristóteles talvez seja um dos primeiros pensadores a rejeitar a ideia de “escravidão civil”, uma ideia que qualquer contemporâneo pode aceitar sem dificuldade. Höffe comenta que:

[...] a escravidão e, respectivamente, a propriedade do corpo, são em contrapartida escandalosas; seguramente eles são dados, à época, praticamente em toda parte e permanecem conservados mesmo na Europa e nos Estados Unidos até o século XIX¹⁹.

Por outro lado, a perspectiva aristotélica ao descrever o papel da política, a relação entre o bem da comunidade e o bem do cidadão, as ideias de participação política, a discussão sobre a melhor constituição, a questão da propriedade, da liberdade, da democracia, entre outras questões que são tratadas ainda hoje, fazem da Política uma obra surpreendentemente atual, a qual ainda serve de fonte de inspiração para muitas ideias políticas contemporâneas.

Dessa forma, um traço característico do perfeccionismo na Política refere-se à ideia de que, para Aristóteles, a política e as estruturas políticas devem promover a vida boa dos cidadãos, especialmente, no que diz respeito à dimensão da justiça²⁰. Segundo Aristóteles, “[...] perante os outros seres vivos, o homem tem as suas peculiaridades: só ele sente o bem e o mal, o justo e o injusto; é a comunidade destes sentimentos que produz a família e a cidade”²¹.

Com isso, pode-se perceber que essa perspectiva relaciona-se diretamente com a pólis, na medida em que a virtude é o fim para a cidade. Para o filósofo, “o que constitui uma cidade é uma comunidade de lares e de famílias com a finalidade da vida boa e a garantia de uma existência perfeita e autônoma”²². Isso implica que a pólis não tem uma mera relação com a vida, pelo contrário, tem uma relação intrínseca com a vida boa, com o bem-viver, pois somente na pólis o ser humano consegue atingir seu pleno desenvolvimento²³.

¹⁹ HÖFFE, Otfried. Aristóteles, p. 210.

²⁰ Para os diferentes sentidos éticos e políticos da justiça em Aristóteles, cf. SILVEIRA, Denis Coitinho. Os sentidos da justiça em Aristóteles.

²¹ ARISTÓTELES. Política, Livro I, cap. 2 [1253a].

²² ARISTÓTELES. Política, Livro III, cap. 9 [1280a].

²³ Sobre o ideal da pólis em Aristóteles, cf. KRAUT, Richard. Aristotle: Political Philosophy.

Não obstante, Aristóteles conduz a sua investigação partindo da vida boa como a vida conduzida pelo indivíduo, como uma vida humana excelente, até certo ponto prescindindo algum regime político concreto. Entretanto, a vida boa somente é possível na cidade, com um regime político que eduque para a virtude.

Nesse sentido, a união de pessoas na pólis é mais excelente - ou tende mais a perfeição - para Aristóteles. A união das pessoas se dá em função do que é o bem para elas, e precisamente nesse ponto há uma certa conexão da ética com a política. Aristóteles não concebe essa união de pessoas na pólis como uma simples agregação. Ao contrário, a pólis é natural para o ser humano, contrastando assim mais uma vez com muitos autores modernos como, por exemplo, Hobbes, conforme comentado anteriormente. Nesse sentido, a própria constituição da pólis não está simplesmente relacionada com a vida de qualquer maneira, mas possui uma relação com o viver bem, na medida em que somente na pólis as pessoas podem atingir o seu pleno desenvolvimento, a excelência política, a perfeição.

A finalidade e o objetivo da cidade é a vida boa, e tais instituições propiciam esse fim. A cidade é constituída pela comunidade de famílias em aldeias, numa existência perfeita e autossuficiente; e esta é, em nosso juízo, a vida feliz e boa. É preciso concluir que a comunidade política existe graças às boas ações, e não à simples vida em comum²⁴.

Aqui o pressuposto da amizade ganha força e se desdobra para a política. Essa questão em grande medida é tratada na *Ética*. Contudo, vale observar que “[...] a pólis existe para a boa vida, ela é remetida a ‘parentescos e uniões de estirpes, bem como cooperativas de doação e formas da vida social’; e, para Höffe, “elas todas são ‘a obra da amizade, afinal, amizade não é outra coisa que a decisão de viver um com o outro’.”²⁵. Seguindo nessa linha, o autor comenta que

²⁴ ARISTÓTELES. *Política*, Livro III, cap. 9 [1281a].

²⁵ HÖFFE, Otfried. *Aristóteles*, p. 218.

as amizades “[...] promovem aquela união entre os seres humanos que ainda não cresce a partir dos cargos e instituições da pólis”²⁶. Dessa forma, Höffe entende também que as amizades “[...] cuidam da coesão política e são por isso, para Aristóteles, ainda mais importantes ao legislador do que a justiça.”²⁷.

Sendo assim, pois, se é a para a vida boa que existe a pólis, então, é possível dizer que a noção de pólis tem um papel decisivo para o perfeccionismo aristotélico. Ao menos parece ser assim na medida em que se trata de uma associação política em vista do bem comum, e não uma simples agregação de seres humanos; e o bem comum, é a potencialização da ocorrência de virtude de todos os cidadãos. Diante disso, para que exista uma verdadeira pólis precisa-se preocupar com a virtude, pois sem essa não há a pólis propriamente dita.

A conclusão clara é de que a cidade que é verdadeiramente cidade, e não apenas de nome, deve preocupar-se com a virtude. Se assim não fosse, a comunidade política decairia numa aliança que apenas se distinguiria pela contiguidade local de outras alianças, em que os membros vivem a uma certa distancia uns dos outros. E a lei também tornar-se-ia um simples convênio [...] mas incapaz de tornar bons e justos os cidadãos²⁸.

O bem humano, para Aristóteles, é a atualização das virtudes, e somente a pólis pode tornar atual. Isso implica que a pólis é responsável pelo melhoramento dos indivíduos, em outras palavras, pela “perfeição”, pela “excelência” dos seus cidadãos. Sendo assim, pois, é possível dizer que o perfeccionismo político aristotélico pode ser entendido também como uma meta de responsabilidade dos governos para com os seus cidadãos, isto é, um perfeccionismo que assume, como um traço característico, promover esse melhoramento do cidadão. Em outras palavras, se é

²⁶ HÖFFE, Otfried. Aristóteles, p. 219

²⁷ HÖFFE, Otfried. Aristóteles, p. 219.

²⁸ ARISTÓTELES. Política, Livro III, cap. 9 [1280b].

a pólis a reunião das pessoas em vista do bem, parece natural assumir uma posição na qual o Estado deve promover o bem. Dessa forma, a promoção do bem do perfeccionismo aristotélico (e não apenas aristotélico, mas do perfeccionismo em geral) contrasta fortemente com um dos principais motivos pelos quais os filósofos políticos e sociais contemporâneos rejeitam o critério de perfeição para organizar as instituições políticas, e a eficiência em atingir os objetivos do Estado da melhor maneira: a neutralidade do Estado.

O princípio de perfeição parece estar em discordância com o princípio moderno da neutralidade do Estado. Esse princípio assume muitas formulações e, por vezes, pode ser definido de maneiras muito distintas. Mas acredito que seja possível entendê-lo como uma restrição ao Estado na promoção do bem. Embora algumas variações do princípio permita ao Estado promover o bem dos seus cidadãos se o fizer de forma imparcial, isso ainda constitui uma restrição. Por outro lado, segundo Wall, qualquer abordagem do perfeccionismo na política irá rejeitar o princípio de neutralidade em qualquer uma de suas formulações, uma vez que não existe nenhum princípio geral de moralidade, o qual proíba o Estado de promover o bem²⁹.

A questão entre a relação do princípio perfeccionista com o princípio da neutralidade é extremamente complexa. Wall resume o argumento daqueles que defendem a neutralidade em dois pontos: (i) os que defendem a neutralidade porque os cidadãos estão divididos por concepções de bem distintas; e, (ii) os que defendem a neutralidade porque é vital para garantir a estabilidade e os benefícios da cooperação social³⁰.

²⁹ Cf. WALL, Steven. "Perfectionism in Moral and Political Philosophy". The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/perfectionism-moral/>>. Acessado em: 29/11/2015.

³⁰ Cf. WALL, Steven. "Perfectionism in Moral and Political Philosophy". The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/perfectionism-moral/>>. Acessado em: 29/11/2015.

De outro lado, segundo Wall, os que defendem o princípio perfeccionista o fazem por que: (i) há formas mais valiosas de vida e o Estado precisa protegê-las; (ii) que é possível rejeitar a neutralidade e ainda assim respeitar o pluralismo; (iii) que os defensores da neutralidade subestimam alguns bens, mas supervalorizam outros; e, (iv) a neutralidade não evita o abuso por parte do poder estatal, nem garante a cooperação social.

Por óbvio, os parágrafos acima refletem termos modernos e que por vezes estão distantes dos conceitos aristotélicos. Saber se Aristóteles estaria de acordo com essa defesa do princípio perfeccionista, talvez seja uma tarefa tão complexa quanto a própria relação entre perfeccionismo e neutralidade. Inicialmente, parece que iria depender de qual tipo de regime político está sendo discutido. Uma abordagem seria examinar diretamente todos os tipos de regime, a pluralidade de regimes constitucionais, os regimes preferíveis por Aristóteles e como esses regimes percebem a necessidade ou suficiência de um princípio de neutralidade, se é que isso é realmente preciso. De qualquer modo, outra abordagem pode ser realizada e me parece que inclui grande parte dessa relação: trata-se, pois, de uma relação com a liberdade individual. Isso porque grande parte dos argumentos modernos contra o perfeccionismo gira em torno da ideia de que esse princípio não dá o devido valor à liberdade.

O problema que se ergue para alguma noção perfeccionista na política passa a ser uma limitação ou rejeição desse princípio porque compromete a liberdade na medida em que o Estado, de forma coercitiva ou não, favorece e tenta implementar aquilo que para ele (o Estado) é um bem, e uma noção de vida boa. Nesse sentido, para os críticos da noção perfeccionista, o Estado deve ter seu poder substancialmente limitado na promoção do bem e da vida boa, para que não possa impor valores que nem todos os cidadãos compartilham. Nesse ponto é preciso chamar a atenção para o sentido em que as diferentes formas de perfeccionismo e as noções de liberdade podem se encontrar e se afastar. No que se refere a isso,

por exemplo, um “liberalismo perfeccionista” como o de J. S. Mill parece não ver isso como uma limitação anti-perfeccionista; mas, sim, como uma forma de promoção do bem, isto é, se for assim, então parece não haver, ao menos em Mill, incompatibilidade entre uma política perfeccionista e a liberdade individual³¹.

A Política de Aristóteles tem uma importante passagem sobre a questão da liberdade. “Ora, um dos atributos da liberdade consiste em ser governado e governar em alternância”³². Em seguida, em outra passagem, Aristóteles diz que:

Outro sinal distintivo da liberdade é o facto de cada um viver como quiser. Nesse sentido, há quem diga que a acção da liberdade resulta dessa vontade, pois de facto é próprio do escravo não viver de acordo com sua vontade. Esta é, portanto, a segunda regra determinante da democracia, e dela decorre a vontade de não se ser, na melhor das hipóteses, governado por ninguém, ou então, se tal não for possível, ser governado por alternância. Este sinal distintivo contribui para a liberdade tomada em acepção igualitária³³.

Aristóteles, por sua vez, critica os democratas e oligarcas e, como comentado antes, ele não pode ser considerado a rigor um “igualitário” (nos termos contemporâneos), mas isso não é um demérito. No entanto, essa expressão da liberdade, como uma espécie de “vontade individual”, não parece ser em sentido normativo de liberdade, mas, antes, descritivo. Além disso, tal passagem está inserida na descrição aristotélica sobre a democracia e não sobre o regime da politéia. O fato de cada um viver como quiser, certamente, não é algo que Aristóteles defenderia com toda a consequência que isso acarreta, em grande

³¹ Utilizo esse caso apenas como uma referência ao que está sendo dito, ou seja, de que não se estaria violando um princípio contradição entre liberdade individual e perfeição. O caso de Mill parece poder ilustrar isso, mas, naturalmente, seria preciso aprofundar essa questão, o que não é possível fazer neste texto.

³² ARISTÓTELES. Política, Livro VI, cap. 2 [1317b].

³³ ARISTÓTELES. Política, Livro VI, cap. 2 [1317b].

medida, devido a sua Ética, mas também, como este texto tem procurado elucidar, ao seu perfeccionismo. Essa noção poderia desviar-se do bem comum o qual é a finalidade da política. A sua crítica a democracia é precisamente porque ela parece desviar o objetivo teleológico da política.

Outro ponto de divergência está na dificuldade que atualmente se tem em se perguntar sobre a finalidade da política, ponto esse que não era um problema para Aristóteles. Segundo Michael Sandel: “Atualmente não pensamos na política como algo que tenha uma finalidade particular e independente, mas como algo aberto às diversas finalidades que os cidadãos venham a adotar³⁴.” Nesse sentido, a perspectiva de algum objetivo teleológico na política (ou a falta desse objetivo), acaba por influenciar a própria dimensão da liberdade que comentou-se algumas linhas atrás. Na esteira do pensamento de Sandel:

Atribuir por antecipação qualquer propósito ou finalidade à comunidade política seria privar o cidadão do direito de decidir por si mesmo. Haveria também o risco de impor valores que nem todos compartilham. Nossa relutância em atribuir à política um determinado tólos ou finalidade mostra uma preocupação com a liberdade individual. Vemos a política como um procedimento que permite às pessoas escolher suas finalidades por conta própria. Aristóteles pensa de maneira diferente. Para ele, o propósito da política não é criar uma estrutura de direitos neutra em relação às finalidades. É formar bons cidadãos e cultivar o bom caráter³⁵.

Essa ideia vai ao encontro de outra ideia já comentada acima acerca do objetivo e finalidade da cidade, a qual deve preocupar-se com a virtude dos seus cidadãos. Aqui se encontra mais uma vez certa proximidade entre a ética e a política. Por vezes, a ética parece pertencer à política, por outras, parece estar separada. Parece claro uma conexão nesse sentido a qual se poderia atribuir

³⁴ SANDEL, Michael. Justiça: O que é fazer a coisa certa, p. 239.

³⁵ SANDEL, Michael. Justiça: O que é fazer a coisa certa, p. 239-240.

à própria relação dos livros da Ética e da Política. Segundo Höffe, “[...] a Ética discute - além dos conceitos fundamentais normativos comuns - o agir do indivíduo, deixando para a Política a investigação de instituições e constituições³⁶.”

Uma vez que a virtude moral e política não são, em geral, entendidas como sendo a mesma coisa, na medida em que a primeira diz respeito ao bom homem, pertence assim a um tema da ética, enquanto a segunda diz respeito ao bom cidadão, pertencendo assim como um tema próprio da política, é preciso reconhecer, no entanto, que a virtude política não é suficiente para a formação do cidadão se não contempla ao menos a virtude moral. Isso significa, em outras palavras, que são precisamente as virtudes morais que tornam possível que as pessoas tenham uma boa vida.

Nesse sentido, particularmente interessante é a questão acerca das virtudes do homem bom e do bom cidadão. Cidadão é, pois, aquele que tem capacidade de participar no governo³⁷. Aristóteles discute se as virtudes de ambos podem ser idênticas ou diferentes. Segundo ele, não existe uma única virtude perfeita para o bom cidadão, mas para o homem bom há apenas uma única virtude; assim, pois, a virtude do cidadão não pode ser idêntica à do homem bom, já que a virtude do bom cidadão deve pertencer a todos³⁸. De qualquer modo, a virtude significa algo como a excelência na realização de alguma coisa, de como realiza a sua natureza. E como já comentado, é possível ainda observar que se ratifica o sentido perfeccionista da política aristotélica, quando explicitamente o filósofo afirma que a pólis deve preocupar-se com a virtude, isto é, a pólis tem um objetivo ético, que torna possível o verdadeiro propósito da política. Sobre esse enfoque Sandel comenta que:

Para Aristóteles, política tem um significado mais elevado. É aprender a viver uma vida boa. O propósito da política é nada

³⁶ HÖFFE, Otfried. Aristóteles, p. 170.

³⁷ Cf. ARISTÓTELES. Política, Livro III, cap. 4 [1276b-1277a].

³⁸ Cf. ARISTÓTELES. Política, Livro III, cap. 1 [1275a].

menos do que permitir que as pessoas desenvolvam suas capacidades e virtudes humanas peculiares - para deliberar sobre o bem comum, desenvolver um julgamento prático, participar da autodeterminação do grupo, cuidar do destino da comunidade como um todo³⁹.

Com isso, parece ficar definitivamente claro que levar uma vida de virtude (e também de felicidade) é, para Aristóteles, o que se pode chamar de “viver bem”. Conforme Taylor, “o bem viver deve ser entendido, portanto, como aquele que de algum modo combina no maior grau possível todos os bens que buscamos. Estes não têm, é claro, igual valor; e Aristóteles reconhece que alguns são superiores aos outros [...]”⁴⁰. Ou seja, no que diz respeito ao bem viver não é possível que haja uma mesma valorização por todos. Essa perspectiva, que já foi corretamente compreendida ao longo de muito tempo na história da filosofia, pode inicialmente causar estranheza para algumas pessoas, mas isso não implica que essa perspectiva precisa ser abandonada. E essa ideia conecta-se mais uma vez com o perfeccionismo político.

Considerações finais

Diante disso, pode-se observar que muitos pontos em comum podem ser traçados entre as ideias perfeccionistas na moral e na política com a filosofia aristotélica. O perfeccionismo, ao assumir uma posição moral na qual os indivíduos, suas ações e noções de vida boa podem ser julgados por um padrão de perfeição, que busca um alto grau de realização humana, está muito próximo da ideia aristotélica da política pensada em bem-viver, enquanto ações de cidadãos em comunidade, na medida em que a cidade é responsável por esse aperfeiçoamento de seus cidadãos. Assim, mesmo limitando-se a um âmbito estritamente

³⁹ SANDEL, Michael. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 240-241.

⁴⁰ TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self: A construção da identidade moderna*, p. 93-94.

político, a ideia de perfeição não é deixada de lado como se fosse um assunto qualquer para ser tratado exclusivamente pela ética.

Assim, se a pólis é precisamente essa reunião das pessoas em vista do bem comum, parece possível assumir uma perspectiva na qual o Estado deve promover o bem e que o governo tenha responsabilidade para a formação de bons cidadãos. Essa noção contrasta claramente com o princípio contemporâneo da neutralidade do Estado, na medida em que a ideia de um perfeccionismo político assume algum critério com base na perfeição para organizar suas instituições políticas. Procurou-se mostrar, no entanto, que um princípio como este não nega, a rigor, a liberdade do cidadão na Política.

Além disso, a sequência dessa discussão possibilitou mostrar como a questão da finalidade política - a qual se encontrava em jogo na relação liberdade e neutralidade - acaba por influenciar a própria dimensão da liberdade, mas que não são, a rigor, incompatíveis. Isso porque essa ideia vai ao encontro da ideia acerca do objetivo e finalidade da cidade, a qual deve preocupar-se com a virtude dos seus cidadãos. Sendo assim, uma vez que a virtude significa algo como a excelência na realização de alguma coisa, quando explicitamente Aristóteles afirma que a pólis deve preocupar-se com a virtude que torna possível o verdadeiro propósito da política, tal ideia manifesta o sentido perfeccionista da Política aristotélica.

Naturalmente, essa breve síntese de como os pontos estão conectados ainda deixam algumas questões em aberto, sobretudo, se pensadas a partir de uma interlocução com teorias contemporâneas de política e ética. Não obstante, o objetivo inicial desta pequena contribuição não era oferecer conclusões sobre a abordagem do perfeccionismo de Aristóteles, mas apenas uma tentativa de clarificar essa abordagem em relação não a um perfeccionismo moral, mas sim em relação a um perfeccionismo político, tendo como ponto de partida a obra Política. Apesar da dificuldade de lidar com uma abordagem do perfeccionismo

político sem lidar em perspectiva com a relação na ética aristotélica, acredito que ao menos alguns traços puderam ficar evidentes no texto, nessa tentativa de abordar e clarificar a noção de um perfeccionismo a partir da obra Política.

De qualquer modo, no que diz respeito à filosofia prática, a Política de Aristóteles ainda tem muito a contribuir para a filosofia política contemporânea, seja para aqueles que estão dispostos a aceitar um princípio perfeccionista, para buscar inspiração, ou para a tentativa de solucionar as questões acerca das instituições e constituições, seja para aqueles que rejeitam qualquer princípio perfeccionista. Nesse sentido, a influência e importância da obra Política tornam possíveis ainda lançar luzes para a compreensão das perguntas atuais na medida em que muitos dos seus temas ainda são discutidos hoje, em especial, no que diz respeito às virtudes civis, políticas e morais, a liberdade, a cidadania e a justiça política.

Referências

- ARISTÓTELES. Política. Edição Bilíngue. Lisboa: Vega, 1998.
- . Coleção Os Pensadores. Aristóteles. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- HOBBS, Thomas. Leviatã: Ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Ícone, 2008.
- HÖFFE, Otfried. Aristóteles. Porto Alegre: Artmed, 2008.
- KRAUT, Richard. Aristotle: Political Philosophy. New York: Oxford, 2002.
- SANDEL, Michael. Justiça: O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SILVEIRA, Denis Coitinho. Os Sentidos da Justiça em Aristóteles. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.
- TAYLOR, Charles. As Fontes do Self: A construção da identidade moderna. 4ª ed. São Paulo: Loyola, 2013.

TAYLOR, C. C. W. "Politics". In: *The Cambridge Companion to Aristotle*. New York: The Cambridge University Press, 1995.

WALL, Steven. "Perfectionism in Moral and Political Philosophy". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/perfectionism-moral/>>. Acessado em: 29/11/2015.

Porque a filosofia do direito é uma forma particular de saber prático¹

Maren Guimarães Taborda²

Sumário

Introdução

1. A filosofia do direito e suas tarefas

2. A centralidade do direito na discussão filosófica contemporânea

Considerações finais

Referências

Introdução

Os juristas não são órfãos, mas herdeiros de uma tradição científica milenar, com métodos e problemas próprios. Por isso, eles auxiliam na formação de filósofos, sociólogos, cientistas políticos e historiadores, uma vez que, sendo a sociedade

¹ Reprodução parcial do artigo: TABORDA, Maren. Das razões pelas quais a "Filosofia do Direito" é saber próprio dos juristas. *Direito & justiça*, Porto Alegre, v. 28, n.XXV, p. 155-175, 2003. Por sua vez, o estudo publicado integrou Parecer apresentado pelo Departamento de Propedêutica Jurídica à Direção da Faculdade de Direito da PUCRS, em julho de 2003 por Prof. Dr. Luis Fernando Barzotto, Prof. Dr. Álvaro O. Rocha, Prof. Dr. Giovani Saavedra, Profa. Dra. Maren Guimarães Taborda (redação final) e Prof. Dr. Wambert Gomes Di Lorenzo.

² Doutora em Direito Público (PPGDir, UFRGS). Mestra em Direito Público (PPGDir, UFRGS). Especialista em Gestão Tributária (UCLM, Universidad Castilla La Mancha). Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Professora Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Graduação e programa de Mestrado), Professora de Direito Constitucional na Escola Superior de Direito Municipal. Procuradora da Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha "Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais". Tema: Teoria do Direito e da Constituição. E-mail: tabordamaren@yahoo.com.br

contemporânea juridificada, a sua plena compreensão exige o ponto de vista jurídico: “a marca de uma sociedade liberal é referir a resolução de seus conflitos, não aos debates, mas aos veredictos do seu sistema jurídico. Os advogados, não os filósofos, são o clero do liberalismo,” o disse Macintyre³. Se o *ius* é o campo do conhecimento humano que tem a sua própria tradição e foi por ela constituído, dúvidas não podem haver de que a *Filosofia do Direito* é saber próprio dos juristas. Com efeito, tal expressão é, segundo Bobbio, relativamente recente e, de acordo com os diversos autores e direções de pensamento, as pesquisas em torno do que se entende por filosofia do direito compreendem as questões relativas ao “que é direito” e ao esclarecimento de noções “do direito”⁴.

Em que pese a polissemia do termo (com conteúdo variado e pouco homogêneo, além de ser genérico e pouco rigoroso), as investigações que recebem o nome de “filosofia do direito” têm em comum o ponto de partida: a experiência jurídica mesma, isto é, o seu ponto de vista interno. E nem poderia ser diferente, porque, de acordo com a concepção mais aceita do “direito”, este é um fenômeno histórico-cultural com uma dupla dimensão: a normativa ou aplicativa – razão prática – que é historicamente precedente, e a científica, que começou a tomar forma a partir da experiência romana. Nessas condições, o papel do filósofo do direito, diz Bobbio, consiste, adotada esta ou aquela direção, noções ou terminologia, “em dar uma solução unitária, orientada, sistemática aos vários problemas gerais do direito e da justiça⁵.”

Postas tais premissas, este ensaio procura compreender o que é a filosofia do direito (suas tarefas) (1), bem como o significado paradigmático da experiência jurídica no debate filosófico contemporâneo (2). As conclusões parciais vão sendo explicitadas ao longo do texto, para restarem articuladas ao final.

³ MACINTYRE, Alasdair. Justiça de quem? Qual racionalidade?.

⁴ BOBBIO, Norberto. Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico, p. 38.

⁵ BOBBIO, Norberto. Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico, p. 40.

1. A filosofia do direito e suas tarefas

Filosofia do direito é, primeiramente, a investigação sobre os “fins” do direito (reflexão sobre a justiça). Este estudo diz respeito às definições do que seja “justiça”, às explorações dos critérios, nas diversas épocas, para definir o que é justo e o que é injusto e às questões de saber-se os fundamentos dos princípios de justiça (a natureza, Deus ou a autoridade humana). Além disso, investigam-se os fundamentos valorativos das diversas concepções de justiça. Como assevera Bobbio, a teoria da justiça é o estudo material do direito⁶.

Estudo essencial para a formação⁷ do jurista, a filosofia do direito enquanto *teoria da justiça* chama a atenção para os valores que inspiram as normas jurídicas, põe o jurista em contato com as matrizes culturais de cada ordenamento jurídico, tornando-o mais sensível à compreensão dos vários condicionamentos ideológicos do sistema jurídico que está a apreender. Por conseguinte, aplicar soluções filosóficas “gerais” ao campo jurídico traz como consequência que os problemas do direito não são estudados do ponto de vista interno, mas a partir de soluções generalistas e diversas. Daí que inexiste a dependência entre a teoria do direito e

⁶ BOBBIO, Norberto. Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico, p. 47.

⁷ Formação é construção (*bildung*), expressão estreitamente vinculada às idéias de ensino, aprendizagem e competência pessoal. Conceito histórico, formação é a ascensão à generalidade. Esta ascensão não está simplesmente reduzida à formação teórica, assim como também não só designa o comportamento teórico em oposição ao comportamento prático: mais do que tudo, formar-se é converter-se num ser espiritual geral. A idéia é a de que, quando o homem adquire uma habilidade, um poder, “ganha com isso um sentido de si mesmo”. Por estas razões, através do conceito de formação, torna-se perceptível o vínculo profundo existente entre o intérprete e a tradição: através da formação, reconhecemos no estranho o próprio e o tornamos familiar. Neste sentido, o indivíduo que ascende do ser natural ao ser espiritual encontra na língua, instituições e costumes de seu povo “uma substância dada que deve fazer sua de um modo análogo à maneira como adquire a linguagem”. Enfim, é o retorno a si mesmo que caracteriza a formação, porque o indivíduo se encontra constantemente no caminho da formação e da superação de sua naturalidade, em um mundo conformado humanamente pela linguagem e pelos costumes. Para estas considerações, ver GADAMER, Hans-Georg. Verdade y Metodo. Fundamentos de uma hermenéutica filosófica, pp. 38 a 44.

a teoria filosófica geral, porque se assim fosse, a discussão teórica sobre o direito ficaria reduzida à interpretação e classificação de tal ou qual autor, em tal ou qual corrente filosófica, obliterando-se o essencial, isto é, a exposição da teoria do direito segundo sua lógica interna e o conjunto de problemas legados pela tradição. Mais vale distinguir entre a concepção positivista, a concepção jusnaturalista e a concepção realista do fenômeno jurídico, do que apresentá-lo segundo a dialética desta ou daquela teoria ou ordem de desenvolvimento de tal ou qual corrente filosófica (tomismo, kantismo, hegelianismo, etc.)⁸.

A diferença fundamental entre a filosofia do direito feita por juristas e a filosofia do direito feita por filósofos é uma diferença entre dois modos de filosofar: monismo e pluralismo, com referência à concepção da realidade; racionalismo e empirismo, no que diz respeito ao problema do conhecimento. Não há dúvida de que, pela natureza de suas indagações, os juristas, há dois mil e quinhentos anos, preferem a segunda forma de filosofar. Os filósofos “profissionais” são, no máximo, participantes em potencial do discurso sobre o direito ao lado dos juristas (ou jusfilósofos).

Em um segundo campo de investigação, a filosofia do direito é *teoria do direito stricto sensu*, isto é, ocupa-se da análise e definição de noções gerais comuns a todos os ordenamentos jurídicos, que servem para esclarecer e delimitar o campo específico do fenômeno jurídico – confinado entre a moral e o costume – tais como: justiça, direito, ordenamento jurídico, norma, obrigação, sanção, validade, direito subjetivo, etc. Neste sentido, a teoria do direito elabora os conceitos gerais comuns necessários para compreensão do fenômeno jurídico em qualquer latitude em que este se manifeste.

Deste ponto de vista, a teoria do direito é o estudo formal do direito e se identifica com a compreensão do ordenamento jurídico

⁸ BOBBIO, Norberto. Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico, p. 42.

e dos seus limites no que diz respeito à moral e ao costume. Daí, investiga-se o conceito de norma e dos vários tipos normativos, a teoria das fontes do direito, o problema da unidade do sistema jurídico (validade), de sua completude e coerência, além das relações materiais, espaciais e temporais com outros ordenamentos normativos⁹.

Em uma terceira dimensão, a filosofia do direito é *teoria da ciência jurídica* ou *metodologia* e se ocupa do estudo dos procedimentos intelectuais adotados pelos juristas, para criar, interpretar e aplicar as normas de um dado sistema jurídico. Esse estudo é fundamentalmente a meditação sobre as bases, os fundamentos, a justificação e o modo de operar do direito, e sempre que existe uma reflexão deste tipo, pode-se dizer que a atividade do jurista é uma “ciência”. Com efeito, a metodologia jurídica contemporânea discute se este é uma “ciência” porque “sistemático”; uma “arte”, porque “tópico”; uma “hermenêutica”; um “sistema de regras”; um “sistema de regras e princípios”; uma “razão prática” ou uma “prudência”. Daí a metodologia jurídica, (incluído o estudo do direito romano clássico)¹⁰, fornece uma lição de experiência, educando o jurista moderno para uma correta compreensão de seu campo de saber e de seu papel social. Além disso, ao desmistificar o pensamento que identifica todo direito à lei, o estudo metodológico conscientiza o jurista da função

⁹ BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, p. 47.

¹⁰Há milênios o direito é uma técnica social específica de resolver conflitos concretos, isto é, regulação histórico-objetiva da vida social, e, desde o primeiro século de nossa era, recebeu uma forma que podemos chamar de ‘científica’, por meio da obra dos jurisconsultos romanos, que, com uma preocupação harmonizadora, guiando-se pela associação de idéias e usando continuamente o raciocínio por gênero e espécie, chegaram a certas noções de caráter geral, como a *aequitas*, a *bona fides* e o *animus*, produzindo, pela primeira vez, uma literatura jurídica. Procurando encontrar as soluções nas circunstâncias de casos que apresentavam a mesma característica específica, os jurisprudentes romanos justificavam suas decisões pelo fato de que eram razoáveis do ponto de vista prático ou diante das circunstâncias concretas ou, ainda, porque a elas tinham chegado por meio da analogia ou, ao inverso, pelo uso do argumento *a contrario*, nos casos opostos. Não fosse esse labor de aplicação do método das ciências naturais à jurisprudência, o direito romano não teria sido mais do que uma prática, uma arte empírica de regular processos, e, via de consequência, não teria sobrevivido à civilização romana.

constitutiva, sempre criadora, da jurisprudência, educando-o, igualmente, para o casuismo científico, de modo que possa criar normas adequadas para casos concretos não previstos nas normas existentes.

Aí se percebe claramente a diversidade de método: a obra do jurista-filósofo, porque parte do ponto de vista interno, revela a precedência da análise sobre a síntese, precedência fundada sobre a convicção de que, sendo a síntese e a análise momentos necessários de qualquer pesquisa, é sempre preferível a análise sem síntese do que uma síntese sem análise (uma tentação aos filósofos), porque a primeira busca “material bom para construir”, ou seja, o jurista sabe, há milênios, que as noções fundamentais do direito vieram da tradição e pertencem à linguagem comum e, por isso, devem ser desarticuladas, decompostas e precisadas. O método analítico e indutivo é exatamente o seu método.

É possível ainda compreender por filosofia do direito o estudo do fenômeno jurídico como fenômeno social, isto é, a *investigação histórica do direito* e a relação entre direito e sociedade (*investigação sociológica*) ou ainda, como filosofia política ou doutrina do Estado, decorrente da estreita relação entre a noção de “direito” e a de “Estado”. Com isso, se pode afirmar que a Sociologia do Direito produz uma linguagem “transdisciplinar”, que permite uma ponte entre os referenciais técnico-jurídicos e sociológico. O Direito é conhecido externamente a seu campo específico pela linguagem técnica, ou linguagem de poder do Estado, como explicita Pierre Bourdieu¹¹. Essa linguagem não tem a objetivação da linguagem científica, pois não se destina a esclarecer, mas a mediar as lutas entre os agentes dos demais campos sociais e a estabelecer as categorias determinadas do pensamento de Estado, de modo a realizar a estabilização das relações sociais, independentemente de seu sentido ideológico oculto. A linguagem sociológica, científica, pode tratar das questões

¹¹BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas simbólicas.

e disputas internas do campo jurídico com um grau acentuado de neutralidade, mas seus agentes falham por desconhecer a imensa complexidade das construções teóricas da tradição jurídica multisseular. É preciso concretizar esses conhecimentos para realidade do campo social dos juristas, e esse é papel da linguagem específica da Sociologia do Direito. Se o mundo do Direito é tão complexo, resistente e cheio de meandros específicos, torna-se extremamente difícil (senão impossível) estudá-lo com seriedade de um ponto de vista sociológico *sem ter vivido a sua realidade*, o que significa, na prática, ser graduado em Direito, tanto pelo conhecimento como pela convivência com os agentes do Direito. A partir de sua formação específica, e de posse de posterior referencial sociológico, esse profissional terá condições de se voltar sobre seu campo de origem, sem as limitações impostas por suas antigas paixões, condicionamentos e preferências internas, produzindo um esclarecimento científico real sobre seu objeto, superando as limitações típicas que a visão externa inevitavelmente obterá sobre esse campo social específico (no caso, o campo jurídico). Niklas Luhmann, jurista de formação, já identificara os limites dos sociólogos para o tratamento da Sociologia do Direito, observando o fato de que, apesar da Sociologia tratar direta ou indiretamente do Direito - porque trata da sociedade e das relações sociais - , não existem trabalhos desenvolvidos por sociólogos que tratem profundamente do assunto. Ao contrário, na Sociologia e nas ciências sociais em geral, quem assume o ensino e a pesquisa de Sociologia do Direito são os juristas. Isso acontece, segundo Luhmann, porque a Sociologia do Direito é “muito difícil para os sociólogos¹².” O sociólogo que quiser tratar das questões de Direito terá de enfrentar, como um primeiro obstáculo, o enorme nível de complexidade da ciência jurídica. Daí que sem um estudo aprofundado das questões jurídicas não se pode fazer uma sociologia do direito séria. São os juristas que têm

¹² LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I, p. 8.

muito mais facilidade de compreender o funcionamento das instituições do Direito, os conceitos e teorias jurídicas e tantos elementos do âmbito social do Direito, em virtude de seu treinamento específico.

Advém daí, que em termos amplos, são tarefas da disciplina “filosofia do direito”: a) a compreensão do direito do ponto de vista deontológico (investigar o que o direito deve ser), começando pelo estudo do problema da justiça, porque cabe à deontologia estudar os valores que informam um ordenamento jurídico; b) a investigação ontológica, isto é, saber o que o direito efetivamente é. Aqui a tarefa é elaborar noções do que é direito e aquelas conexas, como poder, dever, norma, ordenamento jurídico, justo, etc.; c) o estudo do direito do ponto de vista fenomenológico, isto é, da perspectiva histórica e social e, portanto, daquela série de problemas que vem indicada sob a rubrica “relações entre direito e sociedade”, e, nesta encarnação, a filosofia do direito é Sociologia do Direito, Teoria Geral do Estado e História do Direito.

2. A centralidade do direito na discussão filosófica contemporânea

A civilização ocidental é caracterizada pelo Direito, compreendido este como técnica (*ars*) e objeto de conhecimento científico (*sapientia*), porque o Direito Romano, transmitido ao Ocidente pela compilação justinianéia, forma, juntamente com o cristianismo e a filosofia grega, a sua base espiritual. Aliás, conhecer a história do Ocidente é conhecer o *direito*, uma vez que este é parte constitutiva dos acontecimentos históricos, pois gregos e romanos “inventaram a história como uma história de guerra e política”, como asseverou Finley¹³. Nesse linha, Koschaker já advertira que a “Europa” não é um território: é antes uma idéia, um conceito unitário, ou mais precisamente um fenômeno histórico-cultural que surgiu por volta do ano 800, com o Império

¹³ FINLEY, Moses. *L’Invention de la Politique*, p. 90.

de Carlos Magno, porque nesse mesclaram-se elementos clássicos, cristãos e germânicos. A Europa é “germânica” por sua cultura original e principais etnias; é “cristã” porque vinculada ao modelo político-teológico da Igreja e, finalmente, é romana, em virtude da pretensão imperial e pelo seu “direito”¹⁴.

Mais do que isso, pode-se afirmar que a cultura do Ocidente nasceu da filosofia grega clássica e “esta constitui, mais precisamente, uma filosofia política, uma filosofia do direito¹⁵.” Diferentemente dos filósofos modernos, cuja reflexão principal é a vida individual – a moral – e o método das ciências, os filósofos gregos se preocuparam antes de tudo, com a idéia de justiça, com os problemas da política. Identificando primeiramente a justiça com igualdade, Aristóteles acabou por distinguir duas formas básicas de justiça, expressas em fórmulas matemáticas: a justiça corretiva, que preside às trocas (igualdade aritmética), e a que a tradição posterior chamou de justiça distributiva, que concerne à distribuição de honras, bens e funções públicas (igualdade geométrica). Os juristas romanos, traduzindo *dikaion* por *ius*, conceberam o último como uma arte, que eles mesmos definiam como uma justa partilha de coisas, partilha esta que se poderia dar entre cidadãos em um grupo social, ou entre cidades: *suum cuique tribuere* é a função da arte do *ius*. Com isso, a arte da justa distribuição, que começou a ser pensada entre os gregos, ganhou forma e autonomia com os romanos, com a criação do *ius*.

Por estas razões, Bartolomé Clavero¹⁶ afirma que “o direito não é qualquer coisa”: é invenção e legado de Roma. Não resulta nem da mera tradição religiosa nem de simples disposições políticas ou costumes sociais tão somente. “A singularidade do direito reside em outro ponto, uma prática cultural de reflexão e composição, tipificação e mediação que integra e supera tradições, ordens e

¹⁴ Ver. KOSCHAKER, Paul. Europa y Derecho Romano, pp. 17 a 23.

¹⁵ VILLEY, Michel. Leçons d’Histoire de la Philosophie du Droit, p. 26.

¹⁶ CLAVERO, Bartolomé. Institucion Historica del Derecho, p. 30.

usos¹⁷.” Advém daí que a entidade “direito” encontre sua raiz na jurisprudência, nos seus resultados e técnicas que foram conservados. Na medida em que foi possível recuperar o conceito de direito como liberdade e jurisprudência – ordem de cultura e convivência – sempre que se diz “direito”, se diz “justiça”, porque direito é expressão da justiça: o justo, adjetivo correspondente a justiça, é o que corresponde ao direito, o conforme ao direito. Não se diz “direitico”, senão “jurídico”, que tem sua raiz em “justiça” e, por esta razão, as coisas jurídicas são coisas do direito, pois em termos semânticos, o adjetivo do direito é jurídico, embora não o seja etimologicamente. Assim, na nossa cultura o direito é a liberdade de cada um; a justiça, a convivência da liberdade de todos, de forma que “o direito não é princípio de concepção e atribuição de liberdade, senão forma de estabelecê-la e assegurá-la¹⁸.”

Hoje, da mesma forma que o jurista antigo, o intérprete moderno aspira a encontrar a regra que resulta da natureza das coisas, da natureza das relações que a vida cria e, por isso, a interpretação jurídica volta a ter uma função crítica de todo o Direito. O juízo crítico é realizado com uma conjugação de diferentes fatos normativos entre si e a sua harmonização com as exigências da justiça e utilidade presentes no caso concreto. Quando pondera a decisão do problema individual, o jurista acaba por realizar sua liberdade crítica frente à fonte do Direito.

Como saber jurídico, o direito é uma prudência e uma técnica secundária e subordinada (*ars*). Como ciência diz o que é justo e o que é injusto (*sapientia*) e *como* alcançar o justo e evitar o injusto (*ars*). Saber complexo, tende para a ação, para o *honestum* e por isso, é *prudencia* (*phronesis*): o *prudens* é aquele que, pressupondo a verdade das coisas (*sapiens*), vê as coisas em seu aspecto valorativo, de utilidade para o homem e para a

¹⁷ CLAVERO, Bartolomé. Institucion Historica del Derecho, p. 30.

¹⁸ CLAVERO, Bartolomé. Institucion Historica del Derecho, p. 11.

comunidade. Daí que a *iurisprudencia* é ciência dos valores, pois a *sapientia* recebe a luz de pressupostos e verdades fundamentais¹⁹.

Como técnica (*ars*), o direito é um saber realizável, é o “fazer do saber”²⁰, de modo que nesta acepção, o acento é posto no aspecto produção, interpretação e aplicação, isto é, no aspecto dinâmico desse saber²¹. Dado que o direito não existe na realidade natural, é, como a linguagem, criação humana dirigida a finalidades práticas: assegura, na comunidade humana, as condições de convivência (instituição ou ordem) e é continuamente modificado mediante a atividade interpretativa e aplicativa. Desta atividade emergem técnicas e regras para sua correta produção, interpretação e aplicação.

Incluir o *ius* no gênero *ars* evoca o dado de que o direito constitui historicamente um produto humano. Com isso, põe-se em relevo a exigência do aprendizado e da aplicação das regras e técnicas de sua produção, mais ainda para sua interpretação e aplicação; sublinha-se também a responsabilidade dos homens para o estado do direito em relação ao seu momento produtivo e aplicativo. Se é arte, serve-se não só da razão, mas da memória, da intuição e do sentimento; em suma, da tradição. Sendo assim, o que distingue o *ius* do gênero *ars* é a nota diferencial “*bonum et aequum*”, isto é, o seu objeto, de forma que o decisivo é a substância, a adequação ao objeto e à finalidade²².

Considerado desde o ponto de vista de sua aplicação, por ser “normativo”, o direito volta a ocupar um lugar central na reflexão filosófica, principalmente depois da obra de Gadamer²³. Isso é

¹⁹ Cf. CRUZ, Sebastião. Direito Romano (Ius Romanum). Tomo I, p. 283 e ss e BARZOTTO, Luis Fernando. Prudência e Jurisprudência – uma reflexão epistemológica sobre a *iurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. Direito & Justiça, Vol. 23, *passim*.

²⁰ CRUZ, Sebastião. Direito Romano (Ius Romanum). Tomo I. 4ª. Ed., Coimbra: 1984., p. 283 e ss e BARZOTTO, Luis Fernando. Prudência e Jurisprudência – uma reflexão epistemológica sobre a *iurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. Direito & Justiça, Vol. 23, p. 283.

²¹ Ver GALLO, Filippo. L'Officium del Pretore nella Produzione e Applicazione del Diritto, p. 226.

²² Cf. GALLO, Filippo. L'Officium del Pretore nella Produzione e Applicazione del Diritto, pp. 262 e ss.

²³ GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Metodo. Fundamentos de uma hermenéutica filosófica.

assim, segundo o filósofo, porque a hermenêutica jurídica está capacitada para “devolver à hermenêutica histórica todo o alcance de seus problemas e reproduzir assim a velha unidade do problema hermenêutico em que vêm a encontrar-se o jurista, o teólogo e o filólogo”²⁴, na medida em que, nela, fica ressaltada a dimensão aplicativa ou normativa da compreensão, isto é, a aplicação é um momento tão essencial e integral do processo hermenêutico quanto a compreensão e a interpretação.

Assim, se compreender (um acontecer) é sempre também aplicar, a hermenêutica espiritual-científica pode voltar a ser determinada a partir da hermenêutica jurídica. Esta assume um papel paradigmático, na medida em que o jurista toma o sentido de uma norma a partir de e em virtude de um caso concreto, sendo sua tarefa mediar compreensivamente a aplicação originária da norma e a aplicação atual. Se é verdade que a consciência hermenêutica não é um saber técnico nem moral, também é verdade que estas duas formas de saber contêm a mesma tarefa de aplicação que já foi reconhecida como a dimensão problemática central da hermenêutica: o sentido de uma lei, por exemplo, tal como se mostra em sua aplicação normativa, não é muito diferente do sentido de fazer valer a compreensão de um texto, porque o conhecimento de um texto jurídico e sua aplicação a um caso concreto são dois atos de um processo unitário. Sendo assim, muitas vezes, quem “aplica” o direito terá que fazer concessões à lei em sentido estrito, não porque não seja possível fazer as coisas de outro modo, senão porque de outro modo não seria justo. Como diz Gadamer, o intérprete “fazendo concessões frente à lei não elimina aspectos da justiça, senão, que pelo contrário, encontra um direito melhor”²⁵. Nessas condições, na tarefa do jurista, o passado é entendido em sua continuidade com o presente, pois em seu

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Metodo. Fundamentos de uma hermenêutica filosófica, p. 401.

²⁵ GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Metodo. Fundamentos de uma hermenêutica filosófica, p. 389.

labor prático-normativo este intenta realizar o direito como um *continuum* e a salvaguardar a tradição da idéia jurídica.

Dado que a tarefa da interpretação é concretizar a norma, isto é, aplicá-la, ela é, de início uma tarefa prática. Neste caso, compreender e interpretar significa reconhecer um sentido vigente, e a condição que torna isto possível é precisamente a pertença a uma tradição espiritual-científica: o intérprete “pertence” a seu texto como o “olho” pertence à perspectiva de um quadro, de modo que aquele que compreende não elege arbitrariamente o seu ponto de vista, pois este lhe é dado previamente. Assim, a interpretação jurídica é complementação produtiva de todo o direito, dado que a pertença que se exige do intérprete é o reconhecimento de que o ordenamento jurídico é válido para todos e que, por conseguinte, não existem exceções em relação a ele. Ademais, exige-se do intérprete uma certa pré-compreensão, que é nada mais do que esta relação vital que se estabelece entre ele e a tradição (o seu conhecimento prévio e anterior em relação ao tema dado). O sentido que se deve compreender só se concretiza e completa na interpretação, fazendo com que a compreensão implique sempre a aplicação do sentido compreendido. Isto posto, “quando o juiz se sabe legitimado para realizar a complementação do direito dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto legal, o que faz é o que de todos os modos tem lugar em qualquer forma de compreensão²⁶.”

É possível, pois, questionar: como pensar sobre os valores fundamentais e o modo de operar da ciência do direito sem a dimensão prática (aplicativa)? Como abordar os fundamentos do direito de um ponto de vista externo e abstrato, isto é, sem o exercício da atividade interpretativa da qual emergem técnicas para sua correta produção, interpretação e aplicação? Como um professor com formação filosófica geral irá abordar filosoficamente detalhes da técnica especificamente jurídica que dia a dia brotam

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Metodo. Fundamentos de uma hermenéutica filosófica, p. 414.

nas salas de aula? Como subsidiará o aluno no caminho da abstração filosófica ao referencial prático? Como tratará filosoficamente de um objeto que ignora? Em resumo: qual a experiência que filósofos não-juristas têm da realidade prática que é o Direito ou mesmo de sua técnica? A mesma que qualquer leigo submetido à ordem jurídica, isto é, nenhuma. Mesmo que a disciplina “Filosofia do Direito” fosse oferecida em seus currículos acadêmicos, ela teria que ser ministrada por juristas-filósofos, sob pena de ser inócua.

Como se vê, não está ao alcance do filósofo, sem formação ou experiência jurídica, a adequada compreensão do fenômeno jurídico. Aliás, é tradição nos cursos jurídicos que a disciplina Filosofia do Direito seja ministrada por juristas. O direito, enquanto disciplina científica, também se caracteriza pelo fato de os juristas estarem, há muito tempo, formando uns aos outros. Dito de outro modo, quem não tem formação jurídica e nenhuma experiência profissional, não tem condições de produzir conhecimento relevante na área da Filosofia do Direito, pois, reafirma-se, as disciplinas compreendidas sob este campo do saber - Filosofia do Direito, Sociologia do Direito, História do Direito e Ciência Política - são disciplinas jurídicas *stricto sensu*, exigindo professores com formação jurídica.

Considerações finais

Em síntese, considerando tais razões, não se pode concluir que os juristas devam ser formados integralmente por juristas. Pelo contrário, o estudo de problemas específicos da Filosofia e da Sociologia é essencial para a formação dos operadores jurídicos, uma vez que lhes amplia a visão de mundo. A questão crucial é a de que, a considerar a Filosofia do Direito como disciplina dependente, estar-se-ia caminhando em direção à monodisciplinariedade e não à interdisciplinariedade tão necessária à adequada formação universitária. Neste particular,

ressalta-se a experiência interdisciplinar de muitos cursos de Direito no País, em que médicos, antropólogos, historiadores enriquecem a perspectiva do jurista, mas não pretendem substituí-la. Sendo assim, é evidente que as Faculdades de Direito querem e precisam dos Cursos de Filosofia e Ciências Humanas no tocante à oferta de disciplinas tais como filosofia geral, sociologia, filosofia política, etc., aos seus alunos. O que não se quer, porque significaria uma redução e amputação, é uma descaracterização dos currículos dos cursos de Direito, pois, assim como ocorre nas melhores universidades do Brasil e do mundo, as disciplinas jurídicas de Sociologia do Direito, História do Direito, Filosofia do Direito e Teoria do Estado são ministradas por juristas.

De outra parte, arte política axiologicamente orientada, o Direito assegura, na comunidade humana, as condições de convivência e é continuamente modificado pela atividade interpretativa e aplicativa. Desta atividade emergem técnicas e regras para a sua correta produção, interpretação e aplicação. Nestas condições, o Direito assume um papel paradigmático na filosofia contemporânea porque, nele, fica ressaltada a dimensão normativa ou aplicativa da compreensão. Quando o jurista faz a mediação compreensiva entre a aplicação originária da norma e a aplicação atual, intenta realizar o Direito como um *continuum* e salvaguardar a tradição da idéia jurídica.

Por estas razões, a “Filosofia do Direito”, em sentido amplo é um método próprio, não é filosofia aplicada. Inverter a perspectiva produz o grave inconveniente de os problemas específicos do Direito não serem estudados do ponto de vista interno.

Referências

- BARZOTTO, Luis Fernando. Prudência e Jurisprudência – uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. Direito & Justiça. Vol. 23. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1984.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 1992.

CLAVERO, Bartolomè. *Institucion Historica del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1992.

CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (Ius Romanum)*. Tomo I. 4^a. Ed., Coimbra: 1984.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Metodo. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. 5^a. Ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.

GALLO, Fillipo. *L'Officiium del Pretore nella Produzione e Applicazione del Diritto*. Torino: Giappichelli Editore, 1997

KOSCHAKER, Paul. *Europa y Derecho Romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola, 1991.

TABORDA, Maren. *A Jurisprudência Romana Clássica e a construção de um direito negocial fundado fides*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Vol. 21. Março de 2002.

-----, *Das razões pelas quais a "Filosofia do Direito" é saber próprio dos juristas*. Direito & justiça, Porto Alegre, v. 28, n.XXV, p. 155-175, 2003.

VILLEY, Michel. *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1957.

Uma justificação pública: igualdade e liberdade

Nelson Fossatti¹

Sumário

Introdução

1. Carta constitucionais e direitos humanos
2. Coerção do estado – limites da justificação
3. Liberdades básicas e validade moral
4. Justificação - normas morais

Considerações finais

Referências

O homem deve concordar com a renúncia de seus direitos a todas as coisas, contentando-se com a mesma Liberdade que permite aos demais, à medida em que considere a decisão necessária à manutenção da Paz e em sua própria defesa².

Introdução

O presente ensaio apresenta uma reflexão transversal sobre os princípios de liberdade e igualdade que foram e são justificados no tempo, através de cartas, constituições e direitos humanos geradas no âmbito de Estados absolutistas e de governos democráticos.

¹ Doutor em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Doutor em Comunicação Social (PUCRS). Mestre em Administração (UFRGS). Mestre em Filosofia (PUCRS). Graduado em Engenharia de Telecomunicações (PUCRS). Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: nfossatti@terra.com.br

² HOBBS, Thomas, LEVIATÃ: ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil, p. 100.

Fatores como coerção do Estado, validade moral e métodos procedimentais discutidos no referencial de Forst³ oferecem razões que qualificam toda pessoa moral, livre e igual, o direito de defender em contextos intersubjetivos a justificação moral quando albergada pelo manto protetor de reciprocidade e universalidade.

1. Carta constitucionais e direitos humanos

Os conceitos de liberdade e igualdade parecem que sempre abrigaram através dos tempos uma justificação universal, bem como as instâncias mediadoras pelas quais passa a vontade livre de toda pessoa moral. Forst destaca, em sua obra *Contexto da Justiça*, uma forma em que liberdade e igualdade representam duas dimensões seminais no direito das gentes. Tais dimensões encontram validade moral e condição de pressionar o Estado através da intersubjetividade de discurso universal, as instituições públicas no âmbito da ética, da moral, justiça e da política.

Conforme observa Weber⁴ a liberdade não é fazer o que se quer. Isso seria desconhecer as instâncias mediadoras pelas quais passa a vontade livre: o direito, a moralidade e a eticidade. Diferente do livre-arbítrio que é a vontade livre imediata (sem mediação), norma muito comum no absolutismo sem pretensão de validade e que determinou por muito tempo o livre-arbítrio das monarquias e senhores feudais.

Neste contexto, Rawls⁵ lembra que a ideia de pessoas livres e iguais pressupõe a capacidade de ter um senso de justiça, faculdade moral de formar concepção do bem. Estas duas dimensões são justificadas pelos princípios de universalidade e reciprocidade, definindo a capa protetora capaz de garantir a pretensão de validade e justificação da liberdade e igualdade. Forst referindo-se

³ FORST, Rainer. *Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*.

⁴ WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*, p. 90-91.

⁵ RAWLS, John. *Justiça como Equidade*, p. 26.

ao *Ethos* da Democracia⁶, em sua tese, destaca o contraste entre o comunitarismo e liberalismo e traduz a relação complexa e interdisciplinar entre normas morais, valores éticos e políticos.

Referindo-se aos elementos constitutivos do Estado, destaca a importância da soberania. Os soberanos possuíam a capacidade de impor a vontade em última instância para realização de um direito entendido como justo. Neste sentido cabe destacar o limite da soberania quando se confrontavam com os princípios de Direito Natural⁷.

Tomás de Aquino, na Suma de Teologia, artigos 2-3, prescreve que “uma lei humana não é verdadeiramente lei senão enquanto deriva da lei natural: se em certo ponto se afasta da lei natural, não é mais lei e sim uma violação da lei, demonstrando assim, que houve uma época em que toda lei deveria ter sua origem no direito natural”.

O direito natural transcrito por Thomas de Aquino foi originário da lei natural, e o direito positivo derivado da parte arbitrária da legislação humana, classificando as leis: (i) Lei eterna; (ii) Lei divina antiga e nova; (iii) Lei natural; (vi) Lei humana; (v) Direito natural e (vi) Direito positivo.

É, entretanto, o direito natural, conforme observa Douzinas, que representa uma constante na história das ideias, ou seja a luta pela dignidade humana em liberdade contra as infâmias, degradações e humilhações infligidas às pessoas por poderes instituídos, e instituições e leis que muitas vezes opõem a razão do Estado ao Estado da razão⁸.

Entretanto a visão do direito natural⁹ conforme observa Thomas de Aquino apresenta um certo viés aristotélico que frequentou por muito tempo, de forma unidirecional, a ante-sala

⁶ FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo, p. 129.

⁷ MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado, p. 37.

⁸ DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos, p. 32.

⁹ MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado, p. 68.

dos Estados absolutistas até 1215, quando houve a imposição da *Magna Carta*, bem como, as decorrentes três reedições, sendo posteriormente reformulada a luz da filosofia política de John Locke, onde as liberdades fundamentais, e todos os direitos antecedem e são superiores ao próprio Estado.

É preciso reconhecer o ato relevante da *Magna Carta Libertatum*¹⁰ que se tornou o ponto de partida do constitucionalismo na Inglaterra. O Contrato assinado pelo Rei João Sem-Terra com os Barões e o clero do reino do inglês foi a Carta Constitucional, instrumento significativo para época, por limitar o poder do Rei.

A carta mostrou que até o Rei foi obrigado a abrir mão de sua soberania e a submeter-se, como seus súditos, aos ditames da lei, obrigando a coroa real respeitar a legislação universal vigente no estado inglês.

Com base nas ideias de Locke merecem ser citados outros exemplos de pactos escritos que foram moldando o constitucionalismo inglês que podem ser citados: O *Petition of right, bill of rights*, as duas Cartas onde são propostas as ideias de liberdade, igualdade, *habeas corpus*, acesso à justiça, tribunal do júri, liberdade religiosa.

Portanto, verifica-se que no decorrer do tempo as ideias de John Locke contagiaram tanto os barões da época, como a burguesia nascente. Locke foi um contratualista, acreditava que o homem vivia em seu estado original, uma vida em estado de natureza. Postulava que todo homem era o seu próprio juiz, mas era necessário um poder independente para ser o juiz dos homens, dando origem ao governo ou a instituição do Estado¹¹.

¹⁰ FOSSATTI, Nelson Costa. Brazil: Challenges of an Emerging power, 2015. (Palestra) Referências adicionais: Portugal/Português. Meio de divulgação: Impresso. Home page: Estoril Political Forum 2015; Local: Estoril - Hotel Palácio. Cidade: Estoril. Evento: 800 years - Magna Carta - Estoril Political Forum 2015. Instituição financiadora: Católica - Instituto de Estudos Políticos - Lisboa.

¹¹ LOCKE, John. Locke. Segundo tratado sobre o governo, p. 33-54.

Para o filósofo a monarquia deveria ser formada com poderes executivo, legislativo e o judiciário, entretanto defendia que legislativo teria primazia sobre os demais poderes. Por princípio, a lei do legislativo deve respeitar a lei da natureza, que é a de preservar os direitos naturais do homem: direito à vida, à propriedade, em que a criação de impostos deveria ter consentimento da população.

Uma das premissas básicas da filosofia política de Locke pode ser resumida seguinte frase: “O homem só é verdadeiramente livre quando vive sob leis que limitem à sua liberdade¹².” Desta forma o poder legislativo deve ser limitado pelo poder da população, não podendo, portanto, criar leis que empobrecam, escravizem os cidadãos. A filosofia que pautava as ideias de Locke, trazia no seu âmago a garantia das liberdades individuais, não permitindo que a população caísse sob o poder absolutista. Bobbio destaca no Segundo Tratado sobre o governo civil: uma breve síntese de Locke.

Referindo-se ao “Estado de natureza” e o poder político, entende que para compreender o poder político e deduzi-lo da sua origem, deve-se considerar em qual estado os homens se encontram, ou seja um estado de perfeita liberdade capaz de regular suas ações e dispor de suas posses e da própria pessoa, dentro dos limites da lei de natureza. Tudo sem pedir permissão ou depender da vontade de nenhum outro. É também um estado de igualdade, no qual cada poder e cada jurisdição são recíprocos, ou seja criaturas da mesma espécie e sem distinção, com as mesmas vantagens da natureza e com o uso das mesmas faculdades, devem ser também iguais entre si¹³.

Nesta condição, o indivíduo era um cidadão no seu estado de natureza, diferentemente como pensava Leibniz, para este filósofo o indivíduo comportava-se como uma mônada, quando na verdade

¹² LOCKE, John. Locke. Segundo tratado sobre o governo.

¹³ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a Filosofia política e as lições dos clássicos, p. 483-484.

ele era portador de cidadania, uma vez que se reconhece como um ser sociável, não como queria Aristóteles, mas muito mais por necessidade como prescrevia Hobbes.

A *Declaração de Independência dos Estados Americanos em 1776*, inicia: “Consideramos incontestáveis e evidentes em si mesmas as seguintes verdades: que todos os homens foram criados iguais, que eles foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre esses direitos estão em primeiro lugar, a vida, a liberdade, e a busca da felicidade”.

Conforme prescreveu Bobbio, Bebeu apontou uma diferença condicional: a *igualdade* é proclamada como condição fundamental; a *liberdade* é apresentada junto a outros direitos, tais como direitos a vida, e a felicidade ¹⁴.

Na *Constituição EUA* a doutrina dos direitos naturais pressupõe que uma concepção individualista da sociedade e, portanto, do Estado, continuamente em conflito com a sólida concepção orgânica, deve reconhecer que a sociedade não é apenas um todo, mas um todo acima das partes¹⁵.

Considerando os princípios de *igualdade e liberdade*, segue na mesma linha de pensamento a França em sua *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen -Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789 que começa com as seguintes palavras “Os homens nascem e permanecem *livres e iguais* nos direitos”.

Mais tarde a Declaração Universal dos direitos Humanos adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas -ONU, em 10 de dezembro de 1948, inicia com “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”.

Assim, homens dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Portanto,

¹⁴ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a Filosofia política e as lições dos clássicos, p. 484-485.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a Filosofia política e as lições dos clássicos, p. 484.

“Liberdade e Igualdade” são princípios seculares que vem sendo cultivados e justificados no tempo pela maioria dos povos no mundo.

Conforme Bobbio, pode-se identificar os direitos humanos e classificá-los segundo uma evolução secular em direitos civis, políticos e sociais¹⁶. *Direitos civis* ligados à personalidade do indivíduo: liberdade pessoal, de pensamento, de religião, de reunião e liberdade econômica –século XVIII. *Direitos políticos* estão associados à liberdade de associação, os partidos, direitos eleitorais- século XIX. Os *direitos sociais* garantem direito ao trabalho, à assistência, ao estudo, à tutela da saúde, liberdade da miséria e do medo. Portanto, historicamente os direitos humanos evoluíram no seu tempo: direitos civis permeiam o século XVIII, direitos políticos século XIX e os direitos sociais século XX.

2. Coerção do estado – limites da justificação

Alguns autores como Kant e Rousseau, na visão de Habermas, parecem incentivar a coerção do Estado sobre o cidadão. Habermas debita a Kant e a Rousseau uma concorrência que considera não-confessada entre direitos humanos, fundamentados na moral, e o princípio da soberania do povo.

Habermas considera que Kant não interpretou o vínculo da soberania popular aos direitos humanos, uma vez que partiu do princípio de que ninguém, no exercício de sua autonomia como cidadão, poderia dar a sua adesão a leis que pecam contra sua autonomia privada garantida pelo direito natural¹⁷.

Desta forma, sendo necessária a construção de contratos para explicar a autonomia política, Habermas entende que a linha kantiana de fundamentação da doutrina do direito, ao passar da moral ao direito, não valoriza o contrato com a sociedade. O

¹⁶ BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política, p. 354.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, Volume I, p.135.

filósofo da ação comunicativa¹⁸ considera as ideias de Rousseau mais integradoras, uma vez que parte da constituição e da autonomia do cidadão, introduzindo um nexos interno entre a soberania popular e os direitos humanos.

Em relação aos interesses não universalizáveis, Rousseau sugere, através do *médium* de leis gerais e abstratas, a vontade unificada dos cidadãos. Há um processo de legislação democrática que exclui, *per se*, todo interesse não universalizável, permitindo a todos as mesmas liberdades subjetivas, o que garante a substância do direito originário delineado por Kant¹⁹.

Tanto a proposta de Kant, como a de Rousseau, induz a coerção do Estado, ou seja, o governo, para ser bom, precisa ser tanto mais poderoso quanto maior for o número das pessoas. Nesta condição Rousseau entende que o Estado torna-se mais que uma pessoa moral que pressupõe a união de seus membros, torna-se -lhe necessária uma força universal e compulsiva para dispor cada parte de maneira mais conveniente²⁰.

Para Habermas esta é uma forma que caracteriza um Estado coercitivo, em que concebe o pacto social para determinar um poder absoluto sobre todos²¹, dirigido pela vontade geral, e a isto Rousseau dá o nome de soberania.

Forst questiona a existência de uma coerção legítima, indagando quais seriam os limites de tolerância de um estado Liberal²²? A resposta o autor vai dar através de Nagel, que apresenta dois princípios fundantes da justificação: a reciprocidade e universalização. A reciprocidade ou argumento Kantiano que seria imoral forçar alguém a compartilhar um fim sobre o qual não

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, Volume I, p. 135-136.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, Volume I, p. 136.

²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social, p. 53-54.

²¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, Volume I, p.136.

²² FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo, p. 52-53.

se está convencido. A pessoa poderia estar sendo usada como um meio para um fim que não concorda. O outro princípio da universalidade ou argumento epistemológico sugere que as pessoas não devem abdicar de suas crenças, convicções éticas e admitir que sua verdade possa ser uma crença que o outro não compartilha.

Conforme prescreve Forst, a visão de Nagel sugere um método de justificação da moral, devendo corresponder e atender um acordo universal, enquanto a justificação ética atende uma racionalidade individual ambos formam uma capa protetora da justificação moral.

A pretensão de que os princípios da razão possam valer universalmente tende a um procedimento especulativo no uso da razão pura. Este procedimento kantiano²³ verifica a não existência de preceito dogmático no uso especulativo da razão pura, não devendo atender nenhum método dogmático. Com efeito, não faz senão esconder os defeitos e os erros e engana a filosofia, cuja finalidade própria é fazer ver na mais clara luz todos passos da razão que não pressupõe um indivíduo alienado.

A crítica da razão se verifica no *locus da* razão prática que somente reconhece os princípios fundamentais quando não se tem uma justificativa universal, que, segundo Habermas, ocorre segundo pessoas morais livres e iguais. Portanto, a crítica da razão não alberga a alienação do indivíduo.

Taylor destaca que alienação, na concepção de Hegel, o que importa para o ser humano pode ser obtido na relação com a vida pública de uma comunidade, não na auto definição de um indivíduo alienado,. essa comunidade não pode ser meramente parcial, como por exemplo, uma associação privada, cuja vida é condicionada, controlada e limitada por uma sociedade mais ampla²⁴.

²³ KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura, p. 595.

²⁴ TAYLOR, Charles. Hegel, p. 418.

A vida pública, para Taylor, tem maior relevância para os seres humanos, uma vez que normas e ideias não são apenas invenções humanas. Portanto, considera que é o Estado que expressa a ideia e a estrutura ontológica das coisas²⁵. Esta observação deve ser considerada quando analisamos as obrigações morais que o indivíduo tem com a “comunidade permanente” da qual faz parte (que Hegel chama de *Sittlichkeit*).

Taylor²⁶ destaca que a crítica de Hegel a Kant apresenta uma noção formal, abstrata de obrigação moral, que entende o ser humano como um indivíduo, sendo definido em contraste com a natureza uma vez que está em oposição ao que é.

Para Forst pessoas morais²⁷ têm um conceito diferente de pessoas, o primeiro são autores e destinatários de normas morais; e cidadãos são autores e destinatários (como pessoas de direito de normas jurídicas). Como tais, reivindicam determinados bens sociais básicos, cuja determinação e distribuição devem ser justificadas reciprocamente em contextos políticos.

Como membros de grupos – associações corporações e Estados às pessoas possuem direitos e liberdades que as capacitam a cumprir seus direitos e obrigações, participando de um sistema decente de cooperação social.

Rawls aponta para o que chamamos de direitos humanos²⁸, tornando-se condição necessária de qualquer sistema de cooperação social. Conclui que tais direitos, não podem depender de nenhuma doutrina religiosa ou filosófica abrangente da natureza humana, mas deve considerar a “posição original” na intersubjetividade do discurso.

É preciso destacar que a *Posição original*, para Rawls, é concebida como uma situação equitativa para as partes tidas como

²⁵ TAYLOR, Charles. Hegel, p.408.

²⁶ TAYLOR, Charles. HEGEL, p. 408-409.

²⁷ FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo, p. 53.

²⁸ RAWLS, John. O direito dos povos, p. 88-89.

livres e iguais e devidamente informadas e racionais. O que proporciona, nesta condição, um acordo justo de cooperação social entre cidadãos, não apenas entre pessoas²⁹.

Nestes termos, como foi visto, todos os casos de justificação deve responder a uma reciprocidade e uma universalidade, definindo assim um manto protetor que atende questões éticas e garante uma justificação moral pública.

A justificação pública³⁰ em Rawls seria a condição de” justificar nossos juízos políticos para outros é convencê-los por meio da razão pública, isto é por meio de raciocínios e inferências condizentes com questões políticas fundamentais, e recorrer a crenças, motivos e valores políticos razoáveis que os outros também aceitem. Nesta condição propõe um conjunto de bens primários básicos, ou liberdades básicas o que ele chama de mínimo existencial para o exercício da cidadania.

3. Liberdades básicas e validade moral

As liberdades básicas e a validade moral³¹ é um tema referência de Rawls sugere há que duas maneiras de estabelecer uma lista de liberdades básicas. A primeira devemos examinar as constituições dos Estados democráticos, a fim de elaborar uma lista das liberdades que nelas, em geral são protegidas. Rawls, ao elaborar a teoria da justiça com equidade, vale-se da experiência de outros parceiros, no caso a constituição de outros estados. A segunda forma de elaborar uma lista de liberdades básicas seria de examinar quais liberdades constituem as condições essenciais que permitem o desenvolvimento das faculdades da personalidade moral ao longo de uma vida completa.

²⁹ FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo, p. 35-36.

³⁰ RAWLS, John. Justiça como Equidade, p. 37-38.

³¹ RAWLS, John. Justiça e Democracia, p. 147.

Rawls conta que as várias listas de liberdades básicas confrontadas poderão oferecer aos parceiros, na posição original, princípios de justiça capaz de integrar as liberdades básicas de cada constituição.

Em Justiça com equidade, Rawls prescreve:

Assim como o bem estar de uma pessoa, se constrói com uma série de satisfações obtidas em momentos diversos no decorrer da vida, da mesma maneira deve-se construir o bem-estar da sociedade com base na satisfação dos sistemas de desejos dos muitos indivíduos a que a ela pertencem. Se a sociedade decidir negar-lhes a satisfação, ou suprimi-los, será porque esses desejos socialmente destrutivos podem ser obtidos de outras maneiras³².

De antemão as pessoas aceitam um princípio de liberdade igual e implicitamente concordam se adaptar às concepções de seu próprio bem, uma vez que a comunidade ética não precisa de justificação pública, enquanto Pessoa Moral, uma vez que é aquela que participa da comunidade de seres humanos. Forst defende que uma verdade válida “para mim” pode reivindicar uma validade moral somente quando for possível defendê-la com razões morais³³.

Para este autor a verdade ética não é automaticamente correção moral para que isto ocorresse seria necessário que a verdade pessoal fosse justificada interpessoalmente.

Para o autor uma pessoa está obrigada a dar razões públicas somente no caso específico, ao reivindicar que suas convicções éticas tenham uma validade moral³⁴.

Assim, valores éticos têm a pretensão de serem eticamente verdadeiros (fundamentados metafisicamente e religiosamente)

³² RAWLS, John. Justiça como Equidade, p. 28-32.

³³ FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo, p. 53-54.

³⁴ FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo, p. 55.

quando apresentam padrões absolutos para a boa vida enquanto membros de uma comunidade ética.

Portanto questões Morais³⁵ devem ter validades universais, no sentido de que não podem ser rejeitadas razoavelmente por nenhuma pessoa. Este confronto entre valores éticos e morais torna-se relevante, uma vez que poderá haver por parte do sujeito constituído a imposição de seus valores éticos não justificados universalmente.

Denota-se que sempre houve uma crítica comunitarista da pretensão de neutralidade dos princípios liberais da justiça³⁶. Em princípio a possibilidade de uma separação da ética do direito e da moral de acordo com o autor faz com que a justificação universal possa ser ocultada por uma teoria individualista do bem.

4. Justificação - normas morais

Weber observa que um indivíduo ou um povo não tem personalidade enquanto não “sabe de si”. O mais elevado do homem é ser pessoa “neste sentido conclui que “a noção de personalidade é resultado dessa consciência de si e do sujeito, o que implica o reconhecimento do outro em condições iguais³⁷.”

Entretanto, em Habermas, a sociedade se rege por uma razão comunicativa de natureza intersubjetiva que se constitui no discurso de interações sociais entre as pessoas, o que não deixa de ser um reconhecimento do outro em igualdade de condições.

Conforme transcreve Forst, a justificação moral para O'Neill significa fornecer razões que podem ser sustentadas por cada pessoa moral prescindido de um debate universal. Portanto, as normas morais³⁸ devem ter a pretensão de validade universal e

³⁵ FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo, p. 55.

³⁶ FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo, p. 67.

³⁷ WEBER, Thadeu. Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana.

³⁸ FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo, p. 231-238.

atender o princípio de reciprocidade, ser justificadas de modo recíproco e universal numa comunidade de pessoas morais que não podem ser limitadas, mas acima de tudo, devem ser fundamentadas em pessoas que tenham direito de veto .

Significa dizer que normas jurídicas, quando vistas sob o aspecto liberal ou comunitarista, podem apresentar pesos diferentes, uma vez que na visão de Forst a justificação das normas jurídicas³⁹ não se apoia num determinado conceito de autonomia pessoal como se fosse um *“ideal ético da vida auto determinada como as teorias comunitaristas e ético-liberais assumem igualmente”*, mas com valorização diferenciada.

Neste confronto, Forst observa que a dimensão da norma moral, da justificação moral e do reconhecimento moral⁴⁰ é desconsiderada pela teoria comunitarista, que compreende o conceito de contexto de forma muito estreita e não observa adequadamente o contexto universal da humanidade.

A autonomia moral não pressupõe nenhum reino “puro” da obrigação moral, mas uma ação segundo razões compartilháveis, intersubjetivas e justificadas reciprocamente. Forst considera que autonomia moral significa, portanto, agir segundo normas que valem universalmente⁴¹, num sentido moral irrestrito. Que não são contestáveis com boas razões; sua validade é incondicional.

Esta formulação procedimental, segundo Forst, exige que as normas que afirmam, para isso vale para que todos os seres humanos possam sustentar essa pretensão de validade diante de todos.

Neste contexto, a justificação de ações, segundo Forst, não pode ser separada da questão de justificação de normas, fundamentação e a aplicação de normas que também não podem

³⁹ FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo, p. 277.

⁴⁰ FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo, p. 283.

⁴¹ FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo, p. 319.

sê-las estritamente se tivermos em mente critérios de universalidade e reciprocidade⁴².

A justificação moral exige o respeito a todos e a cada pessoa como autora e destinatária de pretensões de validade. Há neste contexto proposto pelo autor a exigência de presunção de intersubjetividade, razoabilidade de pessoas morais livres e iguais.

Considerações finais

A visão procedimentalista de Forst demonstra que a pessoa, que está no centro das questões sobre a justiça, não deve ser entendida exclusivamente como pessoa ética ou como pessoa do direito, como cidadão ou como pessoa moral, mas como “pessoa que responda por todas essas dimensões”. O autor pressupõe, segundo esta teoria, que uma sociedade que harmonize todos estes contextos pode ser considerada uma sociedade justa.

Considerando que os princípios de liberdade e igualdade, justificados no tempo pelas Cartas e Constituições, são exemplos que oferecem e vão oferecer uma reflexão a serem cobradas permanentemente. Pode-se afirmar que tais instrumentos, que foram justificados a partir do século XVIII, receberam sua validade moral e continuarão a renovar sua justificação de forma atemporal porque são princípios morais, e, como tais, estão acima de valores éticos, normas e políticas.

No mundo vivido pode-se observar que eventualmente a ausência de referências, de valores, atende a um relativismo, muitas vezes aplaudido nos escaninhos políticos, permitindo que o método de justificação possa ser validado e protegido por um outro manto protetor.

Nesta condição, em ambientes reconhecidos por sua desreferenciação, há de ter-se o cuidado de que todos desejos de indivíduos razoáveis possam se tornar princípios albergados pelo

⁴² FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo, p. 320.

relativismo ético e moral e transformados em direitos morais. Fato que não altera o método proposto por Forst, uma vez que todos podemos concordar com sua validade.

A tese de Forst contribui para esta reflexão, além de estabelecer uma forma de justificação, de autoquestionamento através da razão intersubjetiva, que aponta para um procedimentalismo e confere às pessoas morais, livres e iguais o direito de justificar em múltiplos contextos suas normas e princípios morais.

A discussão deste contexto sugere que as dimensões *liberdade e igualdade*, decantadas pela revolução francesa e consideradas por alguns autores como desejos utópicos que ainda não se realizaram totalmente, continuarão ser justificadas no tempo.

Portanto, a proposta de discutir a “justificação pública da igualdade e liberdade” respeitando os princípios de reciprocidade e universalidade coloca a condição de garantia a estes direitos justificados moralmente, assim como identifica a existência imanente que desafia os seres humanos à conquista permanente destes princípios básicos.

A justificação da liberdade e igualdade tornou-se direitos fundamentais consagrados na Declaração Universal dos direitos Humanos, que oferecem garantias a toda pessoa moral de defender em contextos intersubjetivos o direito de justificação pelo questionamento recursivo do discurso.

Neste sentido, a ninguém pode ser negado o direito de pessoas morais, livres e iguais, diante da lei, de lutar universalmente por liberdade e igualdade, dimensões que, embora sejam desafiadas no tempo, estarão sempre albergadas pelo manto protetor da reciprocidade e universalidade.

Referências

- BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- , Teoria Geral da Política: a Filosofia política e as lições dos clássicos. 12ª impressão. Org. Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradução de Luiza Araujo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- FORST, Rainer. Contexto da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, Volume I. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HOBBS, Thomas, Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 2ª. Edição. São Paulo: Ícone, 2000.
- KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. 4ª. Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOCKE, John. Locke. Segundo tratado sobre o governo. Traduções de Anuar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ª. Edição, São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 23ª. Edição, São Paulo: Saraiva, 1995.
- RAWLS, John. Justiça e Democracia. Tradução Irene A. Patemont. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- , O Direito dos Povos. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- , Justiça como Equidade. Tradução de Claudia Beerliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 1ª. Edição, São Paulo: Abril Cultural, 1973. Os Pensadores.

TAYLOR, Charles. *Hegel*. Tradução de Nélcio Schneider. São Paulo: Livraria e Distribuidora, 2013.

WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

Linchamentos: entre o questionamento da desordem e a justiça

*Alessandra Mizuta de Brito*¹

*Bruno Machado*²

*Guilherme Siqueira*³

*Leandro Cordioli*⁴

*Nagea Moraes*⁵

Sumário

Introdução

1. Duas modalidades de violência coletiva: *Moblynching* e *Vigilantism*
2. Breve apontamento histórico da punição popular no Brasil
3. Violência coletiva: questionamento da desordem e justiça

¹ Doutoranda em Educação (ULBRA, Canoas). Doutora em Direito Processual Civil (PPGDir, PUCRS: Bolsista CAPES). Mestra em Direito Empresarial e Cidadania (UNICURITIBA). Especialista em Direito Privado (IBEJ/CESCAGE) e em Metodologia e Didática do Ensino Superior (CEULJI/ULBRA). Bacharela em Direito (Faculdade de Direito de Curitiba). Professora e Coordenadora do Curso de Direito (ULBRA, Canoas). Advogada. Membro da Comissão de Educação Jurídica (OABRS). Avaliadora ad hoc do BASIS (MEC/INEP). E-mail: alessandra.mizuta@gmail.com

² Graduando em Direito (ULBRA, Canoas). Pesquisador voluntário do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito (ULBRA, Canoas). E-mail: bruno.nunes38@gmail.com

³ Graduando em Direito (ULBRA, Canoas). Pesquisador voluntário do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito (ULBRA, Canoas). E-mail: siqueiraguilherme93@gmail.com

⁴ Doutorando em Filosofia (PPGfil, PUCRS: Bolsista CAPES). Mestre em Direito (PPGDir, UFRGS). Especialista em Direito Civil: Contratos numa Economia de Mercado (UFRGS). Especialista em Direito da Economia e da Empresa (FGV). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Professor de Direito (ULBRA, Canoas). Advogado. Professor Líder do GPFDir. Site: www.GPFDir.com. E-mail: LeandroCordioli@me.com

⁵ Graduanda em Direito (ULBRA, Canoas). Pesquisadora voluntária do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito (ULBRA, Canoas). E-mail: nagea.direito@gmail.com

3.1. A tentativa de linchamento de um casal em Araruama

3.2. O linchamento do Guarujá

Considerações finais

Referências

Introdução

A proposta do presente artigo constitui-se em uma investigação transdisciplinar acerca do linchamento. O objetivo geral da pesquisa consiste em revisar a bibliografia acerca da matéria e analisar os casos ocorridos no Brasil, buscando explicações sobre o que impulsiona a reação coletiva da comunidade contra indivíduos que transgrediram normas comuns à todos os cidadãos. Assim, procura-se responder os seguintes problemas: a) considerando que há uma institucionalização formal (política e jurídica) para resolver os conflitos sociais e punir os transgressores de modo imparcial e o mais justo possível, pode-se atribuir os linchamentos à insatisfação dos indivíduos para com as atuações da justiça (no sentido institucional)? e b) ainda que as instituições sejam falhas, a manifestação de violência coletiva contra um indivíduo, buscando reestabelecer a ordem das normas no momento em que ela foi rompida, pode ser considerado uma conduta justa?

A hipótese central para o item “a” é de que quando as instituições políticas e jurídicas falham e não atendem às expectativas básicas da comunidade (como garantia da segurança, saúde, etc.), surgem as manifestações explosivas de violência pelos cidadãos a fim de demonstrarem o desacordo da coletividade para com determinadas condutas que são intoleráveis dentro do seio social, exatamente por serem apartadas e corrompidas aos valores construídos dentro de uma determinada cultura. Assim, descartando-se determinadas questões ético-morais, o linchamento surge como uma estrutura supletiva de regeneração social, face à crise institucional e ao caos da desordem social em que os indivíduos justificam a retaliação como uma busca por justiça.

A hipótese sobre o item “b” estabelece a seguinte assertiva: se a manifestação do inconsciente coletivo desponta como uma resposta às falhas institucionais, uma vez que estas descumprem as promessas de garantia da ordem e da justiça à comunidade, talvez fosse demasiadamente reducionista pensar que o linchamento seria a forma de assegurar os bens que o Estado falhou em fornecer, porquanto há uma negação da racionalidade impessoal da justiça e do Direito. Logo, a comunidade estaria respondendo simplesmente com retaliação (vingança coletiva) e não deliberando acerca da conduta mais justa.

Diante disto, o presente artigo apresenta as explicações sobre o que move o despontamento do linchamento em pleno século XXI, uma vez que a formação das instituições políticas e jurídicas deveriam servir para efetivar uma relação contratualista de sociedade, evitando o “olho por olho, dente por dente” da incivilidade primitiva. Ainda, buscou-se refletir as ações violentas da coletividade contra indivíduos discordantes (violadores) dos valores da população, questionando se tais podem ser consideradas justas, na medida em que se justificam pela falha institucional em fornecer a segurança necessária de preservação da ordem na comunidade.

1. Duas modalidades de violência coletiva: *Moblynching* e *Vigilantism*

O entardecer de domingo reflete o momento de descanso para as pessoas que se preparam para o início da semana que se aproxima. Contudo, aquele dia 06 de abril de 2014 despontou um caso que rompeu a paz pelos gritos de xingamentos e desespero que soavam pelo bairro Vista da Serra II, a cerca de 30km da capital Vitória, no Espírito Santo⁶.

6 BELCHIOR, Douglas. Jovem negro é espancado e apedrejado até a morte. Disponível em <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/04/jovem-negro-e-espancado-e-apedrejado-ate-morte-espírito-santo.html>> Acesso em 09 de julho de 2018.

O olhar assustado do jovem negro de 17 anos simbolizou um cenário desesperador de um ser humano que tornou-se caça de sua própria espécie. Correndo em fuga da multidão que lhe perseguia enfurecida, deixou pelo caminho o rastro de seu sangue que vertia em meio ao medo. A comunidade, convertida em uníssima raiva materializada, armada com pedras, barras de ferro e pedaços de pau, buscava seu alvo como um leão que persegue a presa para o abate.

A vítima foi cercada e torturada por duas horas⁷. Ouviram-se os gritos de “mata logo” e de desespero daquele jovem indivíduo, que ao chão esforçava-se para resistir aos ataques físicos dos cidadãos. Infelizmente, a luta pela vida não obteve sucesso, pois embora resgatado por policiais e levado ao hospital, aquele garoto faleceu deixando a marca de seu sangue pelo chão e o silêncio monstruoso de uma injustiça que marca a comunidade com o peso da morte.

O jovem era usuário de drogas e furtava. No entanto, boatos sobre um suposto estupro imputado à ele como autor, levariam esta cena a cabo, liquidando a sua existência viva e sem direito a defesa. Ninguém da comunidade soube explicar o que aconteceu realmente, a autoria do fato delinquencial imputado ao linchado não foi comprovada e a mãe da vítima disse à mídia que todos da família sofrem e têm medo de sair à rua⁸.

Este trágico caso constitui uma modalidade de linchamento comum no Brasil, denominada *moblynching*, que se contrapõe à outra chamada *vigilantism*. Assim, referente à primeira categoria, José de Souza Martins explica que trata-se de

⁷ BORGES, J.; MONTEIRO, A. Suspeito de estupro na serra é espancado por moradores. Disponível em <<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2014/04/suspeito-de-estupro-na-serra-es-e-espancado-por-moradores.html>> Acesso em 09 de julho de 2018.

⁸ G1 ES. “Peçam perdão a Deus”, diz mãe de jovem espancado até a morte no Espírito Santo. Disponível em <<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2014/04/pecam-perdao-Deus-diz-mae-de-jovem-espancado-ate-morte-no-es.html>> Acesso em 09 de julho de 2018.

grupos que se organizam súbita e espontaneamente para justificar rapidamente uma pessoa que pode ser ou não ser culpada do delito que lhe atribuem. É um tipo de justicamento que cuja lógica está subjacente ao acontecimento em si e raramente pode ser explicado de modo racional pelos participantes⁹.

Portanto, o *moblynching* predomina no Brasil como manifestação violenta da comunidade contra um infrator, buscando desenfreadamente punir aquele que violou as normas morais e jurídicas comuns à todos os cidadãos, independentemente da validade dos fatos delinquentes imputados ao agente. Logo, as características que identificam uma ação *moblynching* são exatamente aquelas constatadas no caso do jovem linchado no Estado do Espírito Santo, pois estão presentes uma organização popular espontânea, que atribuiu a autoria de um crime moralmente reprovável (estupro) à um membro e o justicou de forma violenta, sem possibilidade de defesa ou comprovação do delito imputado.

Quanto a segunda modalidade denominada *vigilantism*, Martins destaca que historicamente decorria de uma organização própria do oeste norte-americano, explicando que este justicamento popular decorria “da ação de grupos organizados que impunham valores morais e normas de conduta através do julgamento rápido e sem apelação da própria comunidade”¹⁰. Ainda, entende-se que essa forma de punição vem do puritanismo, explicando porque há muitos casos nos Estados Unidos desde o início do século XVIII¹¹.

Por outro lado, no Brasil, não verifica-se um grupo definido e organizado para um fim específico como há nos Estados Unidos, por isso o sociólogo José de Souza Martins considera o *vigilantism* uma ação mais rara por aqui. No entanto, quando a imprensa destaca

⁹ MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 25.

¹⁰ MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 25.

¹¹ LOUREIRO, A.R. A Justiça popular no Brasil e os direitos fundamentais (monografia), p. 13.

grupos que são estabelecidos por justiceiros anônimos para punir delinquentes devidamente identificados, têm-se a hipótese de configuração do *vigilantism*, uma vez que trata-se de grupos estabelecidos para simbolicamente reprimir o crime.

Quanto ao fator racial de movimento de grupos contra indivíduos, Martins diz que

ao contrário dos EUA, ainda não se tem informação suficiente sobre distinções raciais na prática dos linchamentos. É verdade que há indícios de que o negro pode ser uma vítima preferencial de linchadores. Mas há indícios, também de negros participando de linchamentos de negros. Fica difícil, pois, assumir o preconceito racial como motivação fundamental dessa forma de justiça¹².

De um outro ponto, Jaqueline Sinhoretto apresenta análise, respeitando a ramificação complexa do tema, de que o *vigilantism* seria a organização coletiva em reação à falha institucional em assegurar os anseios sociais. Assim, refere a socióloga que:

as interpretações construídas em torno do vigilantismo são muito variadas, apegando-se por vezes à ineficiência do sistema de justiça criminal oficial, por vezes à existência de uma ideologia da autodefesa, ou à existência de um perfil conservador entre os participantes dessas ações, ou ainda às atitudes culturais diante das leis, da política e da cidadania¹³.

Diante disso, é possível constatar que para a literatura sociológica, o *vigilantism* está atribuído à organização do grupo para um fim específico de linchamento, que é de algum modo operado conscientemente e de forma premeditada pelos membros da comunidade. Logo, diferencia-se do *moblynching* por não ser

¹² MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 23.

¹³ SINHORETTO, Jacqueline. Linchamentos e resolução de litígios: estudo de caso de periferias de SP. In: XXII Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu. Anais do XXII Encontro Anual da ANPOCS, 1998. p. 4.

uma ação espontânea e súbita de rápido justicamento contra um indivíduo que violou normas comuns à todos os cidadãos.

2. Breve apontamento histórico da punição popular no Brasil

O linchamento é uma manifestação de violência coletiva que persiste em pleno século XXI como um comportamento arcaico presente no inconsciente dos indivíduos, e que desponta visivelmente quando há uma crise social ou uma constante ameaça, exatamente por não dispor a sociedade de outro mecanismo para se reconstituir¹⁴. Neste sentido, considerando que o linchamento é um fenômeno complexo, não é possível falar que a violência coletiva é meramente uma manifestação irracional ou de barbárie, pois não se trata de ação cuja natureza seja patológica, mas sim manifestação integrante de um universo cultural que lhe confere uma dada racionalidade e lhe imprime um sentido lógico funcional¹⁵.

Assim, levada em conta as circunstâncias culturais e partindo de uma perspectiva histórica, percebe-se que geralmente as experiências de justiça popular estão ligadas a contextos de lutas revolucionárias e de rebelião populares. Teixeira e Nummer dizem que:

os atos de justiça popular emergentes na Europa de outrora foram marcados por um *modus operandi* anti-judiciário e por ritos que revelam a alteridade em relação aos tribunais. A característica fundamental dessa forma de justiça é a ausência de um terceiro sujeito que julga e que, ao mesmo tempo, está acima da disputa¹⁶.

¹⁴ MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 9.

¹⁵ SINHORETTO, Jacqueline. Linchamentos: insegurança e revolta popular. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 4, p. 75.

¹⁶ TEIXEIRA, W. M.; NUMMER, F.V. Controle Social pela Violência: as práticas de linchamento em Belém (PA). In 3º Encontro da Região Norte da Sociedade Brasileira de Sociologia: Amazônia e Sociologia: fronteira do século XXI, Manaus. Anais do 3º Encontro da Região Norte da Sociedade Brasileira de Sociologia: Amazônia e Sociologia, 2012. p. 4.

No Brasil, o fenômeno da violência coletiva não é uma novidade, pois há registros documentais deste tipo de comportamento violento no Brasil já no século XVI. Contudo, o vocábulo linchamento passou a ser utilizado pela imprensa no século XIX, vésperas da abolição da escravidão, quando noticiavam os frequentes linchamentos ocorridos nos Estado Unidos e no Brasil, apontando como fatores as rebeliões contra brancos e as motivações raciais¹⁷.

A par das modalidades de linchamentos abordadas, é possível verificar que em termos históricos, de um modo geral, os linchamentos ocorridos no século XXI são similares (*modo operandis*) aos que ocorriam ainda no Período do Brasil Colonial. As formas de sentenciamentos comuns da justiça oficial brasileira até 1874 eram os enforcamentos, decapitação e decepção das mãos, que semelhantemente tinham a mesma estrutura de espetáculo público do período inquisitorial na Europa¹⁸.

Essa forma de punição ao corpo físico, como um teatro real a céu aberto, ainda é visível nos linchamentos atuais, tendo como coadjuvantes ativos na execução do linchado tanto homens adultos, como mulheres e crianças, o que aparentemente confirma um caráter ritual dado pelos linchadores à punição popular, em que todos da comunidade são obrigados a participar para deixar claro que a punição é a resposta dada às transgressão de padrões de condutas morais daquela cultura.

Sobre os suplícios dos corpos condenados, Michel Foucault escreve que no final do século XVIII e início do XIX as festas de punições foram desaparecendo, deixando de existir o corpo como objetivo principal da repressão penal. Assim, desaparecendo o suplício como espetáculo, já não há o domínio sobre o corpo do

¹⁷ MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 21.

¹⁸ MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 10.

indivíduo infrator¹⁹. O que se aborda com esta questão, não é propriamente a questão dos corpos dóceis que o autor estabelece como resultado de dominação das instituições, mas sim o ponto referente ao espetáculo público de punição, que embora desaparecido do sistema oficial punitivo, permaneceu no inconsciente dos indivíduos, despertando sempre que a sociedade se sente insegura e precisa manifestar a crise de alguma forma, no caso, através da violência dos linchamentos²⁰.

O que se pode compreender brevemente é que o linchamento não é novidade na sociedade brasileira, pois as origens são antecedentes à contemporaneidade e apresentam uma larga similaridade no modo de execução do ato da violência coletiva enquanto espetáculo público, sugerindo a hipótese de que as razões de linchar eclodam em diferentes tempos como manifestação de reprovabilidade da comunidade a condutas isoladas, de forma espontânea e súbita (*moblynching*) ou organizada para fins específicos (*vigilantism*).

3. Violência coletiva: questionamento da desordem e justiça

Por média, uma pessoa é linchada por dia no Brasil. Sendo que 90% (noventa por cento) dos linchados conseguem sair vivos das agressões graças às autoridades policiais, que chegam ao local para cessar a violência coletiva e recolher as vítimas desta modalidade de justicamento²¹.

Na maior parte dos casos, as vítimas são assassinadas de forma brutal, sendo acentuada a violência quando o crime é causador de grande comoção social na comunidade. Assim, visando expressar o desacordo com a transgressão criminosa, a

¹⁹ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão.

²⁰ MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 9.

²¹ MARTIM, Maria. O Brasil tem um linchamento por dia, não é nada excepcional. El País. Disponível em < https://brasil.elpais.com/brasil/2015/07/09/politica/1436398636_252670.html > Acesso em: 09 de maio de 2018.

comunidade executa um rito de violência coletivo contra o linchado através de chutes, pontapés, pauladas, pedradas e, por fim, possivelmente a queima ou dilaceração do corpo da vítima ainda viva.

Quando a violência coletiva mostra-se em um grau acentuado de barbárie e obedece uma ritualística que visa mutilar, arrastar o corpo pela rua e exibir o castigo do transgressor das normas da comunidade, há um reforço indicativo de que o propósito dos linchadores é superior à morte da vítima. Neste sentido, Martins explica que "se trata de impor ao criminoso expiação e suplício reais ou, no caso do que já está morto, expiação e suplício simbólicos, como é próprio dos ritos de vingança e sacrifício na antiguidade"²².

Estas práticas são denominadas de ritual de exclusão e servem como "desumanização daqueles cuja conduta é socialmente imprópria, desumana"²³. Isso quer dizer que não é suficiente que o infrator seja punido com a morte, mas sim que ele seja desconfigurado enquanto pessoa, deixando de simbolicamente parecer uma figura humana. Por isso que os linchados são mutilados, transfigurados e tem os corpos carbonizados, transformando o que era humano em um não humano. Essa ritualística fica muito visível quando há "linchamento, mutilação e arrastamento pelas ruas de cadáveres de pessoas que os grupos queriam linchar, mas que foram mortos de outro modo, geralmente pela polícia"²⁴.

Face a toda barbárie humana exposta, há a confirmação de que o linchamento é hoje um componente da realidade social, onde a justiça das ruas disputa com a justiça dos tribunais. Pois, nos últimos 60 anos mais de um milhão de brasileiros já participaram de pelo menos um ato de linchamento ou de uma tentativa de

²² MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 81.

²³ MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 81.

²⁴ MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 20.

linchamento²⁵. Assim, pode-se perceber que a crescente frequência dessas ocorrências já pode ser o resultado de um efeito multiplicador, o que se nota em municípios e bairros onde tendo ocorrido um linchamento, com facilidade ocorre outro, “o que abre caminho para a eficácia do imaginário arcaico na ação do homem comum e sua explosão intensa na rotina cotidiana da população”²⁶.

Para uma análise fática, será apresentado dois casos brasileiros, devidamente selecionados, visando elaborar uma reflexão acerca do linchamento.

3.1. A tentativa de linchamento de um casal em Araruama

Em maio de 2017, na cidade de Araruama, no Estado do Rio de Janeiro²⁷, uma multidão composta por civis da comunidade local direcionou-se enfurecida contra um carro branco, executando um cerco violento para atingir um homem e uma mulher que estavam no interior do automóvel. A motivação da ação coletiva teve como fator principal uma notícia falsa, propagada via mídia digital whatsapp, que apontou as vítimas como sequestradores de uma criança da cidade. O casal sofreu fisicamente ferimentos leves e um enorme abalo psíquico, sendo salvos pela guarda municipal do Município que impediu a concretização de uma execução de linchamento fatal, em sua forma mais primitiva e selvagem.

A falsa notícia referente ao suposto sequestro de um infante na cidade de Araruama/RJ se propagou rapidamente por meio de um mecanismo de comunicação virtual, próprio de um período pós-moderno em que as pessoas estão aflitas e inseguras, gerando

²⁵ SANSON, Cezar. Em 60 anos um milhão de brasileiros participaram de linchamentos. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/170-noticias/noticias-2014/530274-qem-60-anos-um-milhao-de-brasileiros-participaram-de-linchamentosq>>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

²⁶ MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 37.

²⁷ CARDOSO, P.H. Multidão cerca carro e tenta linchar casal suspeito de sequestrar. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rj/regiao-dos-lagos/noticia/2017/04/multidao-cerca-carro-e-tenta-linchar-casal-suspeito-de-sequestrar-crianca.html>> Acesso em: 09 de maio de 2018.

consequentemente credibilidade às notícias sensacionalistas que circulam pela web, atíçando o sentimento de vingança coletiva.

Os linchamentos constituem resposta ao que é transgressão do socialmente tolerável, por isso determinadas condutas são selecionadas pela coletividade para serem punidas de modo muito mais rígido e de forma violentamente primitiva²⁸. Assim, como a notícia falsa divulgada tratou-se de sequestro de criança, a comoção causada no seio social possivelmente tenha sido despertada de forma mais intensa que outras condutas desviantes. Isso porque, talvez, a percepção comum da comunidade seja de que os infantes sejam vulneráveis e necessitem de um olhar protetivo especial, sendo considerado qualquer crime contra estes uma covardia intolerável. Neste sentido, os linchamentos seriam um indicativo da existência de um arraigado sistema de valores subjacentes ao comportamento coletivo violento, em uma combinação conflituosa de dupla moral entre a violência da comunidade e os valores racionais da lei e da justiça, podendo-se compreender, inclusive, que a legitimidade da instituição normativa estaria sendo colocada em questão pelos membros da comunidade, uma vez que ao tomarem forma de linchadores estariam objetivando apontar, mesmo que inconscientemente, a existência de normas e valores que são invioláveis dentro do seio social, sob pena de punição violenta²⁹.

Diante disso, depreende-se que quando os crimes envolvem pessoas vulneráveis (vítimas do linchado) há maior tendência à punição popular do suposto infrator. Outrossim, vislumbra-se o tamanho grau de injustiça que materializou-se em razão de uma falsa notícia propagada por rede social da internet. O calor das emoções populares acabaram por sucumbir a racionalidade do direito, negando algumas garantias decorrentes de evolução histórica àqueles aos quais supostamente seriam os autores de um

²⁸ MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 66.

²⁹ MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 26-27.

crime de sequestro de um infante. Assim, a cega busca por uma resposta de punição violenta e imediata, quase que alcançou uma finalidade que seria irreversível, excessiva e completamente incivilizada.

3.2. O linchamento do Guarujá

No dia 03 de maio de 2014, a dona de casa Fabiane Maria de Jesus foi espancada por dezenas de moradores na cidade de Guarujá, litoral de São Paulo vindo falecer dois dias depois no hospital Santo Amaro, com traumatismo craniano. O espancamento ocorreu no bairro Morrinhos, no início da noite, tendo como motivação uma falsa notícia sobre o sequestro de uma criança, que supostamente seria usada para um ritual de magia negra. Conforme divulgado pela imprensa, Fabiane, após fazer compras num minimercado, passou a mão na cabeça de uma criança que estava pela rua e lhe ofereceu uma fruta. Nesse instante, alguém teria apontado a mulher como sendo a bruxa da internet, porque supostamente semelhante à figura representada em difundido retrato falado. Na sequência, iniciou-se o espancamento, que durou em média de 2 horas, tempo suficiente para juntar um grande número de justiceiros³⁰.

Os linchamentos costumam assumir um caráter ritual, que mostram-se claramente punitivos e situados na lógica da vingança e expiação³¹. Neste sentido, percebe-se que o objetivo central do linchamento do Guarujá não era exclusivamente prevenir que mais crimes viessem a ocorrer, mas sim punir excessivamente aquela que supostamente estaria rompendo normas morais e jurídicas consideradas invioláveis para a comunidade. Logo, seria aquela

³⁰ ROSSI, Mariane. Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>> Acesso em 29 de maio de 2018.

³¹ MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil, p. 26.

infratora um objeto central que merecia a vingança punitiva dos membros da comunidade.

Ainda, o linchamento pode ser a ocorrência de um fenômeno de canalização da violência grupal contra uma única vítima, que é tomada como bode expiatório. Sobre isso, Furtado e Franck Jr. dizem que:

trata-se da primeira forma de restauração da ordem nas comunidades primitivas, as quais, constantemente abaladas por “ciclos de vingança” – por não contarem com um sistema judiciário para contenção de violência – reconciliavam-se às custas de um bode expiatório, isto é, por meio do assassinato de um dos seus membros, injustamente culpado pela crise instaurada no grupo³².

Após a análise dos dois casos, compreende-se que os linchamentos vão além da exposição de violência coletiva, pois são expressões trágicas de processos de desagregação social, em que a sociedade manifesta a descrença nas instituições do Estado e busca resgatar valores que estão ameaçados. Logo, a comunidade age contra o infrator, tido como bode expiatório, fazendo ser notado o desacordo do rompimento das normas morais e com a postulação do necessário restabelecimento da ordem onde ela foi rompida.

Ao contrário de um processo penal democrático, que constitui um direito do criminoso em ser punido pela racionalidade imparcial do Estado e não pela emoção popular que tende a ser excessiva, o linchamento consagra-se como uma demonstração de injustiça, pois há uma distância conceitual de atos de mera vingança e atos justos e racionais. Quanto à primeira acepção nada mais consiste do que atos de retaliação aos males sofridos, diferente da segunda acepção, que consiste em atos que são de acordo com a justiça. Assim explica Aristóteles que:

³² FURTADO, Letícia de Souza; FRANCK JUNIOR, Wilson. O linchamento de Guarujá e a violência mimética de René Girard. *Iurisprudência: Revista da Faculdade de Direito da Ajes*, 2014. p. 108.

Parece que para alguns a justiça é simplesmente retaliação, tal como disseram os pitagóricos. Eles definiram o sentido de justiça como sendo simplesmente fazer alguém passar pelo sofrimento que infligiu a outrem. Mas a simples retaliação não coincide com a justiça distributiva nem com a justiça corretiva-ainda que se pretenda ser este o sentido de justiça atribuído a Radamanto: se alguém sofrer aquilo que por sua ação obrigou a sofrer, terá acontecido justiça de modo correto porque a retribuição como retaliação está em desacordo com a justiça a respeito de muitas coisas³³.

Neste sentido, mesmo tendo em conta todas as explicações levantadas pela sociologia, não se pode desconsiderar que o linchamento é uma manifestação coletiva que visa punir um indivíduo como retribuição de sofrimento que o mesmo fez a outrem da comunidade, ou seja, uma vingança da comunidade àquele infrator das normas coletivas e, portanto, não compatível com o que se entende por justiça. Além disso, verifica-se que há uma razoabilidade explicativa para as razões da sociedade levantar-se contra o infrator, mas isso não significa que é direito desta comunidade em fazê-lo, pois os atos justos não devem ser movidos pelo calor das emoções, mas sim pela racionalidade. Esta é a razão central de ser o Estado o titular do direito de punir (*ius puniendi*) e aqui é que resta mais claro a diferença entre a justiça e a retaliação (mera vingança). Diante dos casos abordados entende-se a desproporcionalidade da pena pelos populares e evidencia a sua natureza irracional e injusta.

Considerações finais

O linchamento expressa uma crise de desagregação social, pois expõe o tumultuado empenho da sociedade em restabelecer a ordem onde ela foi rompida, sobretudo em razão do sentimento de falência do Estado em prevenir os delitos. Essas manifestações

³³ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*, V 1132b21.

coletivas demonstram-se claramente punitivas e expõem a lógica da vingança privada, negando a racionalidade impessoal do que é de acordo com a justiça e o Direito.

Assim, a prática do linchamento ocorre em razão da percepção da crise institucional e o sentimento de desordem e insegurança dos valores vividos pela sociedade. Assim, a reação coletiva ultrapassa os limites da legitimidade do Estado e da lei, colocando todos os indivíduos em perigo constantes de sofrer uma punição injusta e excessiva por meio dos próprios coabitantes da comunidade.

Posto isto, verifica-se que a sociedade falha na capacidade de abranger laços de tipo contratual, na reciprocidade e respeito aos direitos do outro, mesmo quando este é um criminoso que violou as normas mais valorizadas pela coletividade. Neste sentido, percebe-se que os protagonistas ativos do linchamento possuem a certeza de que participam de um ato moralmente justo, porque buscam a regeneração do rompimento da ordem social. Contudo, a imprecisão da punição popular pela via irracional gera injustiça porque em desacordo com o direito e com as normas que garantem um devido processo legal, evitando que excessos sejam cometidos.

Referências

ARISTÓTELES, *Ética à Nicômaco*. Tradução do grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

-----, *Política*. Tradução de Antônio Capelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Edição bilíngue. Lisboa: veja, sem data.

CORDIOLI, Leandro. O que é justiça? Personalismo ético e institucionalismo político. IN: CORDIOLI, Leandro; KOLLING, Gabrielle; QUARTIERO, Alexandre da Silva. *Lições Fundamentais de Direito III*. P. 197- 227. Porto Alegre. Paixão Editores, 2016.

FURTADO, Letícia de Souza; FRANCK JUNIOR, Wilson. O linchamento de Guarujá e a violência mimética de René Girard. *Jurisprudentia: Revista da Faculdade de Direito da Ajes*, v. 3, p. 107-134, 2014.

GARCIA, G. V.; SILVA, J. M. B. ; FIORI, L. E. StrangeFruit: uma análise discursiva da luta racial norte-americana no canto negro de Billie Holiday. In ANAIS DO I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO OBSERVATÓRIO DAS MIGRAÇÕES EM RONDÔNIA: POPULAÇÕES E FRONTEIRAS. V. 1. Porto Velho, 2016. P. 68-81.

LOUREIRO, A. R. A Justiça popular no Brasil e os direitos fundamentais (monografia). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2015.

MARTINS, José de Souza. Linchamentos: justiça popular no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015.

-----, Linchamento: o lado sombrio da mente conservadora. *Tempo Social*. São Paulo: USP, 1996

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

SINHORETTO, Jacqueline. Linchamentos e resolução de litígios: estudo de caso de periferias de SP. In: XXII Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu. Anais do XXII Encontro Anual da ANPOCS, 1998.

-----, Linchamento é uma revolta popular. Mas contra o quê?. In: Carlos Serra. (Org.). Linchamentos em Moçambique I (uma desordem que apela à ordem. 1ed. Maputo: Imprensa Universitária, 2008, v. I, p. 231-266.

-----, Linchamentos: insegurança e revolta popular. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 4, 2009.

TEIXEIRA, W. M.; NUMMER, F.V. Controle Social pela Violência: as práticas de linchamento em Belém (PA). In 3º Encontro da Região Norte da Sociedade Brasileira de Sociologia: Amazônia e Sociologia: fronteira do século XXI, Manaus. Anais do 3º Encontro da Região Norte da Sociedade Brasileira de Sociologia: Amazônia e Sociologia, 2012.

Do estado liberal ao estado democrático: um pressuposto teórico político em Norberto Bobbio

Celestino Taperero Fernando¹

Everton Miguel Puhl Maciel²

Sumário

Considerações iniciais

1. O estado liberal

2. Estado democrático

3. As relações entre o estado liberal e o estado democrático

Considerações finais

Referências

Considerações iniciais

No sentido geral a gênese da democracia historicamente é datada desde a época clássica com os pré-socráticos até a época atual. A democracia sempre foi e continua sendo o centro do debate. Neste sentido afirmar-se que a democracia nasceu de uma concepção individualista da sociedade. A democracia caracteriza-se

¹ Doutorando em História (PPGH, PUCRS; Bolsista da CNPq). Mestre em Filosofia (PPGFI, PUCRS). Licenciado em Filosofia pela Universidade Pedagógica de Moçambique. Possui formação complementar em pedagogia de alternância para as Escolas Profissionais Familiares Rurais em Moçambique (DSOP e ESSOR). Foi docente e formador de ativistas pró-ambiente diplomado pelo MICOA (Moçambique). E-mail: ctaperero@hotmail.com

² Doutor em Filosofia (PPGFI, PUCRS). Mestre em Filosofia (PPGFI, UFPel). Graduado em Filosofia (UFPel). Professor Adjunto (UNIFAP, AP). E-mail: jornalista maciel@gmail.com

pela constituição pactuada de um conjunto de regras fundamentais que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos. Por sua vez, o liberalismo é considerado como uma doutrina baseada na defesa da liberdade individual nos campos econômico, político, religioso e intelectual, contra as ingerências e atitudes coercitivas do poder estatal.

No que tange o Estado liberal, Bobbio tece que não é só o pressuposto histórico, mas também jurídico do Estado democrático, não se esquecendo de que essa visão parte da sua formação intelectual: ele foi um filósofo, militante político defensor das normas jurídico na doutrina do direito, leitor da filosofia do direito de Kant, e isso influenciou de uma forma significava suas abordagens. Ao dar ênfase ao seu pensamento político e jurídico, Bobbio também procurou buscar e estabelecer os direitos do homem, afirmando que o direito à liberdade religiosa consiste no direito a professar qualquer religião ou não professar nenhuma; o direito à liberdade científica consiste no direito a professar qualquer verdade científica ou a não professar nenhuma; mas, essencialmente, consiste no direito a não sofrer empecilhos no processo da investigação científica.

Se olharmos esse seu pensamento, acabaremos de entender que o Estado democrático que Bobbio pretendia explicitar é aquele que tem primado de garantir os bens primários para seus povos, tais como: liberdade, educação, saúde e muito mais outras necessidades relacionados às necessidades básicas do povo. Também consta no seu pensamento político-histórico o direito a não ser escravizado, isso implica a eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado também implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos podem ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada³.

³ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, p. 23.

Esse pensamento revela que o Estado democrático deve preservar necessidades básicas e naturais do povo dentro de uma regra. Com pode-se ver na obra do filósofo italiano *Liberalismo e democracia* (2000), aparece explícito que o Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois sentidos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático; e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais, como um direito natural.

1. O estado liberal

O liberalismo⁴ defendido por Bobbio tem como objetivo central a defesa dos direitos intrínsecos de cada indivíduo. Dando continuidade nesse pensamento bobbiano é visível que o liberalismo, para além de ser defensor dos direitos individuais, também tem a capacidade e intenção de fazer com que todos os cidadãos tenham o direito de participar de uma forma direta ou indireta das decisões coletivas. Assim, o liberalismo engloba uma extensa liberdade de direito político. Como podemos ver nos argumentos do autor o “Estado liberal, tem a ver com o igualitarismo democrático, o qual se estende ao ponto de perseguir o ideal de uma certa equalização econômica, estranha à tradição do pensamento liberal”⁵. Bobbio considera o liberalismo como sendo “superior historicamente às outras formas políticas, opera como fundamento e condição necessária do governo democrático moderno”⁶. Bobbio escreve que:

⁴ A história do Estado liberal passa pela substituição do governo absolutista pelo governo constitucionalista, pela ampliação da capacidade política dos indivíduos e pela libertação do domínio estrangeiro.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*, p. 42.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*, p. 219.

O Estado liberal nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, em períodos históricos de crise mais aguda, de uma ruptura revolucionária (exemplares os casos da Inglaterra do século XVII e da França do fim do século XVIII); racionalmente, o Estado liberal é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura⁷.

Nesse contexto, no liberalismo a ideia do indivíduo é o centro de toda sua atenção, porque a tese principal do liberalismo é de que o fim do Estado é apenas a segurança entendida como a certeza da liberdade no âmbito da lei. Essa lei garante todos os direitos do indivíduo, e isso nos levará a acreditar que sem o individualismo não há liberalismo. Bobbio, no liberalismo, considera o Estado de direito como aquele que tem todos os poderes públicos, e esses estão dentro de uma regra estabelecida pela lei.

Estado de direito entende-se, geralmente, um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poderes⁸.

No Estado de direito, os direitos naturais são constitucionalizados, com intuito de acolher todos os mecanismos constitucionais e que sejam usados para coibir arbitrariedade e ilegitimidade do poder. Nele a liberdade é garantida pelos mecanismos constitucionais do próprio Estado de direito.

Quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos

⁷ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, p. 14.

⁸ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, p. 18.

naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau⁹.

Neste caso, Bobbio divide o estado de direito em dois sentidos, forte e fraco. O Estado de direito em sentido forte, é o próprio da doutrina liberal, isto é, “são parte integrante de todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder”¹⁰. Por sua vez, o “Estado de direito em sentido fraco, que é o Estado não-despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis, e do Estado de direito em sentido fraquíssimo”¹¹. O Estado de direito no sentido fraco trata-se do “Estado não-despótico, dirigido pelas leis. Já o Estado de direito em sentido fraquíssimo considera que as noções de Estado e de direito estão isentas de “toda força qualificadora, como é o caso do Estado kelseniano”¹², em que todos são Estados de direito desde que resolvidos em seu ordenamento jurídico.

O Estado de direito também é fundamental nos limites de poder do Estado, onde podemos encontra-lo dividido em Estado máximo e Estado mínimo. O Estado mínimo é mais controlável do que o Estado máximo. É importante lembrar que a primazia do uso da lei como instrumento principal de dominação, prerrogativa máxima do poder soberano opõe Hobbes, Rousseau e Hegel aos fatores do governo da lei.

Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de

⁹ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, p. 14.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, p. 15.

¹¹ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, p. 18.

¹² CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista.

alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípio ‘invioláveis’¹³.

É a partir dessa tese que podemos encontrar as ideias da distinção de três tipos de Estado de direito: em sentido fraco, em sentido fraquíssimo e em sentido forte como já havíamos mencionado nos parágrafos anteriores.

2. Estado democrático

No contexto geral é importante primeiro partir da ideia de que, na teoria da democracia, estão patentes as três tradições históricas, por sua vez na época contemporânea da democracia desenham, por sua vez, as três grandes tradições do pensamento político:

Na época clássica, encontramos o aristotelismo com sua teoria de três formas de governo (democracia, monarquia e aristocracia), segundo a qual, a democracia, como governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, distingue-se da monarquia, como governo de um só, e da aristocracia, como governo de poucos. E, no período medieval, com seu apogeu na Itália, na cidade de romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo, aquele que deriva do povo e se torna representativo, ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior. Deus é o destino de todos os poderes, segundo a parcela mais representativa do conhecimento e ideias políticas do período medieval, com seus pilares pensadores, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, Plotino, Alberto Magno e outros.

Maquiavel traz consigo o pensamento político moderno, o mesmo pensamento gera o Estado moderno na forma das grandes

¹³ BOBBIO, Norberto. Qual Socialismo? Debate Sobre uma Alternativa, p. 18.

monarquias, segundo o qual as formas históricas de governo são essencialmente duas: a monarquia e a república. Essa teoria é mais usual porque traz consigo a ideia de intercâmbio, típica da renascença, mas também deu ao iluminismo e, na mesma época, se discutiu as ideias dos partidos democráticos e republicanos. As nações, pro seu turno, passam a se chamar governo do povo ou também as federações com governo totalmente descentralizado, característica da distribuição de poder republicana.

Bobbio no seu livro, *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*, parte do pressuposto de que “a exigência, tão frequente nos últimos anos, de maior democracia exprime-se como exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta”¹⁴. O autor afirma essa luta democrática não é uma novidade no seio da história política, porque “já a havia feito, como se sabe, o pai da democracia moderna, Jean-Jacques Rousseau, quando afirmou que a soberania não pode ser representada”¹⁵. Em relação à democracia, Mill afirma que ela “é o regime político que melhor possibilita a educação pública dos cidadãos”¹⁶ já, para Bobbio, a democracia, caracteriza-se pela constituição pactuada de um conjunto de regras fundamentais que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos.

Antes de desenvolvermos a ideia da democracia representativa e direta, primeiro queremos estabelecer a diferença entre o estado de direito e democracia. Bobbio começa por chamar atenção, antes de fundamentar a sua tese, de que, devemos tomar muito cuidado para não confundirmos o Estado de direito¹⁷ e

¹⁴ BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade, p. 41.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade, p. 41.

¹⁶ MILL, J. S.. Sobre a Liberdade, p. 148.

¹⁷ Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípio ‘invioláveis’ (BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política, p. 18s).

democracia, mesmo sabendo que o Estado de direito carece de princípios democrático para sua efetivação.

Nesse caso, Estado de direito é definido como aquele que tem o melhor modo de governo: das leis ou dos homens. Por enquanto, a democracia se questiona sobre qual a melhor forma de governo. Segundo podemos ver, o “regime democrático se entende, primariamente, como “um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”¹⁸.

Entretanto é importante compreendermos que Bobbio desenha essa ideia devido a questão histórica que se vivia desde os pré-socráticos até os pós-moderno querendo saber qual seria o melhor governo entre a democracia e monarquia. Nas ideias do autor podemos perceber que em qualquer regime democrático há instituição de normas e leis que regulam o “jogo” das disputas políticas. Tal conjunto de regras foi o grande suporte para os Estados modernos que se estabelecem previamente em constituições para tratar da forma de como o poder político seria disputado e exercido em um determinado país.

Retomando a ideia das duas formas de democracia, é importante anunciar que o regime democrático se ramifica em duas formas de democracia que são a democracia direta e a democracia representativa. Bobbio, no *Liberalismo e Democracia*, dá a entender que essas duas formas das democracias se originam dos mesmos princípios de soberania popular (a ideia de que o poder emana do povo).

Como nos antigos, a democracia é o regime no qual o poder está na mão do povo. Bobbio, por seu turno, concebe da mesma maneira, mas dentro do conceito cria uma repartição para se diferenciar da concepção antiga. Para ele a democracia ¹⁹

¹⁸ BOBBIO, Norberto. Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil, p. 22.

¹⁹ A democracia nasceu de uma concepção individualista de sociedade, isto é, da concepção para a qual – contrariamente à concepção orgânica, dominante na idade antiga e na idade média, segundo a qual o todo precede as partes – a sociedade, qualquer forma de sociedade, e especialmente a

representativa e democracia direta não são dois sistemas alternativos (no sentido de que onde exista uma não pode existir a outra), mas são dois sistemas que podem se integrar reciprocamente. A democracia possui, por essência, a ideia de atribuir a todos o poder. Se recorrermos aos comentários sobre as ideias de democracia em Tocqueville podemos afirmar que a democracia significa, por um lado, forma de governo em que todos participam da coisa pública, ao contrário da aristocracia. Isto nos leva a ideia de que a democracia deseja a igualdade na liberdade.

No livro *O Futuro da Democracia*, Bobbio nos chama atenção afirmando que o fato de que na expressão democracia representativa deve-se dar relevo tanto ao adjetivo quanto ao substantivo, “é verdade que nem toda forma de democracia é representativa (daí a insistência sobre a democracia direta), mas também é verdade que nem todo estado representativo é democrático pelo simples fato de ser representativo”²⁰. Mill deu mais ênfase a essa ideia afirmando que “a democracia, é em particular o governo representativo (que ele também chamava de “governo popular”), o desenvolvimento natural e consequente dos princípios liberais”²¹.

No livro *Liberalismo e Democracia*, Bobbio deixa clara a gênese da democracia representativa. Ele afirma que “nasceu da convicção de que os representantes eleitos pelos cidadãos estariam em condições de avaliar quais seriam os interesses gerais melhor do que os próprios cidadãos, fechados demais na contemplação de seus próprios interesses particulares”²². Nesse modelo, a implementação da “democracia indireta seria mais adequada precisamente para o alcance dos fins a que fora predisposta a soberania popular”²³. Aqui o povo elege os seus representantes na

sociedade política, é um produto artificial da vontade dos indivíduos (BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade, p. 34).

²⁰ BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade, p. 44.

²¹ BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade, p. 62.

²² BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia, p. 34.

²³ BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia, p. 34.

governança para responder os seus interesses. Na mesma linha de pensamento, o autor nos chama atenção sobre esse tipo de representação afirmando que o

termo “representação” se diz que um sistema é representativo e se fala habitualmente de democracia representativa: as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria²⁴.

Devemos reconhecer que Bobbio também detecta as dificuldades da democracia representativa quando os deputados se mantêm sob a disciplina de partido, isto é, “cada membro do parlamento representa antes de tudo o próprio partido, assim como, num Estado de camadas, o delegado representava antes de tudo os interesses da própria camada”²⁵.

Nesse sentido, ele segue enfileirado ao liberalismo de Mill:

instituições representativas são de pouco valor, e podem ser um simples instrumento de tirania ou intriga, quando a generalidade dos eleitores não estiverem suficientemente interessados no seu próprio governo para dar o seu voto ou, se eles votam, não concedem seu sufrágio no terreno público, mas fazem por dinheiro, ou votam segundo as ordens de alguém que tenha controle sobre o eleitor ou quem, por razões privadas, eles desejam favorecer. Eleições populares praticadas dessa maneira, em vez de serem uma segurança contra o desgoverno, acabam sendo uma engrenagem adicional no maquinário²⁶.

²⁴ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos, p. 47.

²⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos, p. 47.

²⁶ MILL, J. S. Considerations On Representative Government, p. 378 (Tradução nossa).

Essa ideia nos leva a concluir que o deputado ou delegado quando age dessa forma se afasta de defender aquilo que o eleitor lhe delegou, ou seja, ele deixa de defender interesses nacionais e passa a defender os interesses da parte (partido) que lhe indicou à candidatura, ainda mais particulares do que da população. “Para que a democracia seja, em sentido próprio, representativa, é necessário que fique excluído o mandato vinculatário do eleitor para com o eleito”²⁷. Isso nos leva a querer que

Expressar uma opinião é um direito de todo homem; a dos eleitores é uma opinião que pesa e deve ser respeitada, e um representante precisa estar sempre pronto a escutá-la. Mas instruções imperativas, mandatos aos quais o membro das Assembleias deve expressa e cegamente obedecer, tais coisas são completamente estranhas às leis dessa terra²⁸.

Seguindo essa linha de pensamento do Bobbio acerca da democracia representativa, pode-se afirmar que esse modelo ou forma é a democracia dos modernos. Para ele, a crítica da democracia representativa dá origem à democracia direta.

No livro *Liberalismo e Democracia*, Bobbio define a democracia direta com aquela que “se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes”²⁹, ou seja, trata-se de uma proposta insensata. O povo exerce todos os poderes ao mesmo tempo. Democracia direta e representativa podem se integrar reciprocamente, conformando a democracia íntegra e que, entre estes dois tipos de democracia, há formas intermediárias.

²⁷ MILL, J. S. Sobre a Liberdade, p. 35.

²⁸ MILL, J. S. Sobre a Liberdade, p. 35.

²⁹ BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade, p. 41.

3. As relações entre o estado liberal e o estado democrático

É importante, primeiro, acentuarmos que a relação entre liberalismo e democracia é muito complexa, como dizia Bobbio, reconhecendo que historicamente houve um liberalismo não democrático e uma democracia não liberal, mas que hoje existem boas razões para crer que o método democrático seja necessário para a salvaguarda dos direitos. Isto é, o autor chamou essa relação “*nec cum te nec sine te*”³⁰. Contudo, a democracia e o liberalismo foram antagônicos durante certo período da história, mas, por serem compatíveis um com o outro, em muitos pontos, permitiram a união e aperfeiçoamento. No seu livro *Liberalismo e Democracia*, Bobbio mostra convicção quando afirma que esses dois conceitos têm uma tendência estreita e estão interligados.

Para substanciar esse pensamento, é importante mostrarmos que o filósofo italiano argumenta, no mesmo livro, que atualmente existem ambos os tipos de denominações: o fato de haver “regimes denominados liberal-democrático ou de democracia liberal leva a crer que liberalismo e democracia sejam interdependentes. No entanto, o problema das relações entre eles é extremamente complexo, e tudo menos linear”³¹.

Na história do Estado moderno, as duas liberdades [negativa e positiva] são estreitamente ligadas e interconectadas, tanto que, quando uma desaparece, também desaparece a outra. Mais precisamente: sem liberdades civis, como a liberdade de imprensa e de opinião, como a liberdade de associação e de reunião, a participação popular no poder político é um engano; mas, sem participação popular no poder, as liberdades civis têm bem pouca probabilidade de durar. Enquanto as liberdades civis são uma condição necessária para o exercício da liberdade política, a liberdade política - ou seja, o controle popular do poder político - é uma condição necessária para, primeiro, obter e, depois, conservar

³⁰ BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade, p. 92.

³¹ BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade, p. 138.

as liberdades civis. Trata-se, como qualquer um pode ver, do velho problema da relação entre liberalismo e democracia³².

A democracia defendida por ele não pode ser confundida quer com a democracia grega ou o modelo apresentado por Rousseau. Isso porque elas são democracias diretas, e a democracia moderna, de maneira alguma, pode ser desprovida de alguma representação. Do ponto de vista da teoria da democracia, a consequência fundamental do pensamento do Bobbio das democracias grega e de Rousseau é certo distanciamento significativo da sua concepção de democracia participativa em relação a mais importante tradição desse tipo de democracia que é a tradição da democracia direta, constituída precipuamente por elas.

Neste sentido, existem muitos cientistas políticos que defendem o modelo democrático-liberal olhando essa fórmula como sendo racional e de ordem social, capaz de preservar a livre existência do ser humano na sociedade de massas. No mundo contemporâneo, é frequente muitos países afirmem que são Estados democráticos liberais. O exemplo de Moçambique mostra que todos os partidos se afirmam de direita liberal, mas na verdade as suas origens são comunistas (porque o conceito de esquerda é confundido com ser do partido da oposição que nunca chegará ao poder), naquele país. Bobbio sustenta que o regime político moderno “é caracterizado como democrático que tem garantia dos direitos individuais”³³. Esse regime configuraria o natural prosseguimento do Estado liberal, acolhendo, em sua própria estrutura, os clássicos direitos de liberdade civis e políticas habitualmente associadas ao pensamento liberal.

Neste sentido, o liberalismo, é superior historicamente às outras formas políticas, opera como fundamento e condição necessária do governo democrático moderno. Tocqueville diz que o

³² BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade, p. 65.

³³ BOBBIO, Norberto. Estado, Governo Sociedade: para uma teoria geral da política, p. 93.

remédio para essa possibilidade democrática é a tradição liberal, a defesa de liberdade individual, dos direitos do indivíduo, e a descentralização.

É importante sublinhar que para Bobbio o Estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas também jurídico do Estado democrático. “Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo há democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático”³⁴, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais.

O autor³⁵ se torna mais explícito ao afirmar que é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica dessa interdependência está no fato de que Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos. Nesse sentido pode se dizer que a democracia moderna seria o triunfo do indivíduo e consequência histórica do liberalismo, isto é, o liberalismo e democracia repousariam, ambos, sobre uma concepção individualista de sociedade, considerando os direitos da pessoa à liberdade de opinião, de expressão, de reunião, de associação como de origem liberal, ficando cristalizados e garantidos na democracia moderna, com o reconhecimento constitucional de direitos invioláveis do indivíduo.

As relações do indivíduo com a sociedade são vistas pelo liberalismo e pela democracia de modo diverso: o primeiro separa o indivíduo do corpo orgânico da comunidade e o faz viver, ao menos durante a maior parte da sua vida, fora do ventre materno, colocando-o no mundo desconhecido e repleto de

³⁴ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, p. 32.

³⁵ BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia, passim.

perigos da luta pela sobrevivência; a segunda o reúne aos outros homens singulares, semelhantes a ele, para que da união artificial entre eles a sociedade venha recomposta não mais como um todo orgânico mas como uma associação de livres indivíduos. Do indivíduo, o primeiro põe em evidência sobretudo a capacidade de autoformar-se; a segunda exalta sobretudo a capacidade de superar o isolamento com vários expedientes que permitam a instituição de um poder finalmente não tirânico³⁶.

Bobbio acredita que “hoje Estados liberais não-democráticos não seriam mais concebíveis, nem Estados democráticos que não fossem também liberais”³⁷. Ele sustenta que partindo pela ideia de que “a combinação entre liberalismo e democracia não apenas é possível, como também necessária”³⁸. Isso nos leva a um Estado democrático que garante os direitos e liberdades, superando a tradição liberal. Pois a democracia moderna, diz respeito, apenas, a uma questão de procedimentos, para superar a dos antigos. “Processo democrático este que consiste meramente em completar o clássico Estado liberal com as liberdades políticas”³⁹.

A democracia moderna seria o triunfo do indivíduo e consequência histórica do liberalismo. Assim sendo, liberalismo e democracia repousariam, ambos, sobre uma concepção individualista de sociedade, considerando os direitos da pessoa. Contudo a igualdade não era objeto de discursão, neste ponto, para Bobbio, porque o Estado democrático liberal já emana as questões do direito natural. Nesse sentido, “não só o liberalismo é compatível com a democracia, mas a democracia pode ser considerada como o natural desenvolvimento do Estado liberal apenas se tomada não pelo lado de seu ideal igualitário, mas pelo lado da sua fórmula política”⁴⁰.

³⁶ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, p. 47.

³⁷ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, p. 43.

³⁸ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, p. 47.

³⁹ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, p. 84.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, p. 42.

Considerações finais

Finalmente, devemos lembrar que Bobbio, nos explica que nos últimos dois séculos, houve um processo de emancipação do Estado: primeiro dos negócios religiosos e depois dos negócios econômicos. Dessa forma, restou ao Estado o monopólio legítimo da força, por meio da qual se espera seja assegurada a livre circulação das ideias e bens. Isso levou com que os direitos humanos se tornem um bem natural que qualquer tipo de Estado deve garantir e consagrar nas suas leis e constituições como direito inalienável.

Bobbio também estava muito atento no que tange aos conceitos da democracia e do liberalismo e reconhece que o liberalismo, assim como a democracia, são compatíveis na medida em que o seu desenvolvimento natural garante a efetivação do outro e o desenvolvimento do Estado liberal, ou seja, isso é possível se a democracia for tomada não pelo lado de seu ideal igualitário, mas pelo lado de sua fórmula política, que é, como se viu, a soberania popular. É importante ressaltar que, como forma de governo, o liberalismo é moderno e a democracia é antiga. Nesta nota final é importante incluir a ideia de que Hegel, Gramsci e o mesmo Bobbio definiram que o conceito clássico de sociedade civil pode ser entendido como a sociedade fora do Estado que compreende o embate entre diferentes agentes sociais em torno de ideias e interesses.

Referências

- BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2005.
- , A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

- , *Igualdade e Liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- , *O Futuro da Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- , *Qual Socialismo? Debate Sobre uma Alternativa*. Tradução de Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.
- , *Ensaio Sobre a Ciência Política na Itália*. Brasília: Editora UnB, 2002.
- , *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1987.
- , *O Filósofo e a Política*. Antologia. Organização de José Fernández Santillán. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.
- , Gramsci e os estudos políticos na Itália. In: *Ensaaios sobre Gramsci e o Conceito de Sociedade Civil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 89-106.
- , *Sobre o Liberal-socialismo*. In: *Teoria geral da política. A filosofia política e as lições dos clássicos*. Org. Michelangelo Bovero, tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus.
- DE CADEMARTORI, Daniela; CADEMARTORI, Sergio. *A Relação Entre Estado de Direito e Democracia no Pensamento de Bobbio e Ferrajoli*. *Revista Sequência*, no 53, p. 145-162, dez. 2006.
- CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Campinas: Millennium, 2006.
- MILL, J. S. *Sobre a Liberdade*. Lisboa: Edições 70, 2006.
- , *Considerations On Representative Government*. *Collected Works*, v.19. Toronto: Toronto University Press; ROBSON, John (Ed.), 1977.

Sumário

Volume 1

Apresentação	23
Draiton Gonzaga de Souza	
Apresentação	27
Alessandra Brito; Elton Oliveira; Everton Maciel; José Souza; Leandro Cordioli	
1	35
Direito e reforma protestante	
Ricardo Willy Rieth	
2	59
Religião e sociedade pós-secular no pensamento de Habermas	
Draiton Gonzaga de Souza	
3	79
Filosofia e direito: um diálogo necessário para a justiça	
Ives Gandra da Silva Martins	
4	85
Nota sobre o diálogo das fontes no direito do consumidor: uma homenagem a Draiton Gonzaga de Souza	
Claudia Lima Marques	
5	103
A pedagogia – má consciência da democracia representativa?	
Hans-Georg Flickinger	
6	117
Vagueza normativa e transições políticas	
Elton Somensi de Oliveira; Pedro Adamy	
7	151
A posição original em John Rawls e as críticas de Jürgen Habermas	
Eduardo Luís Kronbauer; Thadeu Weber	

8	169
Indivíduos e heróis, paixão e razão na história hegeliana	
Agemir Bavaresco; Danilo Vaz C. R. de Menezes Costa	
9	193
Uma abordagem sociológica da figura do consumidor pelo pensamento de Sygmunt Bauman	
Alessandra Mizuta de Brito; Carolina Zenha Saraiva	
10	217
A linguagem tomista em novos domínios e usos: a relação jurídica segundo o jurista Ruy Cirne Lima	
Alfredo de J. Flores; Henrique Montagner Fernandes	
11	237
A publicidade de pensamento no liberalismo de Mill	
Everton Miguel Puhl Maciel	
12	255
Hermenêutica filosófica e direito: uma reflexão sobre a possibilidade de apropriação da hermenêutica filosófica pela teoria do direito contemporânea	
Fabio Caprio Leite de Castro; Luã Nogueira Jung	
13	271
O lugar da verdade na intersubjetividade: de Heidegger a Bakhtin	
Dieter Axt; Jorge Trindade	
14	309
Afinal, o juiz deve ou não perguntar na audiência de instrução criminal? A questão vista sob a perspectiva da Teoria da Dissonância Cognitiva e da Hermenêutica Filosófica gadameriana	
Draiton Gonzaga de Souza; José Conrado Kurtz de Souza	

15.....	327
Uma justiça perfeita é possível? Considerações sobre a analogicidade do bem na teoria aristotélica	
Draiton Gonzaga de Souza; Leandro Cordioli	
16.....	377
Direito e moralidade em Ronald Dworkin: olhares a partir da crítica hermenêutica do direito	
Daniel Ortiz Matos; Lenio Luiz Streck	
17.....	405
A fraternidade entre amizade e caridade: uma dialética sem síntese	
Luis Fernando Barzotto	
18	423
Moral cognitivism and legal positivism in Habermas's philosophy of law	
Delamar José Volpato Dutra; Nythamar Fernandes de Oliveira	
19.....	441
Diego Mas e a primeira metafísica sistemática	
Paulo Caliendo	
20	457
Elementos constitutivos del concepto de desobediencia civil	
Raul Madrid	